

N. 00413/2014REG.PROV.COLL.
N. 03450/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di [registro](#) generale 3450 del 2013, proposto da:

Angelino S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ferdinando Pinto e Giulio Renditiso, con domicilio eletto presso Michele Sandulli in Roma, via XX Settembre 3;

contro

Soc. School Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Barbieri, Raimondo Nocerino e Aniello Mele, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato-Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Soc. Castiello Srl; Comune di Afragola, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania - Napoli: Sezione II n. 01155/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc. School Service Srl e del Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Antonio Messina su delega dell'avv. Ferdinando Pinto, Gianpaolo Ruggiero su delega dell'avv. Aniello Mele e Antonio Messina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 985/ 2012, il Comune di Afragola indiceva una procedura aperta di gara per l'affidamento del servizio integrativo di trasporto pubblico locale finalizzato alla creazione di una rete di collegamento mediante trasporto su gomma (autobus) tra le varie zone della città ed i principali punti di interesse collettivo e con la stazione ferroviaria di Afragola/Casoria, per la durata di anni sei.

All'esito della gara, con determinazione dirigenziale n. 1603/ 2012, l'appalto veniva aggiudicato in via definitiva alla Castiello s.r.l., che precedeva la Angelino s.r.l.e la School Bus Service s.r.l.,classificatesi rispettivamente al secondo ed al terzo posto.

Ritenendo illegittimo l'anzidetto provvedimento di aggiudicazione, la School Bus adiva il Tar Campania-Napoli per ottenere il suo annullamento.

Con sentenza n. 1155/2013, il Tribunale adito accoglieva il ricorso *“in relazione alla decisiva fondatezza dei motivi....concernenti i contratti di avvalimento conclusi dalle due ditte che hanno preceduto nella graduatoria finale* “la ricorrente.

Avverso detta sentenza la Angelino ha quindi interposto l'odierno appello,chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la School Bus chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Afragola, chiedendo viceversa l'accoglimento dell'appello.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico ancorché articolato mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove *“ha affermato l'invalidità del contratto di avalimento, in quanto (presuntivamente) assoggettato ad una condizione sospensiva potestativa, ravvisata..... nella previsione contrattuale secondo cui “ il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avalimento. In caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa ausiliaria potrà verificare e monitorare costantemente l'esecuzione dei servizi, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi”.*

Assume al riguardo:

- a. che l'anzidetta previsione contrattuale altro non sarebbe *“che una pattuizione diretta a vincolare reciprocamente le parti senza condizionare in alcun modo la chiara ed univoca volontà dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione dell'appellante i requisiti e le risorse necessarie allo svolgimento dell'appalto...”* ;
- b. che sarebbe *“irrilevante per la stazione appaltante quali siano i rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria...”*;
- c. che nella fattispecie in contestazione il requisito della verifica della volontà contrattuale di avalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria dovrebbe *“ritenersi soddisfatto con le dichiarazioni depositate, dalle quali*

si evince che l'impresa ausiliaria ha manifestato in forma inequivoca la volontà di obbligarsi verso la concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse (o per meglio dire le garanzie) necessarie “;

d. che il contratto di avvalimento - per giurisprudenza costante - sarebbe *“cristallizzazione di un'obbligazione destinata a perfezionarsi (solo) al momento dell'aggiudicazione in favore del concorrente ausiliato”*, come precisato dalla AVCP nella deliberazione n. 2 del 2012, con la quale ha dettato le Linee Guida in materia di avvalimento ;

e. che nessuna valenza invalidante potrebbe attribuirsi alla clausola secondo cui *“l'impresa avvalente non verserà alcun importo all'impresa ausiliaria”*, in quanto il contratto di avvalimento ben può essere a titolo gratuito, atteso il carattere atipico dello stesso.

2. La doglianza non può essere condivisa.

3. Ed invero, con riferimento ai primi tre profili di censura (lettere a,b,c), osserva il Collegio come nel contratto di avvalimento in questione stipulato tra la DAV e la Angelino sia statuito tra l'altro che *“in considerazione della responsabilità solidale che il legislatore nazionale addossa all'impresa ausiliaria, ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti nel presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni:*

- il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento. In caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa ausiliaria potrà modificare e monitorare costantemente l'esecuzione dei servizi la regolarità di esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi come, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: comunicazione di stipula contratti ed atti di sottomissione verbali di consegna, sospensione e ripresa, verbali di regolare esecuzione ed inoltre la facoltà di procedere, anche a mezzo di proprio delegato, ad accedere sui luoghi di svolgimento dei servizi onde verificare il regolare e legittimo svolgimento degli stessi;

- *l'impresa ausiliaria non sarà responsabile a nessun titolo in caso di rifiuto della stazione appaltante di riconoscere la validità degli accordi scaturenti dal presente contratto ed eventuali oneri legali e non, necessari per un eventuale ricorso, saranno a carico dell'impresa avvalente.*”

Ciò posto, osserva il Collegio come una clausola siffatta si sostanzi in una condizione sospensiva meramente potestativa, che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento.

Infatti, sebbene quest'ultimo non sia stato tipizzato in ogni suo aspetto dalla legge, non può di certo ritenersi che alle parti sia consentito di definire un regolamento pattizio meramente potestativo e tale, comunque, da ricondurre all'esclusiva volontà dell'ausiliaria il presupposto di operatività di un sinallagma ontologicamente destinato a produrre effetti anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Né, peraltro, l'invocata circostanza per cui nella specie il contratto di avvalimento sarebbe da qualificare di “*garanzia*” piuttosto che “*operativo*”, è di per sé idonea a legittimare l'assunzione di un accordo tra le parti nei termini sopra evidenziati.

Infatti, l'articolo 49 del Codice non opera distinzione alcuna in ragione della natura del contratto e dei requisiti oggetto di avvalimento, imponendo viceversa sempre comunque che gli obblighi che le parti si impegnano ad assumere fra di loro e nei confronti della stazione appaltante siano chiari, univoci e, quel che qui rileva, non sottoposti a condizioni sospensive meramente potestative.

Del tutto correttamente, quindi, il primo giudice ha osservato che il “*contratto concluso tra la Angelino S.r.l. e la D.A.V. S.r.l. contiene una pattuizione secondo cui «in caso di aggiudicazione delle gare, l'impresa avvalente non verserà alcun importo all'impresa ausiliaria» – configurandosi, pertanto, come contratto in cui una parte si obbliga senza alcun corrispettivo – e che, non corrispondendo in qualche altro modo anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria l'assunzione da parte sua*

dell'impegno ipotizzato nel contratto, la condizione potestativa apposta all'obbligazione della impresa ausiliaria finisce per dipendere unicamente dalla sua volontà e cioè per essere meramente potestativa”, precisando che ai sensi dell'art. 1355 c.c. è però “nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore”e concludendo pertanto che, nella specie, ciò che “viene a mancare è il presupposto stesso per l'assolvimento all'onere di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06, vale a dire un contratto valido ed efficace in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”.

4. Atteso il carattere assorbente delle argomentazioni che precedono, non v'è poi ragione per attardarsi sui restanti due profili di censura (lettere a, b) dedotti con riferimento a quanto precisato dalla AVCP nella deliberazione n. 2 /2012 ed alla possibilità che il contratto di avvalimento possa essere a titolo gratuito, essendo tali rilievi del tutto irrilevanti ai fini del decidere.

7. Conclusivamente il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

8. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità delle questioni giuridiche dedotte in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)