

**Massima:** *“Il requisito di idoneità professionale, per sua funzione, qualifica il soggetto economico nella sua unitarietà, non è scindibile nelle sue diverse componenti o nei suoi diversi profili”* (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);  
*Ed ancora: “il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento”* (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667);  
- *Più in particolare: “l'iscrizione agli albi professionali rappresenta un requisito soggettivo afferente l'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche”* (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3698)

## **Consiglio di Stato n. 7482 del 26/08/2022**



# **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 1073 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Flaminia Garden S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Alessandro Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Giuseppe Mercalli n. 13;

contro

Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi D'Ottavi, Rita Caldarozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici della Avvocatura comunale in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

nei confronti

B.P.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Avilio Presutti, Marco Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, piazza San Salvatore in Lauro n. 10; C.E.S.A. S.r.l., Gamma Unipersonale S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza T.A.R. Lazio, sede di Roma, Sez. II, n. 12456 del 2.12.2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Roma e B.P.C. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. Venivano impugnati dinanzi al TAR Lazio, da parte della terza classificata Flaminia Garden, gli esiti della gara per l'aggiudicazione di un accordo quadro triennale per la manutenzione delle aree verdi del Municipio XV del Comune di Roma. Si contestava in particolare che le prime due classificate fossero entrambe sprovviste sia del requisito di idoneità professionale di cui all'art. 12 della legge n. 154 del 2012 (c.d. "manutentore del verde") ed in merito alla quale il disciplinare di gara vietava il ricorso all'istituto dell'avvalimento, sia della attestazione SOA specificamente richiesta dalla legge di gara (Categoria OS24 Classifica III^).

2. Il TAR Lazio rigettava il ricorso per le ragioni di seguito indicate:

2.1. Per la attestazione SOA è sempre possibile l'avvalimento, secondo quanto stabilito dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 22 del 2020: di qui la validità del contratto di avvalimento prodotto dalla prima classificata BPC;

2.2. Quanto al requisito di idoneità professionale di "manutentore del verde", la prima classificata aveva stipulato contratto di collaborazione con impresa del settore pacificamente dotata di tale requisito. Dunque il requisito stesso sarebbe entrato a far parte dell'organico societario, da intendere in senso dinamico/flessibile e non statico, dal momento che il suddetto imprenditore si era impegnato a prestare la propria attività, a favore della prima classificata, con continuità e senza possibilità di recesso.

3. La suddetta sentenza formava oggetto di appello per i motivi di seguito sintetizzati:

3.1. Erroneità di giudizio e insufficiente motivazione in ordine sia alla violazione dell'art. 83 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (possibilità di applicare l'avvalimento per le attestazioni SOA)

[primo motivo di appello], sia dell'art. 12 della legge n. 154 del 2012 (obbligo di possedere il requisito di "manutentore del verde" per l'esecuzione di simili appalti) [secondo motivo di appello];

3.2. Si riproponeva il secondo motivo di ricorso di primo grado, non esaminato dal primo giudice, relativo alla assenza del suddetto requisito di idoneità professionale (manutentore del verde) anche in capo alla seconda classificata CESA s.r.l.;

3.3. Si proponeva poi in via subordinata un terzo motivo di gravame relativo alla assenza del medesimo requisiti anche in capo alla GAMMA s.r.l., originariamente prima classificata e successivamente esclusa dalla competizione a causa della anomalia della relativa offerta economica.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata amministrazione comunale e l'intimata BPC, prima classificata e controinteressata in primo grado, entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni di cui più avanti si terrà conto. Quest'ultima proponeva altresì appello incidentale sostanzialmente basato su un'unica ragione: violazione degli artt. 83 e 89 del Codice dei contratti per avere il disciplinare di gara vietato il ricorso all'istituto dell'avvalimento per il requisito di idoneità professionale in contestazione (manutentore del verde). Veniva altresì sollevata, sullo stesso punto, questione di compatibilità eurounitaria.

5. Con atto di motivi aggiunti veniva poi impugnata l'ammissione delle prime due classificata le quali, secondo quanto sarebbe emerso nel corso del presente giudizio, non erano pacificamente in possesso della attestazione SOA sopra indicata e ciononostante, in sede di partecipazione, avevano comunque dichiarato di esserne munite.

6. Alla pubblica udienza del 7 luglio 2022 le parti intervenute, come da verbale, rassegnavano le proprie conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

7. Tutto ciò premesso si affronta innanzitutto l'appello incidentale e la connessa questione di legittimità eurounitaria. Si lamenta in particolare che la stazione appaltante avrebbe espressamente vietato il ricorso all'avvalimento per il requisito di idoneità professionale di cui all'art. 12 della legge n. 154 del 2012 ("manutentore del verde"). Ciò in ritenuta violazione delle disposizioni interne ed eurounitarie le quali contemplerebbero un certo *favor* per l'utilizzo di simili strumenti aggregativi, diretti al contrario a facilitare il più possibile la partecipazione alle pubbliche gare.

Osserva al riguardo il collegio come la giurisprudenza abbia costantemente inibito il ricorso a tale istituto onde sopperire alla assenza di un requisito di questo tipo. Questi i passaggi più salienti della giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi del tema:

- *"Il requisito di idoneità professionale è collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, per cui deve, tra l'altro, essere posseduto personalmente dall'operatore e non può essere oggetto di avvalimento (al contrario dei requisiti speciali o oggettivi) in quanto non equiparabile ad un requisito "trasferibile" da un operatore economico all'altro"* (Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2021, n. 5851);

- L'iscrizione al registro delle imprese è requisito che non può essere prestato mediante il ricorso all'avvalimento. Infatti la norma che lo impone è diretta ad assicurare l'astratta idoneità professionale dell'operatore economico a svolgere l'attività imprenditoriale in un determinato settore, sul presupposto che si tratti di impresa che abitualmente esercita in concreto quella certa attività in quel determinato settore commerciale o economico (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Ciò in quanto la *“norma dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici ... limita il campo di applicazione dell'avvalimento ai soli requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lettere b) e c), del medesimo Codice, escludendo la possibilità di avvalersi della capacità di altri operatori economici per integrare i requisiti di idoneità professionale”* (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Pertanto: *“Il requisito di idoneità professionale, per sua funzione, qualifica il soggetto economico nella sua unitarietà, non è scindibile nelle sue diverse componenti o nei suoi diversi profili”* (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Ed ancora: *“il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento”* (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667);

- Più in particolare: *“l'iscrizione agli albi professionali rappresenta un requisito soggettivo afferente l'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche”* (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3698);

- Quelli di idoneità professionale costituiscono dunque *“requisiti strettamente personali ... in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione”*. Essi risultano *“relativi alla mera e soggettiva idoneità (professionale) del concorrente (quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore) a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica Amministrazione”* (Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595).

Da quanto sopra riportato emerge dunque la sicura legittimità della previsione del disciplinare di gara nella parte in cui si vietava il ricorso all'avvalimento per ciò che riguarda il requisito di idoneità professionale di cui all'art. 12 della legge n. 154 del 2012 (*“manutentore del verde”*).

Quanto poi alla sollevata richiesta di rinvio pregiudiziale (per la verità formulata con memoria di costituzione ma affrontata in tale paragrafo per ragioni di collegamento logico) si osserva che questa stessa sezione ha già avuto modo di rilevare che: *“la disciplina nazionale di cui all'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, è compatibile con la direttiva europea 2014/24/UE, la quale (conformemente a quanto previsto dal diritto interno) all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) disciplina l'avvalimento con riferimento ai soli requisiti di “capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4 [...]”, con espressa esclusione dei requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, di cui all'art. 58, paragrafi 1 e 2, della medesima direttiva”* (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037). L'eccezione deve dunque essere rigettata.

Al di là della sua ammissibilità (messa in dubbio dalla difesa di parte appellante principale) l'appello incidentale è dunque infondato e deve essere rigettato.

08. Si affronta ora l'appello principale.

8. Il primo motivo è senz'altro infondato dal momento che la Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 22 del 2020, ha pacificamente stabilito che l'istituto dell'avvalimento può trovare applicazione anche in ordine alla attestazione SOA.

Parimenti infondato risulta di conseguenza l'atto di motivi aggiunti, il quale si fonda nella sostanza sulle stesse ragioni.

9. Il secondo motivo di appello postula invece un sintetico *resumé* della giurisprudenza partitamente richiamata al punto 7 con particolare riguardo al tema dei requisiti di ordine professionale. Da tanto si evince che tali requisiti, al netto di ogni considerazione circa la natura più flessibile e dinamica delle organizzazioni imprenditoriali:

a) hanno carattere personale e soggettivo;

b) qualificano l'impresa o meglio l'imprenditore, dunque il soggetto economico che si trova a contrarre con la PA;

c) deve dunque sussistere uno stretto collegamento, o intrinseca connessione, tra attività da svolgere mediante tali requisiti ed il soggetto imprenditoriale che i medesimi requisiti deve possedere;

d) in termini *funzionali*, la medesima attività (consentita previo possesso di simili requisiti) costituisce il dato esperienziale e aziendale del soggetto che possiede i requisiti stessi. Una simile attività deve essere svolta, in altre parole, in modo abituale e continuativo;

e) in termini *strutturali*, l'elemento caratterizzante è dato dal fatto che l'organizzazione aziendale sia principalmente se non esclusivamente orientata allo svolgimento di determinate attività (mediante l'apprestamento di particolari attrezzature ed il possesso di specifiche competenze). Deve dunque trattarsi di un percorso che veda impegnata, in senso pressoché totalizzante, l'intera struttura aziendale;

f) ne consegue che simili requisiti non risultano trasferibili *sic et simpliciter* da qualsivoglia operatore, e ciò a prescindere dalla maggiore flessibilità e dinamicità che caratterizza gli organici aziendali (aspetto questo che riguarda, tra l'altro, il rapporto di subordinazione gerarchica e di direzione che si innesta tra imprenditore e personale dell'azienda). Dunque se un requisito si acquisisce da un soggetto dipendente, tale soggetto deve di conseguenza risultare "stabilmente incardinato", come correttamente evidenziato dalla difesa di parte appellante, in seno alla organizzazione interna dell'azienda stessa.

Tanto doverosamente premesso, osserva il collegio che il contratto di collaborazione stipulato tra la prima classificata e il libero imprenditore privato, anche a volerne ammettere la validità dell'impianto negoziale (e dunque senza volerlo ritenere alla stregua di avvalimento occulto o indiretto), comunque si rivela inidoneo allo scopo in quanto verrebbero pur sempre a mancare almeno due delle fondamentali caratteristiche sopra evidenziate, ovverossia: a) la abitudine/continuatività della attività consentita mediante il possesso del ridetto requisito di ordine professionale (dato funzionale); b) lo spiccato orientamento organizzativo aziendale verso lo svolgimento di quella stessa attività (dato strutturale).

Ed infatti, considerata la natura del contratto di collaborazione stipulato dalla BPC (con un soggetto che continua ad operare come libero imprenditore e che dunque potrebbe assumere da solo altre commesse oppure stipulare altri simili contratti di collaborazione): a) difetta la abitudine/continuatività in quanto una simile attività di manutenzione del verde, da parte della BPC,

non è mai stata esercitata prima ma soltanto in occasione della presente commessa. L'attività di manutenzione del verde, con riguardo alla BPC, assume dunque carattere occasionale e non abituale. E a nulla potrebbe valere il fatto che l'imprenditore di cui sopra si sarebbe impegnato a prestare la sua opera con carattere di continuità, trattandosi di impegno comunque limitato alla commessa in questione che non riguarda l'attività più in generale della BPC; b) difetta altresì il carattere dell'orientamento organizzativo (pressoché totalizzante) in quanto la struttura aziendale, che sino ad ora ha svolto competenze in materia di strade ed altre costruzioni, non si dimostra interamente coinvolta in questo tipo di attività che verrebbe unicamente svolta da un soggetto sino ad ora non presente nella struttura stessa (e che adesso ne farebbe parte soltanto in via occasionale, ossia limitatamente a quest'unico contratto).

Ne consegue da quanto detto l'inidoneità del contratto, stipulato tra BPC e libero imprenditore, a trasferire alla prima il requisito di ordine professionale richiesto dalla legge di gara.

Di qui l'accoglimento del secondo motivo di appello.

10. Si affronta a questo punto il secondo motivo del ricorso originario.

Anche questo si rivela fondato ove soltanto si pongano a confronto i due documenti 24 e 25 della produzione di parte appellante, documenti dai quali si evince che la CESA s.r.l., seconda classificata, ha soltanto domandato la suddetta iscrizione al registro dei manutentori senza tuttavia dimostrare, altresì, gli esiti di tale richiesta.

Una simile allegazione documentale non ha costituito oggetto di specifica contestazione, nel corso del presente giudizio, e ciò con ogni conseguenza in ordine alla applicazione dell'art. 64, comma 2, c.p.a.

Dunque non è stato provato il possesso del suddetto requisito di ordine professionale.

Anche tale motivo, proprio del ricorso di primo grado, deve dunque essere accolto.

11. Quanto infine al motivo proposto in via subordinata lo stesso è improcedibile non avendo le parti sollevato alcuna eccezione nel senso indicato dalla difesa di parte appellante (ossia circa la possibilità di recuperare la posizione di gara della GAMMA s.r.l., originaria aggiudicataria poi esclusa per anomalia).

12. In conclusione il ricorso in appello è fondato. In riforma della sentenza gravata il ricorso di primo grado deve pertanto essere integralmente accolto, anche con riguardo al suo secondo motivo.

La complessità delle questioni esaminate induce il collegio a compensare integralmente tra le parti costituite le spese 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:

a) rigetta l'appello incidentale;

b) accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso proposto in primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Giovanni Nicolò Lotti**