

**Tar Liguria, sezione seconda, sentenza n. 1201 del 2 dicembre 2016**

*Contratto di avalimento - Nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto del contratto – Inammissibilità del soccorso istruttorio*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 809 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ALL Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di capogruppo del costituendo RTI formato con la Jurodivy Soc. Coop. Soc.;

Jurodivy Soc. Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti ....., ed elettivamente domiciliate presso il loro studio in Genova, .....

***contro***

il Comune di Genova, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Comunale, elettivamente domiciliato in Genova, via Garibaldi 9; Stazione Unica Appaltante del Comune di Genova non costituito in giudizio;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'esecuzione,*

del provvedimento della Stazione Unica Appaltante del Comune di Genova prot. n. 319957 - Prat. n. 83 del 23 settembre 2016, avente ad oggetto: “Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia a ridotto impatto ambientale (APPALTO VERDE) riservato alle Cooperative sociali e loro consorzi” Lotto 1 CIG 6745144CE7 Lotto 2 CIG 67451577A3 e Lotto 3 CIG 6745168089. Esclusione dalla procedura di gara”;

del provvedimento della Stazione Unica Appaltante del Comune di Genova prot. n. 354793 Prat. 83/2016 del 21 ottobre 2016 avente ad oggetto il rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento prot. n. 319957 Prat. 83/2016 del 23 settembre 2016

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Le società ALL Cooperativa Sociale e Jurodivy Soc. Coop. Soc. hanno partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Genova per l'affidamento del servizio di pulizia a ridotto impatto ambientale di alcuni locali comunali.

In difetto del requisito di partecipazione stabilito dall'art. 2, lett. A), del disciplinare di gara, relativo all'iscrizione alla fascia di classificazione di cui alla lett. C) dell'art. 3 del d.m. 7 luglio 1997, n. 274 (Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della L. 25 gennaio 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione), le predette società hanno stipulato un contratto di avvalimento con la ditta Mediacycenter Soc. Coop. Consortile.

Detto contratto è stato ritenuto generico dal Comune di Genova, il quale, conseguentemente, ha disposto l'esclusione delle società dalla procedura di gara per violazione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 2 del disciplinare di gara.

Con ricorso notificato in data 21/10/2016 e depositato in data 22/10/2016, la società ALL Cooperativa Sociale e la società Jurodivy Soc. Coop. Soc. hanno impugnato il suddetto provvedimento di esclusione, affidando il ricorso a due motivi di censura.

Con il primo motivo è stata dedotta la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016; violazione /o falsa applicazione dell'art. 2 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21-octies L. n. 241/1990; eccesso di potere per travisamento dei fatti; illogicità; difetto di istruttoria; ingiustizia grave e manifesta; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.

Le società ricorrenti sostengono che il contratto presenti tutti i requisiti indicati dal citato art. 89, compreso quello relativo alla specifica "indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati", prescritto dall'art. 2 del disciplinare di gara.

Con il secondo motivo di ricorso è stata contestata la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 3 del disciplinare di gara e dell'art. 21-octies L. n. 241/1990; eccesso di potere; difetto di istruttoria; ingiustizia grave e manifesta; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.; ed altresì l'invalidità derivata dall'illegittimità del disciplinare di gara, segnatamente l'art. 8 e la parte che fornisce le istruzioni in caso di partecipazione con avvalimento ai sensi dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016, per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9 e 89 del D. Lgs. n. 50/2016; difetto di istruttoria e motivazione; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.

In sostanza, le società ricorrenti si dolgono del fatto che il Comune, anziché disporre direttamente l'esclusione delle medesime dalla procedura di gara a fronte della rilevata genericità del contratto di avvalimento, avrebbe dovuto ricorrere alla

procedura del soccorso istruttorio per consentire loro di fornire chiarimenti in merito alle riscontrate irregolarità.

Con memoria depositata in data 8/11/2016 si è costituito in giudizio il Comune di Genova contestando la fondatezza del ricorso e rimarcando la legittimità dell'operato della Stazione Appaltante.

Con atto notificato in data 10 novembre 2016 e depositato in data 18 novembre 2016 le ricorrenti hanno impugnato anche il provvedimento sub 2) dell'epigrafe di diniego di autotutela.

Alla camera di consiglio del 24 novembre 2016, sussistendone i presupposti ed essendo state avvisate le parti, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

Il ricorso è infondato.

L'impugnativa in aggiunta riproduce il contenuto dell'impugnazione principale sicchè è sufficiente, ai fini della completa delibazione dell'impugnativa, esaminare le doglianze espresse con il ricorso principale.

In primo luogo, non può essere condiviso l'assunto delle ricorrenti in merito alla pretesa specificità del contratto di avvalimento stipulato con la ditta Mediacyber Soc. Coop. Consortile.

A tal riguardo, giova rammentare che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nel nostro ordinamento, su impulso delle direttive 17 e 18 del 2004, al fine di consentire agli operatori economici non muniti dei requisiti partecipativi prescritti dal bando di giovare delle capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie di altre imprese.

Nelle intenzioni del legislatore comunitario lo scopo dell'istituto era dunque quello di consentire la massima partecipazione alle gare, in modo da favorire la concorrenza nei mercati.

In sede di recepimento delle direttive sopracitate, tuttavia, i compilatori del previgente codice dei contratti pubblici hanno mostrato un atteggiamento di maggior cautela rispetto al legislatore comunitario in relazione ai potenziali rischi connessi ad un uso indistinto e strumentale dell'avvalimento.

Si fa riferimento – per quel che rileva nella presente sede – al rischio che la messa a disposizione del requisito mancante si risolvesse nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto.

A tal fine il legislatore interno ha previsto l'obbligo per l'impresa partecipante di produrre una puntuale documentazione per potere utilmente ricorrere all'avvalimento (art. 49, comma 2, lettera f), D. Lgs. n. 163/2006).

A tale prescrizione ha fatto seguito la normativa regolamentare di attuazione che ha ulteriormente reso necessario che dal contratto risultasse l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare effettivamente le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito di qualità (art. 88 D.P.R. n. 207/2010).

Su siffatto quadro normativo si è poi consolidato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (recentissimamente suggellato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23) che ha rimarcato la necessità di indicare nel contratto di avvalimento, con appropriato grado di determinatezza o determinabilità, i mezzi concreti che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, evidenziando altresì che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto dell'avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., che configurano quale causa di nullità del contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264, e 6 giugno 2016, n. 2384).

In particolare, è stata ritenuta insufficiente la mera riproduzione tautologica, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti, con conseguente legittimità dell'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione od indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

In questo contesto si è inserita da ultimo la L. 28 gennaio 2016, n. 11 che, nel conferire la delega al Governo per la stesura del nuovo codice dei contratti, ha specificamente disposto la revisione della disciplina in materia di avvalimento, imponendo che il relativo contratto indicasse nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara (art. 1, comma 1, lett. zz)).

Recependo tali indicazioni, l'attuale disciplina dettata dall'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 prescrive specificamente che "... L'operatore economico dimostr[i] alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente...".

Orbene, applicando tali condivisibili principi alla fattispecie in esame, il Collegio ritiene che l'oggetto del contratto di avvalimento stipulato dalle imprese ricorrenti difetti del necessario grado di determinatezza o determinabilità richiesto dalla legge.

Ai sensi dell'art. 2, lett. A), del disciplinare di gara, l'oggetto di tale contratto avrebbe dovuto essere rappresentato dall'iscrizione alla fascia di classificazione di cui alla lett. C) dell'art. 3 del d.m. 7 luglio 1997, n. 274 (Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della L. 25 gennaio 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione).

L'art. 3 del decreto ministeriale citato precisa nel secondo comma che l'impresa viene classificata in base al volume di affari, al netto dell'IVA, realizzato mediamente nell'ultimo triennio, o nel minor periodo di attività, comunque non inferiore a due anni.

Il terzo comma indica ulteriori requisiti economico-finanziari che l'impresa deve possedere ai fini dell'inserimento nella relativa fascia di classificazione, tra cui lo svolgimento servizi di valore coerente con la fascia per la quale si richiede l'iscrizione (lett. a), nonché l'aver sopportato determinati costi per il personale dipendente (lett. b).

Da tali prescrizioni si evince, come peraltro opportunamente sottolineato dal Comune resistente, che il disciplinare di gara ha richiesto il possesso di uno specifico requisito di esperienza pregressa, rappresentato dall'aver già effettuato in passato un servizio analogo a quello oggetto di gara, e pertanto di essere muniti di specifici know how e competenze tecniche nell'attuazione del servizio oggetto dell'appalto.

A fronte di tale prescrizione, il contratto di avvalimento in esame si è limitato a prevedere che "l'impresa ausiliaria [...] si obbliga a fornire alle Imprese ausiliate tutti i requisiti di carattere tecnico ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal Bando di Gara indicato in premessa con riferimento in particolare all'iscrizione alla fascia di classificazione G della legge 25 gennaio 1994, n. 82 e del d.m. 7 luglio 1997, n. 274 mettendo a disposizione di queste tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari. In particolare, saranno forniti e messi a

disposizione la seguente certificazione – in corso di validità – ed i seguenti requisiti, mezzi e risorse:

- Iscrizione alle fasce di classificazione imprese di pulizia (dm 274/97 art. 3) Volume d'affari fino a € 4.131.655,00 data denuncia 09/06/2005”.

Appare evidente che dal contenuto del contratto di avvalimento non è dato desumere elementi sufficienti a rendere chiaro, concreto ed esauriente l'impegno delle imprese ausiliarie in relazione alle risorse ed all'apparato organizzativo che intendano mettere a disposizione delle ditte ausiliate al fine di sopperire alla carenza dei requisiti mancanti richiesti per la partecipazione alla gara.

L'impegno contrattuale si risolve infatti in una mera riproduzione tautologica del testo del disciplinare di gara, difettando così della puntuale indicazione dei mezzi che la ditta ausiliaria dovrebbe fornire alle ausiliate per rendere effettivo il possesso del requisito di gara.

Il Collegio non ignora quell'indirizzo giurisprudenziale (per vero tutt'altro che pacifico) che distingue tra avvalimento c.d. operativo ed avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale (Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Come sopra evidenziato, nel caso in esame il requisito prescritto dal disciplinare non si risolve in una prerogativa aziendale di carattere meramente economico-finanziario e dunque immateriale, ma concerne il possesso di precedenti esperienze che consentano di fare affidamento sulla capacità dell'imprenditore di svolgere la prestazione richiesta, la cui effettiva messa a disposizione può essere testimoniata solo attraverso l'indicazione puntuale dei concreti mezzi prestati alle imprese ausiliarie.

Deve dunque essere avallata la diversa opzione ermeneutica secondo cui "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...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)...", sicché "L'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare... 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)" (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 864).

Alla stregua della giurisprudenza richiamata, non può che rilevarsi la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra dalle società ricorrenti e la ditta Mediacenter, atteso che, con riferimento all'esperienza pregressa che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, mancano nel contratto la indicazione dei singoli mezzi, del personale almeno per qualifiche, dei materiali e delle specifiche risorse messe a disposizione, sicché è impossibile per la stazione appaltante conoscere ex ante, secondo le regole dell'evidenza pubblica, quali siano i requisiti e le risorse concretamente prestati alle ausiliate.

Deve essere altresì disatteso l'ulteriore assunto delle ricorrenti secondo cui la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio.

Già prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, era stato messo in evidenza che la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento osta all'attivazione del soccorso istruttorio, attesa l'inidoneità dei medesimi a produrre effetti (T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 dicembre 2015, n. 1230)

Si era infatti osservato che, in forza dei principi a tutela della par condicio dei concorrenti, che attraverso il soccorso istruttorio può essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non possa essere consentita la "sostituzione" di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell'offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell'offerta a seguito della contestazione di nullità dell'originario contratto.

In realtà, l'attuale panorama normativo consente di escludere l'utilizzabilità dello strumento in questione in ragione di un diverso ed ulteriore profilo.

Occorre al riguardo osservare che, se, da un lato, l'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 si apre affermando che "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio", dall'altro, l'ultimo periodo della medesima disposizione precisa che "Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."

Il nuovo codice dei contratti pubblici detta dunque una disposizione normativa che sancisce espressamente l'inutilizzabilità del soccorso istruttorio per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione.

Nel caso di specie la nullità dell'oggetto del contratto di avvalimento impedisce di individuarne il contenuto dal momento che, alla luce della normativa di cui si è dato conto, deve escludersi che l'oggetto dell'avvalimento possa essere costituito dal requisito nella sua natura cartolare. Oggetto dell'avvalimento, nella impostazione del

nuovo codice sono i mezzi e le risorse dal cui possesso il requisito scaturisce. Così come, esemplificando, l'avviamento non può essere considerato a prescindere dall'azienda a cui si riferisce così, del pari il requisito non può essere considerato separatamente dalle risorse e mezzi cui afferisce. Ciò stante, per le suesposte considerazioni, disattese le contrarie argomentazioni della parte ricorrente, deve concludersi per l'infondatezza delle deduzioni delle ricorrenti e per la conseguente reiezione del ricorso.

Le spese di giudizio vengono compensate, tenuto conto della novità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso e sugli accessivi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio

**L'ESTENSORE**  
**Luca Morbelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Pupilella**

IL SEGRETARIO