

N. 00294/2014REG.PROV.COLL.

N. 03448/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3448 del 2013, proposto da:

Solaris Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro-temporis, rappresentata e difesa dagli avv. Denis De Sanctis e Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Denis De Sanctis in Roma, via Savoia, n. 78;

contro

Il Quadrifoglio Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro-temporis, rappresentata e difesa dagli avv. Fabiana Di Vincenzo e Claudio Boccini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Storace in Roma, via Crescenzo, n. 20;

nei confronti di

Società della Salute Amiata Grossetana, in persona del legale rappresentante pro-temporis, non costituita;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I, n. 00443/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizi assistenziali territoriali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di "Il Quadrifoglio Società Cooperativa Sociale Onlus";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati De Sanctis e Di Vincenzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con bando pubblicato in G.U.U.E. del 18 aprile 2012, la Società della Salute Amiata Grossetana ha indetto una gara per l'affidamento dei "servizi assistenziali territoriali della zona distretto Amiata grossetana", con importo a base d'asta di euro 933.000,00 e per la durata di 38 mesi.

Il bando prescriveva quali requisiti speciali di ammissione, da un lato, il possesso di un fatturato medio annuo nel triennio di euro 1.000.000,00 e, dall'altro, l'aver svolto "servizi socio sanitari domiciliari ad anziani autosufficienti, a favore di soggetti pubblici o privati, per un importo non inferiore ad euro 600.000,00, IVA esclusa, per minimo n. 70 utenti".

La gara è stata aggiudicata a Solaris Cooperativa Sociale Onlus (per brevità, Solaris), che ha preceduto di 9,10 punti l'altra concorrente " Il Quadrifoglio Soc. Coop. Sociale Onlus".

Questa ha impugnato l'aggiudicazione, deducendo l'invalidità del contratto di avvalimento prodotto da Solaris per l'omessa previsione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria e per genericità dell'oggetto dell'avvalimento.

2. - Il TAR ha accolto il ricorso, ritenendo generico ed indeterminato l'oggetto del contratto di avvalimento.

3. - L'appellante sostiene, al contrario, che il contratto di avvalimento presentato è pienamente rispondente alla disciplina anche di diritto comunitario, essendosi l'impresa ausiliaria ("La Solidarietà Cooperativa Sociale Onlus") impegnata a mettere a disposizione di Solaris la propria "solidità economica" riconducibile sia al fatturato globale d'impresa nel triennio 2008,2009,2011, sia agli introiti generati nello svolgimento di servizi analoghi (fatturato specifico) nel periodo 1° febbraio 2009- 31 gennaio 2012.

L'oggetto del contratto stipulato, in altri termini, si risolve in c.d. " avvalimento di garanzia".

Oltre l'impegno del prestito dei requisiti di affidabilità economico-finanziaria, l'impresa ausiliaria si è impegnata a prestare a Solaris "le competenze specifiche acquisite negli anni di attività, in relazione agli strumenti di coordinamento e monitoraggio delle attività e prestazioni, attraverso la messa a disposizione del know how aziendale sia di tipo strumentale/documentale che di competenze specifiche di tipo gestionale e professionale".

4. - Resiste in giudizio la controinteressata.

5. - All'udienza del 7 novembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

1.2. - L'appellante lamenta che la sentenza abbia erroneamente aderito alle argomentazioni di controparte, trascurando il contenuto del contratto.

Afferma che in tema di contratti di avvalimento tanto l'art. 49 del D.Lgs n. 163/2006, quanto l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, pur delineando i contenuti minimi del negozio giuridico, non prevedono con chiarezza quali risorse e/o attrezzature l'impresa ausiliaria debba concretamente mettere a disposizione, lasciando ai contraenti la libertà di inserire nell'oggetto contrattuale le risorse che ritengono utili.

Il contratto stipulato da Solaris integra un avvalimento "di garanzia" e l'oggetto del "prestito" è circoscritto al requisito relativo al fatturato globale realizzato ed all'effettuazione di servizi analoghi nel periodo e per l'importo richiesto.

Il requisito voluto dal bando, paragrafo III.2.3, non si rivelerebbe strumentale alla verifica della idoneità tecnico-professionale dei concorrenti, come ritenuto dal primo giudice, quanto piuttosto alla garanzia di affidabilità economico-finanziaria nel settore di mercato di cui alla gara; pertanto, andava dimostrato di poter contare sulla solidità patrimoniale del contraente, anche mediante l'impresa ausiliaria.

In ogni caso, se si volesse ritenere che il bando richieda un "avvalimento operativo", l'impresa ausiliata ha anche garantito la messa a disposizione di una porzione della propria organizzazione d'impresa, costituita dal know-how aziendale, dagli strumenti di coordinamento e monitoraggio delle attività e dalle specifiche competenze gestionali e professionali.

Infine, secondo l'appellante, la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso istruttorio per richiedere i chiarimenti necessari, senza ricorrere all'esclusione automatica dalla gara.

1.3 - Osserva il Collegio che con il contratto di avvalimento prodotto la Solidarietà Cooperativa Sociale si è impegnata, testualmente, a mettere a disposizione di Solaris il requisito di "avere realizzato un fatturato globale medio annuo nel triennio superiore a 1.000.000,00; avere effettuato servizi analoghi a quelli oggetto della gara, nel periodo 1/2/2009 – 31/1/2012, compresi i contratti iniziati precedentemente ed ancora in corso nel triennio, a favore di soggetti pubblici o privati per un importo non inferiore a euro 600.000,00, iva esclusa, per un minimo di n. 70 utenti.

A tal fine, l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata le competenze specifiche acquisite negli anni di attività, prioritariamente in relazione agli strumenti di coordinamento e monitoraggio delle attività e prestazioni, attraverso la messa a disposizione del know how aziendale sia di tipo strumentale/documentale che di competenze specifiche di tipo gestionale e professionale."

In parole povere, l'impresa ausiliaria ha messo a disposizione della Solaris la propria "esperienza" pregressa in materia di "coordinamento e monitoraggio delle prestazioni", dimostrando la propria solidità economico-finanziaria per aver realizzato il fatturato e avere effettuato servizi analoghi, come richiesto dal bando. Quanto agli "strumenti di coordinamento e monitoraggio delle prestazioni" non vi è alcuna specificazione in ordine al tipo di dotazioni, mezzi e personali che rendano comprensibile in che cosa potrebbe concretizzarsi il supporto offerto e in quali circostanze, tanto più che oggetto di appalto sono servizi socio-sanitari domiciliari, alle cui prestazioni specifiche andava fatto riferimento in concreto.

Il quesito che si pone è se sia valido un contratto di avvalimento con siffatto oggetto, o se non sia piuttosto indeterminato il suo contenuto.

L'istituto dell'avvalimento - di origine comunitaria - si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici o economici di sommare - unicamente per la gara in espletamento - le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese.

Il principio generale che permea l'istituto, quindi, è quello secondo cui ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di altro soggetto, al quale conta di ricorrere.

Questo Collegio ritiene che il dato testuale desumibile dall'art. 49, codice appalti, avvalora l'interpretazione secondo cui è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. III, 03/09/2013, n. 4386; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310).

Difatti:

- il concorrente è tenuto a produrre 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" (comma 2, lett. f);

- "il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante *in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*" (comma 4);

- "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati"(comma 10);

- inoltre, l'articolo 1, comma 1, lettera n), numero 2), del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, in attuazione di normativa comunitaria, ha soppresso il comma 7 dell'art. 49 che consentiva ai bandi di prevedere, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, che le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici.

Ergo, è da escludere che oggetto di avvalimento sia una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali.

La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (D.P.R. n. 207 del 5 ottobre

2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati.

Dunque, il cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe e l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia.

Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi (Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; cfr. anche V, n.4510 del 6 agosto 2012).

La sufficiente determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento è, peraltro, in relazione anche alle esigenze di certezza dell'amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario.

2. - Quanto al mancato esercizio da parte della stazione appaltante del potere di soccorso di cui all'art. 46, comma 1, codice appalti, ritiene il Collegio che vadano intesi in senso rigoroso i limiti che incontra il potere-dovere di chiedere un'integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete, dovendo conciliarsi con l'esigenza di par condicio, che esclude il soccorso a fronte d'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara. (Consiglio di Stato, sez. V, 31/03/2012, n. 1896; sez. VI, 06/06/2011, n. 3365; sez. III, 19 aprile 2011 n. 2387; sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084; sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027).

Tale limite deve ritenersi operante rispetto alla documentazione di cui all'art. 49, codice appalti, per poter esercitare il diritto di avvalimento, essendo siffatta documentazione tesa a dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione a gara, al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande.

3.- In conclusione, l'appello va rigettato.

4.- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in euro 4.000,00, oltre iva e cpa come per legge.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alle spese di giudizio che liquida in euro 4.000,00, oltre iva e cpa, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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