

T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, 22 maggio 2009, n. 2852

Contratti della P.A. - Gara - Avalimento – Principio di portata generale applicabile anche in assenza di previsione della *lex specialis* – Obbligo allegazione del contratto di avalimento ex art. 49 del Codice dei contratti – Sussiste.

N. 02852/2009 REG.SEN.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 7429 del 2007, proposto da: Plc Costruzioni e Montaggi S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Sasso, Riccardo Soprano, con domicilio eletto presso Antonio Sasso in Napoli, via Toledo, 156; Edilizia Chianese S.r.l., Euroappalti S.r.l.;

contro

Comune di S.Giuseppe Vesuviano, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Renzulli, con domicilio eletto presso Maurizio Renzulli in Napoli, piazza Sannazaro,71 - Avv.V.Barone;

nei confronti di

Saturna Costruzioni S.a.s. di Castaldo Bernardo & C., rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Lista, con domicilio eletto presso Pasquale Lista in Napoli, via S.Mattia,75c/O Avv.Bevilacqua;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della determina n.61 del 24.9.2007, con cui è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria in favore della Plc Costruzioni e Montaggi S.r.l., dei lavori di "sistemazione stradale via Vasca al Pianillo e via Nuovo Poggiomarino";

delle note prot. 2007 0019670 del 17.7.2007 e prot. 23271 del 6.9.07 del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici e Urbanistica del Comune di S. Giuseppe Vesuviano;

dell'eventuale verbale di aggiudicazione provvisoria ad altra impresa e del bando in parte qua se ritenuto lesivo;

di ogni altro e provvedimento preordinato, connesso o comunque conseguente a quelli impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di S.Giuseppe Vesuviano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Saturna Costruzioni S.a.s. di Castaldo Bernardo & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 06/04/2009 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato i ricorrenti, premesso di essere risultati provvisoriamente aggiudicatari nella gara in oggetto e di esserne poi stati dichiarati decaduti a seguito della disposta verifica documentale, impugnano gli atti in epigrafe per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione resistente e la società controinteressata, insistendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di cui chiedevano il rigetto.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2009 la causa veniva trattenuta in decisione.

Il ricorso non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

Con il primo gruppo di censure, parte ricorrente deduce l'illegittimità di tale determinazione per violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 97 Cost., della direttiva 92/50/CE, dell'art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sul presupposto dell'immediata operatività dell'istituto dell'avvalimento, pur in mancanza di espresse previsioni di richiamo nel bando di gara ed indipendentemente dalla tipologia di procedura ad evidenza pubblica.

La censura non si presenta degna di accoglimento.

In termini di principio può convenirsi con l'assunto iniziale da cui muove la ricostruzione di parte ricorrente (la quale, come espressamente riconosciuto, ricalca le osservazioni formulate da questa Sezione nella sentenza n. 10271/2007) secondo cui la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quantomeno a partire dalla pronuncia della sez. V, 2 dicembre 1999, in causa C-176/98 (Holst Italia S.p.A. c. Comune di Cagliari), ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194) "la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale", il che, con specifico riguardo alla presente controversia, consente di trarre, come significativi corollari, che:

a) l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso;

b) per le medesime ragioni l'operatività di tale istituto prescinde dalla non soggezione, *ratione temporis*, della presente procedura alle regole dettate dal D. Lgs. n. 163/2006, ancorché quest'ultimo testo di legge rilevi nella misura in cui costituisce sviluppo e determinazione del principio generale di matrice comunitaria;

c) dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi nè gli appalti per i quali la *lex specialis* di gara compiutamente definisca le modalità di formulazione dell'offerta, né quelli che in ragione del loro importo inferiore alla cd. soglia comunitaria, non sono soggetti alle previsioni di cui alle richiamate direttive comunitarie: al riguardo, pur non venendo direttamente in rilievo nella presente fattispecie, va osservato come un'eventuale norma interna che, in ragione di tali circostanze, derogasse al criterio dell'universalità di tale istituto dovrebbe essere oggetto di disapplicazione (da parte sia dell'amministrazione che del giudice nazionale) ove in contrasto con il puntuale principio comunitario; si pensi in tal senso alla richiamata previsione di cui all'art. 20 della L. R. Campania n. 3/2007 – alla cui stregua le stazioni appaltanti, nella predisposizione di atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, escludono la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del Codice e successive modificazioni –, peraltro incidente in materia riservata alla competenza esclusiva della Legge statale, in quanto interferente con la disciplina della tutela della concorrenza e del mercato secondo le univoche coordinate interpretative fornite da Corte Cost. n. 401/2007).

Trattasi di direttrici ermeneutiche pienamente confermate dalla successiva normativa comunitaria e nazionale, atteso che l'istituto dell'avvalimento è stato dapprima generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In particolare, tale norma, nel consacrare al primo comma la massima operatività del modello in questione (consentendo al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di un altro soggetto), non solo si presenta di notevole impatto sistematico, ma fissa altresì un principio di vasta portata precettiva. Ed, invero, a fronte di un'evidente *voluntas legis* di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento per la partecipazione alle gare (in conformità con lo spirito delle richiamate norme comunitarie che definiscono l'istituto in termini generalissimi con le sole prescrizioni – in negativo – dell'irrilevanza delle qualificazioni formali ed – in positivo – dell'adeguatezza della prova della disponibilità dei requisiti prestati), la medesima norma, anteriormente alla soppressione poi operata dal D. Lgs. n. 152/2008 in adesione ai rilievi critici mossi dalla Commissione europea con la lettera di costituzione in mora 2007/2309 del 30 gennaio 2008, attribuiva alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della *lex specialis* della procedura, la sola possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura od all'importo dell'appalto (cd. avvilimento parziale in senso verticale od orizzontale: art. 49, co. 7, in base al quale il bando di gara può

prevedere che le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando), purché però tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti.

Ne consegue che, quindi, in mancanza - come nel caso di specie -, di alcuna indicazioni (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'istituto in esame, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa connessa alla sua diretta matrice comunitaria, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo, di tal che siffatta assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (beninteso, e secondo quanto meglio si chiarirà in seguito, nel rispetto della regolarità documentale e sostanziale, peraltro non contestata nella specie).

Di qui la prima conclusione per cui la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale, il che, con specifico riguardo alla presente controversia, consente di trarre il significativo corollario che dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento non possono implicitamente ritenersi esclusi gli affidamenti, quale quello di specie, per i quali la *lex specialis* di gara non abbia stabilito una disciplina derogatoria in alcun senso, ogni eventuale ipotesi di esclusione dell'applicazione di detto principio (anche a volerne per ipotesi ammetterne la praticabilità) non potendo che rivestire i caratteri espressi dell'eccezionalità specificamente motivata;

Tuttavia da tale (corretta) premessa metodologica, parte ricorrente giunge ad una conclusione logico-giuridica non condivisibile nella misura in cui, a fronte delle rilevate difformità contenutistiche-probatorie (cfr. nota dell'11.07.2007 con cui la società Euroappalti s.r.l., cessionaria del ramo d'azienda da parte della PLC srl, in ragione dell'avvenuta perdita della necessaria iscrizione alla OG3, "propone e suggerisce alla spettabile Amministrazione di sfruttare la effettiva disponibilità dei requisiti professionali, tecnici, finanziari ed economici posseduti dall'impresa appresso precisata: EDILIZIA CHIANESE Srl"), perviene alla conclusione della loro inconferenza in ragione ancora una volta della generosissima portata che tale istituto riveste nella sua matrice comunitarie.

Ed, invero, il fatto che la potestà di avvalimento costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale (salva l'ormai soppressa, veduta, eccezione, di cui all'art. 49, comma 7, del medesimo decreto, che, proprio perché costituiva chiara eccezione al principio, comunitario ed interno,

dell'avvalimento, era da considerarsi di stretta interpretazione ed applicazione), comporta ch'esso, così come risulta dalla ricostruzione fornita dalla Corte di Giustizia CE, se non incontra limiti applicativi e tipologici di sorta, nondimeno, a bilanciamento di tale omnicomprensiva portata, necessita di puntali ed univoci riscontri di natura probatoria;

Pertanto, mentre da un lato appare agevole, contrariamente a quanto si assume, considerare irrilevante il fatto che la disciplina di gara, la quale non contempla espressamente l'istituto dell'avvalimento, non parli ovviamente del relativo corredo documentale, , più attente considerazioni merita il rilievo secondo il quale in sostanza l'impegno della impresa ausiliaria nei confronti sia dell'impresa ausiliata che della stazione appaltante risulterebbe assicurato sia dalla riportata dichiarazione.

Ora, è certamente vero che l'ordinamento comunitario "consente agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami con questi ultimi" (art. 47 direttiva n. 18/04), ma da tale inciso, espressione tipica della libertà di forme concessa agli stati membri per dare attuazione alle regole comunitarie, non pare possa trarsi argomento per sostenere l'irrilevanza della previsione della normativa interna che impone, in aggiunta alla dichiarazione di impegno da parte della impresa ausiliaria, anche la sottoscrizione di un contratto tra quest'ultima e l'impresa ausiliata.

Il Collegio non ignora l'esistenza di orientamento interpretativo molto liberale e sostanzialistico (TAR Lazio, Sez. II ter, 30 aprile 2008 n. 3637, nella quale si è esteso all'ordinamento interno la suesposta libertà di forme concessa nella direttiva n. 18/04, e si è affermato che nel suddetto ordinamento interno "non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese...", con la conseguenza che, si conclude, il contratto, "peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo..." ad es. dalla "compresenza della dichiarazione d'impegno dell'impresa ausiliaria..."), il quale, se pone qualche difficoltà di compatibilità con la previsione di cui all'art. 49 D.lvo n. 163/06 - il quale prevede espressamente anche il contratto, in forma scritta, e non già in qualunque forma - è coerente con la previsione della direttiva n. 18/04 (la quale appunto prevede, come possibile prova di legame tra le due imprese, una dichiarazione d'impegno dell'impresa ausiliaria); nondimeno, appare evidente come nel caso di specie la contestata "proposta" avanzata dalla società subentrante, in mancanza di una congrua dichiarazione di impegno anche dell'impresa ausiliaria e del conseguente vincolo contrattuale, non possa assicurare quel minimum documentale indispensabile per la garanzia di serietà del ricorso

all'istituto dell'avvalimento; in tal senso appare evidente che solo mediante tali documenti probatori, a differenza di quanto non avvenga sulla base di una semplice "proposta", la stazione appaltante, il cui rapporto contrattuale avrà luogo nei confronti del solo concorrente, troverà adeguata garanzia del pieno rispetto degli obblighi che nei suoi confronti verranno ad assumere sia l'impresa ausiliaria, mediante il vincolo di solidarietà con l'impresa concorrente nei confronti della stazione appaltante, e sia la stessa impresa concorrente, la quale in definitiva non può necessariamente sottrarsi all'obbligo sinallagmatico di corrispondere all'impresa ausiliaria il corrispettivo dovuto per le sue prestazioni, anche in ciò potendosi agevolmente individuare un rafforzamento della garanzia per la stazione appaltante del buon esito dell'appalto nella parte di questo da eseguirsi a cura dell'impresa ausiliaria. Non a caso, a riprova della suddetta ragione di garanzia voluta dal legislatore interno, nessun contratto è previsto dal successivo comma g) nel caso in cui impresa ausiliaria e impresa ausiliata appartengano al medesimo gruppo, essendo qui evidente, per ragioni di colleganza societaria, la non necessità, per i fini voluti, di un apposito contratto volto a fissare vincoli da ritenersi implicitamente inerenti al rapporto di colleganza in questione.

Non si ritiene poi, che la stazione appaltante, contrariamente a quanto in subordine si vorrebbe, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del D.l.vo n. 163/06, nel presupposto che comunque la volontà delle due imprese di collaborare risulterebbe chiara negli atti del procedimento. Anche a prescindere dal fatto che rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante la richiesta di chiarimenti, appare sufficiente nella specie considerare, al fine di poter escludere la fondatezza dell'assunto, che nella specie l'unica possibile integrazione sarebbe stata non già la semplice regolarizzazione formale di un documento per il resto esistente, quanto la sostituzione integrale di un documento da ritenersi radicalmente privo di validità alcuna in mancanza di una conforme e definitiva volontà in tal senso da parte dei due contraenti, ciò che, per di più, avrebbe sicuramente costituito una sicura violazione della par condicio tra i partecipanti.

Né, infine, merita rilievo il prospettato contrasto tra la libertà di forme prevista dalle richiamate direttive comunitarie e l'asserito rigore desunto dal tenore della disciplina interna, con conseguente l'incompatibilità comunitaria di quest'ultima e relativa disapplicazione. In disparte il rilievo per cui la descritta necessità documentale emerge proprio dalla complessiva ricostruzione (anche comunitaria) dell'istituto de quo. Deve ribadirsi, come già evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa sul punto, che la tesi non può essere seguita anche per effetto delle vicende relative alle ricordate contestazioni mosse dalla Commissione europea al codice degli appalti approvato nel 2006 (si tratta, più precisamente, della lettera di costituzione in mora 2007/2309 del 30 gennaio 2008, avente ad oggetto "incompleta trasposizione del codice degli appalti"). Ora, appare significativo il

fatto che la puntuale attenzione della Commissione, pur prendendo di mira anche il testo dell'art. 49 che qui interessa, si sia soffermata soltanto sui commi 6 e 7 (sindacando del primo la previsione di avvalimento di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria e del secondo la previsione di una limitazione del ricorso alle sole capacità economiche e tecniche di soggetti terzi ovvero di un ricorso alle capacità dei predetti soggetti terzi soltanto in via di integrazione di requisiti già posseduti dall'impresa avvalente) ignorando il precedente comma 2, le cui lettere d) ed f), come si è visto, giova qui ribadire, impongono la presentazione sia di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria di impegno, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, di mettere a disposizione le risorse di cui il concorrente è carente, sia di un contratto, in originale o copia autentica, che vincola l'impresa ausiliaria a fornire i requisiti e a mettere a disposizione del concorrente le suddette risorse.

Evidente appare perciò che la commissione, in coerenza con il principio di libertà delle forme, enunciato espressamente nell'art. 47 della direttiva n. 18/04 (libertà di forme, giova sottolineare, concessa agli stati membri in fase di recezione, e non già alle singole imprese che chiedono di partecipare alle gare) secondo il quale la dimostrazione alla amministrazione aggiudicatrice che il concorrente, intenzionato ad avvalersi di altri soggetti, disporrà dei mezzi necessari, potrà essere data "ad esempio, mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti", non esclude, ma anzi apertamente acconsente a che ciascun stato membro possa diversificare ovvero, in sostanza, rafforzare la garanzia di serietà del ricorso all'avvalimento prevedendo all'uopo sia la dichiarazione in questione, sia un contratto tra le due imprese interessate.

Secondo la medesima linea ermeneutica, peraltro, devono essere altresì condivise le sostanziose riserve avanzate rispetto alla contestata modalità di ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della società odierna e ricorrente sia con riferimento alle modalità temporali della stessa (dovendosi al riguardo ribadire il generale principio diritto per cui – posto che il principio dell'avvalimento, anche nella sua primigenia enucleazione ad opera della Corte Giustizia Ce, non può essere applicato in modo meccanico ed automatico ma presuppone che l'impresa la quale intende farne applicazione indichi in maniera specifica e concreta, in un arco temporale necessariamente anteriore a quello di presentazione dell'offerta, i soggetti esterni che effettueranno la prestazione in oggetto, i quali sono altresì tenuti a rendere dichiarazione in ordine alla propria disponibilità, a garanzia della serietà della stessa offerta nonché del principio di « par condicio » fra i concorrenti – la relativa dichiarazione deve essere presentata in sede di partecipazione alla gara e non successivamente all'aggiudicazione) sia con riguardo alla peculiare posizione rivestita dall'impresa ausiliaria nella presente procedura di gara.

In definitiva, attesa altresì la infondatezza delle ulteriori doglianze formali e procedurali in ragione della correttezza sostanziale e contenutistica degli impugnati provvedimenti, il ricorso deve essere respinto.

Considerata la complessità delle questioni poste, le spese del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ottava sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, , così provvede:

1. Respinge il ricorso;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 06/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Ferone, Presidente

Carlo Buonauro, Primo Referendario, Estensore

Gianluca Di Vita, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO