

Sul principio di avvalimento

Il principio di AVVALIMENTO ora fissato dalle direttive UE nn. 17 e 18/2004 porta a ritenere che in sede di gara possa essere fornita dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari: non è necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 7376 del 23 dicembre 2005, in ordine alla facoltà per un'impresa di avvalersi delle caratteristiche di un'altra, ci insegna che.

<In ordine all'accento posto dal Primo Giudice sulla necessità che l'impresa dia dimostrazione del possesso dei requisiti anche ai fini della partecipazione si deve ribadire che quel che rileva ai fini della gara, **in caso di avvalimento di requisiti altrui così come nella ipotesi che qui viene in rilievo di acquisizione di nuovi mezzi propri, è la prova seria ed attuale della futura disponibilità dei requisiti.**

Con il che è irrilevante la circostanza che la cessione non fosse ancora efficace al momento della procedura siccome sottoposta a clausola condizionale di carattere sospensivo.

**Detti requisiti, alla luce dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante al quesito posto dall'appellante, fungono in altri termini da requisiti la cui attualità ed il cui efficace inveramento sono necessari per l'esecuzione dell'appalto e non per la partecipazione alla gara.**

Con il che è concettualmente chiaro che l'offerta non si presenta condizionata in quanto il condizionamento non concerne l'offerta ma il definitivo possesso dei requisiti all'esito dell'aggiudicazione>

#### **GIUNGE SPONTANEA UN'OSSERVAZIONE:**

*Ovviamente questo tipo di beneficio vale solo per i requisiti di ordine speciale ma non anche per quelli di ordine morale, cioè i cd requisiti generali che devono invece essere posseduti da tutti i partecipanti una procedura ad evidenza pubblica*

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5939/2004, proposto da:

\*\*\*

contro

UNIRE-UNIONE NAZIONALE INCREMENTO RAZZE EQUINE rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n.12;

e nei confronti di

\*\*\*

Interveniente ad Opponendum

\*\*\*

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma Sez. III ter n. 2704/2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12 luglio 2005 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi l'Avv. Lorenzoni e l'Avv. Cocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1. Con bando pubblicato il 5 agosto 2003, l'UNIRE, quale titolare del servizio offerto, indiceva una gara per l'affidamento del servizio di trasporto, elaborazione e trasmissione dei segnali audio e video provenienti dagli ippodromi italiani ed esteri, nonché del servizio di eventuali riprese televisive presso gli ippodromi italiani.

La \*\*\* s.r.l, con nota del 2 ottobre 2003, chiedeva alla stazione appaltante chiarimenti in ordine alla possibilità dell'avvalimento, da parte di un'impresa offerente, della capacità e della dotazione tecnica ed economico-finanziaria di un'impresa terza, purché ne dimostri la disponibilità attuale per l'esecuzione dell'appalto, ottenendo risposta positiva. Al riguardo, detta Società rendeva noto d'aver stipulato con \*\*\*+ s.p.a., corrente in Roma ed attuale esecutrice del servizio dedotto in appalto, un contratto di cessione del ramo d'azienda televisiva della dante causa, condizionata sospensivamente all'aggiudicazione del servizio e nel termine del 15 ottobre. A tale contratto, è stata altresì apposta un'ulteriore clausola per cui detta condizione è stabilita nell'esclusivo interesse della Società acquirente, unica legittimata a farla valere.

Con nota prot. n. 76136 del 5 novembre 2003, il Segretario generale dell'UNIRE escludeva la \*\*\* s.r.l. dalla gara de qua, perché: A) – essa ha dichiarato il possesso dei requisiti con esclusivo riferimento a quelli in capo a \*\*\*+ s.p.a., che ha ceduto il suo ramo d'azienda lo stesso giorno delle dichiarazioni rese dalla cessionaria al seggio di gara; B) – tale cessione è sottoposta a condizione sospensiva dell'aggiudicazione, nel termine del 15 dicembre 2003; C) – nella cessione stessa non si fa riferimento ai contratti attivi ceduti, né a tutti quelli passivi, né al personale specificamente individuato.

I Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla \*\*\* avverso il detto provvedimento.

\*\*\* appella contestando gli argomenti posti a sostegno del decism.

Resistono la stazione appaltante ed \*\*\* s.p.a.. Ha spiegato intervento ad opponendum Euro \*\*\* s.p.a..

Le parti hanno affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

Va infine ricordato in punto di fatto che, a seguito della pronuncia di Ordinanza cautelare di accoglimento dell'istanza di sospensione della sentenza gravata, la gara è stata aggiudicata in favore dell'odierna appellante con determinazione del segretario generale dell'UNIRE del 23 febbraio 2005, n. 2822.

2. La fondatezza nel merito dell'appello esonera il Collegio dallo scrutinio delle eccezioni processuali sollevate dal ricorrente.

2.1. Sono fondati ed assorbenti i motivi di appello con i quali si contesta la gravata determinazione amministrativa nella parte in cui essa ha reputato la cessione idonea a sostanziare la prova del possesso dei requisiti per essere la stessa sottoposta a condizione sospensiva dell'aggiudicazione, nel termine del 15 dicembre 2003; nonché per l'omessa indicazione dei contratti attivi e passivi e del personale. .

2.2. I Primi Giudici hanno reputato, sotto il primo aspetto, che il negozio di cessione non fosse idoneo a dimostrare l'effettività della disponibilità dei mezzi necessari (segnatamente, del ramo d'azienda ceduto) non solo per l'esecuzione dell'appalto ma anche ai fini della partecipazione. E tanto in quanto non solo la cessione de qua era sospensivamente condizionata - e quindi, per definizione, allo stato inefficace -, ma soprattutto era subordinata ad un ulteriore negozio d'accertamento in ordine all'avveramento, o meno, della condizione dedotta.

Sotto il primo profilo, quindi, la ricorrente avrebbe proposto un'offerta in base a requisiti di partecipazione ad tempus e, perciò, già di per sé priva d'un contenuto d'effettiva serietà. Inoltre, la cessione stessa non ha rivestito, per la condizione sospensiva cui è stata sottoposta, alcun carattere d'immediata efficacia e, quindi, non è stata idonea a fondare, in capo alla ricorrente, la titolarità piena ed incondizionata di dotazioni e capacità entro il termine finale di presentazione dell'offerta medesima, di talché la ricorrente non è in grado di dimostrare l'idoneità all'esecuzione dell'appalto. Sotto il secondo aspetto, poi, dirimente si appaleserebbe, a dire ancora dei Primi Giudici, la circostanza che l'eventuale aggiudicazione a favore della ricorrente di per sé sola avvera la condizione - determinando finalmente la titolarità piena del ramo d'azienda ceduto - in quanto anche tale accadimento deve formare oggetto d'un accordo apposito tra le parti con effetto costitutivo e con contestuale determinazione del prezzo di cessione; donde detta condizione non retroagisce automaticamente ai sensi dell'art. 1360, I c., prima parte, c.c., ma è rimessa alla volizione delle parti.

Il Primo Giudice ha conclusivamente rimarcato che non vale invocare il principio di avvalimento - che, com'è noto, è per norma comunitaria valevole qualunque sia la forma giuridica del vincolo intercorrente tra l'impresa partecipante ed il terzo -, giacché la ricorrente \*\*\* s.r.l., con la predetta cessione, ha inteso acquistare la piena, ma concretamente idonea per quanto prima rilevato, titolarità del ramo d'azienda televisiva della sua dante causa.

2.1.1. La Sezione condivide le censure mosse dall'appellante all'iter motivazionale elaborato dai Primi Giudici.

Osserva il Collegio che un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara, di cui è espressione anche il principio di AVVALIMENTO ora fissato dalle direttive UE nn. 17 e 18/2004, porta a ritenere che in sede di gara possa essere fornita dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari. Non è in definitiva necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali. Una diversa opzione ermeneutica, la quale pretendesse l'anticipazione al momento della procedura del possesso dei mezzi, si appaleserebbe disfunzionale rispetto al principio comunitario dell'effetto utile nella misura in cui imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione; e tanto nonostante l'interesse dell'amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive del crisma della necessaria serietà sia soddisfatto dalla piena dimostrazione che detti requisiti saranno certamente disponibili al tempo all'uopo rilevante, ossia al momento dell'effettiva contrazione del vincolo negoziale.

Trasponendo dette coordinate ermeneutiche al caso di specie reputa la Sezione che nessuno degli elementi addotti dalla stazione appaltante e considerati adesivamente dal Tribunale di primo grado siano in grado di connotare in senso negativo la serietà dell'offerta.

In ordine all'accento posto dal Primo Giudice sulla necessità che l'impresa dia dimostrazione del possesso dei requisiti anche ai fini della partecipazione si deve ribadire che quel che rileva ai fini della gara, in caso di avvalimento di requisiti altrui così come nella ipotesi che qui viene in rilievo di acquisizione di nuovi mezzi propri, è la prova seria ed attuale della futura disponibilità dei requisiti. Con il che è irrilevante la circostanza che la cessione non fosse ancora efficace al momento della procedura siccome sottoposta a clausola condizionale di carattere sospensivo. Detti requisiti, alla luce dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante al quesito posto dall'appellante, fungono in altri termini da requisiti la cui attualità ed il cui efficace invero sono necessari per l'esecuzione dell'appalto e non per la partecipazione alla gara. Con il che è concettualmente chiaro che l'offerta non si presenta condizionata in quanto il condizionamento non concerne l'offerta ma il definitivo possesso dei requisiti all'esito dell'aggiudicazione (vedi, sulla rilevanza dello strumento del contratto condizionato per la prova del possesso del fondo ai fini della concessione di cava, Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 2004, n. 2825).

Non assume poi rilievo ostativo la circostanza che la condizione fosse ulteriormente specificata dall'indicazione del termine del 15 dicembre. In disparte la considerazione che detto termine appare posto nell'interesse del cessionario ed è stato successivamente dalla medesima rinunciato in guisa da azzerare ogni profilo di alea a carico della stazione appaltante, è dirimente la circostanza che il provvedimento di esclusione è intervenuto nella vigenza di detto termine, ossia in un turno di tempo nel quale non vi era ostacolo alcuno all'avveramento della condizione ed al conseguente pieno dispiegarsi degli effetti del negozio di cessione.

Quanto alla previsione dell'intervento di successivo atto inteso a dare atto dell'avvenuto avveramento della condizione la Sezione osserva che, anche a non volere considerare che detto elemento non è considerato nella motivazione del provvedimento gravato, viene in rilievo un atto meramente dichiarativo dell'avveramento della condizione, come tale non incidente sul fatto storico ed oggettivo dell'avveramento della condizione e degli effetti che detta condizione ex se produce in ordine alla cessione di azienda. Anche detta postilla non introduce in definitiva specifici profili di alea a carico dell'amministrazione.

Si deve infine escludere che il negozio di cessione fosse affetto dai dedotti profili di incompletezza in ragione dell'omessa indicazione dei contratti attivi e passivi rientranti nel patrimonio dell'azienda ceduta oltre che del relativo personale. Rileva infatti la Sezione che il contratto di cessione prevede il trasferimento dell'intera gamma delle licenze, delle autorizzazioni, delle concessioni e dei contratti non personali; e che, in ogni caso, il residuo di profili di incertezza in capo all'amministrazione, che avrebbe dovuto peraltro essere per definizione consapevole dei provvedimenti abilitativi nella disponibilità del cedente, precedente gestore del servizio messo a gara (vedi il dettato dell'articolo 43, comma 1, del d.P.R. n. 445/2000 e la copia delle concessioni e delle autorizzazioni dichiarate prodotta in data 20.10.2003), avrebbe dovuto comportare, in omaggio alla giurisprudenza in tema di dovere amministrativo di soccorso, una richiesta di chiarimenti piuttosto che una immediata determinazione di esclusione; e tanto specie se si considera che nella specie si fa riferimento al possesso di requisiti storici e non a profili di insanabile incompletezza dell'offerta.

3. Le considerazioni che precedono impongono l'accoglimento dell'appello.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello nei sensi in motivazione specificati.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 12 luglio 2005 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio,

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il.23/12/2005