

Publicato il 01/07/2022

N. 05497/2022REG.PROV.COLL.
N. 10037/2021 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 numero di registro generale 10037 del 2021, proposto da

D'Annunzio Luciano s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessia Alesii, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sisters Immobiliare s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, 10;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 11329/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e della Sisters Immobiliare s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2022 il Cons. Alberto Urso e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate da parte degli avvocati Angelucci, Alesii e Presutti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina a contrarre del 9 novembre 2020, Roma Capitale indiceva procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "*Riqualificazione dei Giardini di Carlo Felice Progetto di Completamento*", della quale risultava aggiudicataria la Sisters Immobiliare s.r.l.

2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la seconda classificata in graduatoria D'Annunzio Luciano s.r.l. dolendosi del mancato possesso da parte dell'aggiudicataria del necessario requisito di qualificazione previsto dall'art. 12, comma 1, l n. 154 del 2016.

Con successivi motivi aggiunti proposti a seguito di esperito accesso, la ricorrente censurava anche la mancanza, ai fini dell'avvalimento speso dall'aggiudicataria, di autonoma dichiarazione d'impegno rivolta dall'ausiliaria alla stazione appaltante a norma dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza di Roma Capitale e della Sisters Immobiliare, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la D'Annunzio Luciano deducendo:

I) *error in iudicando*: erroneo riconoscimento dell'efficacia surrogatoria di una previsione di impegno contenuta nel contratto di avvalimento rispetto all'autonoma dichiarazione unilaterale indirizzata alla stazione appaltante *ex art. 89, comma 1, 4° periodo, d.lgs. n. 50 del 2016*; conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'*art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016*; violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (disciplinare di gara, pag. 5, ultimo paragrafo *sub "avvalimento"*);

II) *error in iudicando*: necessarietà dei requisiti di cui all'*art. 12 l. n. 154 del 2016* non solo per i "servizi" di manutenzione ma anche per i "lavori" di realizzazione delle opere sul verde pubblico e, comunque, prevalenza della componente manutentiva ("servizi") nell'appalto *de quo*; conseguente violazione dell'*art. 12 l. n. 154 del 2016*; violazione della deliberazione della Giunta regionale n. 206 del 3 maggio 2018 di recepimento dell'accordo della Conferenza Stato-Regioni del 22 febbraio 2018, modificativo ed integrativo dell'accordo in Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome dell'8 giugno 2017 sullo "*standard professionale e formativo per l'attività di manutenzione del verde*" attuativa dell'*art. 12, comma 2, l. n. 154 del 2016*; violazione dell'*art. 8 del Regolamento capitolino del verde pubblico e privato e del paesaggio urbano di Roma Capitale*; violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e per ingiustizia manifesta: trattamento difforme delle medesime situazioni.

5. Resistono al gravame Roma Capitale e la Sisters Immobiliare, chiedendone la reiezione.

6. All'udienza pubblica del 16 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni e questioni preliminari sollevate dalle appellate, stante il rigetto nel merito dell'appello.

2. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel ritenere che la dichiarazione d'impegno

dell'ausiliaria, ai fini dell'avvalimento, sia surrogabile dalle previsioni del contratto di avvalimento; sussiste una rilevante differenza fra il contratto di avvalimento (che dà luogo a impegni vincolanti *inter partes*) e la dichiarazione d'impegno, che configura un atto unilaterale nei confronti della committenza di messa a disposizione delle risorse necessarie in favore dell'ausiliato. Peraltro anche la *lex specialis* distingueva nella specie i due atti, aventi diversa funzione e significato.

In tale contesto, l'impegno contenuto nel contratto d'avvalimento non vale a supplire alla mancanza della prescritta dichiarazione, e non è dunque sufficiente a soddisfare le prescrizioni in materia di avvalimento, considerato del resto che la previsione contrattuale contenuta in tale atto non è coercibile dall'amministrazione nei medesimi termini della dichiarazione diretta nei suoi confronti.

Analoghe considerazioni valgono per le dichiarazioni presenti nel Dgue, che non implicano l'assunzione di impegni verso la stazione appaltante, bensì esprimono una mera dichiarazione di disponibilità di risorse; tra l'altro, nella specie c'è anche discrepanza tra il contenuto del Dgue e quello del contratto di avvalimento in ordine alle risorse e mezzi messi a disposizione.

Il giudice di primo grado incorre in errore anche laddove afferma che fosse eventualmente necessario, nella specie, attivare il soccorso istruttorio prima di escludere la controinteressata, considerato peraltro che quest'ultima s'era difesa inizialmente limitandosi ad affermare l'equipollenza della previsione contrattuale alla dichiarazione d'impegno, con conseguente non contestazione *ex art. 115, comma 1, Cod. proc. civ.* dell'assenza di un'autonoma dichiarazione in tal senso.

Al riguardo, la dichiarazione d'impegno a tal fine prodotta in giudizio, oltre ad avere un contenuto generico, è comunque priva di data certa, considerato che l'apposizione di marca da bollo su tale documento non vale a provarne la data, e anzi configura un'ipotesi di documentazione inveritiera *ex art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016*, o volta a influenzare

illegittimamente il processo decisionale della stazione appaltante *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Oggetto della doglianza è la mancata presentazione, da parte della controinteressata, della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

La disposizione prevede al riguardo che *«L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente»*.

Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione (cui la *lex specialis* è allineata) come letta dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento (cfr. lo stesso art. 89, comma 1, il quale prevede, al fianco della dichiarazione d'impegno, che *«Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto»*).

In particolare, è stato chiarito in ordine alla distinzione fra i diversi atti (*“una cosa è la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento”*: Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551) che essa *“trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons.*

Stato, V, 1° agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)” (Cons. Stato, n. 6551 del 2018, cit.; cfr. un passaggio in tal senso anche in Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23; Id., V, 21 maggio 2020, n. 3209; cfr. anche Id., V, 4 giugno 2020, n. 3506).

Occorre tuttavia considerare che, nella specie, il contratto di avvalimento conteneva una specifica dichiarazione nei seguenti termini, sottoscritta (anche) dall’ausiliaria: *“l’impresa ausiliaria [...] assume con il presente contratto la responsabilità solidale con l’impresa AVVALENTE e nei confronti della Stazione appaltante”*; poco dopo si dichiarava inoltre: *“Il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”*.

Alla luce di ciò, va osservato che se è vero che dichiarazione d’impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al *contenuto e significato* (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al *supporto materiale* (o *“corpus physicum”*) che li reca: la dichiarazione d’impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l’assunzione delle obbligazioni da parte dell’ausiliaria *direttamente* nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte.

Una siffatta assunzione di obbligazioni è qui in effetti desumibile dalle dette dichiarazioni, in specie da quella con cui l’ausiliaria assume con il contratto la responsabilità solidale con l’impresa avvalente, *“e”* nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa.

D’altra parte, come anticipato, l’art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che *«L’operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga [...] verso la stazione appaltante a mettere a*

disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente».

L'atto prescritto è dunque una dichiarazione d'impegno unilaterale (non già un negozio bilaterale, con accettazione da parte della stazione appaltante) in favore dell'amministrazione, ma che non deve essere necessariamente inviata dall'ausiliaria: la modalità a tal fine prevista dalla legge, che esprime e concreta la recettività dell'atto, è anzi quella per cui «L'operatore economico» cura la «presentazione» di tale dichiarazione dell'ausiliaria in favore della stazione appaltante.

Il che può ritenersi ben integrato dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avvalimento “presentato” dall'operatore economico.

Ciò si ha nel caso di specie: la dichiarazione presente nel contratto indicava al fianco di una responsabilità “*solidale con l'impresa avvalente*” (di per sé a beneficio dell'amministrazione - verso cui l'avvalente è obbligata - e riferita alle prestazioni oggetto del contratto, come qui successivamente precisato nello stesso negozio d'avvalimento, in linea con la previsione dell'art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016), anche direttamente (“*e*”) “*nei confronti della stazione appaltante*”, con specifica pattuizione (distinta, appunto, da quella inerente alla responsabilità in solido “*in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*”) che vale a esprimere l'autonoma assunzione da parte dell'ausiliaria verso l'amministrazione degli obblighi dell'avvalimento, così soddisfacendo la prescrizione di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, 7 gennaio 2022, n. 48, che pone in risalto il contenuto proprio della dichiarazione d'impegno quale “*promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto)*”; cfr. peraltro, sulla solidarietà *ex art.* 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 quale effetto *ex se* tipico dell'avvalimento, Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

In tale prospettiva, la previsione nell'ambito del contratto (presentato alla stazione appaltante) di una clausola di tale tenore fa sì che si sia in presenza non già di un semplice contratto a favore di terzi, bensì di un negozio plurimo che contiene assieme una convenzione bilaterale fra l'ausiliaria e l'avvalente e una dichiarazione d'impegno unilaterale dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, efficace *ex art. 1334 Cod. civ.* una volta "presentata" *ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016* alla stazione appaltante (in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7188).

Al di là dunque della distinta dichiarazione d'impegno inviata dalla Sisters Immobiliare e qui prodotta in atti (i cui rilievi di falsità *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis*) ed *f-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 sono peraltro inammissibili, in quanto non ritualmente introdotti con motivi aggiunti in primo grado), quanto suesposto vale di per sé a ritenere integrata la prescritta dichiarazione dell'ausiliaria, considerato del resto che con l'aggiudicazione gli impegni assunti dalle imprese si cristallizzano in funzione della stipula del contratto, giungendo a consolidamento.

Quanto sopra anche a prescindere peraltro dalle dichiarazioni presenti nel Dgug dell'ausiliaria, in cui tra l'altro quest'ultima dichiarava espressamente all'amministrazione la prestazione dell'avvalimento per la categoria OS24, indicando sé stessa quale "*ausiliaria*" e la Sisters Immobiliare quale "*avvalente*".

Per tali ragioni la doglianza non è condivisibile.

3. Col secondo motivo l'appellante denuncia l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel trascurare che anche nei contratti sui lavori relativi a verde pubblico si applica la disciplina di cui all'art. 12 l. n. 154 del 2016 che richiede specifici requisiti in capo all'operatore investitore.

Tra l'altro dall'esame delle prestazioni indicate nel Capitolato Speciale e nel computo metrico estimativo emergerebbe come risultato prevalente, nella specie, l'attività di servizi, ben soggetta al possesso dei suddetti requisiti.

In tale contesto, con delibera della G.R. n. 206 del 3 maggio 2018 la Regione ha peraltro attuato quanto deliberato al riguardo dalla Conferenza delle

Regioni e Province Autonome dell'8 giugno 2017 modificata il 22 febbraio 2018, rendendo esigibili i suddetti requisiti, e tale dettato normativo è richiamato anche dall'art. 8 Regolamento sul verde comunale di Roma Capitale.

Nella specie, l'aggiudicataria risulta priva del suddetto requisito, come pacifico fra le parti, né lo stesso può essere surrogato per effetto del possesso della qualifica Soa OS24; d'altra parte, la stessa stazione appaltante ha richiesto il possesso di tale requisito in altre analoghe gare.

Al riguardo, la richiamata disciplina di cui all'art. 12 l. n. 154 del 2016 determina una etero-integrazione della *lex specialis*, stante la immediata precettività della disposizione e la sussistenza di una lacuna nella legge di gara in merito.

3.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

3.1.1. Occorre muovere in proposito dalla constatazione che il disciplinare di gara non prevede il possesso del requisito di cui al suddetto art. 12 l. n. 154 del 2016, né la *lex specialis* è stata impugnata *in parte qua*.

D'altra parte, come correttamente rilevato dalla sentenza, le attività oggetto dell'affidamento sono in prevalenza costituite da lavori (cfr. il Capitolato, che richiama il “*rifacimento tratto fognatura lato acquedotto*”, “*rifacimento pavimentazione percorso in asfalto (ove rifatta fogna)*”, “*rifacimento percorso in basolato romano (ove rifatta fogna)*”, “*completamento impianto di irrigazione*”, “*realizzazione di nuovo punto di adduzione acqua potabile*”, “*realizzazione di pavimentazione per area ping-pong e scacchi*”, “*rifacimento area gioco con la palla*”, al fianco di “*opere a verde*” e “*opere di completamento*”), nell'ambito della “*riqualificazione dei giardini di Carlo Felice*”, ed esulano da quelle di cui al citato art. 12 che hanno quale specifico referente (anche quando relative a «*costruzione*») il «*verde pubblico*».

In tale contesto, il richiamo al computo metrico estimativo non vale a superare il suddetto dato, atteso che l'elencazione di attività e le relative percentuali ivi presenti, richiamate dall'appellante, afferiscono pur sempre alle (o comunque si innestano sulle) suddette attività individuate nel Capitolato, in

prevalenza di lavori esulanti dall'art. 12 (in tal senso, anche le voci richiamate dall'appellante di cui a pag. 9 e 10 del computo metrico estimativo afferiscono al completamento dell'impianto di irrigazione in sé, dunque ad attività di lavori sullo stesso) e per i quali non risulta irragionevole o erroneo il richiedere il possesso della qualifica Soa OS24, ben pertinente in ragione del suo contenuto, comprensivo peraltro anche della realizzazione e manutenzione del verde urbano (cfr. d.P.R. n. 207 del 2010, all. A)).

Alla luce di ciò, è confermata l'affermazione della sentenza che ravvisa una prevalenza, nella specie, di lavori non riconducibili al perimetro applicativo dell'art. 12 l. n. 154 del 2016 e rispetto ai quali non è dunque pertinente il richiamo dei relativi requisiti, trovando applicazione esclusivamente la prescrizione del possesso della qualifica Soa OS24 prevista dalla *lex specialis*.

Né è possibile invocare, al riguardo, l'etero-integrazione della stessa *lex specialis*, considerata appunto la completezza di questa, priva di lacune tali da richiedere (e consentire) un'integrazione.

Quanto sopra è sufficiente ai fini dell'infondatezza della doglianza, non rilevando al riguardo i richiami alle suddette delibere di Giunta regionale e Conferenza delle Regioni di attuazione del suddetto art. 12, nonché al corrispondente Regolamento di Roma Capitale, stante l'irrilevanza nella specie della suddetta disposizione.

Allo stesso modo, è di per sé privo di rilievo il richiamo ad altre gare in cui veniva richiesto dall'amministrazione il requisito *ex art. 12 l. n. 154 del 2016*, trattandosi appunto di distinte e autonome procedure che non hanno interferenza con quella qui in esame, e in ogni caso non valendo ciò a inficiare *sic et simpliciter* la valutazione di legittimità della presente gara in relazione al profilo dei requisiti nei termini suesposti.

Per tali assorbenti motivi anche tale censura è dunque infondata.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello è infondato e va respinto.

4.1. La particolarità della fattispecie e la peculiarità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO