

Publicato il 22/02/2021

N. 01514/2021REG.PROV.COLL.
N. 09880/2020 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

ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9880 del 2020,
proposto da

Autofficina [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED] con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri n. 11;

contro

A [REDACTED] s.p.a., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Consorzio [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione
Seconda) n. 9422/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. [REDACTED] ed udito per le parti l'avvocato [REDACTED]

Sentita la stessa parte ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 18 febbraio 2019 veniva indetta una gara, con procedura aperta e metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di manutenzione dei veicoli di proprietà di [REDACTED] s.p.a. – suddiviso in 2 lotti – per gli anni 2019-2021.

Con nota del 20 dicembre 2019 la stazione appaltante comunicava l'aggiudicazione del servizio per il lotto 1 ad Autofficina [REDACTED], alla luce della seguente graduatoria finale: 1) Autofficina [REDACTED] l., punti 94,92 (66 offerta tecnica + 28,92 offerta economica); 2) Consorzio [REDACTED] punti 78,75 (68 offerta tecnica + 10,75 offerta economica); 3) Autofficina F.lli [REDACTED], punti 76,85 (58 offerta tecnica + 18,85 offerta economica); 4) [REDACTED], punti 73,81 (54 offerta tecnica + 19,81 offerta economica).

Il Consorzio secondo graduato impugnava l'atto di aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, contestando la violazione degli artt. 53, 80, 83, 89 e 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 22ss. della l. n. 241 del 1990, dei paragrafi 10 e 27 del disciplinare di gara, nonché l'eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione.

Secondo il ricorrente, in particolare, i quattro contratti di avvalimento prodotti dall'aggiudicataria sarebbero stati del tutto generici, né in relazione

ad essi avrebbe potuto essere validamente esperito il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, trattandosi di negozi radicalmente nulli.

In ogni caso, il riscontro fornito al riguardo da Autofficina [REDACTED] sarebbe stato del tutto generico, così come sarebbe risultata anomala l'offerta nelle sue componenti tecnica ed economica.

Il Consorzio chiedeva inoltre che fosse dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, con subentro nel medesimo o, in subordine, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

A fronte della documentazione prodotta da [REDACTED] s.p.a., il Consorzio ricorrente proponeva motivi aggiunti, sul presupposto che i contratti di avvalimento stipulati dall'aggiudicataria rilevassero ai fini dell'integrazione dei requisiti di partecipazione alla gara; deduceva inoltre che l'offerta tecnica di Autofficina [REDACTED] fosse carente in ordine ai veicoli, al costo del lavoro ed agli oneri di sicurezza indicati.

Autofficina [REDACTED] si costituiva in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame e dei motivi aggiunti, deducendone innanzitutto l'inammissibilità e quindi, nel merito, l'infondatezza; proponeva inoltre ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente, censurando la relativa determina per violazione degli artt. 47, 48, 59 ed 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché della legge n.224 del 2012, del par. 9 del disciplinare di gara e per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di contraddittorietà.

La ricorrente, in particolare, non avrebbe svolto l'attività oggetto di gara, come desumibile da una visura camerale; inoltre sarebbe stata priva della figura del Responsabile tecnico.

Le concorrenti collocate al 4° e 6° posto in graduatoria sarebbero state inoltre consorziate con la ricorrente, dando così vita ad un manifesto conflitto di interessi.

A seguito della documentazione prodotta dalla stazione appaltante, anche Autofficina [REDACTED], notificava motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Con sentenza 9 settembre 2020, n. 9422, il giudice adito accoglieva il ricorso, conseguentemente annullando l'atto di aggiudicazione, come pure il ricorso incidentale di Autofficina [REDACTED] l., per l'effetto annullando l'atto di ammissione alla gara del Consorzio [REDACTED]

Avverso tale decisione, limitatamente alla parte in cui aveva annullato l'atto di aggiudicazione del Lotto n. 1 in favore di Autofficina [REDACTED] quest'ultima proponeva appello, deducendo un unico, articolato motivo di impugnazione così rubricato: *“Error in procedendo e in iudicando. Illegittimità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione”*.

All'udienza del 28 gennaio 2021 la causa veniva quindi trattenuta in decisione. Ritiene il Collegio, ad un complessivo esame delle risultanze di causa, che l'appello sia fondato.

Oggetto di censura, come già detto, è il capo della sentenza di primo grado nel quale viene riconosciuta la presunta estrema genericità dei contratti di avvalimento, che ne avrebbe determinata la nullità ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; si legge, al riguardo, in sentenza che *“tali contratti risultano estremamente generici in relazione alle risorse messe a disposizione dalle imprese ausiliarie (cfr. all.5 al ricorso); che gli stessi, per giunta da ritenersi come contratti di avvalimento operativo, vanno dunque considerati nulli, ex art.89 del D.Lgs. n.50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, n.4024 del 2019)”*.

Risulta dagli atti che detti contratti erano stati stipulati in ordine ai seguenti oggetti:

- 1) con la Cooperativa [REDACTED], in riferimento alla *“attività di riparazione e interventi risolutivi in loco (depannage) con officina mobile”*;
- 2) con l'Autofficina [REDACTED], in relazione alle *“modalità di organizzazione del servizio”*;

3) con [REDACTED], in relazione al “Centro Revisione per veicoli con massa superiore a 35 q^l”;

4) con la Fratelli [REDACTED] in riferimento alla “attività di riparazione e interventi risolutivi in loco (depannage) con officina mobile”.

Va al riguardo confermato il principio – dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie, per cui “L’elemento caratterizzante [l’avvalimento] non è limitato a un mero “prestito” formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell’imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all’impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell’ausiliaria” (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698).

D’altro canto, nel caso di ricorso all’istituto dell’avvalimento, è ben possibile “che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l’impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l’ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l’utilizzazione dell’ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante”.

Nel caso di specie, come rilevato anche nella sentenza appellata, si era effettivamente in presenza di contratti di avvalimento c.d. operativo.

Ora, dalla lettura dei suddetti contratti emerge che con essi le imprese ausiliarie mettevano a disposizione di Autofficina [REDACTED] l’intera propria organizzazione aziendale, al fine di integrare i requisiti di cui la stessa risultava parzialmente carente in relazione a determinati requisiti, di volta in volta indicati. Non erano quindi finalizzati al prestito di un singolo elemento della produzione, bensì dell’intero complesso aziendale, composto da “risorse necessarie, personale, attrezzature”, comunque indicati nell’offerta tecnica presentata in gara.

Al riguardo, l’art. 2 del contratto stipulato con la Cooperativa [REDACTED] precisava che quest’ultima “si obbliga a mettere a disposizione della Autofficina

Pontina S.r.l., per tutta la durata dell'appalto, le risorse di cui essa è carente”, relativamente al “*requisito di attribuzione del punteggio tecnico relativo alla attività di riparazione e interventi risolutivi in loco (depannage) con officina mobile*” (come si legge nelle premesse, richiamate all’art. 1 quali parti integranti del contratto); analogamente dicasi per i contratti stipulati con Autofficina [REDACTED] e [REDACTED].

Non può quindi ritenersi, nel caso di specie, che i contratti di avvalimento prodotti dalla società Autofficina [REDACTED], presentassero una genericità tale da non consentire di comprenderne né l’oggetto, né gli obblighi assunti dalle parti (tra loro e nei confronti della stazione appaltante), così da dover essere dichiarati nulli; tanto più ove si consideri che l’oggetto stesso del contratto di avvalimento, ossia la messa a disposizione della società avvalente dei requisiti di carattere tecnico professionale, non rende necessario indicare i mezzi e le risorse, essendo sufficiente specificare in modo puntuale il possesso del requisito in capo all’ausiliaria.

Alla luce dei rilievi che precedono, l’appello v dunque accolto. La particolarità della vicenda e delle questioni controverse giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

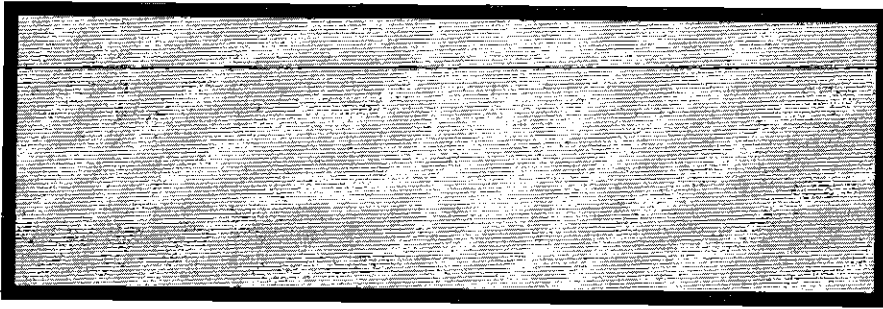
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l’effetto respingendo, in parziale riforma dell’impugnata sentenza, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti originariamente proposti dal Consorzio

[REDACTED]
Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell’art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con

modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:



L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE



IL SEGRETARIO