

Publicato il 10/01/2022

N. 00169/2022REG.PROV.COLL.
N. 02369/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2369 del 2021,
proposto da

FL Infrastrutture s.r.l. in proprio e quale mandataria del raggruppamento
temporaneo di imprese con Consorzio A.I.C.O., in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Carbone e
Francesco Cocola, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di
Giustizia;

contro

Lombardi s.r.l. - Calcestruzzi Casale s.r.l. in proprio e nella rispettiva qualità di
mandataria e mandante del raggruppamento temporaneo di imprese, ciascuna
in persona del proprio legale rappresentante, rappresentate e difese
dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Cervinara, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00429/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lombardi s.r.l. e di Calcestruzzi Casale s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Eugenio Carbone e Antonio Melucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La C.u.c. – centrale unica di committenza Cervinara – Bucciano indicava una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, per l'affidamento dei *“lavori di messa in sicurezza sismica e ristrutturazione del plesso scuola media dell'istituto comprensivo F. De Sanctis sito in via Renazzo del Comune di Cervinara”*.

1.1. All'esito delle operazioni di gara risultava prima graduata il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con FL Infrastrutture s.r.l. quale mandataria e il Consorzio A.I.C.O. quale mandante con il punteggio di 77,10; secondo graduato era il r.t.i. con Lombardi s.r.l. quale mandataria e Calcestruzzi Casale s.r.l. quale mandante, con il punteggio di 65,56.

Alla prima graduata era aggiudicato definitivamente l'appalto con provvedimento dell' 11 dicembre 2020, n. 152.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sezione staccata di Salerno Lombardi s.r.l. e Calcestruzzi Casale s.r.l. impugnavano il provvedimento di aggiudicazione sulla base di quattro motivi. Con il primo motivo le ricorrenti sostenevano la nullità del contratto di avvalimento concluso dalla FL Infrastrutture s.r.l. con la ditta Geom. Angelo Ciardiello per l'acquisizione del requisito mancante della SOA per la categoria

prevalente OG1 class. IV bis per svariate ragioni, tra cui, in particolare, la carente indicazione delle risorse poste a disposizione.

Con il secondo motivo di ricorso contestavano alla stazione appaltante di non aver escluso l'offerta dell'aggiudicataria sebbene avesse proposta una modifica al progetto posto a base di gara qualificabile come variante e, in quanto tale espressamente vietata dal punto 1.7 del disciplinare, richiedente, peraltro, per la sua realizzazione il rilascio di una nuova autorizzazione sismica.

Con il terzo motivo le ricorrenti sostenevano sussistente la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016 essendo identificabile un "unico centro decisionale" tra il raggruppamento controinteressato e quello tra Irpinia Pietre Costruzioni s.r.l. – Papa Service.

In via subordinata, infine, era dedotta la violazione degli artt. 42 e 77 del codice dei contratti pubblici in relazione allo "*stretto rapporto di colleganza*" tra l'arch. Pasquale Aragosa, Presidente della Commissione di gara, e l'arch. Enzo Carbone, tecnico che aveva firmato il progetto dell'aggiudicataria, entrambi dipendenti del Comune di Airola.

2.1. Nella resistenza del Comune di Cervinara e di FL Infrastrutture s.r.l., il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, 15 febbraio 2021, n. 429, accoglieva il ricorso e, annullati gli atti impugnati, dichiarava l'inefficacia del contratto di appalto, qualora fosse stato stipulato, con conseguente subentro in esso della ricorrente.

Il tribunale:

- richiamato il contenuto del disciplinare di gara (punto 6.3), che, in coerenza con l'art. 89, comma 1, ult. periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, richiedeva la specifica indicazione delle risorse poste a disposizione;
- rammentata la distinzione tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. operativo, e l'orientamento giurisprudenziale che, per il secondo, richiede una più intesa determinazione del contenuto del contratto e che la messa a disposizione delle risorse sia effettiva e sostanziale, occorrendo, a questo

scopo, una analitica e dettagliata elencazione delle risorse umane e dei beni strumentali necessari per la realizzazione dei servizi oggetto della gara;

- precisato che, nel caso in esame, oggetto di avvalimento era la SOA per la categoria OG1 – *Edifici civili e industriali* e che, dunque, l'avvalimento concluso dall'aggiudicataria era qualificabile come avvalimento operativo;

- riteneva il contratto di avvalimento “*generico ed indeterminato*” in quanto, con riferimento alle risorse umane messe a disposizione, veniva dichiarato l'impiego esclusivamente della figura del Direttore tecnico, “*senza l'indicazione di alcun'altra figura professionale aggiuntiva, in termini numerici e di qualifica posseduta, da affiancare a quest'ultimo*”;

- concludeva che, per la nullità del contratto di avvalimento, la FL Infrastrutture non era in possesso dei requisiti tecnici di partecipazione alla gara, con conseguente necessità della sua esclusione.

3. Propone appello FL Infrastrutture s.r.l. nella qualità in epigrafe indicata; si sono costituite Lombardi s.r.l. e Calcestruzzi Casale s.r.l..

Le appellanti hanno depositato memoria *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm..

All'udienza del 18 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con unico motivo di appello, articolato in diverse censure, FL Infrastrutture s.r.l. contesta la sentenza di primo grado per “*Errore in iudicando: violazione dell'art. 84 e 89 d.lgs. n. 50/2016, della Direttiva CE n. 24/2014, della lex specialis di gara, degli artt. 1363, 1367, 1418, 1325 del codice civile. Carenza e contraddittorietà della motivazione. Travisamento dei presupposti di fatto*”; dopo aver specificato che alla data di conclusione del contratto di avvalimento la ditta Geom. Angelo Ciardiello era priva di maestranze attive per la momentanea assenza di commesse e che l'intero complesso produttivo correlato alla certificazione SOA era costituito solamente dal direttore tecnico e titolare della ditta individuale, si duole che il primo giudice:

- a) abbia disposto la sua esclusione dalla procedura di gara per violazione della disposizione del disciplinare di gara che onerava l'ausiliata alla specificazione del “*numero degli addetti messi a disposizione, facenti parte dell'organico dell'ausiliaria*”, senza considerare che il disciplinare non faceva seguire alcuna sanzione alla mancata indicazione del numero degli addetti, i cui nominativi, peraltro, dovevano essere comunicati solo all'inizio dei lavori e non indicati nella domanda di partecipazione (1° profilo di censura);
- b) abbia interpretato la clausola del disciplinare in maniera formalistica e, comunque, eccessivamente rigorosa, sebbene la stessa fosse chiara nel senso di escludere ogni automatica sanzione espulsiva per il concorrente che non avesse indicato i nominativi dei lavoratori e, comunque, senza tener conto che in caso di clausola non chiara o di dubbia esegesi prevale il principio del *favor participationis* (2° profilo di censura);
- c) non abbia considerato che oggetto dell'avvalimento era la SOA (e precisamente la SOA Soatech s.p.a. in data 28.5.2018 n. 35160/17/00 per la categoria OG1 Class. IV bis) in possesso della ditta Geom. Angelo Ciardiello, per cui oggetto di prestito era l' “*intero corredo tecnico, amministrativo ed operativo*” che aveva consentito all'impresa ausiliaria l'acquisizione della certificazione SOA, vale a dire, nel caso di specie, quanto al personale, la sola figura professionale del direttore tecnico e titolare della ditta, poiché per la sola presenza di questa nell'organico alla ditta individuale era stata riconosciuto la predetta certificazione SOA (come previsto dall'art. 18 d.P.R. n. 34 del 2000 per il quale i requisiti di ordine speciale, come “*l'adeguato organico medio*” sono dimostrati dal costo complessivo sostenuto per le ditte individuali dalla retribuzione del titolare o dei soci) (3° profilo di censura);
- d) abbia accolto una interpretazione delle disposizioni del disciplinare e del codice dei contratti pubblici ingiustamente limitativa dell'istituto dell'avvalimento, in contrasto con l'ampia portata allo stesso riconosciuto dalla giurisprudenza euro-unitaria, e, comunque, produttiva di una disparità di trattamento considerato che la tesi accolta permetterebbe all'ausiliaria di

partecipare autonomamente alla procedura di gara ma non le consente di assumere la veste di ausiliaria (4° profilo di censura);

e) abbia attribuito rilevanza alla mancata indicazione nel contratto di avvalimento delle unità di personale ulteriori a quella del titolare e del direttore tecnico senza considerare che, nel settore degli appalti pubblici, le imprese qualificate procedono all'acquisizione di personale in funzione delle commesse acquisite e per il tempo strettamente necessario all'esecuzione delle opere, ed è proprio la mancanza di commesse che, al momento della stipulazione del contratto di avvalimento, aveva determinato l'assenza di risorse umane presenti in azienda, e tenendo conto, altresì, che non avrebbe senso richiedere per l'avvalimento SOA anche il trasferimento delle risorse superflue per l'esecuzione dell'opera, in quanto possedute in proprio dall'impresa avvalente o, comunque, non strettamente necessarie per l'esecuzione dell'opera, pena la connotazione del contratto di avvalimento come strumento di duplicazione dei costi per le imprese più piccole o neo costituite obbligandole ad avvalersi del personale generico dell'impresa ausiliaria (5° profilo di censura).

2. Il motivo è infondato.

2.1. Le prime due censure sono inammissibili per carenza di specificità rispetto alla *ratio decidendi* della sentenza impugnata: il giudice di primo grado ha accolto il ricorso non per violazione della clausola del disciplinare (punto 6.3), che onerava i concorrenti di indicare nel contratto di avvalimento il “*numero degli addetti messi a disposizione, facenti parte dell'organico dell'ausiliaria*” con precisazione dei nominativi, ma per nullità del contratto per genericità e indeterminatezza del contenuto. Precisamente, secondo il tribunale, essendo stato concluso un contratto di avvalimento c.d. operativo, l'ausiliaria non poteva porre a disposizione dell'avvalente il solo direttore tecnico.

In sostanza, è irrilevante l'interpretazione accolta della predetta clausola del disciplinare – se eccessivamente formalistica e, comunque, contrastante con il principio del *favor participationis* per l'assenza di espressa previsione della

sanzione espulsiva – poiché l'esclusione non è stata conseguenza di una condotta del concorrente ritenuta con la stessa contrastante, ma dell'invalidità del contratto di avvalimento.

E', dunque, del (contenuto del) contratto di avvalimento stipulato dalla FL Infrastrutture s.r.l. con la ditta individuale Geom. Angelo Ciardiello che occorre occuparsi, poiché il *thema decidendum* dell'odierno giudizio non è incentrato su di una questione meramente formale – se sia stato rispettato l'onere dichiarativo (o compilativo) imposto dalla *lex specialis* ai concorrenti che intendessero concludere un contratto di avvalimento – ma su di una questione indubbiamente sostanziale: se si possa effettivamente ritenere acquisito da parte del concorrente il requisito mancante con la stipulazione del contratto di avvalimento (che è poi ciò su cui si incentra il sindacato che il giudice amministrativo svolge nei confronti del contratto di avvalimento: Cons. Stato, sez. III, 24 dicembre 2021, n. 8600).

2.2. Il contratto di avvalimento stipulato rientrava senz'altro nella tipologia dell'avvalimento c.d. operativo poiché l'ausiliaria si impegnava a prestare requisiti di capacità tecnico - professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

E' noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722); solo così

sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

E' altrettanto noto il principio (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; III, 4 gennaio 2021, n. 68, ma fissato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

Il contratto di avvalimento non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935).

2.3. Oggetto del contratto di avvalimento stipulato tra la F.L. Infrastrutture s.r.l. e la ditta individuale Geom. Angelo Ciardiello era l'attestazione SOA per la categoria OG1 classifica III-bis.

Relativamente all'avvalimento che abbia ad oggetto attestazione SOA, la giurisprudenza ha precisato che 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che *“tale risultato (la disponibilità dell'intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto”*).

Quest'ultimo profilo – la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento – ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto (o parte di esso o alcune specifiche lavorazioni), e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante, ma perchè ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una “scatola vuota” ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza.

2.4. Per le predette considerazioni, la sentenza di primo grado merita conferma con le precisazioni che seguono.

Se è vero che, in caso di avvalimento dell'attestazione SOA, oggetto di prestito è un intero complesso aziendale, assume a presupposto di validità dell'instaurando rapporto collaborativo l'esistenza stessa di un complesso produttivo da prestare.

Nel caso di specie, l'assenza di tale complesso produttivo è ammessa dalla stessa appellante, la quale riferisce che, al momento della stipulazione del contratto di avvalimento, il geom. Angelo Ciardiello, direttore tecnico e titolare della ditta, era il solo componente dell'azienda; all'evidenza, dunque, non esisteva un complesso produttivo in grado di eseguire, sia pur in parte, la prestazione oggetto dell'appalto.

È corretto affermare, pertanto, che a mezzo avvalimento la FL Infrastrutture ha acquisito il titolo di qualificazione (l'attestazione SOA), ma non certo l'effettiva capacità di esecuzione del contratto di appalto oggetto di affidamento, della quale s'era dichiarata sprovvista con la domanda di partecipazione.

2.5. Le considerazioni svolte dall'appellante nelle censure in cui è articolato il motivo di appello confermano e non smentiscono la conclusione raggiunta.

L'assenza di dipendenti dimostra che l'ausiliaria al momento della stipulazione del contratto di avvalimento era una impresa non attiva e che, dunque, non era in grado di integrare le capacità necessarie all'esecuzione dell'appalto in affidamento; si tratta, per tutto quanto in precedenza detto sulla necessità che i complessi produttivi integrati siano effettivamente capaci di eseguire l'appalto, di una circostanza dirimente, a prescindere dalle ragioni che possano aver indotto l'impresa a chiudere i contratti di lavoro con le maestranze, come l'invocata momentanea carenza di commesse, poiché dà prova dell'assenza attuale di un complesso produttivo che possa essere oggetto di prestito, e depone in senso decisivo per il trasferimento meramente cartolare dell'attestazione SOA.

Non convince neppure l'invocata superfluità delle risorse prestate, per cui l'avvalente sarebbe costretta ad acquisire risorse delle quali non ha bisogno; tale circostanza può esser vera per l'avvalimento che abbia ad oggetto requisiti di capacità tecnico – professionale diversi dall'attestazione SOA, non per il caso in cui oggetto di avvalimento sia l'attestazione SOA per tutto quanto già si è detto.

2.6. Da ultimo, va precisato che l'inattività dell'impresa rende irrilevante la questione – svolta nella terza censura del motivo dell'appello – relativa alle dotazioni necessarie per l'acquisizione dell'attestazione SOA, se cioè, come sostenuto dall'appellante, per l'art. 18 d.P.R. n. 34 del 2000 fosse elemento sufficiente ad integrare l' "*adeguato organico medio*", previsto tra i requisiti di ordine speciale occorrenti per la qualificazione, la presenza nel complesso produttivo del solo titolare della ditta.

Ad ogni buon conto va detto che il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 è stato abrogato dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 che, all'art. 79, prevedeva una modalità di calcolo dell' "*adeguato organico medio*" differente da quella della precedente disposizione; senza contare che l'attestazione SOA in possesso della ditta Geom. Angelo Ciardiello risulta rilasciata il 28 maggio 2018, in periodo successivo all'abrogazione anche del d.P.R. n. 207 del 2010, con conseguente applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici contenute nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

2.7. In conclusione, come già ritenuto dalla sentenza di primo grado, che per questo merita conferma, il contratto di avvalimento stipulato da FL Infrastrutture s.r.l. e Geom. Angelo Ciardiello non realizzava una effettiva messa a disposizione di risorse per l'esecuzione dell'appalto e si poneva, pertanto, in violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

Le altre questioni, riproposte da Lombardi s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., restano assorbite, poiché l'appellante è esclusa dalla procedura per carenza dei requisiti di qualificazione richiesti.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna FL Infrastrutture s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00, oltre accessori e spese di legge, a favore di Lombardi s.r.l. e Calcestruzzi Casale s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO