

Pubblicato il 13/05/2021

N. 03773/2021REG.PROV.COLL.

N. 05656/2020 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

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5656 del 2020, proposto da S. Abba s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

S.M.A. Campania s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Ce.Sub. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Di Martino, Roberto Giuseppe Di Martino e Francesco Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Soc. Edil Sub s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Acampora, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via n. Porpora n. 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Prima, n. 02792/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.M.A. Campania s.p.a., di Ce.Sub. s.r.l. e di Soc. Edil Sub s.r.l.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2766 pubblicato il 6 aprile 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020, conv. in l. 21/2021, il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza, pure ai sensi delle richiamate disposizioni, degli avvocati Roberto Giuseppe Di Martino, Francesco Rinaldi, Federico Liccardo e Antonio Parisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 7 febbraio 2020 S.m.a. s.p.a. – Sistemi per la meteorologia e l'ambiente Campania - avviava una procedura di gara, da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso, per l'affidamento dei lavori di ripristino della condotta sottomarina a servizio dello scarico dei reflui depurati in uscita presso l'impianto di depurazione di Napoli est.

1.1. Il disciplinare di gara (all'art. 5.3.) richiedeva quali "*Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnico organizzativa*", il possesso di attestazione SOA per la categoria OG7 classifica III (*Opere marittime e lavori di dragaggio*) nonché la qualifica del "*personale operante in subacquea: brevetto di lavoro (OTS), con qualifiche di: palombaro, sommozzatore, alto fondista*".

1.2. Espletate le operazioni di gara, prima graduata risultava S.Abba s.r.l., che aveva offerto un ribasso del 37,72% sull'importo di gara, cui la procedura era definitivamente aggiudicata con provvedimento del 21 aprile 2020 prot. 3376/2020.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Ce.sub. s.r.l., seconda graduata, impugnava il provvedimento di aggiudicazione assumendo la nullità del contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria con la Edil sub s.r.l. per assicurarsi i requisiti di partecipazione dei quali era priva.

In particolare, secondo la ricorrente, il contratto era nullo per genericità e comunque per non aver le parti disposto l'effettivo trasferimento delle risorse che era invece sottoposto a condizione: all'art. 3, punto 3) del

contratto era infatti previsto che *“l’impresa 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”*.

La ricorrente sosteneva poi la violazione dell’art. 89, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per aver reso l’ausiliaria alla stazione appaltante una dichiarazione incompleta non avendo espressamente elencato le risorse umane e i mezzi materiali che intendeva mettere a disposizione della concorrente.

Con ultima censura la ricorrente faceva valere la violazione dell’art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici per aver la stazione appaltante consentito all’aggiudicataria di procedere alla regolarizzazione del contratto di avvalimento nullo per mancanza della sua sottoscrizione (essendo lo stesso sottoscritto dalla sola impresa ausiliaria) mediante soccorso istruttorio, acquisendo in questo modo la versione con la firma digitale di entrambi gli operatori economici senza che però fosse possibile aver sicurezza della data in cui la sottoscrizione era effettivamente avvenuta.

2.1. Si costituivano S.M.A. s.p.a., S.Abba s.r.l. e Edil Sub s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso; il giudice di primo grado con la sentenza in epigrafe indicata accoglieva il ricorso ed annullava il provvedimento di aggiudicazione.

Il tribunale, esaminato il contenuto del contratto di avvalimento, riteneva la sua efficacia sottoposta a condizione sospensiva per aver le parti previsto la concreta messa a disposizione dei mezzi e delle risorse solo previa erogazione del costo *“a valore di mercato”*; in sostanza, rilevava il giudice, una parte della prestazione contrattuale – l’altra riguardando il prestito cartolare dei requisiti SOA – risultava di fatto subordinata alla previa determinazione del suo effettivo valore economico, peraltro rimessa ad un parametro incerto perché non previamente determinato con la conseguenza che, in caso di mancato accordo, non ci sarebbe stato trasferimento di beni, attrezzature e personale dall’ausiliaria alla concorrente e che, qualora ciò fosse avvenuto, la stazione appaltante non avrebbe avuto a sua disposizione alcuno strumento adeguato di tutela.

Era poi giudicata generica la dichiarazione di impegno resa dall’ausiliaria alla stazione appaltante in violazione dell’art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 per essersi ivi limitata a richiamare l’oggetto dell’appalto, senza però esporre dettagliatamente i requisiti tecnici ed economici trasferiti dall’ausiliaria Edil Sub s.r.l. alla S.Abba s.r.l.

3. Propone appello S.Abba s.r.l.; si è costituita Ce.sub. s.r.l. che ha concluso per il rigetto dell’appello, nonché SMA Campania s.p.a. e Edil sub s.r.l. che, invece, hanno aderito alle conclusioni dell’appellante. SMA Campania e Ce.Sub s.r.l. hanno presentato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui ha replicato Ce.Sub s.r.l.

All’udienza del 18 marzo 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello S. Abba s.r.l. censura la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando: violazione dell’art. 89 del d.lgs. 50/2016; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione dell’art. 1353 c.c. e dell’art. 1360, 1363 e 1367 c.c.”*: il giudice di primo grado avrebbe mal interpretato la clausola contenuta nel contratto di avvalimento, che non sarebbe in grado di condizione l’efficacia del contratto, essendo in essa prevista la facoltà dell’ausiliaria di richiedere la messa a disposizione delle risorse, sia pure con contestuale suo obbligo di erogarne il costo al valore di mercato, onde poteva dirsi che, all’opposto di quanto accade nel caso di clausola condizionale – in cui prima dell’evento dedotto non v’è alcuna efficacia del contratto – in questo caso l’efficacia del contratto costituiva il presupposto della clausola, poiché la parte non avrebbe potuto altrimenti richiedere la messa a disposizione delle risorse.

Escluso dunque il carattere condizionale della clausola, l’appellante sostiene che le parti abbiano voluto alternativamente fissare con essa un termine iniziale per l’esecuzione della prestazione di una parte ovvero inserire espressamente in contratto lo strumento di tutela di cui all’art. 1460 c.c., che consente ad una parte di sospendere la propria prestazione in attesa di quella altrui.

1.1. Invero l’ausiliaria Edil sub s.r.l., nella sua memoria difensiva, propone un’altra interpretazione della clausola: essa non si riferirebbe alle risorse materiali e tecniche *“precipuamente”* oggetto dell’avvalimento, ma ad *“eventuali ed ulteriori risorse”* la cui necessità potrebbe sorgere in un secondo momento, in fase esecutiva del contratto, le quali non potrebbero essere determinate già in fase di stipulazione, né nella loro identità né nel loro valore.

2. Il motivo è infondato.

2.1. La clausola del contratto di avvalimento di cui è discussa la natura è del seguente tenore (art. 3, punto 3) del contratto): *“l’impresa 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”*.

Contrariamente a quanto prospettato dall’ausiliaria – sulla cui tesi si ritornerà nel prosieguo – le *“risorse materiali”* cui è fatto riferimento vanno intese come quelle riportate nell’allegato al contratto denominato *“Elenco mezzi impiegato nei lavori”*, mentre le *“risorse tecniche”* come il personale specializzato indicato all’art. 1 del medesimo contratto di avvalimento.

2.2. La clausola è stata intesa dal giudice di primo grado quale clausola condizionale e tale effettivamente è, poiché la prestazione dell’ausiliaria – di fornire all’ausiliata le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto – dipende da un evento futuro ed incerto (secondo l’indicazione dell’art. 1355 cod. civ.), cioè l’erogazione del costo di tali risorse al valore di mercato da parte dell’ausiliata.

Non è di immediata comprensione cosa le parti del contratto volessero intendere prevedendo a carico dell’ausiliata l’erogazione del *“costo delle risorse”* al *“valore di mercato”*, ma, come suggerisce la stessa appellante, si può ragionevolmente comprendere l’interesse sotteso a siffatta previsione contrattuale: quello di garantire l’ausiliaria che, per il tempo di impiego dei mezzi e del personale nell’esecuzione dell’appalto, sarebbe stata l’ausiliata a sostenerne il peso economico (e, così, oltre a corrispondere una somma pari alla retribuzione dei lavoratori, si potrebbe pensare ad una somma corrispondente ai canoni di *leasing* o di noleggio dovuti per i macchinari, e così via).

2.3. Conferma tale conclusione la circostanza che la controprestazione dovuta dall’impresa concorrente per l’impegno assunto dall’ausiliaria a trasferirle le risorse necessarie all’esecuzione dell’appalto era prevista in altra clausola contrattuale nei seguenti termini: *“In caso di aggiudicazione della gara, l’impresa Avvalente verserà all’Impresa Ausiliaria, un importo pari al 1% (dicesi unopercento) del valore dell’appalto (unitamente e limitatamente alle categorie e alle classifiche oggetto del presente contratto di avvalimento, necessarie a coprire l’importo di qualificazione richieste dal bando di gara per le quali l’impresa Avvalente è carente) al netto del ribasso economico di aggiudicazione offerto dall’Impresa Avvalente”*.

Ciò posto, la clausola dubbia non aveva ad oggetto due prestazioni in nesso sinallagmatico tra loro – quella dell’ausiliaria di porre a disposizione le risorse e quella dell’ausiliata di corrispondere qualcosa in cambio – ma si riferiva ad un piano di interessi diverso: la realizzazione della causa del contratto, lo scambio appunto, era, cioè, subordinato (nel senso proprio di termine per cui v’è un ordine nel quale un evento succede ad un altro) alla realizzazione di un altro interesse, quello di garantire tutela all’ausiliaria quanto all’erogazione del costo delle risorse richieste al valore di mercato per ripartire il peso economico conseguente all’impiego delle risorse secondo il noto brocardo *eius commoda cuius incommoda*; il che tipicamente caratterizza l’inserimento di una clausola condizionale all’interno di un contratto di scambio.

2.4. Non è accoglibile l’interpretazione dell’appellante secondo cui la clausola conterrebbe solamente un termine iniziale per l’esecuzione della prestazione da parte dell’ausiliaria (il momento dell’avvenuta acquisizione della disponibilità del costo delle risorse al valore di mercato) per due ragioni.

La prima, morfologica: la clausola è costruita con riferimento ad un evento *incertus an incertus quando*, che è tipico della condizione contrattuale, e non ad un evento *certus an incertus quando*, che è tipico del termine iniziale apposto al contratto.

La seconda è propriamente funzionale e discende da quanto si è detto precedentemente: emerge evidente dal contenuto della clausola contrattuale che si sia inteso posporre l’interesse alla realizzazione dello scambio a quello all’attribuzione all’ausiliaria del costo al valore di mercato delle risorse messe a disposizione; in questo modo pertanto è stata sospesa l’efficacia del contratto, da intendersi come diritto a ricevere la prestazione principale ed obbligo di pagare il corrispettivo.

Va così risolta l’ambiguità sulla quale l’appellante si appunta per sostenere che il contratto, già prima dell’erogazione del costo, era efficace consentendo all’ausiliata di richiedere la messa a disposizione delle risorse: gli effetti prodotti dal contratto sono gli effetti preliminari ed in particolare l’aspettativa di diritto conseguente all’instaurazione del vincolo giuridico tra le parti; ne segue che era sì consentito all’ausiliata richiedere la messa a disposizione delle risorse, ma affinché l’obbligo dell’ausiliaria fosse esigibile, e dunque affinché l’aspettativa si convertisse in vero e proprio diritto ad ottenere l’altrui prestazione, era necessario l’avverarsi di un altro evento, ossia l’erogazione del costo al valore di mercato. Il che, peraltro, rende la condizione di natura potestativa (per la distinzione con la condizione meramente potestativa, cfr. Cass. civ., sez. V, 20 novembre 2019, n. 31043).

Le stesse ragioni inducono a respingere anche la tesi, esposta in via alternativa dall’appellante, secondo la quale le parti avrebbero riprodotto all’interno del contratto, l’eccezione c.d. dilatoria di cui all’art. 1460 cod.

civ. che consente di sospendere l'esecuzione della propria prestazione nel caso di altrui inadempimento; tale eccezione infatti presuppone da un lato l'esigibilità incondizionata delle prestazioni, situazione che si è già spiegato va esclusa, ma pure che vi sia un nesso sinallagmatico tra le prestazioni entrambe dedotte in contratto, circostanza anch'essa da escludere per le ragioni già dette.

2.5. Anche l'interpretazione della clausola proposta dall'ausiliaria nella propria memoria non può essere condivisa: se, come si ricava chiaramente dall'art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici, l'avvalimento ha la finalità di consentire all'operatore economico concorrente di acquisire i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara di cui è carente per poter prendere parte alla procedura, è evidente che i requisiti mancanti devono essere esattamente individuati al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria e con essi devono essere identificate le risorse umane e materiali trasferite che servono per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente (per il caso, naturalmente, di avvalimento c.d. operativo, quale quello del quale si discute nel presente giudizio) e consentire di presentarsi alla stazione appaltante in possesso di tutti i requisiti richiesti; ne è logica conseguenza che non sia in alcun modo ipotizzabile una forma di avvalimento, quale quella propugnata dalla Edil sub s.r.l. per il contratto stipulato con l'appellante, che sia, per così dire, "a geometria variabile", tale per cui, a seconda delle esigenze emergenti in corso di esecuzione del contratto di appalto, maggiore (ma potrebbe essere anche minore) sarà l'entità delle risorse trasferite.

2.6. Riconosciuta la natura condizionale della clausola apposta al contratto di avvalimento, è inevitabile conseguenza l'esclusione della S.Abba s.r.l. dalla procedura di gara per inidoneità del contratto di avvalimento al trasferimento dei requisiti di partecipazione mancanti, non potendo il concorrente dimostrare di poter disporre, se non in via ipotetica ed eventuale, delle risorse umane e materiali necessarie all'esecuzione della prestazione.

In tal senso, del resto, si è già pronunciata la giurisprudenza amministrativa, escludendo l'idoneità ai fini della partecipazione ad una procedura di gara di un contratto di avvalimento condizionato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2016, n. 4630; V, 2014, n. 2365) ed ammettendo quale unica forma di condizionamento consentita quella che subordina l'efficacia del contratto all'avvenuta aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6578; III, 25 febbraio 2014, n. 895), operando il provvedimento di aggiudicazione – o meglio la mancata aggiudicazione del contratto d'appalto – come condizione risolutiva dello stesso, poiché se essa non si verifica non v'è più ragione che possa giustificare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'operatore economico concorrente risorse umane e mezzi materiali per l'esecuzione della prestazione.

2.7. Per completezza è da aggiungere che la Sezione non ignora che il Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., in un precedente recente, 28 gennaio 2019, n. 59 ha ritenuto che clausole condizionali – del tenore sostanzialmente equivalente a quella di cui si discute nel presente giudizio – valgano "*a rafforzare e non invece ad indebolire i reciproci vincoli obbligatori, facendo diminuire il rischio a carico dell'ausiliaria in modo da equilibrare il rapporto sinallagmatico*" ed ha per questo concluso per la validità del contratto, giungendo alla conclusione che, qualora l'ausiliata non adempisse agli obblighi derivanti dalle clausole condizionali, l'ausiliaria non sarebbe comunque esonerata dalla responsabilità diretta assunta nei confronti della stazione appaltante e dunque l'inadempimento altrui "*non la legittimerebbe a non fornire le prestazioni contrattualmente dovute all'amministrazione*".

Tale precedente isolato tuttavia, orientato a dar maggior riguardo al profilo pubblicistico del contratto di avvalimento piuttosto che a quello privatistico proprio del rapporto tra i due contraenti, non è condivisibile perché non tiene in adeguata considerazione il fatto che subordinare l'efficacia del contratto di avvalimento all'adempimento di prestazioni preliminari a carico dell'ausiliata – e dunque, ad una condizione potestativa – non può aver altro effetto che quello di rendere incerto il possesso dei requisiti di partecipazione per i quali s'è fatto ricorso all'avvalimento al momento della presentazione della domanda di partecipazione; ciò indipendentemente dalle ragioni che possano aver indotto i contraenti all'inserimento di dette clausole ed anche se si sia inteso, come del resto già precedentemente proposto, riequilibrare tra le parti il peso economico dell'operazione commerciale.

D'altronde, non può esservi responsabilità solidale dell'ausiliaria con il concorrente nei confronti della stazione appaltante se non per effetto di un contratto che sia valido ed efficace sin dalla sua stipulazione.

2.8. In conclusione, il primo motivo di appello va respinto ed il secondo assorbito per esservi già nel primo riportate valide ragioni di esclusione dell'operatore dalla procedura di gara.

3. L'appello va pertanto respinto.

La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 con la modalità di cui all'art. 4, ultimo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020, conv. in l. 21/2021, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO