

## Avvalimento senza limiti grazie ad un orientamento di ispirazione comunitaria

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 27-1-2017

1) Il contratto di avvalimento non è da considerarsi generico, riguardo al requisito di natura tecnica, atteso che l'offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione che egli disporrà effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono e sono necessari per eseguire l'appalto. (1)

2) L'applicazione dei canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche (2).

3) L'istituto del soccorso istruttorio è ammissibile anche per le variazioni delle quote di esecuzione del servizio principale rispetto all'impegno assunto in sede di offerta (3).

1. *Conforme: Corte di Giustizia, sez. I, 7 aprile 2016 nella causa C- 324/14.*

2. *Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23.*

3. *Conforme: Cons. Stato, sez. V., 25 febbraio 2016, n. 773.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 947 del 2016, proposto da Ecologia Oggi S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bevilacqua, Fabio Massimo Pellicano, Francesco Lilli, domiciliata presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

**contro**

la Regione Calabria, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo, domiciliata in Catanzaro, Cittadella Regionale;

***nei confronti di***

Mi.Ga. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo consorzio ordinario con C.T.C. Consorzio Trasportatori Crotonesi, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gaetano Scoca, Stefano Salvatore Scoca, Emilio Martucci ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Catanzaro, via Madonna dei Cieli n. 32;

Ecosistem S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Viter S.r.l. e la CO.P.A.R.M., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Izzo, presso il cui suo studio in Catanzaro, corso Mazzini n. 74 è elettivamente domiciliata;

***per l'annullamento***

- del decreto n. 7022 del 17 giugno 2016 del dirigente della Stazione unica appaltante della Regione Calabria di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva della procedura aperta per "l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti urbani di Crotone e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale";

- dei verbali di gara, nella parte relativa all'ammissione del consorzio MI.GA. e del R.T.I. Ecosistem;

- della nota del 19 luglio 2016 di rigetto del preavviso di ricorso;

- occorrendo del bando e del disciplinare di gara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria, di Mi.Ga. S.r.l. e di Ecosistem S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 403 del 14 settembre 2016, con la quale è stata respinta l'istanza cautelare proposta da parte ricorrente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 dicembre 2016 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1. La Regione Calabria ha indetto una gara di appalto, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/06, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti di Crotona e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale, per un importo complessivo a base d'asta di Euro 8.225.455,20.

La procedura in questione riguarda un contratto misto di lavori e servizi, essendo previsti la gestione del polo tecnologico per l'importo di € 4.046.915,30 e i lavori di riefficientamento funzionale dell'impianto per l'importo di € 4.174.085,04, oltre € 34.454,86 per la progettazione esecutiva.

Il disciplinare ha individuato quale prestazione principale quella relativa al servizio di gestione.

2. In esito al procedimento di gara, con Decreto Dirigenziale n. 7022 del 17 giugno 2016, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del consorzio Mi.Ga. S.r.l. - C.T.C., che si è classificato come primo in graduatoria. Il R.T.I. Ecosistem/Viter S.r.l./CO.PAR.M. S.r.l. si è classificato al secondo posto e l'impresa Ecologia Oggi S.p.a. al terzo.

La Mi.Ga. ha dichiarato di concorrere mediante costituzione consorzio ordinario con C.T.C., Consorzio Trasporti Crotonesi, e si è impegnata ad eseguire l'80% del servizio di gestione del polo; il C.T.C. avrebbe eseguito il restante 20%, consistente nell'attività di trasporto rifiuti.

3. L'Impresa Ecologia Oggi S.p.a., terza classificata, ha proposto ricorso e ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore del consorzio Mi.Ga. S.r.l. e tutti i verbali di gara, nella parte relativa all'ammissione in gara del consorzio Mi.Ga. S.r.l. e del R.T.I. Ecosistem S.r.l., nonché la nota prot. n. 230566 del 19.07.2016, con la quale è stato rigettato il preavviso di ricorso e, occorrendo, il bando e il disciplinare di gara.

La ricorrente ha chiesto che siano annullati gli atti impugnati, che sia, per l'effetto, disposta l'aggiudicazione in favore di essa, che il contratto eventualmente stipulato sia dichiarato inefficace e che, in via gradata, sia accertato il suo diritto al risarcimento del danno da mancato utile.

4. Si è costituita la Regione Calabria che ha dedotto l'infondatezza del gravame e ne ha chiesto il rigetto.

5. Si sono costituite, altresì, l'impresa controinteressata aggiudicataria, Mi.Ga. S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo consorzio ordinario con C.T.C. Consorzio Trasportatori Crotonesi, nonché la seconda classificata Ecosistem S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Viter S.r.l. e la CO.P.A.R.M.

Entrambe le imprese hanno dedotto l'infondatezza del ricorso e ne hanno chiesto il rigetto,

con ogni conseguenza di legge.

6. Con ordinanza n. 403 del 16 settembre 2016 è stata respinta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

7. Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2016 la causa è stata assegnata in decisione.

8. Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 49 e 118 d.lgs. n. 163/06, dell'art. 88 D.P.R. n. 207/10, nonché eccesso di potere nelle figure sintomatiche della disparità di trattamento, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, perplessità.

Essa ha rilevato che l'impresa aggiudicataria, Mi.Ga. S.r.l., ha stipulato con C.I.S.A. S.p.a. un contratto di avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Ha, inoltre, evidenziato che il contratto stipulato dalla Mi.Ga., che si è impegnata all'esecuzione dell'80% del servizio, nonostante integralmente priva dei requisiti di qualificazione, riguarda i requisiti di cui agli artt. 5 e 11, lett. b) del disciplinare di gara, vale a dire: a) attestazione SOA in categoria OS14 "Impianti di smaltimento e recupero rifiuti" cl. V e b) aver eseguito nell'ultimo triennio servizi di gestione impianti di trattamento rifiuti per almeno complessive 100.000 ton. e n. 1 servizio di gestione di impianto di trattamento dei rifiuti urbani per una potenzialità di almeno 40.000 ton/annue.

Il contratto in questione non sarebbe idoneo a trasferire i requisiti di capacità tecnico – professionale in capo all'impresa ausiliaria né a garantire l'esecuzione del servizio da parte di un soggetto di maturata esperienza nel settore.

Il contratto sarebbe del tutto generico riguardo al requisito di natura tecnica, non essendo fissate le modalità operative di trasferimento, quali l'affitto d'azienda o la predisposizione di un programma di formazione del personale.

Il motivo è infondato.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico l'offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che egli disporrà effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per eseguire l'appalto oggetto della procedura, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (C.G.U.E., Sez. I, sentenza 7 aprile 2016 nel procedimento C-324/14, Partner Apelski Dariusz);

Conseguentemente, il legislatore nazionale ha previsto, all'articolo 88 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, tra l'altro, l'oggetto del contratto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23), nella sua composizione più autorevole, ha recentemente chiarito che l'applicazione dei canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.

Quindi, l'articolo 88 citato, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*", non legittima né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto.

Alla luce di tali coordinate interpretative, emerge la piena corrispondenza del contratto di avvalimento stipulato nel caso di specie e il modello normativamente previsto.

Infatti, nell'art. 2 del contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria si è impegnata a fornire tutte le risorse e i mezzi necessari per eseguire l'appalto e le parti hanno adeguatamente specificato l'oggetto del contratto, individuando distintamente gli uomini e i mezzi che l'impresa ausiliaria fornirà in caso di aggiudicazione dell'appalto.

Tale previsione comporta la garanzia, per la stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria assicuri effettivamente all'impresa ausiliata i mezzi necessari.

Quanto finora evidenziato implica l'irrelevanza di ulteriori deduzioni di parte ricorrente, tendenti a dimostrare che ai vizi e alle lacune del contratto di avvalimento non potrebbe porsi rimedio facendo ricorso a subappalto in favore della C.I.S.A., giacché la possibilità di subappalto, contemplata dal comma 10 dell'art. 49, trova un limite nel disposto dell'art. 18 del d.lgs. n. 163/2006, che ammette il subappalto nel limite massimo del 30% del servizio, laddove la Mi.Ga. si è impegnata a eseguire l'80%.

9. L'infondatezza del motivo relativo alla mancata esclusione dell'aggiudicataria renderebbe superfluo l'esame del secondo e del terzo motivo di ricorso, dedicati entrambi all'illegittimità della mancata esclusione della seconda classificata.

Solo per completezza può osservarsi, in modo estremamente sintetico, che entrambi i motivi, a giudizio del Collegio, sono infondati.

Con il secondo motivo, parte ricorrente ha affermato l'illegittimità dell'ammissione in gara del R.T.I. Ecosistem/Viter S.r.l./CO.PAR.M. S.r.l., in quanto la commissione, in sede di soccorso istruttorio, avrebbe assentito l'inammissibile variazione delle quote di esecuzione del servizio principale rispetto all'impegno originario assunto dal raggruppamento in sede di offerta.

La giurisprudenza, tuttavia, ha avuto modo, di recente, di affermare l'ammissibilità del soccorso istruttorio in ipotesi che presentavano problematiche non dissimili da quelle evidenziate dalla ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016 n. 773).

Con il terzo ordine di censure, parte ricorrente ha rilevato l'illegittimità della mancata esclusione del R.T.I. Ecosistem S.r.l., altresì, per la carenza del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 11 del disciplinare di gara, relativo all'esecuzione nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara di un servizio di gestione di impianti di trattamento rifiuti per almeno complessive 100.000 tonnellate. La stazione appaltante, a fronte della indicazione da parte della Ecosistem S.r.l. di aver eseguito il servizio per un quantitativo pari a 105.933 tonnellate in un periodo (1 agosto 2012 – 31 agosto 2015) complessivamente superiore di un mese a quello richiesto, avrebbe illegittimamente ritenuto che, pur sottraendo il mese in questione, secondo la media mensile di tonnellate di rifiuti smaltite da Ecosistem S.r.l., l'operatore economico sarebbe rimasto in possesso del requisito di capacità tecnico – professionale.

Osserva il Collegio che la ricorrente si è limitata a rilevare il contenuto della dichiarazione della concorrente, che ha fatto riferimento a un arco temporale più ampio di quello previsto, pari a 37 mesi anziché 36, ma non ha dimostrato che nel periodo di 36 mesi ha eseguito il servizio per un quantitativo inferiore alle 100.000 tonnellate.

La ricorrente avrebbe avuto l'onere di dimostrare, perlomeno sulla base di elementi presuntivi, che il quantitativo nei 36 mesi da considerare è stato inferiore al limite minimo stabilito.

Appare, pertanto, condivisibile l'orientamento della Stazione appaltante che, a fronte del rilievo sollevato da Ecologia Oggi con il preavviso di ricorso, ha ritenuto di dare rilievo al quantitativo nell'arco dei 36 mesi, sia pure determinato sulla base della media mensile di rifiuti.

10. In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese del giudizio, da liquidare in favore delle parti resistenti nella misura di cui in dispositivo, devono essere poste a carico della ricorrente, risultata soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), rigetta il ricorso.

Condanna Ecologia Oggi S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore alla rifusione, in favore della Regione Calabria, della Mi.Ga. S.r.l. e di Ecosistem S.r.l., delle spese e competenze di lite, che si liquidano nella misura complessiva di € 4.500,00 per ciascuno, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 16 dicembre 2016 con l'intervento dei

magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Referendario

## Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti riguardanti il contratto di avvalimento e l'istituto del soccorso istruttorio.

L'oggetto del contendere è rappresentato dalla procedura di gara, concernente per l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale.

L'impresa ricorrente, risultata terza classificata, ne censura la legittimità contestando il contenuto del contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria e, sotto altri profili, la mancata estromissione dell'impresa seconda graduata.

Il Tar calabrese respinge il ricorso rilevando che sia le censure afferenti il contratto di avvalimento che quelle tese a contestare la mancata esclusione della seconda graduata, non risultano fondate.

I giudici osservano come il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria è pienamente corrispondente al modello normativamente previsto, seguendo l'interpretazione di matrice comunitaria, secondo cui l'art. 88 del D.P.R. 107/2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*", non legittima né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto.

Nel caso, l'impresa ausiliaria si è infatti impegnata a fornire tutte le risorse e i mezzi necessari per eseguire l'appalto e le parti hanno adeguatamente specificato l'oggetto del contratto, individuando distintamente gli uomini e i mezzi che l'impresa ausiliaria fornirà in caso di aggiudicazione dell'appalto. Tale previsione comporta la garanzia, per la stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria assicuri effettivamente all'impresa ausiliata i mezzi necessari.

Il Tar ritiene poi infondata la censura attinente la mancata esclusione della ditta seconda graduata poiché avrebbe beneficiato del soccorso istruttorio per la variazione delle quote di esecuzione del servizio principale, rilevando come la giurisprudenza, in tali ipotesi, ha avuto modo di affermarne la piena ammissibilità.

