

Parere n.106 del 27/06/2012

PREC 74/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Piacenza – “*Affidamento della concessione dei servizi concernenti l’attività in emergenza per il ripristino dello stato dei luoghi dopo il verificarsi di un sinistro stradale che abbia coinvolto, danneggiandoli, beni ed infrastrutture di proprietà del Comune di Piacenza, per il ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Data di pubblicazione del Bando: 21.10.2011 – S.A.: Comune di Piacenza.

Albo Nazionale dei Gestori Ambientali – Ricorso all’avvalimento - Ammissibilità

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 marzo 2012, è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Piacenza ha chiesto un parere in merito alla ammissione (contestata dalla Ditta *Sicurezza e Ambiente S.p.a.*) alla gara per l’affidamento in concessione dei servizi in oggetto, della concorrente *Viaggia Sicuro S.p.a.* La contestazione riguarda i requisiti di ammissione per i quali è prevista la possibilità dell’avvalimento a norma dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

La Ditta *Sicurezza e Ambiente S.p.a.* sostiene, infatti, che la (mancata) iscrizione della *Ditta Viaggia Sicuro S.p.a.* all’Albo Nazionale dei Gestori Ambientali nella categoria 9 “Bonifica di siti”, non possa formare oggetto di avvalimento.

Per contro, la S.A. ritiene che l’art. 49 cit. non preveda limiti all’utilizzo dell’istituto e che il requisito dell’iscrizione al suddetto Albo sia da considerarsi come requisito di mera esecuzione e non di partecipazione alla gara.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 marzo 2012, la Ditta *Sicurezza e Ambiente S.p.a.* ha fatto presente che dalle clausole del Bando di gara non poteva desumersi che il requisito in argomento fosse tra quelli espressamente suscettibili di avvalimento ed ha ribadito le proprie tesi anche in ragione della specifica attività oggetto della concessione dei servizi di che trattasi (“*trattamento di sversamenti e/o dispersione di materiale pericoloso, inquinante o tossico trasportato, in quantità tale da richiedere la bonifica del territorio*”), rientrante, come tale, negli interventi di bonifica e ripristino ambientale oggetto della normativa del Codice dell’Ambiente di cui al D.Lgs. n. 152/2006.

La controinteressata Ditta *Viaggia Sicuro S.p.a.* ha, dal canto suo, fatto leva sul carattere generale dell’istituto dell’avvalimento.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'ammissione alla gara in oggetto della ditta che ha dichiarato di avvalersi dell'iscrizione di un'altra ditta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali nella categoria 9 "Bonifica di siti".

Al fine di rendere il parere richiesto, occorre premettere quanto segue.

L'istituto dell'avvalimento, disciplinato dagli articoli 49 e 50 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (speciali) necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

La spendita dei requisiti di imprese terze nell'ambito della gara presuppone un legame contrattuale fra la società partecipante e quella ausiliaria mediante il quale quest'ultima assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, "*in relazione all'esecuzione dell'appalto*", le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione di uno specifico requisito di qualificazione (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Il contratto di avvalimento, benché atipico nella causa, deve, pertanto, essere specifico quanto all'oggetto – non potendo risolversi *sic et simpliciter* nel "prestito" del requisito richiesto, quale mero valore astratto – perché solo in tal modo è possibile garantire una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione, evitando una mera circolazione di certificati e documenti cui non corrisponda la messa a disposizione di risorse reali, corrispondenti alle esigenze della committenza da soddisfare.

Ciò è tanto più vero nei casi, come quello di specie, in cui ad essere oggetto di avvalimento è l'iscrizione alla categoria 9 "bonifica siti" dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, iscrizione che certifica una idoneità professionale specifica dell'impresa esecutrice. Ove, infatti, il contratto di avvalimento non specificasse le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata per assicurare che essa sia in grado di eseguire il servizio affidatole con il medesimo grado di qualità operativa certificato in capo all'impresa ausiliaria, l'intera operazione rischierebbe di esaurirsi in una mera apparenza documentale, elusiva di requisiti imprenditoriali prescritti da norme cogenti di "ordine pubblico".

A ciò si aggiunga che il contratto di avvalimento obbliga l'impresa ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante (art. 49, comma 2, lett. d), del D.Lgs 163/2006) la quale deve, quindi, conoscere in partenza quali saranno le specifiche risorse aziendali (umane e strumentali) messe a disposizione della aggiudicataria, in modo da poterne esigere l'effettivo impiego nella fase di esecuzione dell'appalto (cfr. *ex multis*: Tar Campania, Sez. I, 25.7.2011, n. 3976; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 10.5.2012, n. 1322).

Il concorrente che si avvale delle risorse dell'impresa ausiliaria deve averne una disponibilità immediata; deve, cioè, prescindere dalla forma contrattuale scelta, poterle usare per eseguire il contratto senza intermediazione dell'impresa ausiliaria stessa (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 16.1.2012, n. 394).

Occorre, quindi, nel caso di specie, anzitutto appurare che il contratto di avvalimento non sia (del tutto) generico e privo della specifica indicazione dei mezzi e delle risorse che l'impresa ausiliaria si sarebbe impegnata a trasferire. Un siffatto impegno negoziale sarebbe, infatti, da ritenere del tutto inidoneo ad integrare la fattispecie dell'avvalimento così come prevista dall'art. 49 del D.Lgs 163 del 2006.

Soccorre, al riguardo, il consolidato orientamento giurisprudenziale che reputa necessaria, in caso di avvalimento, la dimostrazione della volontà di avvalersi dei requisiti di qualificazione di altra impresa, l'indicazione dell'ambito precipuo dell'avvalimento e l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie, essendo rimessa alla fase di esecuzione del contratto e dei relativi controlli da parte della stazione appaltante la verifica in ordine all'effettiva utilizzazione delle risorse (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8043; TAR Abruzzo, sez. I, 25 maggio 2011, n. 291; TAR Lazio, Latina, 29 ottobre 2010, n. 1857; TAR Sardegna, Sez. I, 26 gennaio 2010, n. 84; TAR Lazio Roma, Sez. I, 3 dicembre 2009, n. 12455; TAR Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 14 febbraio 2008, n. 219).

Ciò posto, questa Autorità è incline a considerare nello specifico l'idoneità dell'avvalimento a corrispondere al possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'art. 212 del D.Lgs n. 152 del 2006, rifuggendo da astratte qualificazioni tese a ritenere che tale requisito, avendo natura prevalentemente soggettiva, non possa – per ciò stesso – essere oggetto di avvalimento (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 dicembre 2011, n. 10080).

La questione è stata, in effetti, affrontata dalla giurisprudenza, ma con tesi diverse: prevale su tutte, però, la tesi che sposa una posizione sostanzialistica (Cons. St., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344) ritenendo necessaria una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione. La stessa giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496), inoltre, ritiene che *“l'istituto dell'avvalimento – di derivazione comunitaria – ha portata generale”*. Ne consegue, continua detta ultima decisione che, in ogni caso, ed a prescindere da espressa disposizione del bando, alle imprese che intendono concorrere ad una gara di appalto e che sono carenti dei requisiti necessari per la partecipazione, è consentito ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Il carattere generale dell'istituto è evidente, ove si consideri che le limitazioni originariamente previste dall'art. 49 cit. sono state ritenute in contrasto con le direttive comunitarie in materia di appalti e sono state eliminate (era stata, infatti, avviata procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, perché tali limitazioni rimesse ai bandi di gara si ponevano in contrasto con le disposizioni delle direttive comunitarie che riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione).

La facoltà di avvalersi di tale istituto è stata riconosciuta ammissibile anche per integrare requisiti economico-finanziari o tecnici o organizzativi per l'iscrizione agli albi professionali. Giova richiamare, al riguardo, la decisione della Commissione europea 31 gennaio 2008, che ha evidenziato come le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE non pongono alcuna limitazione all'avvalimento, la cui unica condizione è che il concorrente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

Così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA, deve ritenersi, quindi, consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo di che trattasi. La sola condizione è quella di permettere all'amministrazione di verificare che il candidato offerente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

La portata generale dell'istituto dell'avvalimento è, dunque, circostanza ormai acquisita nell'ordinamento italiano nel rispetto della normativa comunitaria.

D'altra parte l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione precedente, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questo sia carente; in tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

In ultimo, è opportuno richiamare i seguenti pareri di questa Autorità.

Con il parere n. 165 del 21.5.2008, è stato evidenziato che l'avvalimento si realizza in relazione ad elementi di capacità tecnica, funzionali all'esecuzione dell'appalto: infatti, ai sensi dell'articolo 49, comma 1, del d. Lgs. n. 163/2006, il concorrente può adempiere alla richiesta relativa al possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi ovvero dell'attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di altro soggetto. Pertanto, così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA, deve ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo di che trattasi, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività.

In altro parere n. 22 del 9.2.2011, concernente un appalto di servizi avente ad oggetto la gestione del canile rifugio e l'assistenza volontaria di canile sanitario, è stato analogamente affermato che il requisito dell'iscrizione all'Albo regionale delle associazioni per la protezione degli animali prevista dalla legge regionale e dalla *lex specialis* può costituire oggetto di avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici, avendo peraltro l'art. 49 cit., in virtù dell'acclarata portata dell'avvalimento di principio di fonte comunitaria di carattere generale, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo; e, dunque, l'assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore il ricorso all'istituto dell'avvalimento in caso di mancata iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito