

Pubblicato il 04/11/2016

N. 04630/2016REG.PROV.COLL.

N. 03296/2016 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 3296 del 2016, proposto da:
New Tek di Falco Raffaele, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Di Cunzolo C.F.
DCNSRA80S56A717L, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Aureliana, 63;

contro

Impresa Sepe Geom. Aniello, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Comune di Afragola, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Rosa Balsamo C.F. BLSRSO70T48A024C,
domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio
di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n.
00452/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di
manutenzione straordinaria del cimitero comunale – MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Paolo
Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avvocato Sara Di Cunzolo;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. il
Friuli-Venezia Giulia, con la sentenza 27 gennaio 2016, n. 452, ha accolto
il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Impresa Sepe Geom.
Aniello, annullando la determinazione n.1075 del 2015 relativa alla gara
per alcuni lavori di manutenzione straordinaria del cimitero comunale e
degli altri atti della procedura, dichiarando l'inefficacia del contratto
stipulato.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che è fondato e assorbente il terzo
motivo aggiunto, per invalidità del contratto di avvalimento stipulato
dall'impresa affidataria dell'appalto, potestativamente condizionato

dall'impresa ausiliaria che si è riservata la facoltà di negare la disponibilità del requisito di qualificazione a suo insindacabile giudizio. La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità e chiedendo la rievocazione del ricorso di primo grado. Si costituiva il Comune chiedendo anch'esso l'accoglimento dell'appello. All'udienza pubblica del 217 novembre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato.

La società appellante NEW TECH, per sopperire alla mancanza dell'attestazione SOA in categoria OG10 (classifica I) è dovuta ricorrere all'avvalimento da parte della ditta DE.MI.LE, ausiliaria.

Il relativo contratto di avvalimento stipulato con la DE.MI.LE. s.r.l. è ictu oculi da ritenersi illegittimo, in quanto difforme dallo schema legale del rapporto giuridico di avvalimento così come descritto instaurato dalle previsioni di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163-2006 e all'art. 88 d.P.R. n. 207-2010, ratione temporis applicabili.

Tali norme, come è noto, tratteggiano i requisiti essenziali del contratto, tipizzati dalla norma secondaria, al fine di evitare condotte elusive o il trasferimento solo formale e "cartolare" dei requisiti carenti.

Il contratto di avvalimento in questione prevede effettivamente che "l'impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il requisito SOA dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara indicata in premessa". Tuttavia, il perfezionamento del contratto di avvalimento è condizionato potestativamente alla previa verifica da parte dell'ausiliaria degli atti di gara "prima di consentire l'avvalimento", essendo stato pattuito che quest'ultima "potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio".

La natura stessa dell'impegno e la relativa volontà negoziale diretta a prestare il requisito è, perciò, equivoca ed incerta in quanto subordinata all'avveramento di una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà della parte.

Inoltre, al punto 3 del medesimo contratto si conviene che l'avvalente "ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria": tale clausola conferma la sussistenza di un impegno all'avvalimento eventuale e condizionato, come tale assolutamente inidoneo a garantire alla Stazione appaltante l'effettiva disponibilità di mezzi e risorse del concorrente attuale appellante, relativa alla messa a disposizione dell'attestazione SOA quale oggetto del contratto di avvalimento, con le ulteriori conseguenze di un inaccettabile trasferimento del rischio dell'inadempimento a carico del Comune e l'esclusione, per assenza della relativa dichiarazione, del vincolo attuale di solidarietà tra le due imprese, così come esplicitamente richiesto dal predetto art. 49 d.lgs. n. 163-2006. In tal senso, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo chiarito che in materia di gare pubbliche il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti

un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

L'impegno in esame, in quanto condizionato e meramente eventuale è pertanto equivoco e non attuale, rendendo l'avvalimento in idoneo a determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente con conseguente sua doverosa esclusione dalla procedura di gara, come correttamente rilevato dal TAR nella sentenza impugnata.

Tale rilievo prescinde dalla valutazione della nullità del contratto per la presenza di una condizione meramente potestativa, come lamenta la parte appellante, poiché si incentra, come detto, sulla valutazione di idoneità dell'avvalimento a prestare il requisito mancante, così come in sostanza dedotto inequivocabilmente dal ricorrente in primo grado.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, attesa la mancata costituzione dell'appellato e la posizione adesiva del Comune costituito in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella