



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 1614 del 2015, proposto da:
La Gemma Onlus Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandante dell'associazione temporanea di imprese (Ati) costituita con la Leonardo Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Fausto Corti, con domicilio eletto presso Angelo Maleddu in Roma, Via del Tempio, n. 1;

contro

Comune di Francavilla al Mare;

nei confronti di

Scintilla Sociale Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Mililli e Lorenzo Passeri Mencucci, con domicilio eletto presso Antonio Bubici in Roma, Via Sallustiana, 15;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA, SEZIONE I, n. 00043/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di

gestione di un asilo comunale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Scintilla Sociale Soc. Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2015 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Fausto Corti e Lorenzo Passeri Mencucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalla Scintilla Sociale Soc. Coop. Sociale avverso il provvedimento del Comune di Francavilla al Mare di aggiudicazione, in favore del raggruppamento temporaneo Leonardo-La Gemma, del servizio di gestione triennale dell'asilo nido comunale (determinazione n. 25107 del 27 agosto 2014).

Con l'appello in epigrafe il raggruppamento aggiudicatario contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum*.

Resiste la ricorrente originaria.

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

2. L'appello non è fondato.

2.1. Non sussiste in primo luogo il vizio di ultrapetizione in quanto la contestazione relativa alla sussistenza dei requisiti dell'avvalimento è stata in modo puntuale svolta con il ricorso di prime cure.

2.2. Il Consiglio deve ribadire il pacifico indirizzo giurisprudenziale a tenore del quale il ricorso all'istituto dell'avvalimento non può tradursi nel prestito formale e astratto di requisiti ma richiede la specifica individuazione delle risorse materiali o

immateriale messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627, secondo cui il contratto di avvalimento non può consistere in un mero «prestito del requisito», astrattamente considerato, ma deve concretizzarsi in un sostanziale prestito di tutti i requisiti sulla base dei quali quell'attestazione SOA è stata rilasciata, con la conseguenza che l'avvalimento dell'attestazione SOA di altro soggetto implica l'avvalimento del complesso inscindibile dei requisiti la cui accertata sussistenza ha consentito di ottenere la relativa attestazione).

L'esigenza che l'oggetto del contratto in questione sia determinato o determinabile, ricavabile dal combinato disposto dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 1346 del codice civile, discende, sul piano schiettamente teleologico, dal rilievo che l'avvalimento, traducendosi in una deroga al principio del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente, impone, anche nelle gare finalizzate all'affidamento di servizi e indipendentemente dal carattere operativo o di garanzia del contratto, l'individuazione delle risorse esterne che giustificano l'applicazione del regime di favore. Di qui la necessità che vengano specificate in modo puntuale le risorse che giustificano l'attribuzione del requisito mancante (mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Deve quindi darsi continuità alla regola pretoria secondo cui “l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio, sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto, ex art. 1418 c.c., l'indeterminatezza (e indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere l'aggiramento del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche” (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390; sez. V 26 maggio 2015, n. 2627).

E' stato da ultimo ribadito che anche l'avvalimento di garanzia non può risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili, atteso che la funzione di assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale impone la dimostrazione della concreta disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata. Di conseguenza il limite di operatività dell'istituto è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo necessario che dal contratto risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia (Cons. Stato, sez. III, n. 3390/2015 cit.).

2.3. L'applicazione di dette coordinate ermeneutiche al caso di specie conduce alla conferma dell'assunto sostenuto dal Primo Giudice in merito all'insanabile irregolarità dell'avvalimento infragruppo al quale ha fatto ricorso il raggruppamento aggiudicatario.

Dalla documentazione in atti si ricava, infatti, che il ricorso all'avvalimento infragruppo è finalizzato a consentire alla meno qualificata mandataria Leonardo, il cui fatturato complessivo nel triennio è poco superiore alla metà di quello della mandante, l'imputazione di una quota in grado di soddisfare l'ulteriore condizione posta dalla norma del disciplinare secondo cui la capogruppo deve concorrere al raggiungimento dei requisiti richiesti in misura maggioritaria" (art. 6 e 7 disciplinare; cfr. art. 275 dpr n. 207/2010: "La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"). Grazie all'avvalimento in esame, infatti, la capogruppo ha assunto il ruolo preminente della mandataria nell'ambito del RTI, che risulta anche dalla ripartizione delle quote di servizio (Leonardo 100% Direzione e Coordinamento; 60% servizio – La

Gemma 40% del solo servizio).

Tale ribaltamento dei ruoli operativi rispetto ai requisiti di qualificazione impone tuttavia, in applicazione della *regula iuris* fin qui esposta, l'individuazione delle risorse messe a disposizione della mandataria in modo da garantire la stazione appaltante in merito all'effettiva idoneità dell'impresa *ex se* non qualificata a eseguire le prestazioni in sede di specificazione delle competenze nell'ambito del raggruppamento (si veda in proposito Cons. St., V, 15 luglio 2014, n. 3716, secondo cui l'“onere della specificazione delle risorse era nel caso di specie connotato da una particolare coerenza in ragione della peculiarità dell'avvalimento interno che, comportando un ribaltamento dei ruoli tra mandante e mandataria in seno al raggruppamento, poneva rincarate esigenze di trasparenza e chiarezza informativa”).

In definitiva, fermo restando il possesso del requisito del fatturato da parte del raggruppamento nel suo complesso, tanto in relazione al triennio che a ciascun singolo anno, la mera messa a disposizione di una quota di fatturato da parte della mandante, non completata da ulteriori specificazioni, si risolve in un'operazione meramente cartolare che non soddisfa l'esigenza - per identità di *ratio* ricorrente anche nell'avvalimento interno per il quale sia stato stipulato un contratto ai sensi della lettera f) dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici - che l'avvalimento non sia svincolato dal concreto e trasparente collegamento con le risorse materiali o immateriali messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria.

Si deve quindi convenire con il Primo Giudice che il prestito di una quota di fatturato non è di per sé in grado di conferire all'impresa meno qualificata specifiche risorse aggiuntive che le consentano di concorrere in misura maggioritaria ai requisiti richiesti ad eseguire la quota maggioritaria del servizio. Infatti, i ruoli di mandante e mandataria rispondono ad esigenze sostanziali e non sono intercambiabili per effetto di un contratto che non faccia alcun riferimento

alla messa a disposizione di specifiche dotazioni aziendali (personale, mezzi, conoscenze, prassi) di consistenza tale da rovesciare l'opposto rapporto iniziale .

3. L'appello deve pertanto essere respinto. Conseguentemente non vi è ragione di esaminare i motivi del ricorso di primo grado assorbiti dal primo giudice e riproposti dall'appellata.

Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della controinteressata Scintilla Sociale, delle spese di giudizio, che liquida nella misura di euro 4.000//00 (quattromila//00)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2015

IL SEGRETARIO

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

•