

Parere n.64 del 23/04/2013

PREC 262/12/L

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla società Sistesi srl e dal Comune di Sant'Agnello – Procedura aperta per l'*affidamento del servizio di gestione mense scolastiche del Comune di Sant'Agnello (NA) A.S. 2012/2013*” – Importo a base di gara euro 159.320,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A. : Comune di Sant'Agnello

Artt. 39 e 49 D.LGS. 163/2006 – ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione alla Camera di Commercio

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15.10.2012 e in data 23.11.2012 sono pervenute le istanze in epigrafe indicate, con le quali la Sistesi srl ed il Comune di Sant'Agnello, con riferimento alla procedura in oggetto, hanno chiesto l'avviso di questa Autorità circa la legittimità del ricorso all'istituto dell'avvalimento, al fine di dimostrare il possesso del requisito di cui all'art.4, punto 3.a) del capitolato speciale di appalto.

Tale articolo prevede, a pena di esclusione, il possesso dell'*“iscrizione alla C.C.I.A.A. da almeno tre anni con attivazione del seguente settore di attività servizio gestione mense scolastiche e/o aziendali e/o ristorazione collettiva”*.

In particolare, l'impresa istante ha fatto presente di essere iscritta alla Camera di Commercio di Cuneo dal 18.11.2003 e di avere attivato dal 1.04.2012 il settore di attività richiamato dalla suddetta clausola. In relazione alla dimostrazione del possesso del requisito in questione per il periodo precedente al 1.04.2012 ha depositato, in sede di offerta, apposito contratto di avvalimento ed ha precisato che oggetto dell'avvalimento non è il requisito dell'iscrizione alla Camera di Commercio, ma esclusivamente quello relativo all'attivazione da almeno tre anni del settore di attività richiesto. In altri termini, secondo la concorrente, il requisito oggetto dell'avvalimento è proprio l'attività espletata dall'impresa e, quindi, un requisito di natura speciale, per il quale il D.Lgs. 163/2006 ammette il ricorso all'istituto in parola.

La Commissione, durante lo svolgimento della gara, ha ritenuto di dovere approfondire la questione, riservandosi di decidere sull'ammissione dell'impresa istante.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, le parti interessate non hanno fatto pervenire ulteriori osservazioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità del ricorso all'istituto dell'avvalimento, al fine di dimostrare il possesso dell'iscrizione alla Camera di Commercio, richiesta a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

Giova al riguardo premettere alcune considerazioni riguardanti l'istituto dell'avvalimento, previsto e disciplinato dagli artt. 49 e 50 del Codice dei Contratti pubblici. L'avvalimento consiste nella possibilità riconosciuta a qualunque operatore economico di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti.

L'Autorità con determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, concernente l'avvalimento nelle procedure di gara, ha chiarito l'ambito di applicazione dell'istituto in esame. In particolare la stessa ha

osservato che i requisiti di partecipazione si distinguono in due categorie: a) requisiti “generali” o “soggettivi” e b) requisiti “speciali” o “oggettivi”. I primi attengono alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e come tali non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile fare ricorso all’avvalimento, tanto è vero che l’art.49 ne richiede il possesso sia all’impresa ausiliata che a quella ausiliaria. I secondi si riferiscono, invece, al profilo dell’attività espletata e dell’organizzazione dell’operatore economico; a tale categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono formare oggetto di avvalimento.

Ciò posto in termini generali, si osserva che nel caso concreto non è sempre agevole stabilire a quale delle due menzionate macro categorie ricondurre uno specifico requisito della *lex specialis*.

Il problema si pone soprattutto per quei requisiti che, pur non essendo elencati nell’articolo 38 del Codice, sono connotati da un’intrinseca natura “soggettiva”, in quanto acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell’operatore e non scindibili da esso, come ad esempio l’iscrizione alla camera di commercio di cui all’art. 39 del Codice dei Contratti. Al riguardo l’Autorità ha ritenuto che i requisiti di cui al citato art.39 D.Lgs. 163/2006, inerendo alla disciplina pubblicistica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di “soggettività” integrino uno “status” e non possano essere oggetto di avvalimento, ed ha argomentato al riguardo come segue: “con riferimento all’iscrizione nel Registro delle Imprese, tenuto presso le Camere di Commercio, si osserva che essa rappresenta l’adempimento di un obbligo imposto dagli artt.2195 e ss. c.c., che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può essere supplita tramite l’iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell’adempimento di cui si discute” (cfr. determinazione op.cit.).

L’orientamento dell’Autorità sopra esposto è stato condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui sono da ritenersi insuscettibili di avvalimento i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 del Codice di Contratti Pubblici, in quanto trattasi di requisiti di onorabilità, moralità e professionalità, intrinsecamente legati al soggetto concorrente ed alla sua idoneità a porsi come valido ed affidabile concorrente per l’Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 5595 del 5.11.2012).

Venendo al caso in esame, si rileva che la prescrizione della *lex specialis* in esame prevede come requisito di ammissione “l’iscrizione alla C.C.I.A.A. da almeno tre anni con attivazione del seguente settore di attività Servizio gestione mense scolastiche e/o aziendali e/o ristorazione collettiva”. Tale disposizione ha il chiaro intento di consentire alla stazione appaltante di selezionare l’affidatario tra quegli operatori economici dotati di specifica affidabilità professionale nel settore interessato.

Dalla visura camerale trasmessa dalla società istante risulta che quest’ultima ha iniziato l’attività di gestione mense a partire dal 1.4.2010, la stessa, quindi, è priva del requisito richiesto dalla *lex specialis* e non può, per le ragioni sopra indicate, legittimamente avvalersi dell’iscrizione alla Camera di Commercio di un’impresa ausiliaria.

Priva di pregio appare al riguardo l’argomentazione spesa dalla Sistesi srl per sostenere la conformità all’art. 49 D.Lgs. 163/2006 del proprio operato, ossia la precisazione che l’oggetto del contratto di avvalimento non è l’iscrizione alla Camera di Commercio, ma esclusivamente l’attivazione da almeno tre anni del settore di attività richiesto, in quanto ciò contrasta con il significato letterale dell’art. 4, punto 3.a) del capitolato speciale di appalto, non essendo consentito all’operatore economico incorporare l’iscrizione alla C.C.I.A.A. dal settore di iscrizione. Si tratta, infatti, non di due requisiti, ma di uno unico. Se così non fosse, la stazione appaltante avrebbe richiesto o la mera iscrizione alla CCIAA ovvero la semplice conformità dell’oggetto sociale dell’impresa concorrente a quello dell’affidamento, invece, l’Amministrazione ha richiesto un requisito che comprovi la specifica affidabilità professionale dell’operatore economico nel settore richiesto (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n.2380 del 20.4.2009).

Peraltro, diversamente opinando, si giungerebbe all'illogica conseguenza di consentire di "aggirare" il carattere soggettivo del requisito previsto dall'art.39 su citato.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia illegittimo il ricorso all'istituto dell'avvalimento al fine della dimostrazione del possesso del requisito di cui all'art.4, punto 3.a) del capitolato speciale di appalto.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito