

È dall'esatta definizione dell'istituto, giurisprudenziale, dell' "avvalimento a cascata" che discende la corretta applicazione dell'art. 89, co. 6, del Codice

di Andrea Di Leo

Data di pubblicazione: 25-4-2018

Non rientra nell'oggetto del divieto dell'art. 89, co., 6, del Codice qualunque ipotesi in cui l'ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto ma soltanto quella che dà luogo al fenomeno dell'avvalimento c.d. "a cascata", che si configura solo quando venga a mancare la corresponsabilità dell'ausiliario che rimanga, anche in relazione alle "garanzie" dell'adempimento, un terzo estraneo alla stazione appaltante.

Guida alla lettura

L'avvalimento a cascata: cenni sulla genesi e sulla *ratio* dell'istituto.

L'art. 89, co. 6, del Codice prevede che *"l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto"*.

Tale disposizione costituisce la traduzione della delega legislativa di cui all' art. 1.co.1 lett. zz) della legge 28.1.2016, n.11, lett. zz) che aveva dato mandato al Governo di rivedere l'istituto dell'avvalimento, nel rispetto dei principi comunitari e di quelli elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, *"imponendo che il contratto di avvalimento indichi 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, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata"*.

L'istituto dell'avvalimento a cascata è di matrice giurisprudenziale e si riferisce alle ipotesi in cui l'ausiliario offre all'ausiliato requisiti che non possiede.

Si tratta, quindi, di fattispecie in cui viene meno il rapporto diretto che deve intercorrere tra ausiliario e ausiliato, *"allungando e, quindi, indebolendo, la catena che lega, innescando i relativi precipitati in punto di responsabilità, il soggetto ausiliato al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere quo ad proceduram"* (così CdS n. 636 del 2016, v. anche

n. 2977 del 2017, nonché n. 1251 del 2014).

Il divieto di avvalimento a cascata è, quindi, volto a far sì che *“la stazione appaltante interloquisca, nell’esecuzione del contratto, solo con soggetti che alla gara hanno partecipato, o come concorrente o come ausiliaria, e si sono assunti le responsabilità dell’esecuzione del contratto pubblico (TAR Toscana n. 1802 del 2016)*

Il caso

Ai fini della partecipazione ad una gara, è accaduto che una delle mandanti di un RTI, tramite avvalimento, ha messo a disposizione di un’altra delle mandanti una porzione del proprio fatturato specifico.

Conseguentemente e successivamente, la prima mandante è ricorsa, a sua volta, ad un ulteriore contratto di avvalimento con un operatore economico esterno al RTI al fine di procurarsi una quota di fatturato specifico (venuta meno, evidentemente, per averla “prestata” alla mandante).

La stazione appaltante, in ragione di tali circostanze, ha escluso il RTI, ritenendo che si fosse al cospetto della violazione del divieto di c.d. avvalimento a cascata di cui all’art. 89, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016, norma che, come noto prescrive che *“l’ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto”*.

La decisione del TAR Lazio

Il provvedimento è stato impugnato dal RTI escluso, il quale ha sostenuto – come si apprende dalla decisione del TAR – che, a fronte della (eccessivamente sintetica) formula normativa di cui all’art. 89, co. 6, del Codice, la *ratio* del divieto sia quella di evitare situazioni in cui l’ausiliario presta requisiti che non possiede direttamente, ma ottiene da un soggetto terzo, e il soggetto terzo, reale possessore dei requisiti, resti estraneo al rapporto con l’Amministrazione.

La ricorrente, sempre come si apprende dalla decisione del TAR, aveva posto la sua attenzione sull’esatta individuazione di quale sia la portata (e la *ratio*) del divieto positivizzato dall’art. 89, co. 6, ult. periodo. del Codice.

Il TAR, tuttavia, ha ritenuto che una situazione del genere integrasse esattamente la fattispecie dell’avvalimento a cascata vietata dall’art. 89, co. 6, del Codice.

La sentenza, ha, infatti, rilevato che *“la mandante (...) è una concorrente (...) tenuta all’esecuzione in proprio di parte del servizio, che, nel meccanismo fatto proprio dall’offerta per cui è causa, e atteso che l’avvalimento del fatturato specifico non consiste nella mera*

circolazione cartolare del requisito, (...), si è dapprima “svuotata” della propria capacità operativa, “prestata” all’altra mandante (...), per poi ricorrere all’avvalimento da parte di un soggetto terzo (...) per “reintegrare” il medesimo requisito di fatturato specifico, (...).

Il che, ad avviso del TAR Lazio, avrebbe comportato che la mandante ausiliaria “avrebbe utilizzato in fase esecutiva le proprie risorse “dirette” non per eseguire l’appalto, bensì per far fronte all’avvalimento” in favore della mandante ausiliata, “mentre per eseguire tali prestazioni in qualità di mandante avrebbe utilizzato la struttura operativa della propria ausiliaria”, con ciò determinando il vietato “fenomeno di “allungamento della catena” che l’art. 89, comma 6, secondo periodo, del Codice vuole evitare”.

Sarebbe, dunque, venuta meno la “sussistenza di un rapporto diretto ed immediato tra soggetto ausiliario e soggetto ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale”.

La diversa posizione del Consiglio di Stato.

A conclusioni del tutto opposte è, tuttavia, pervenuto il Consiglio di Stato, il cui impianto argomentativo muove da una fondamentale e dirimente premessa: non rientra nell’oggetto del divieto dell’art. 89, co., 6, del Codice qualunque ipotesi in cui l’ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto, “*ma soltanto quella che dà luogo al fenomeno dell’avvalimento c.d. “a cascata”*”.

E, precisa ancora il Giudice di appello, che questo si realizza “*allorché l’impresa ausiliaria, priva (del tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente, lo acquisisca a sua volta, mediante avvalimento, da altro soggetto*”, giacché “*la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all’infinito, la catena dei possibili sub ausiliari*”.

Muovendo da tali (lineari) premesse, il Consiglio di Stato è pervenuto alla (logica e non formalistica) conclusione che nel caso in esame non si è al cospetto di un avvalimento a cascata.

Infatti, la mandante ausiliaria “*ha fornito un requisito che già possedeva in proprio*” e, solo successivamente, “*si è avvalsa di una terza impresa per acquisire la parte di fatturato specifico mancante per integrare il prescritto requisito di partecipazione alla gara*”.

A fronte di ciò, non è configurabile “*quell’interruzione del rapporto immediato e diretto tra ausiliaria e ausiliata e quell’allungamento della catena dei subausiliari che costituisce il proprium dell’avvalimento “a cascata” e che ne giustifica il divieto*”.

Insomma, atteso che ciascuna ausiliaria “*ha fornito un requisito posseduto in proprio*”, non è in alcun modo stato interrotto “*il dovuto rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata*” e ciò con la conseguenza, dal punto di vista della stazione appaltante, che, in fase di

esecuzione, *“le verifiche da compiere, in sostanza, non divergono da quelle la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere”* laddove l'avvalimento fosse stato esclusivamente tra un'ausiliaria esterna e una sola delle mandanti.

La decisione del Consiglio di Stato, dunque, è degna di nota perché, a fronte della laconica formula normativa, chiarisce che la responsabilità solidale è l'unica condizione sufficiente e necessaria affinché possa operare l'avvalimento, di talché l'avvalimento a cascata è configurabile solo quando venga a mancare la corresponsabilità dell'ausiliario che rimanga, anche in relazione alle “garanzie” dell'adempimento, un terzo estraneo alla stazione appaltante.

Il che, peraltro, risulta in linea con l'art. 63 co. 1 della dir. UE 24/2014 che non pone limiti di sorta all'avvalimento, neppure a “cascata”, imponendo esclusivamente la dimostrazione della disponibilità dei mezzi necessari, la non sussistenza di cause di esclusione e la soddisfazione dei medesimi criteri di selezione e, appunto, la responsabilità solidale dell'ausiliario con l'operatore economico partecipante alla gara. Elemento, quest'ultimo, che, d'altra parte, la Direttiva considera come facoltativo, prevedendo la Direttiva che *“la stazione appaltante può esigere che l'operatore economico e i soggetti i soggetti di cui sopra (ausiliari ndr) siano solidalmente responsabili”*).

[omissis]

sul ricorso numero di registro generale 8002 del 2017, proposto da:
Pagliani Service s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI, con la Italmecanica s.r.l. e la Ares Automotive s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Elisa Scotti, Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria e Paolo Pittori, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

contro

Cotral s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Bruno Buozzi, 51;

nei confronti di

Drive Line Service s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Malena, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Ovidio, 32;

ATI tra la Guglielmo s.r.l., la O.C.M. s.r.l. e la Officina Palleschi C. e C. s.r.l., ATI tra la Romana

Diesel s.p.a., l'Autofficina Fratelli Pennesi s.n.c. e l'Autofficina Pontina, ATI tra l'Autofficina Fratelli Pennesi s.n.c. e l'Arma s.r.l., ATI tra la Drive Line Service s.r.l. e la CERIV s.r.l., ATI tra la Drive Line Service s.r.l. e la Amiata Motori s.r.l., ATI tra la Romana Diesel s.p.a. e l'Autofficina Fratelli Pennesi s.n.c. e l'ARMA s.r.l. nonché Romana Diesel s.p.a. e Consorzio GISA, in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio– Roma, Sezione I Quater, n. 10345/2017, resa tra le parti, concernente l'esclusione da una procedura ad evidenza pubblica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Drive Line Service s.r.l. e della Cotral s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria, Marcello Cardi e Massimo Malena;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Cotral s.p.a. ha indetto una procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento della gestione in *full service* di parte degli autobus facenti parte della propria flotta, per un importo complessivo a base d'asta di € 59.045.500,00.

Ai fini dell'ammissione alla gara la *lex specialis* richiedeva, tra l'altro, il possesso, nei tre esercizi finanziari antecedenti la data di pubblicazione del bando, di un fatturato specifico in servizi di manutenzione di autobus non inferiore al cinquanta per cento dell'importo presunto relativo al lotto o alla somma dei lotti a cui si sarebbe riferita la partecipazione.

In caso di RTI il detto requisito avrebbe dovuto essere posseduto dalla mandataria in misura non inferiore al sessanta per cento e dalle mandanti in misura non inferiore al venti per cento.

Il RTI tra la Pogliani Service s.r.l. (d'ora in avanti solo Pogliani), in veste di capogruppo, la Italmecanica s.r.l. e la Ares Automotive s.r.l. (da qui in poi solo Ares) ha presentato domanda di partecipazione per tutti e quattro i lotti, per cui il fatturato specifico richiesto ammontava ad almeno € 17.713.650,00, per la mandataria e ad almeno 5.904.550,00 per ciascuna delle

mandanti.

Per raggiungere il prescritto fatturato minimo le tre imprese raggruppate hanno così operato:

- a) la mandataria (in possesso di un fatturato proprio pari a € 13.500.000,00) si è avvalsa della Eurobus (per € 2.977.000,00) e della Cimep (per € 1.674.000,00);
- b) la Ares, in possesso di un fatturato di € 1.805.420,00, si è avvalsa del fatturato messo a disposizione dalla Italmecchanica per un importo di € 4.150.000,00;
- c) la Italmecchanica, originariamente in possesso di un fatturato proprio pari a € 5.700.000,00, ridottosi a € 1.550.000,00 dopo il contratto di avvalimento stipulato con la Ares, si è avvalsa, per raggiungere il requisito in parola, del fatturato della Ricambi e Rettifiche Laziali, per un importo di € 4.400.000,00.

Ritenendo che l'Italmecchanica, assunta la veste di ausiliaria, non potesse a sua volta ricorrere all'avvalimento di altro soggetto per raggiungere il requisito mancante, in quanto ciò avrebbe configurato un'ipotesi di avvalimento c.d. "a cascata" vietato dall'art. 89, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), la stazione appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara del suddetto RTI.

La Pogliani ha, quindi, impugnato il provvedimento espulsivo con ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio – Roma, che con sentenza 13 ottobre 2017, n. 10345 lo ha respinto.

Avverso la menzionata sentenza la Pogliani ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio la Cotral e la Drive Line Service s.r.l. (anch'essa concorrente).

Con successive memorie tutte le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del giorno 8 febbraio 2018 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo l'appellante lamenta che il Tribunale amministrativo avrebbe errato a respingere la doglianza con cui era stato dedotta l'insussistenza della violazione dell'art. 89, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016 posta dalla stazione appaltante a fondamento della disposta esclusione dalla gara.

La censura è fondata.

Il menzionato art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina l'istituto dell'avvalimento, attua la delega contenuta nel comma 1, lett. zz), dell'art. 1 della legge 28 gennaio 2016, 11, con la quale al Governo è stato affidato il compito di procedere alla *"revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi 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, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare".

Il comma 6 del medesimo art. 89, secondo cui, per quanto qui rileva, "L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto", attua, in particolare, il principio della delega che impone "di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata".

L'individuata *ratio* della norma ne definisce ad un tempo l'ambito operativo.

La suddetta disposizione del d.lgs. n. 50 del 2016 va quindi intesa, in coerenza con le finalità che la connotano, nel senso che non rientra nell'oggetto del suo divieto qualunque ipotesi in cui l'ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto, ma soltanto quella che dà luogo al fenomeno dell'avvalimento c.d. "a cascata".

Quest'ultimo, in base al *diritto vivente*, si realizza allorché l'impresa ausiliaria, priva (del tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente, lo acquisisca a sua volta, mediante avvalimento, da altro soggetto.

L'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, cionondimeno non può essere ignorato che il medesimo dev'essere idoneo a soddisfare l'interesse pubblico ad una sicura ed efficiente esecuzione del contratto e da ciò scaturisce la conseguenza che la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito, la catena dei possibili subausiliari (Cons. Stato, III, 1 ottobre 2012, n. 5161; IV, 24 maggio 2013, n. 2832).

La deroga che l'istituto in parola reca al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è, pertanto, condizionata alla possibilità di configurare un rapporto diretto ed immediato tra ausiliaria e ausiliata da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione da eseguire e l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, infrangerebbe l'ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento e la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara (Cons. Stato, V, 26 luglio 2016 n. 3347; VI, 19 giugno 2017, n. 2977).

Nel caso di specie non è, però, configurabile un'ipotesi di avvalimento "a cascata", atteso che la Italmecanica ha fornito un requisito che già possedeva in proprio.

Difatti, come precisato, detta impresa, in possesso di un fatturato specifico di € 5.700.000,00,

ha messo a disposizione della Ares un fatturato di € 4.150.000,00.

Solo successivamente la Italmecanica, essendo a sua volta concorrente, si è avvalsa di una terza impresa per acquisire la parte di fatturato specifico mancante per integrare il prescritto requisito di partecipazione alla gara.

Non si è verificato, pertanto, nel caso che occupa, quell'interruzione del rapporto immediato e diretto tra ausiliaria e ausiliata e quell'allungamento della catena dei subausiliari che costituisce il *proprium* dell'avvalimento "a cascata" e che ne giustifica il divieto.

Alle considerazioni svolte è da aggiungere che non ha rilievo, nell'economia del presente giudizio, la norma dell'art. 89, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, richiamata dall'impugnata sentenza.

Quest'ultima prevede: *"In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità"*.

Orbene, la doverosa attività di controllo demandata dalla norma alla stazione appaltante non è ostacolata o aggravata dal meccanismo nella specie posto in essere dalle due mandanti, atteso che l'ausiliaria di ciascuna di esse ha fornito un requisito posseduto in proprio, per cui non si è interrotto il dovuto rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata.

Le verifiche da compiere, in sostanza, non divergono da quelle la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere se ausiliaria della Ares fosse stata un'impresa terza.

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza, nei confronti della Cotral, mentre possono essere compensate nei riguardi della Drive Line Service.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado e conseguentemente annulla il provvedimento di esclusione col medesimo impugnato.

Condanna la Cotral al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge. Compensa le dette spese nei confronti della Drive Line Service.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere