

L'avvalimento "interno" nel Raggruppamento Temporaneo di Professionisti

di Ornella Nasta

Data di pubblicazione: 23-11-2015

La direttiva CE n.18/2004 (art. 47, comma 2 e art. 48, comma 3) ammette che un operatore economico possa, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi (dove l'istituto dell'avvalimento e/o della locazione finanziaria con altri soggetti).

A fortiori la trasmissibilità di un requisito partecipativo incidente sulle capacità economico-finanziarie o tecnico professionali deve essere consentita - in mancanza di diversa e motivata scelta della stazione appaltante - all'interno di un raggruppamento di imprese che si presenta alla gara come un unico soggetto giuridico.

Il requisito oggetto di avvalimento è integrato, ai sensi della lex specialis, dal mero effettivo svolgimento di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, indice dell'acquisizione della capacità tecnica necessarie ai fini della partecipazione della gara de qua. Evidenziato che a tale conclusione è dato pervenire anche sulla scorta della previsione della lex specialis che consente l'integrazione del requisito de quo mediante servizi di progettazione svolti in relazione a lavori di carattere privato, a riprova del fatto che la finalità preminente della previsione del requisito in discorso è la dimostrazione della maturazione di una sufficiente esperienza nel settore in esame che, come si è detto, non è contraddetta dalla predicata violazione di una norma (come quella che vieta il ricorso al subappalto) vigente solo per i servizi affidati da committenti pubblici.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1718 del 2015 proposto da:....., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso

contro

Comune di, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso

per l'annullamento

della determina dirigenziale n. del, con la quale il Comune di ha disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento della direzione dei lavori di realizzazione del centro civico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di e della società

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2015 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

FATTO E DIRITTO

Vista la censura con la quale viene dedotto che l'avvalimento utilizzato dall'ing., mandante del R.T.P. aggiudicatario, violerebbe il disposto dell'art. 49, comma 8, d.lvo n. 163/2006, avendo il suddetto professionista fatto ricorso, quale soggetto ausiliario, alla sua società capogruppo ed avendo questa prestato i suoi requisiti a favore di due diversi concorrenti;

Richiamato, quanto al primo profilo della censura, il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 18 del 5 gennaio 2015) a mente del quale "se, come condivisibilmente affermato dalla III^a sezione di questo Consiglio di Stato in una recente sentenza (30 settembre 2014 n. 4865), la direttiva CE n. 18/2004 (art. 47, comma 2 e art. 48,

comma 3) ammette che un operatore economico possa, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi (dove l'istituto dell'avvalimento e/o della locazione finanziaria con soggetti terzi), a fortiori la trasmissibilità di un requisito partecipativo incidente sulle capacità economico-finanziarie o tecnico-professionali deve essere consentita - si ripete, in mancanza di diversa e motivata scelta della stazione appaltante - all'interno di un raggruppamento di imprese che si presenta alla gara come un unico soggetto giuridico”;

Evidenziato, quanto al secondo profilo della censura, che lo stesso è sfornito di alcun elemento di prova, non essendo stati in particolare prodotti i due (genericamente) richiamati contratti di avvalimento che servirebbero a dimostrarlo;

Vista l'ulteriore censura con la quale viene dedotto che la società capogruppo del R.T.P. aggiudicatario ha prestato al mandante ing. un requisito, richiesto dal punto 6.3 della disciplina di gara, che non poteva costituire oggetto di avvalimento, non avendone il soggetto ausiliario la titolarità, essendo stata la redazione del progetto definitivo ed esecutivo dei lavori di ristrutturazione delle aree degenze e della torre operatoria nel Presidio Ospedaliero di affidata al Consorzio ed eseguita solo in subappalto dall'impresa ausiliaria, in violazione del divieto di subappalto per le prestazioni relative alla progettazione di cui all'art. 91, comma 3, d.lvo n. 163/2006;

Ritenuta l'infondatezza della censura suindicata, essendo il requisito oggetto di avvalimento integrato, ai sensi del punto 6.3 della lex specialis, dal mero effettivo svolgimento di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, indice dell'acquisizione della capacità tecnica necessaria ai fini della partecipazione alla gara de qua, la quale non potrebbe ritenersi inficiata dall'avvenuto svolgimento dei medesimi servizi in eventuale (e non rilevata dalla competente stazione appaltante) violazione di disposizioni (come quella che vieta il ricorso al subappalto relativamente ai servizi di progettazione) inerenti allo specifico procedimento di gara in relazione al quale sono stati espletati;

Evidenziato che a tale conclusione è dato pervenire anche sulla scorta della previsione della lex specialis che consente l'integrazione del requisito de quo mediante servizi di progettazione svolti in relazione a lavori di carattere privato, a riprova del fatto che la finalità preminente della previsione del requisito in discorso è la dimostrazione della maturazione di una sufficiente esperienza nel settore in esame che, come si è detto, non è contraddetta dalla predicata violazione di una norma (come quella che vieta il ricorso al subappalto) vigente solo per i servizi affidati da committenti pubblici;

Vista l'ultima censura, con la quale viene dedotto che la capogruppo mandataria ha attestato il possesso di un requisito in realtà non posseduto, come in precedenza dimostrato;

Ritenuta l'infondatezza della censura suindicata, essendosi per contro verificato il possesso, in capo all'impresa mandataria ed ausiliaria, del requisito oggetto di avvalimento da parte del soggetto mandante;

Ritenuto in conclusione che il ricorso debba essere respinto, e che possa quindi prescindersi

dall'esaminare funditus l'eccezione di inammissibilità dello stesso, formulata dalla parte controinteressata;

Ritenuto che l'originalità della fattispecie oggetto di controversia giustifichi la statuizione di compensazione delle spese di giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1718/2015, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 9 Settembre 2015.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza in commento svolge importanti considerazioni in ordine alla perimetrazione e alla legittimità del c.d. "avvalimento interno", fattispecie che ricorre allorché il soggetto ausiliario e l'ausiliato, facendo parte dello stesso raggruppamento, partecipano ad una gara presentando un'unica offerta.

In tal caso, il raggruppamento temporaneo di professionisti non costituisce un soggetto plurimo, essendosi invece al cospetto di un unico concorrente e di un'unica offerta economica.

Da siffatto raggruppamento discende la presenza di un unico centro di interessi, di guisa che nessuna lesione della normativa di settore (*id est* articolo 49, comma 8, D.Lgs. 163/2006) può venire in rilievo.

Parimenti, non può nemmeno ipotizzarsi una lesione del principio di *par condicio* dei concorrenti, essendo l'istituto dell'avvalimento, come sovente affermato dalla giurisprudenza, il veicolo privilegiato per garantire la massima partecipazione alla gara ad evidenza pubblica.

L'istituto *de quo*, infatti, consente ai concorrenti, che siano sprovvisti dei requisiti richiesti dal bando, di parteciparvi ricorrendo a requisiti *aliunde* posseduti da altri soggetti, in tal modo favorendo l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e, quindi, la concorrenza tra le imprese.

Sulla scorta di tale assunto, dunque, si deve ritenere che se l'avvalimento è predicato quale viatico per favorire l'aumento della concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche, poiché consente all'impresa ausiliaria di utilizzare tutti i requisiti di capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, ne discende - quale logico corollario - che esso è anche la modalità attraverso cui concretamente si attua un principio indefettibile tra le regole del mercato qual è, appunto, la massima partecipazione alla gara.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in esame trae origine dalla domanda, spiccata innanzi ad un TAR, di annullamento della determina di aggiudicazione definitiva della procedura di appalto indetta da un Comune per l'affidamento della direzione dei lavori per la realizzazione di un centro civico.

Più nel dettaglio, occorre specificare che la società ricorrente si era collocata al secondo posto della graduatoria di merito. Aggiudicatario in via definitiva risultava essere un raggruppamento temporaneo costituito da una società capogruppo e da due mandanti.

Ai fini della dimostrazione dei requisiti richiesti dalla legge di gara, il raggruppamento aggiudicatario faceva ricorso all'istituto dell'avvalimento. Segnatamente, la ricorrente sostiene che l'istituto dell'avvalimento sia stato, nella fattispecie *de qua*, utilizzato con modalità palesemente illegittime, atteso che l'ausiliaria risultava essere al contempo anche capogruppo del raggruppamento aggiudicatario, in palese violazione di quanto previsto dall'art. 49 comma 8 del D. Lgs. 163/2006. Tale norma, *expressis verbis*, non consente che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente e che alla gara partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

Ad adiuvandum, la società ricorrente osserva che fra i servizi oggetto del succitato avvalimento risulta la ristrutturazione di alcune aree di degenza in relazione alle quali non poteva, in alcun modo, ritenersi sussistente un'ipotesi di avvalimento per il difetto assoluto di titolarità del requisito *de quo* in capo al soggetto ausiliario. In particolare, il raggruppamento aggiudicatario, secondo la tesi del ricorrente, mancherebbe dei requisiti minimi richiesti ai fini della partecipazione alla gara in quanto la capogruppo avrebbe prestato all'ingegnere (*id est* il mandante) un requisito, espressamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, che non poteva in alcun modo essere oggetto di avvalimento in quanto il soggetto ausiliario non ne aveva la titolarità. A sostegno di tale argomentazione, l'attuale ricorrente asserisce che il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di ristrutturazione delle aree di degenza era stato affidato ad un consorzio ed era stato eseguito solo in subappalto dall'impresa ausiliaria, il tutto in dispregio del divieto, ex articolo 91, comma 3, che il Codice dei Contratti pone al subappalto per le prestazioni relative alla progettazione.

Sulla base di questa ricostruzione la ricorrente contesta la legittimità della determina di aggiudicazione definitiva.

Il Tar Campania, con la decisione in commento, ritiene privo di pregio l'assunto dell'appellante con cui si contesta l'ausilio prestato dalla capogruppo-mandataria a favore di uno dei mandanti, stante il presunto divieto di cui all'articolo 49, comma 8, del Codice dei Contratti.

I giudici partenopei, invero, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, affermano che *"alla luce della direttiva comunitaria n. 18/2004, è ammessa la possibilità per un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi; a fortiori la trasmissibilità di un requisito partecipativo incidente sulle capacità economico-finanziarie o tecnico professionali deve essere consentita - in mancanza di diversa e motivata scelte della stazione appaltante - all'interno di un raggruppamento di imprese che si presenta alla gara come un unico soggetto giuridico"*.

La costituzione di un raggruppamento temporaneo di professionisti, secondo il TAR, non configura, quindi, un soggetto plurimo, dal momento che si è in presenza di un unico concorrente e di un'unica offerta economica.

Relativamente all'altro motivo di ricorso - in riferimento al quale la ricorrente ritiene che venga in rilievo un requisito non avvalibile perché non esistente, in capo alla prima graduata, il possesso del requisito esperienziale inerente allo svolgimento, in un periodo precedente, di attività analoga a quella richiesta dalla *lex specialis* - il Giudice Amministrativo ne ravvisa l'infondatezza.

Invero, secondo l'organo magistratuale, *"il requisito oggetto di avvalimento è integrato, ai sensi della lex specialis, dal mero effettivo svolgimento di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, indice dell'acquisizione della capacità tecnica necessarie ai fini della partecipazione della gara de qua. Evidenziato che a tale conclusione è dato pervenire anche sulla scorta della previsione della lex specialis che consente l'integrazione del requisito de quo mediante servizi di progettazione svolti in relazione a lavori di carattere privato, a riprova del fatto che la finalità preminente della previsione del requisito in discorso è la dimostrazione della maturazione di una sufficiente esperienza nel settore in esame che, come si è detto, non è contraddetta dalla predicata violazione di una norma (come quella che vieta il ricorso al subappalto) vigente solo per i servizi affidati da committenti pubblici"*.

Alla luce di tali rilievi, il TAR campano esclude la violazione dell'art. 91 del D.Lgs.163/2006. Infatti, il divieto di subappalto previsto dal Codice dei contratti vige solo per i servizi affidati da committenti pubblici e non opera, nel caso di redazione di elaborati specialistici, allorché parte del progetto esecutivo sia costituito da elaborati connotati da un elevato grado di complessità e specializzazione. Ma vi è di più: la *lex* di gara adottata dal Comune non contempla nessuna differenziazione tra le prestazioni svolte a vantaggio di soggetti pubblici da quelle derivanti da committenti privati, rendendo in tal modo irrilevante la natura del soggetto affidatario.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il *decisum* in oggetto taglia trasversalmente una tematica di notevole interesse che, sovente, intercetta il segmento degli affidamenti dei servizi di progettazione, vale a dire l'avvalimento c.d. interno.

Ai fini di una corretta perimetrazione della tematica in oggetto preme svolgere qualche considerazione, senza alcuna pretesa di esaustività, sulla disciplina normativa dettata in *subiecta materia*.

Preliminarmente, va osservato che anche per gli affidamenti dei servizi *de quibus* occorre il possesso di requisiti di ordine morale, come previsti dall'articolo 38 del D.Lgs.163/2006, e di requisiti di matrice economica – finanziaria.

È noto che per il soddisfacimento dei requisiti di partecipazione il concorrente può ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Orbene, l'art. 49, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 estende l'applicabilità dell'avvalimento anche ai servizi di progettazione, stabilendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

Fanno eccezione all'applicazione generale dell'istituto *de quo* i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale ex articolo 38 del D.Lgs. 163/2006, così come quelli di carattere personale, individuati nell'articolo 39 del Codice dei Contratti pubblici.

L'istituto dell'avvalimento, definito dalla miglior dottrina come “possesso mediato ed indiretto dei requisiti”, nell'ottica di una più ampia partecipazione alle gare, consente alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese, senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile solamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo.

L'istituto dell'avvalimento non è, però, scevro dall'osservanza di alcune regole. L'avvalimento dei requisiti deve essere reale e non formale, dovendosi ritenere inammissibile un avvalimento che si connota per la genericità. In altri e collimanti termini, non si può considerare sufficiente “prestare” la certificazione posseduta, poiché in tal modo verrebbe meno la stessa *ratio* dell'istituto, che è finalizzato, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti posseduti da altri soggetti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n.810; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90, Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n.1251).

Da queste premesse ne deriva che la *ratio* dell'avvalimento, come più volte scolpita anche dalla giurisprudenza comunitaria, milita nel senso della più ampia applicazione, proprio per favorire l'estensione della platea dei concorrenti. Proprio in tale ottica, il diritto comunitario ammette l'avvalimento anche all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese.

L'addentellato logico-giuridico di siffatta impostazione è stato rintracciato, sul piano ontologico, nell'intelaiatura dell'art. 47 della direttiva n. 2004/18/CE che consente all'operatore economico di fare affidamento sulle capacità possedute da altri soggetti, prescindendo dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Da siffatta ricostruzione ne discende che l'avvalimento è consentito anche all'interno di un raggruppamento.

Sul medesimo crinale si pone anche la giurisprudenza più recente secondo cui il divieto cristallizzato nell'art. 49 D.Lgs. 163/2006 deve essere inteso nel senso che *“è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e quindi presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro d'interessi”* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I ter, 2 Luglio 2015, n. 8828).

Ne discende, come dato inconfutabile, che la disciplina del Raggruppamento temporaneo d'impresе non può essere intesa come limite all'avvalimento, in quanto tale istituto ha portata generale.

Siffatta ricostruzione è suffragata anche da quanto sostenuto dall'AVCP-ANAC che, chiamato ad esprimere autorevole parere sulla tematica *de qua*, ha affermato che *“non può affatto dubitarsi della possibilità di far ricorso all'avvalimento all'interno di un raggruppamento temporaneo in quanto la giurisprudenza, ancor prima della codificazione dell'istituto nel D. Lgs.163/2006, aveva statuito che la normativa comunitaria in materia di servizi, ai fini della comprova del possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente al concorrente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare l'effettiva disponibilità dei mezzi di tali soggetti”*(cfr. parere precontenzioso 23 febbraio 2012, n.22).

Ecco allora che l'avvalimento c.d. interno non si pone in contrasto con la disciplina normativa recata dal D.Lgs.163/2006.

Deve concludersi che non costituendo il raggruppamento temporaneo un soggetto plurimo - dal momento che viene a configurarsi un unico concorrente (attraverso la presentazione di un'unica offerta) e, potenzialmente, un unico contraente (nel caso di aggiudicazione della gara), - l'avvalimento interno, che ricorre quando l'ausiliario e l'ausiliato sono raggruppati tra di loro dando vita ad un unico centro di interessi, non costituisce una fattispecie vietata dalla normativa di settore.