

## Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

N. 5371/2012 Reg. Prov. Coll. N. 1693/2012 Reg. Ric. ANNO 2012 REPUBBLICA ITALIANA  
N NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1693 del 2012, proposto da:

P. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Silvano Tozzi e Luca Tozzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Napoli, via Toledo, n. 323;

contro

Comune di Torre del Greco, rappresentato e difeso dall'avv. Elio Benevento, con domicilio presso la Segreteria del Tar;

nei confronti di

Ditta F.Ili B. Srl, Società "F. S.r.l.", rappresentati e difesi dall'avv. Alessandro Cacchione, con domicilio eletto in Napoli, via E. Suarez, n. 21;

Società E. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto in Napoli, via Cesario Console N. 3;

per l'annullamento

con ricorso originario:

- della comunicazione di esclusione della P. dalla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana bandita dal Comune di Torre del Greco per il periodo 2012-2016;
- del verbale di gara dell'8 marzo 2012 e degli altri verbali ove lesivi,
- dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore della E., con determina dirigenziale n. 304 del 21 marzo 2012;
- del bando di gara e del disciplinare, al punto 11.3, nella parte in cui prevedono a pena di esclusione la disciplina dell'avvalimento;
- del contratto eventualmente sottoscritto;
- di ogni altro atto connesso.

## **Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?**

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

con motivi integrativi depositati il 16 aprile 2012:

- dei medesimi atti già gravati;

nonché sul ricorso incidentale della E. avverso la partecipazione alla gara della P.;

nonché sul ricorso incidentale della società F.Ili B. avverso la partecipazione della P. e della E..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Torre del Greco, della F.Ili B. Srl e della Società E. Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

Con il ricorso introduttivo la P., dopo aver partecipato alla gara indetta bandita dal Comune di Torre del Greco per l'affidamento del servizio di igiene urbana per il periodo 2012-2016, ha impugnato il verbale di gara che ha deliberato la sua esclusione, nonché la determinazione dirigenziale con cui il Comune ha definitivamente aggiudicato alla società E. la gara.

Contesta l'illegittimità della propria esclusione, con particolare riferimento alla mancanza del requisito dell'iscrizione all'albo gestori per la categoria di riferimento, per dimostrare i quali la ricorrente si era avvalsa della società ausiliaria I. S.r.l.

Per altro verso, sostiene la ricorrente che ambedue le società (E., aggiudicataria, e F.Ili B., seconda graduata) che hanno partecipato alla gara non dovevano essere ammesse, con la conseguente richiesta di aggiudicazione del servizio, previa riammissione in gara.

Con i motivi aggiunti deduce ulteriori cause di illegittimità della partecipazione della E. e della F.Ili B. alla procedure in questione.

Con ricorso incidentale la società aggiudicataria eccepisce la mancanza di ulteriori requisiti, in capo alla P., per la valida ammissione alla procedura di gara.

Con ulteriore ricorso incidentale la società F.Ili B. a sua volta contesta la validità della partecipazione alla gara sia della aggiudicataria E., che della società ricorrente P., peraltro già esclusa.

Il Comune di Torre del Greco si è costituito in giudizio concludendo, nel merito, per

## Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

l'infondatezza delle censure.

La domanda cautelare è stata accolta dal Consiglio di Stato, in riforma dell'ordinanza di primo grado n. 775 del 2012, ai soli fini della fissazione sollecitata del merito.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle proprie ragioni.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2012 la causa è trattenuta in decisione.

### DIRITTO

In un corretto inquadramento dell'ordine della censure, vale preliminarmente esaminare quelle doglianze del ricorso principale tese a contestare l'esclusione dalla gara della ricorrente, al fine di verificarne la legittimazione in ordine alle restanti censure.

Ciò detto, vanno confermate in questa sede di merito le ragioni a suo tempo poste a sostegno della ordinanza cautelare.

L'esclusione si fonda su due distinti rilievi, ciascuno dei quali astrattamente idoneo a sorreggere la provvedimento gravato:

- la inutilizzabilità dell'istituto dell'avvalimento in relazione ad un requisito personale quale l'iscrizione all'albo gestori rifiuti;
- la genericità del rapporto di avvalimento in concreto utilizzato dalla ricorrente.

La prima motivazione non è meritevole di condivisione.

La giurisprudenza ha già avuto modo di osservare che la disciplina comunitaria tende, per il tramite dell'istituto dell'avvalimento, a permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a soggetti che ne siano privi di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626), senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo (Cons. St., sez. V, 17 marzo 2009 n. 1589).

La giurisprudenza ha, inoltre, osservato come la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496).

In particolare, a far propendere per l'estensione dell'avvalimento anche al requisito

## Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

dell'iscrizione ad un albo specialistico (come, nella specie, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale) contribuisce in modo decisivo il comma 4 dell'art. 50 cit. che estende l'applicazione delle disposizioni dettate in tema di avvalimento dell'attestazione SOA ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture. Appare evidente, infatti, che il legislatore muove dalla premessa che - così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA - debba ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo in esame, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività (come risulta dai requisiti tecnici, economici, finanziari e organizzativi richiesti dall'art. 212 del d.lgs. n. 152/2006 per l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali).

Pertanto, non può essere condivisa l'affermazione della stazione appaltante circa la incompatibilità dell'istituto dell'avvalimento con la speciale disciplina posta dall'art. 212 cit e dal D.M. n. 406/1998 (e, anzi, proprio l'esame dei requisiti prescritti dal decreto ministeriale conferma quanto sopra sostenuto) (cfr., ex aliis, Tar Sardegna, I, n. 742 del 2012).

I requisiti devono tuttavia essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa avvalsa, proprio perché la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere comunque alla gara (Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565).

A fronte dell'estensione applicativa dell'istituto, ed in particolare nel caso di avvalimento di requisiti caratterizzati da un elevato grado di astrattezza (possesso di fatturato, certificazioni di qualità ecc.), la messa a disposizione della impresa avvalsa deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati (C.d.S., V, n. 810 del 2012).

Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'espresso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011 n. 6079; sez. III, 18 aprile 2011 n. 2343).

È onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si obbliga semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, ma a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata tutti gli elementi aziendali qualificanti ed idonei a giustificare l'attribuzione del requisito (mezzi, personale, ecc.): laddove, al contrario, il contratto di avvalimento tra la società ricorrente e la I. risulta stipulato in termini generici, come generico sarebbe l'impegno, contenuto nella dichiarazione del legale rappresentante della società avvalsa, a mettere a disposizione della società P., in caso di aggiudicazione, le risorse necessarie di cui questa è carente.

In definitiva nel contratto di avvalimento stipulato tra P. e I. del 3 marzo 2012, prodotto agli atti di causa, nulla è detto in relazione alle risorse e all'organizzazione messe a disposizione dalla

## Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

impresa ausiliaria con riferimento al predetto requisito di capacità tecnica e professionale e nella dichiarazione ex art. 49 d.lgs. n. 163/06 resa all'amministrazione appaltante dalla società ausiliaria, quest'ultima si impegna genericamente a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione e per tutta la durata dell'appalto di refezione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Va a questo riguardo osservato che, ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie l'iscrizione nell'apposito albo per la categoria richiesta negli atti di gara.

La Sezione, d'altronde, ha già in un recente passato avvertito la centralità della messa disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento, indicando il pericolo che una mera messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara (TAR Campania, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644).

Ai fini che qui interessano, deve soltanto soggiungersi che la stessa direttiva 2004/18/CE prevede, all'art. 47 (per i requisiti di capacità economica e finanziaria) e all'art. 48 (per i requisiti di capacità tecnica e professionale), che l'operatore economico che per i requisiti prescritti fa affidamento sulle capacità di altri soggetti deve provare all'amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi e delle risorse necessarie: in particolare, per quanto specificamente riguarda i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui ora ci si sta occupando, che egli deve provare «che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie» (art. 48, § 3).

La direttiva è altresì attenta a che la disponibilità di mezzi sia effettiva e continua (arg. ex art. 52 § 1 e consid. 45) ed è chiaro che un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, pur apparentemente soddisfacendo la lettera dell'art. 48 § 3 della direttiva, ne viola lo spirito ed il significato.

Per tali ragioni, non può dirsi che la società P. abbia dato valida dimostrazione in gara del possesso del requisito dell'iscrizione all'albo gestori, con il corredo strumentale che ordinariamente si accompagna a tale requisito (possessi di automezzi specifici, personale qualificato, organizzazione aziendale, ecc).

In conclusione, nel caso in esame il contratto di avvalimento prodotto dalla società ricorrente per la partecipazione alla procedura in questione si limita a prevedere la disponibilità generica ed astratta di risorse e mezzi, senza che emerga, in modo chiaro, quali siano i mezzi e le strutture, quale personale qualificato, quali tecniche operative, vengono messe a disposizione della società ricorrente ausiliata per sopperire ai requisiti di capacità dei quali la medesima è

## **Avvalimento: anche per l'iscrizione ad un albo specialistico?**

Scritto da Carmelo Anzalone  
Martedì 08 Gennaio 2013 09:31 -

---

carente (cfr. Tar Napoli, I, n. 3353 del 2012) e dunque, assorbito quant'altro, il ricorso principale deve essere respinto, con conseguente inammissibilità, per difetto di legittimazione, delle altre censure del ricorso introduttivo tese ad ottenere l'esclusione delle altre due partecipanti alla gara, nonché improcedibilità, per difetto di interesse, dei due ricorsi incidentali, tesi ad escludere la ricorrente dalla gara, risultato questo già raggiunto per effetto della conferma del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante.

Per la complessità del contenzioso, le spese di giudizio debbono essere compensate per intero tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi integrativi, in parte li respinge e, previa declaratoria di improcedibilità dei due ricorsi incidentali, in parte li dichiara inammissibili.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola - Presidente

Francesco Guarracino - Consigliere

Michele Buonauro - Primo Referendario, Estensore

IL PRESIDENTE

Cesare Mastrocola

L'ESTENSORE

Depositata in Segreteria il 28 dicembre 2012

IL SEGRETARIO

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