

APPALTI: Avvalimento - Nullità strutturale - Presupposti affinché non si configuri - Individuazione - Rimessione della esatta definizione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria ad una manifestazione di volontà successiva alla stipula - Impossibilità - Ragioni.

Tar Liguria - Genova, Sez. I, 25 maggio 2022, n. 419

“[...] Affinché il contratto di avvalimento non sia affetto da nullità strutturale, occorre che definisca in maniera chiara l'obbligo dell'impresa ausiliaria, stabilendo con precisione le risorse umane e strumentali che questa s'impegna a mettere a disposizione (presentando così un oggetto “determinato”) oppure indicando criteri e modalità con cui definirle in un secondo momento ma comunque in maniera univoca (presentando così un oggetto “determinabile”).

Sarebbe invece nullo per mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346 – con particolare riferimento alla necessità che questo sia «determinato o determinabile» – un contratto di avvalimento che rimettesse la definizione di tali risorse a una futura ed eventuale nuova manifestazione di volontà delle parti, esponendo così a incertezza non solo i privati contraenti, ma anche la stessa stazione appaltante, la quale non avrebbe la garanzia del concreto possesso dei mezzi per l'esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicatario [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vado Ligure e di Gruppo Itq srl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2022 il dott. Alessandro Enrico Basilico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le ricorrenti, premettendo di aver partecipato, in associazione temporanea d'impresе-ATI, alla procedura negoziata indetta dalla centrale unica di committenza tra i Comuni di Vado Ligure e Quiliano per l'affidamento del lotto n. 2 degli «interventi di riqualificazione della fascia litoranea fronte mare di Porto Vado» e di essersi classificata al secondo posto della graduatoria finale, stilata con applicazione del criterio del minor prezzo, ha impugnato la determinazione di aggiudicazione alla controinteressata, domandando altresì l'accertamento del diritto all'aggiudicazione previa declaratoria d'inefficacia del contratto, oltre alla concessione di misure cautelari.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune e l'aggiudicatario, entrambi chiedendo il rigetto del ricorso.

3. All'esito della camera di consiglio del 20.05.2022, la causa può essere decisa con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge.

4. Contro l'aggiudicazione, la parte attrice articola due motivi di ricorso.

5. Con il primo, si deduce: violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 1325 e 1418 c.c.; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carenza assoluta del presupposto.

Secondo le ricorrenti, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché priva della qualificazione per la categoria OG3-Class. III-bis, richiesta dalla normativa di gara quale requisito di partecipazione.

6. A tal proposito, occorre osservare che la controinteressata, essendo pacificamente priva della qualificazione in parola, si è avvalsa del requisito posseduto dal Consorzio Stabile Opera scarl, con cui ha stipulato un contratto di avvalimento.

Secondo le ricorrenti, tuttavia, da un lato questo contratto sarebbe nullo perché non specificherebbe le risorse messe a disposizione della ditta ausiliata, dall'altro l'impresa ausiliaria sarebbe in realtà priva della qualificazione nella categoria OG3-Class. III-bis, essendo in possesso della qualificazione nella diversa categoria OG3-Class. VII.

7. Con il secondo motivo, si deduce: violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carenza assoluta del presupposto.

Secondo le ricorrenti, le risorse materiali messe a disposizione dell'ausiliata sarebbero insufficienti, in quanto non coprirebbero le attrezzature richieste dalla stazione appaltante quale dotazione minima ai fini della partecipazione.

8. Il primo motivo di ricorso è manifestamente fondato, nei termini seguenti.

9. L'art. 89 del codice dei contratti pubblici stabilisce che «il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria».

Come precisato in giurisprudenza, «è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; 12 marzo 2018, n. 1543). In definitiva, nel caso di avvalimento che abbia

ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto» (così, da ultimo, Cons. St., sez. V, sent. n. 169 del 2022)

10. Il contratto di avvalimento stipulato tra l'aggiudicataria e il Consorzio Stabile Opera scarl prevede l'obbligo di quest'ultima di mettere a disposizione della prima «il numero necessario di squadre tipo, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato. Il numero e tipo di operai sarà stabilito in base all'effettiva necessità in fase esecutiva, prima dell'inizio lavori e nel rispetto dell'art. 89, comma 9 del D.Lgs. 50/2016, così come di seguito meglio specificati: n. 1 operaio specializzato, n. 1 operaio qualificato, n. 1 operaio comune».

11. Le ricorrenti obiettano che il contratto si limita a indicare la composizione della squadra tipo senza specificare il numero delle squadre che interverranno sul cantiere.

12. Nella consapevolezza che clausole analoghe o perfino identiche sono state valutate in maniera opposta dalla giurisprudenza (per la nullità della pattuizione, si v. TAR Campania, Napoli, sent. n. 1022 del 2020; per la sua validità, si v. TAR Campania, Salerno, sent. n. 892 del 2020, confermata da Cons. St., sez. V, sent. n. 6212 del 2021, entrambe citate dalla difesa del Comune), il Collegio ritiene condivisibili i rilievi della parte attrice.

Affinché il contratto di avvalimento non sia affetto da nullità strutturale, occorre che definisca in maniera chiara l'obbligo dell'impresa ausiliaria, stabilendo con precisione le risorse umane e strumentali che questa s'impegna a mettere a disposizione (presentando così un oggetto "determinato") oppure indicando criteri e modalità con cui definirle in un secondo momento ma comunque in maniera univoca (presentando così un oggetto "determinabile").

Sarebbe invece nullo per mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346 – con particolare riferimento alla necessità che questo sia «determinato o determinabile» – un contratto di avvalimento che rimettesse la definizione di tali risorse a una futura ed eventuale nuova manifestazione di volontà delle parti, esponendo così a incertezza non solo i privati contraenti, ma anche la stessa stazione appaltante, la quale non avrebbe la garanzia del concreto possesso dei mezzi per l'esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicatario.

13. Nella specie, effettivamente il contratto concluso dall'aggiudicataria con il Consorzio Stabile Opera scarl si limita a indicare la composizione della squadra tipo, ma non indica (nemmeno nel minimo o nel massimo, cosa che sarebbe stata sufficiente a fornire alla clausola la dovuta specificità) il numero "necessario" delle squadre, il quale viene espressamente rinviato a una

successiva valutazione della «effettiva necessità in fase esecutiva, prima dell’inizio dei lavori» – o, in altre parole, a una futura ed eventuale nuova manifestazione di volontà delle parti.

In questo modo, eventuali contrasti tra ausiliaria e ausiliata in sede di esecuzione sul numero effettivo di operai da impiegare, favoriti dall’indeterminatezza della clausola, si tradurrebbero in un’incertezza sull’effettiva possibilità di realizzazione dell’intervento.

14. L’accoglimento del primo motivo, in questi termini, comporta di per sé l’annullamento degli atti impugnati nella parte in cui non hanno escluso l’aggiudicataria, con assorbimento di ogni altra censura, dal cui esame non trarrebbero utilità né il ricorrente (sotto il profilo della tutela dell’interesse legittimo pretensivo di cui ha denunciato la lesione), né l’Amministrazione (sotto il profilo dell’effetto conformativo, dovendo comunque già essere estromessa la controinteressata).

15. Ferme restando le conseguenze che discendono dall’accoglimento della domanda di annullamento, in termini di vincolo conformativo su futuro esercizio del potere, a questo Collegio rimane preclusa la declaratoria del “diritto all’aggiudicazione”, in quanto le posizioni dei partecipanti a una procedura pubblica di selezione sono di interesse legittimo (pretensivo) e non di diritto soggettivo, per il quale soltanto può essere configurabile un’azione di accertamento (in tal senso si v. TAR Lazio, Roma, sent. n. 10796 del 2019).

Considerato che inoltre il contratto non risulta essere stato già stipulato, non vi è ragione di pronunciarsi sulla richiesta declaratoria d’inefficacia dello stesso.

16. La sussistenza di diversi orientamenti sul punto giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati; compensa tra tutte le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2022 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO