

**CdS, sezione quinta, sentenza n. 864 del 23 febbraio 2015**

*Contratto di Avalimento – Il prestito del requisito tecnico deve comportare il trasferimento delle attività – Il contratto generico è illegittimo*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 5343 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla s.p.a. Avr, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio eletto presso l'avvocato ..... in Roma, via .....

***contro***

Il Comune di Caserta, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso la Segreteria della Sez. V del Consiglio di Stato in Roma, .....

***nei confronti di***

La s.r.l. Malegori Comm. Erminio, in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Casertana Costruzioni s.r.l. e Qatar Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via .....

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo per la Campania, sede di Napoli, Sezione I, n. 1585 del 19 marzo 2014, resa tra le parti e concernente l'affidamento

del servizio integrato per la gestione e la manutenzione quinquennale del patrimonio infrastrutturale stradale – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caserta e della s.r.l. Malegori Comm. Erminio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2015 il consigliere Manfredò Atzeni e uditi per le parti l'avvocato Vagnucci e l'avvocato Sticchi Damiani, in proprio e per delega dell'avvocato Nardone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, rubricato al n. 3838/2013, la s.p.a. AVR impugnava la determinazione n. 1295 del 29 luglio 2013 con la quale il Comune di Caserta aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento temporaneo fra Malegori Comm. Erminio s.r.l., Casertana Costruzioni s.r.l. e Qatar Costruzioni s.r.l. della gara indetta dallo stesso Comune per l'affidamento del servizio integrato per la gestione e la manutenzione quinquennale del patrimonio infrastrutturale stradale dell'ente.

La s.p.a. AVR impugnava inoltre l'atto prot. 61523 del 20 agosto 2013 con cui la stessa Amministrazione aveva rigettato l'istanza di esercizio del potere di autotutela, formulata dalla ricorrente ex art. 243 bis del d. lgs. n. 163/2006, confermando la determinazione già adottata.

La ricorrente deduceva i motivi così riassunti nella sentenza di primo grado:

“1) violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 97 Cost. – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettere b), c), m-ter), D. Lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (pagine 4-5, artt. III.2.1, punti 1 e 2, del bando) – eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta;

2) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 41, comma 1, lettera c), 48 e 49 D. Lgs. n. 163/2006, dell'art. 88 d.P.R. n. 207/2010 e della lex specialis di gara (punto III.2.2 n.3 del bando) – eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta;

3) violazione dei principi di eguaglianza (art. 3 Cost.), imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 97 Cost.) e par condicio - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 42 e 48 D. Lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (punto III, 1.3. n. 1 del bando) – eccesso di potere per disparità di trattamento, irragionevolezza, contraddittorietà, carenza di istruttoria, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta;

4) violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 97 Cost. – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86 e ss. D. Lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere nelle varie figure sintomatiche già dedotte;

5) difetto assoluto di motivazione dell'atto prot. 61523 del 20.8.2013 con cui l'amministrazione ha rigettato l'istanza di esercizio del potere di autotutela ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006.”

La ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, nonché la condanna del Comune di Caserta al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1585 in data 19 marzo 2014, il Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione I, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza AVR s.p.a. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 5343/14, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Caserta, chiedendo la declaratoria dell'inammissibilità ovvero il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio la s.r.l. Casertana Costruzioni, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con Malegori Comm. Erminio s.r.l. (oggi Nuova Malegori s.r.l.) e Qatar Costruzioni s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello.

Con atto in data 7 ottobre 2014, l'appellante propone motivi aggiunti ai sensi dell'art. 101 c.p.a., con i quali contesta la regolarità della modificazione soggettiva del raggruppamento aggiudicatario, sopravvenuta dopo l'aggiudicazione, e lamentando:

a) la violazione dei principi di uguaglianza ed imparzialità, violazione o falsa applicazione dell'art. 38, primo comma lett. a), del d. lgs. 163/2006, carenza e lacunosità dell'istruttoria;

b) violazione dei principi di uguaglianza ed imparzialità, violazione e falsa applicazione dell'art. 40 d. lgs. 163/2006, carenza e lacunosità dell'istruttoria, sviamento ed ingiustizia manifesta.

In data 22 gennaio 2015 si è costituita in giudizio la s.r.l. Nuova Malegori, mandataria subentrata a Melgori Comm. Erminio s.r.l., poi L.A.V.I. s.r.l.

Le parti hanno quindi scambiato memorie; in particolare le appellate hanno contestato l'ammissibilità dei motivi aggiunti ed hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione al loro contenuto.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 27 gennaio 2015.

3.a. Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, proposta dal Comune appellato sostenendo l'incompletezza del contraddittorio a causa della mancata chiamata in causa dell'impresa ausiliaria del raggruppamento aggiudicatario.

Osserva preliminarmente il Collegio che l'accoglimento della questione comporterebbe solo la rimessione della causa al primo giudice per l'integrazione del contraddittorio e la nuova decisione.

Peraltro, l'eccezione è infondata.

Non ogni interesse di fatto, contrario all'accoglimento del ricorso, comporta la necessaria chiamata in causa del suo titolare.

La chiamata in causa è obbligatoria nei confronti di quanti siano titolari diretti di un 'bene della vita' attribuito dall'Amministrazione con l'atto oggetto di impugnazione; non è invece necessaria la chiamata in causa di quanti vantino una posizione giuridica dipendente da quella del destinatario specifico del provvedimento.

La posizione giuridica di questi non attiene, infatti, ad un rapporto con l'Amministrazione, ma ad un rapporto con il beneficiario immediato dei suoi atti; di conseguenza, l'interesse di tali soggetti è tutelato solo mediatamente, in connessione alla posizione del controinteressato.

In ulteriore conseguenza, tali soggetti non sono parti necessarie del processo, ferma restando la loro legittimazione a spiegarvi intervento, a sostegno delle ragioni del portatore dell'interesse diretto.

Nel caso di specie il Comune appellato considera parte necessaria del processo chi ha sottoscritto un contratto di avvalimento con una delle imprese aggiudicatrici di una gara d'appalto.

Applicando i concetti appena esposti rileva il Collegio che la posizione giuridica dell'impresa ausiliaria è totalmente dipendente da quella dell'ausiliata, e che solo quest'ultima contratta, nei modi di legge, con l'Amministrazione in vista della stipula del contratto.

Di conseguenza, anche in sede processuale la sua tutela dipende dalla parte ausiliata, alla quale non può sostituirsi nel processo.

L'ausiliaria non è quindi parte necessaria del processo e non doveva essere necessariamente chiamata in causa nella presente controversia.

L'eccezione deve pertanto essere respinta.

3.b. Nel merito, è fondata la censura con la quale l'appellante contesta la legittimità degli atti con cui l'amministrazione appellata ha considerato valido il contratto di avvalimento di data 21 maggio 2013, di cui al punto che precede: l'appellante ha dedotto che la sua indeterminatezza lo rende inidoneo a garantire la stazione appaltante circa la qualità delle prestazioni offerte dall'impresa ausiliata.

La tesi, come già anticipato, deve essere condivisa.

Il contratto di avvalimento di cui si tratta riguarda il requisito di partecipazione alla gara relativo al 'fatturato specifico pregresso per rapporti analoghi' a quello concernente la gara in esame.

Osserva il Collegio che la stazione appaltante – quando il bando prevede l'ammissione esclusivamente delle imprese che hanno prodotto negli anni precedenti un determinato fatturato non globale, ma specificamente attinente a rapporti identici o analoghi a quello da instaurare in esito al procedimento - persegue lo scopo di assicurarsi che l'impresa aggiudicataria dia un affidamento tecnico tale da evidenziare in modo obiettivo l'affidabilità dell'appaltatore.

Si tratta di una scelta corrispondente a quella del «buon padre di famiglia», il quale restringe la scelta fra coloro di cui conosce precedenti esperienze positive, escludendo altri, spesso in grado di praticare un prezzo più basso, che non appaiono ugualmente affidabili.

In questi casi, quindi, la stazione appaltante non richiede un requisito di natura finanziaria (per la quale si provvede, ad esempio, con il richiamo al fatturato globale), ma un requisito di natura tecnica (consistente nel possesso di precedenti esperienze che consentono di fare affidamento sulla capacità dell'imprenditore di svolgere la prestazione richiesta).

L'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue

precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara).

Ragionando diversamente, il contratto di avvalimento avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto.

Infatti, il contributo dell'ausiliario consisterebbe nella sola partecipazione (se del caso, sotto il profilo risarcitorio) alla garanzia per eventuali insufficienze delle prestazioni svolte, ma senza fornire alcun contributo oggettivo perché l'opera dell'ausiliato sia migliorata come consentito dallo svolgimento di esperienze pregresse, ovvero si caratterizzi per l'effettiva sussistenza di quella esperienza considerata rilevante nel bando di gara.

In sostanza, ritiene il Collegio che il "prestito" del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata.

Nel caso di specie, il contratto di avvalimento del 21 maggio 2013 nulla prevede a tale riguardo, sicché la doglianza proposta dall'odierna appellante si appalesa fondata.

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, va accolto il ricorso di primo grado, sicché per l'effetto va annullata l'aggiudicazione disposta nei confronti dell'odierna appellata, così come l'atto che ha disposto la sua ammissione alla gara.

Il relativo contratto deve essere dichiarato inefficace ai sensi dell'art. 122 del codice del processo amministrativo, decorsi trenta giorni dopo la pubblicazione della presente sentenza.

La possibilità, per l'appellante, del reintegro in forma specifica esclude il risarcimento per equivalente, per la cui liquidazione, inoltre, non sono stati forniti concreti elementi.

Restano assorbiti gli ulteriori profili.

In considerazione della novità delle questioni trattate, le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 5343/2014, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza gravata, accoglie, nei termini di cui in motivazione, il ricorso di primo grado n. 3838 del 2013.

Compensa integralmente spese ed onorari di entrambi i gradi del giudizio, fatto salvo il diritto, dell'appellante, al recupero di quanto complessivamente versato come contributo unificato, a carico delle parti soccombenti, in solido.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2015

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2015

## IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)