

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 11186 del 27 dicembre 2023

Appalti di progettazione – D.lgs. 50/2016 – Avvalimento c.d. esperenziale – Prestazioni devono essere eseguite direttamente dall'ausiliaria

Publicato il 27/12/2023

N. 11186/2023REG.PROV.COLL.

N. 08816/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8816 del 2023, proposto da (...) in qualità di mandatario del Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, formato con i mandanti (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

(...), nella qualità di mandante Raggruppamento Temporaneo di Professionisti

formato con i mandanti (...) e (...), non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 2312/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...) soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati (...) e (...) in delega dell'Avv. (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di (...) indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva, inerente l'intervento di recupero dei borghi di (...) al fine del miglioramento delle condizioni di vita della popolazione locale, per un importo a base di gara di euro 466.124,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La gara veniva aggiudicata, con determina n. 133 del 19.7.2023, al RTP (...), primo graduato con un punteggio totale di 95.634. Il RTP (...) sooc. coop., collocatosi al secondo posto in graduatoria con un punteggio totale di 89.531, formulava istanza di riesame chiedendo l'estromissione del RTP aggiudicatario per carenza dei requisiti. Il Comune, nonostante l'istanza, confermava la disposta aggiudicazione con nota prot. 3657 del 25 agosto 2023.

3. La (...) soc. coop. impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania la determina di aggiudicazione e i verbali di gara, deducendo, con un unico motivo, la violazione dell'art. 7 del Disciplinare e dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché eccesso di potere, per violazione dei principi di

imparzialità dell'azione amministrativa, carenza di istruttoria e difetto assoluto di motivazione. In particolare, la ricorrente lamentava la nullità per indeterminatezza e genericità dei due contratti di avvalimento prodotti dall'aggiudicataria, i quali non recavano alcuna indicazione specifica delle risorse messe a disposizione degli ausiliari.

4. Il Tribunale amministrativo per la Campania, con sentenza n. 2312 del 2023, accoglieva il ricorso.

Il Collegio, sul presupposto che l'avvalimento a cui aveva fatto ricorso l'aggiudicatario doveva qualificarsi come operativo, poiché gli ausiliari si impegnavano a prestare requisiti di capacità tecnico – professionale come specificati nella *lex specialis* di gara, riteneva fondata la doglianza prospettata dal ricorrente, tenuto conto che i due contratti di avvalimento, intercorrenti rispettivamente con i professionisti (...) e (...), denotavano le carenze lamentate, non contenendo alcuna indicazione delle effettive risorse messe a disposizione dagli ausiliari, che sarebbero state oggetto del prestito.

Il Collegio, inoltre, rilevava che neppure la natura meramente cartolare del prestito del requisito poteva essere esclusa in ragione dei contenuti dell'atto pubblico di costituzione del Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, trattandosi di atto stipulato il 7 settembre 2023, a valle dell'aggiudicazione.

5. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, (...), in qualità di mandatario del Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, formato con i mandanti (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...), ha impugnato la suddetta pronuncia, previa richiesta di adozione di misura cautelare, chiedendone l'integrale riforma e denunciando: “*Error in iudicando ed in procedendo: Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione agli artt. 6.2 e 7 della lex specialis. Violazione degli artt. 1362 e ss. cod. civ. Motivazione erronea ed insufficiente. Violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 39 c.p.a.*”.

6. Si è costituita in resistenza la (...) soc. coop., concludendo per il rigetto

dell'appello.

7. All'udienza del 23 novembre 2023, fissata per la decisione sulla domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti che la controversia avrebbe potuto essere definita con sentenza in forma semplificata, ricorrendone i presupposti.

All'esito della camera di consiglio, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Con un unico articolato motivo, il raggruppamento appellante contesta la sentenza impugnata, deducendo che il T.A.R. avrebbe erroneamente qualificato l'avvalimento come operativo, facendo così conseguire la necessità di indicare nel relativo contratto la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche per l'esecuzione dell'appalto.

A sostegno dell'assunto, l'esponente richiama l'art. 6.2. del Disciplinare di gara, recante in rubrica "*Requisiti di capacità tecnica e professionale*", il quale avrebbe unicamente imposto di fornire un mero '*elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando da comprovarsi mediante copia del certificato di regolare esecuzione rilasciato dall'ente committente*', senza tuttavia richiedere l'indicazione delle risorse umane e strumentali da inserire nel contratto.

Il ricorrente denuncia, inoltre, l'erroneità della pronuncia impugnata nella parte in cui ha precisato che anche l'avvalimento c.d. esperienziale, disciplinato dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto appartenente alla categoria dell'avvalimento operativo, soggiace al medesimo regime ed impone l'obbligo dell'avvalente di eseguire direttamente la prestazione a garanzia della stazione appaltante. Pertanto, sul punto, secondo il Raggruppamento, sarebbe ravvisabile anche la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in quanto in seno al ricorso di primo grado la questione dell'avvalimento esperienziale non era stata dedotta.

Infine, censura l'affermazione contenuta nella motivazione della decisione, laddove

si ritiene che la natura meramente cartolare del prestito del requisito non poteva essere esclusa in ragione dei contenuti dell'atto pubblico di costituzione del RTP *'trattandosi di atto stipulato il 7.9.2023, a valle dell'aggiudicazione'*, mentre invece, secondo l'appellante, l'atto di costituzione del RTP era stato sottoscritto sulla base dell'impegno già assunto a monte in sede di gara, per cui *'in un'ottica a fattispecie progressiva, è evidente che le dichiarazioni rese per soddisfare la disposizione dell'art. 6.2 convogliano nell'atto costitutivo il raggruppamento nel quale vengono definiti ruoli e prestazioni'*.

9. Questa Sezione ritiene che il presente giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, atteso che ne sussistono i presupposti, poiché il contraddittorio è integro, l'istruttoria è completa e le parti costituite non hanno manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale, nè regolamento di competenza o di giurisdizione.

10. Tanto premesso, passando all'esame del merito della controversia, le esposte censure sono prive di fondatezza, per i rilievi di seguito enunciati.

Il Collegio rileva, preliminarmente, che alla soluzione delle questioni dedotte dalle parti si può pervenire a mezzo dell'analisi interpretativa della *lex specialis* di gara.

Il 6.2 del Disciplinare, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, richiede: *"a) un elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID, è almeno pari a DUE volte l'importo stimato dei lavori della rispettiva categoria...b) servizi 'di punta' di ingegneria e architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, con le seguenti caratteristiche: l'operatore economico deve aver conseguito, per ciascuna delle categorie e ID della successiva tabella, due servizi per lavori analoghi, per dimensione e caratteristiche tecniche, a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a 0,60 volte il valore della medesima"*.

Dalla piana lettura della suddetta disposizione emerge che, secondo la *lex specialis* di gara, il contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria

integra un avvalimento c.d. tecnico – operativo, atteso che si intende far valere, nel contesto della messa a disposizione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, l'esperienza maturata (dall'ausiliaria) nello svolgimento di una determinata attività.

In particolare, nel caso in esame, il suddetto contratto, come precisato dal Giudice di prima istanza, deve essere qualificato come di avvalimento 'esperienziale', proprio perché è l'esperienza in sé ad essere richiesta tra i requisiti di capacità tecnico professionale, come dispone l'art. 83, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, che recita: *“Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità”* (Cons. Stato, sez. V, n. 3374 del 2021).

L'avvalimento esperienziale è una forma di avvalimento operativo che, giusta previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in coerenza con l'art. 63, §1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne 'i titoli di studio e professionali' e le 'esperienze professionali pertinenti', in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa 'delle capacità di altri soggetti' postula, in termini condizionanti, che 'questi ultimi eseguano direttamente' e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera 'messa a disposizione', per la durata dell'appalto, delle relative 'risorse necessarie', di cui il concorrente ausiliato fosse carente, quali "i lavori o i servizi per cui tali capacità siano richieste". La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

Il principio è stato affermato da questa Sezione, la quale ha altresì precisato che: “*D'altra parte, trattandosi di apprezzare l'idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva a priori della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall'art. 84 (se...eseguono direttamente) va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettivi e programmatici della idoneità dell'assunzione, in parte qua, dell'impegno divisato: sicchè – ad integrazione del generico canone dell'obbligo 'a mettere a disposizione' le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) impegno o promessa ad 'eseguire direttamente', sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante*”(Cons. Stato, sez. V, n. 7438 del 2022).

Pertanto, secondo l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, n. 68 del 2021; id. sez. V, n. 1120 del 2020, id., sez. V, n. 6551 del 2018), condiviso da questo Collegio, nel caso di avvalimento tecnico operativo di tipo esperienziale sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse particolari, specificamente indicate nel contratto, solo così potendo dirsi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria.

Inoltre, il contratto per essere valido deve prevedere l'esecuzione necessariamente personale delle prestazioni, ad integrazione del generico canone dell'obbligo di mettere a disposizione le risorse, reali o personali.

Ciò in quanto le prestazioni oggetto del predetto avvalimento hanno carattere infungibile, ovvero trattasi di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dal contratto, proprio perchè, come si è detto, trattasi di titoli di studio e di esperienze professionali pertinenti, sicchè è necessario che le prestazioni siano eseguite direttamente da chi (l'ausiliaria) ne è direttamente in possesso (Cons. Stato, sez. V, n. 3374 del 2021).

10.1. Passando all'esame della specifica fattispecie negoziale, nella specie, la *lex specialis* prevede espressamente, riprendendo l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del

2016, la necessaria precisazione, a pena di nullità *‘dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria’* (cfr. punto 7), stabilendo che *“non è sanabile – e quindi causa di esclusione dalla gara – la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento”*.

Nonostante ciò, i due contratti di avvalimento, stipulati con i professionisti (...) e (...), non hanno i requisiti richiesti dalle norme sopra richiamate, atteso che non contengono alcuna indicazione delle effettive risorse messe a disposizione dagli ausiliari e neppure l’impegno (o la promessa), reso in termini chiari e non equivoci, ad *‘eseguire direttamente’* le prestazioni. Invero, dal contenuto dei due negozi sostanzialmente analoghi, come anche precisato dal Collegio di primo grado, si desume che gli ausiliari hanno messo a disposizione i requisiti di cui sono in possesso, ma non sono specificate le risorse che ne hanno consentito l’acquisizione e che hanno formato oggetto del prestito.

Inoltre, le parti hanno concordato che *‘il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall’ausiliato’*, in tal modo sostanzialmente violando la condizione, sopra enunciata, posta dall’art. 84 cit., secondo cui, ad integrazione del generico canone dell’obbligo *‘a mettere a disposizione’* le risorse, reali o personali, il contratto deve prevedere chiaramente il più specifico impegno (o promessa) ad *‘eseguire direttamente’*, sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante.

I predetti contratti di avvalimento, pertanto, non possono ritenersi validi ed efficaci, stante la genericità dell’impegno assunto dagli ausiliari.

Né si può predicare, come sostiene l’appellante che, nel qualificare l’accordo negoziale come contratto di avvalimento operativo di tipo esperienziale, il giudice sia incorso in un vizio di ultra petizione (si deduce testualmente *‘argomento nuovo e diverso, rispetto al contenuto del ricorso di primo grado, naufragando, ancora una volta, oltre la domanda’*), posto che è consentito al giudice, senza incorrere nel vizio di cui all’art. 112 c.p.c., effettuare una ricostruzione giuridica della vicenda anche diversa da quella prospettata dall’attore, nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, avendo il potere

– dovere di procedere alla qualificazione della fattispecie, dei fatti di causa, sulla base della interpretazione della domanda giudiziale.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, n. 5345) e di legittimità (Corte Cass. n. 8140 del 2004) afferma che le modalità di redazione della domanda di giustizia non possono limitare la tutela giurisdizionale, avendo il giudice il potere - dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla parte e dalle precisazioni dalla medesima fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto dalla stessa richiesto (Corte Cass. n. 13602 del 2019; Corte Cass. n. 21865 del 2022).

11. Infine, va ribadita l'infondatezza delle altre doglianze, dovendosi condividere, anche sotto tale profilo, la conclusione a cui è giunto il T.A.R. nella sentenza impugnata, laddove ritiene privo di rilievo, ai fini dell'esclusione della natura cartolare del prestito del requisito, il contenuto dell'atto pubblico di costituzione del Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, trattandosi di un atto che è stato stipulato a valle dell'aggiudicazione.

La tesi argomentativa illustrata dall'appellante, secondo cui l'atto di costituzione del RTP era stato sottoscritto sulla base dell'impegno già assunto a monte in sede di gara, per cui *'in un'ottica a fattispecie progressiva, è evidente che le dichiarazioni rese per soddisfare la disposizione dell'art. 6.2 convogliano nell'atto costitutivo il raggruppamento'* non può essere condivisa, stante l'autonomia dei negozi e non ravvisandosi nella fattispecie alcun iter contrattuale o stati progressivi della volontà, unificati da un ciclo formativo.

12. In definitiva, l'appello va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

13. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite a favore della (...) soc. coop., che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO