

Tema intervento
Il primo effetto concreto delle
pronunce comunitarie sul su-
bappalto: Consiglio di Stato,
sentenza n. 389/2020

Premessa.

l'articolo 89 prevede sostanzialmente due tipi di avvalimento:

- 1) l'avvalimento delle capacità tecniche;
- 2) l'avvalimento delle capacità economiche (c.d. avvalimento in garanzia);

Nello schema comunitario dell'articolo 63 della Direttiva n. 2014/24/UE l'avvalimento tecnico si realizza attraverso l'utilizzo delle risorse e dei mezzi della società ausiliaria ai fini dell'adempimento dell'appalto.

Quest'ultima è sostanzialmente la fattispecie affrontata dal CdS nella sua sentenza 389 del 2020 qui in commento.

Vengono in rilievo i tormentati rapporti tra avvalimento e subappalto.

L'articolo 63 della Direttiva n. 2014/24/UE prevede espressamente che «se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine».

La sentenza 389 della Sezione Quinta del Consiglio di Stato origina dall'appalto avente ad oggetto «procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di refezione presso le scuole dell'infanzia (statali e comunali), scuole primarie, scuole secondarie di primo grado e gli asili nido comunali, per il periodo dal 1 settembre 2018 al 31 luglio 2024».

L'aggiudicataria aveva dichiarato in sede di gara che avrebbe fatto ricorso all'avvalimento in favore di altra società (ausiliaria) che disponeva di un centro di cottura necessario alla preparazione dei pasti oggetto del contratto d'appalto.

Tuttavia:

- a) da un lato la società aggiudicataria non si era riservata la facoltà di ricorso al subappalto per tale prestazione e

- b) , dall'altro, il ricorso al centro di cottura avrebbe implicato il superamento del limite del 30% nell'affidamento in subappalto delle attività.

Il ricorrente quindi impugnava l'aggiudicazione in quanto essa era avvenuta in favore di un soggetto che avrebbe dovuto sostanzialmente «spogliarsi» delle attività oggetto d'appalto affidandole alla ausiliaria non in virtù di un contratto di subappalto (che sarebbe ricaduto nel divieto), quanto in virtù del contratto di avvalimento concluso.

Cosa prevedeva il Bando di gara? Il Bando stabiliva che: «l'offerente in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale dal quindicesimo giorno antecedente a quello previsto per l'avvio dei servizi, e per tutta la durata del contratto, impegnandosi altresì a presentare, entro la data di stipula del contratto, i documenti preliminari (ovvero quelli già definitivi) che documentino la futura (o l'immediata) disponibilità del centro cottura, da intendersi questa in una qualsiasi delle forme previste dall'ordinamento».

Il disciplinare di gara prevedeva poi che «l'offerente in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale dal quindicesimo giorno antecedente a quello previsto per l'avvio dei servizi, e per tutta la durata del contratto, impegnandosi altresì a presentare, entro la data di stipula del contratto, i documenti preliminari che documentino la futura (o l'immediata) disponibilità del centro cottura, da intendersi questa in una qualsiasi delle forme previste per lo scopo dell'ordinamento».

Il CdS richiama un precedente costituito da TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 07 febbraio 2017 n. 2093 che aveva già affermato la legittimità della disponibilità in avvalimento di un centro cottura.

«l'avvalimento non comporta alcuna consegna della struttura, oggetto del contratto, al raggruppamento ausiliato, né alcun suo utilizzo da parte di quest'ultimo. Il centro cottura resterà, infatti, in uso esclusivo alla ditta ausiliaria, unica titolata ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria»

«...Conformemente all'insegnamento della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, nel caso di avvalimento di un requisito di capacità tecnica, qual è un centro cottura per la produzione dei pasti, l'effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi. Tale principio è stato da ultimo espressamente codificato dall'art. 89, comma 9, del D. Lgs. 50/2016 che onera la stazione appaltante, attraverso il RUP, a verificare in fase di esecuzione l'effettivo e diretto svolgimento delle prestazioni da parte dell'ausiliario, con le proprie risorse umane e i propri mezzi prestati»

Il Consiglio di Stato, sez. V, 24 agosto 2018 n. 5047, si era in precedenza espresso come segue: «Ritiene il Collegio che il contratto di avvalimento prodotto in atti fosse idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso, infatti, l'impresa ausiliaria si impegnavava espressamente a mettere a disposizione dell'avvalente il centro di cottura e le risorse necessarie, per l'intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente».

Alla luce dei principi sopra espressi, il Consiglio di Stato nella sentenza 389, conclude sostanzialmente facendo tre considerazioni:

- a) nella fattispecie in esame non siamo in presenza di una fattispecie di cessione del contratto di appalto o di un subappalto totalitario delle attività previste nel contratto di avvalimento;
- b) nessuna violazione dell'articolo 89 comma 8 del codice dei contratti pubblici è ravvisabile per il fatto che all'ausiliaria sia affidata una quota preponderante delle attività oggetto dell'appalto e finanche di quelle principali, mentre al concorrente residui la sola direzione e coordinamento di tali attività.

c) Come noto, la norma richiamata (articolo 89 comma 8) prevede che in caso di avvalimento l'appalto *«è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati»*.

Tale norma, nell'interpretazione del Giudice, afferma due regole:

- a) l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e
- b) le prestazioni svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso (ossia dal concorrente aggiudicatario, Ndr) predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante.

In altre parole, l'avvalimento diventa un modo di organizzazione dell'attività d'impresa. Una sua articolazione organizzativa. Con un ossimoro: una sorta di esternalizzazione interna. Un modo di organizzazione dell'attività dell'appalto.

In altre parole, l'avvalimento consente l'utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La norma impone il solo rispetto del limite dei «requisiti prestati» dall'ausiliario.

Tale limite risponde alla necessità a che all'impresa ausiliaria siano affidate prestazioni non eccedenti la propria capacità tecnica.

Il Consiglio di Stato quindi conclude nel senso che «si tratta di una diversità di disciplina per i profili di interesse nel presente giudizio che impedisce di operare una commistione tra i due istituti (subappalto/avvalimento, Ndr).

Conclusioni

1. l'avvalimento è definito dall'art. 89 come un «contratto» che deve quindi intendersi ammesso ai sensi dell'art. 1322 secondo comma del codice civile.
2. le limitazioni (tipicamente italiane) al subappalto hanno subito poderosi colpi ad opera della giurisprudenza comunitaria.
3. l'avvalimento sembra diventare un modo di eseguire l'appalto tramite risorse dell'ausiliaria, del tutto indipendente dal subappalto.