

MASSIMA – “...In presenza di requisiti strettamente personali, dunque, l'oggetto di un eventuale contratto di avvalimento non può ritenersi giuridicamente possibile, in quanto non deducibile quale prestazione ai sensi degli art. 1173 e 1321 c.c.

Il Collegio osserva, peraltro, che in astratto gli schemi contrattuali che compongono l'operazione economica delineata dal citato art. 49 possono avere ad oggetto sia requisiti materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro), sia requisiti immateriali (capacità economica-finanziaria, fatturato, attestazione SOA e, secondo un filone prevalente nella giurisprudenza di questo Consiglio, anche le certificazioni di qualità).”

Consiglio di Stato n. 5595 del 05/11/2012

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9211 del 2011, proposto da:
Impresa Signorile & Trotti S.n.c., rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Botti in Roma, via Monte Santo, 25;

contro

Soc. Coop. Ariete, rappresentato e difeso dagli avv. Enzo Augusto e Roberto D'Addabbo, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, viale Mazzini, 73, Sc. B, Int. 2;

nei confronti di

Comune di Acquaviva delle Fonti;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01454/2011

GRATIS 01454/2011, resa tra le parti, concernente affidamento concessione in global service del servizio di gestione del cimitero comunale per il quinquennio 2010-2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Mastroviti;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. I, con la sentenza n. 1454 del 4 ottobre 2011, ha respinto il ricorso incidentale e accolto il ricorso principale proposto dall'attuale impresa appellata per l'annullamento della determinazione del responsabile del Servizio LL.PP. del Comune di Acquaviva delle Fonti n. 831 del 16 dicembre 2010, pubblicata sull'Albo pretorio dal 21 dicembre 2010, con cui l'appalto per l'affidamento della concessione in "Global Service" del servizio di gestione del cimitero comunale per il quinquennio 2010-2015, è stato definitivamente aggiudicato alla ditta "Impresa Signorile & Trotti s.n.c.".

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, quanto al ricorso incidentale, che la clausola III.2.2 del bando e la previsione di cui al par. 1, punto 3, lett. d) del disciplinare (clausole poste a base del ricorso incidentale medesimo) dovevano essere intese nel senso che è richiesta, a pena di esclusione, la mera presentazione di una dichiarazione bancaria, fatto salvo il potere della pubblica amministrazione di verificarne l'idoneità e che, peraltro, le dichiarazioni bancarie presentate dalla ricorrente principale in primo grado dovevano ritenersi certamente idonee e tranquillizzanti per la P.A.

Per il TAR, inoltre, la censura, sempre contenuta nel ricorso incidentale, relativa alla violazione delle clausole del capitolato d'onere (artt. 29 e 30, contenenti il divieto di sub-concessione, di cessione e di subaffitto in tutto o in parte del servizio), non coglieva nel segno, posto che dette previsioni del capitolato si riferiscono esclusivamente alla fase esecutiva dell'appalto e che la pubblica amministrazione ha inteso unicamente evitare che il concessionario possa nominare un sub-concessionario.

Per il TAR, quanto al ricorso principale, possano essere oggetto di avvalimento, ai sensi dell'art. 49 d. lgs. n. 163-06 unicamente i requisiti inerenti la capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa, non già i requisiti di idoneità professionale ex art. 39 d. lgs. n. 163-06, desumibile dalla iscrizione camerale.

Nel caso di specie, la controinteressata in primo grado, attuale appellante, Impresa Signorile & Trotti s.n.c. in base al certificato camerale in atti risulta essere munita di iscrizione camerale con riferimento alla "installazione, manutenzione, riparazioni di impianti elettrici e similia", mentre è carente di iscrizione per i servizi di manutenzione immobili e di manutenzione del verde e per i servizi cimiteriali (oggetto della concessione in questione ai sensi dell'art. II.1.3 del bando).

Pertanto, per il TAR, la controinteressata in primo grado è priva del requisito di cui al punto 1 dell'art. III.2 del bando di gara, richiesto a pena di esclusione.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si costituiva l'impresa appellata, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 luglio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Rileva il Collegio che l'appello è sostanzialmente incentrato sulla controversa possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per quanto riguarda i requisiti soggettivi di tipo professionale di cui all'art. 39 del cd. Codice Appalti.

Sotto questo profilo deve preliminarmente essere evidenziato che questo Consiglio, con la sentenza della sez. III 15 Novembre 2011, n. 6040, ha icasticamente affermato che in tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione.

Si deve, infatti, rilevare che l'avvalimento, istituto di iniziale elaborazione della giurisprudenza comunitaria (sentenza Ballast Nedam Groep I, ricavata dall'interpretazione

dell'art. 26, lett. e, direttiva n. 71/305/CEE, nonché C. Giust. CE, sez. V, 14 aprile 1994, C-389/92, C. giust. CE, sez. III, 18 dicembre 1997, C-5/97 e C. Giust. CE, sez. V, 2 dicembre 1999, C-176/98, Holst Italia S.p.A. c. Comune di Cagliari), è fondato sulla necessità di potenziare la libertà di concorrenza delle imprese, essendo lo stesso funzionale a rimuovere ogni ostacolo al suo libero esercizio in ambito Comunitario e idoneo a garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e, nel contempo, la *par condicio* dei concorrenti.

La disciplina dell'art. 49 del Codice Appalti, in coerenza con la giurisprudenza e la normativa comunitaria, non pone alcuna limitazione all'avvalimento, stabilendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché vi sia, in positivo, un'adeguata prova della disponibilità dei requisiti prestati, dimostrando all'Amministrazione aggiudicatrice che l'impresa concorrente disporrà dei mezzi necessari.

Fanno eccezione a questa portata generale dell'istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale ai sensi dell'art. 38 del Codice appalti (cd. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo Codice (cd. requisiti professionali).

Tali requisiti, infatti, non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; essi, invece, sono 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.

Pertanto, secondo il Collegio, è per una ragione logica, prima ancora che giuridica, che devono ritenersi insuscettibili di avvalimento i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, trattandosi, si ribadisce, di requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto concorrente alla gara e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione.

Peraltro, osserva il Collegio, poiché nell'avvalimento l'operazione economica complessiva si compone di un contratto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, di una dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e di un contratto di appalto, manifestandosi, dunque, quale collegamento negoziale composto da un susseguirsi di schemi contrattuali inscindibilmente connessi, è evidente che l'oggetto dell'impegno negoziale dell'impresa ausiliata con cui essa trasferisce il requisito mancante in capo all'impresa partecipante, deve essere non solo lecito e determinato (o determinabile), ma anche possibile ex art. 1346 c.c.

In presenza di requisiti strettamente personali, dunque, l'oggetto di un eventuale contratto di avvalimento non può ritenersi giuridicamente possibile, in quanto non deducibile quale prestazione ai sensi degli art. 1173 e 1321 c.c.

Il Collegio osserva, peraltro, che in astratto gli schemi contrattuali che compongono l'operazione economica delineata dal citato art. 49 possono avere ad oggetto sia requisiti materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro), sia requisiti immateriali (capacità economica-finanziaria, fatturato, attestazione SOA e, secondo un filone prevalente nella giurisprudenza di questo Consiglio, anche le certificazioni di qualità).

Nell'ipotesi di conferimento di requisiti materiali l'impresa avvalsa si priva (nei limiti delle prestazioni necessarie ad eseguire il contratto da affidare con gara) effettivamente dei mezzi prestati a favore dell'impresa concorrente; nell'ipotesi, invece, in cui si conferiscano (*rectius*: si prestino) requisiti immateriali si dovrà comunque confezionare un contratto idoneo a determinare una sorta di "*traditio* simbolica" di tali requisiti dall'impresa ausiliaria a quella ausiliata partecipante alla gara d'appalto (ad es., ricorrendo all'affitto di azienda o di ramo di azienda).

Il tratto comune è rappresentato, come detto, dal fatto che il prestito dei requisiti riguarda i requisiti dell'impresa e non quelli dell'imprenditore, che sono insuscettibili di trasferimento anche in forma simbolica, trattandosi di requisiti soggettivamente indefettibili di cui il possessore non può, neppure in modo circostanziato e episodico, privarsi e, di conseguenza,

non possono nemmeno essere dedotti quali oggetto di “possibile” prestazione contrattuale, come si deve ribadire.

Peraltro, si deve aggiungere *ad abundantiam* che anche il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici) conferma tale interpretazione: l’art. 88, comma 5, dedicato al contratto di avvalimento in gara e alla qualificazione mediante avvalimento, prevede espressamente, infatti, che l’impresa ausiliata per conseguire la qualificazione di cui all’art. 50 del codice, deve possedere i requisiti di cui all’art. 78 in proprio.

I requisiti di cui all’art. 78 che l’impresa deve possedere in proprio sono i requisiti d’ordine generale che, ai sensi del comma 1 del predetto articolo, sono quelli previsti dagli articoli 38, comma 1, e 39 commi 1 e 2, del Codice appalti.

Conclusivamente, alla luce del complesso delle argomentazioni svolte, poiché l’attuale appellante, in base al certificato camerale in atti, risulta essere munito di iscrizione camerale con riferimento alla “installazione, manutenzione, riparazioni di impianti elettrici e similia”, mentre è carente di iscrizione per i servizi di manutenzione immobili e di manutenzione del verde e per i servizi cimiteriali, oggetto della concessione in esame, ex art. II.1.3 del bando, e poiché tale requisito, richiesto a pena di esclusione, non può essere oggetto di avvalimento, il Collegio deve confermare quanto valutato dal TAR e ritenere, di conseguenza, infondato il presente appello.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l’effetto la sentenza impugnata.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2012

IL SEGRETARIO

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