**MAGGIOLI EDITORE - Appalti e contratti**

**TAR Campania Napoli sez. VIII 29/9/2016 n. 4484**

**1.Appalti pubblici- Bando che riserva l’ammissione alla gara alle imprese che abbiano svolto servizi identici o analoghi a quello da affidare all’esito della selezione- Requisito di natura tecnica ed è cioè funzionale all’individuazione dei concorrenti - Avvalimento - Non può essere espresso in forma generica**

**2. Appalti pubblici- Requisito della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il “soccorso istruttorio”- Inammissibile- Tutela  del generale principio della par condicio tra i concorrenti**

1. Per costante giurisprudenza (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016 n. 1506; Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390), allorquando il bando riservi l’ammissione alla gara alle imprese che abbiano svolto servizi identici o analoghi a quello da affidare all’esito della selezione, il requisito in tal modo imposto ha natura tecnica ed è cioè funzionale all’individuazione di concorrenti che, per effetto delle loro precedenti esperienze, consentano all’ente appaltante di fare affidamento su di una specifica capacità tecnico-organizzativa – in vista del soddisfacente svolgimento della prestazione richiesta –, con la conseguenza che in questi casi l’avvalimento non può essere espresso in forma generica ma deve rivelare l’effettivo e ben determinato trasferimento, dall’ausiliario all’ausiliato, delle competenze tecniche e professionali acquisite con le precedenti esperienze, ovvero implica la puntuale indicazione delle strutture aziendali, del personale o dei mezzi “messi a disposizione” in concreto dall’impresa ausiliaria, per risultare altrimenti impossibile alla stazione appaltante conoscere *ex ante*, secondo le regole dell’evidenza pubblica, i titoli operativi e le risorse realmente prestati all’impresa ausiliata.

2. Il Collegio condivide quell’orientamento secondo cui non è consentito alla stazione appaltante, in violazione del dovere di *par condicio*, supplire all’indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il “soccorso istruttorio”, che è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è quindi applicabile quando in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione, anche perché, se riferito al contenuto e all’oggetto del contratto di avvalimento, esso non sarebbe più diretto a colmare solo una carenza degli elementi dimostrativi dell’esistenza e del possesso del requisito, ma finirebbe con l’essere strumentale alla formazione del titolo contrattuale da cui dovrebbe derivare il possesso del requisito, titolo di cui sarebbe consentita la formazione *ex post* e su impulso della stazione appaltante, in palese violazione del generale principio della *par condicio* tra i concorrenti (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 aprile 2016 n. 706; v. anche TAR Toscana, Sez. I, 15 luglio 2016 n. 1197).

Pubblicato il 29/09/2016

**N. 04484/2016 REG.PROV.COLL.**

**N. 03300/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 3300 del 2016 proposto da Senesi S.p.A., in persona del legale rappresentante Rodolfo Briganti, rappresentata e difesa dell’avv. Alessandro Lucchetti (C.F. LCCLSN68M28A271R) e dall’avv. Elena Daniele (C.F. DNLLNE81A50E783S), ed elettivamente domiciliata in Napoli, via Toledo n. 323, presso lo studio dell’avv. Luca Tozzi;

*contro*

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dell’Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Napoli, via Diaz n. 11;

Comune di Maddaloni, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

della nota prot. n. 19068 del 30 maggio 2016, con cui il Provveditorato Interregionale per le Opere pubbliche per la Campania il Molise la Puglia e la Basilicata, in veste di Stazione unica appaltante, ha dato comunicazione alla società ricorrente della sua esclusione dalla «procedura aperta per l’affidamento del servizio di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani con il sistema porta a porta da attuarsi nel Comune di Maddaloni» in quanto “…*il contratto di avvalimento prodotto non risulta, tuttavia, rispondente al disposto di cui all’art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 che richiede per la qualificazione in gara che l’atto debba riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente l’oggetto inteso come risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, la durata ed ogni altro utile elemento. Il contratto presentato non contiene alcun riferimento concreto alle risorse prestate, risolvendosi in una mera messa a disposizione di una condizione soggettiva del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali (…) Il documento presentato, così come redatto, non è in grado di assolvere alla sua funzione e l’assenza dell’oggetto ne inficia la validità rendendolo “tamquam non esset”. La carenza documentale rilevata è insanabile e pertanto il concorrente viene escluso dalla procedura di gara* …”;

del verbale della seduta pubblica di gara del 26 maggio 2016;

del disciplinare di gara, nella parte in cui, a pag. 7, in sede di elencazione della documentazione relativa all’avvalimento (da allegarsi alla busta “A”), al punto 2 prevede: “*Contratto di avvalimento in originale o copia autenticata ai sensi dell’art. 18 del D.P.R. 445/2000, redatto in conformità a quanto previsto dall’art. 88 del D.P.R. 207/2010 in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie che dovranno essere, a pena di esclusione, analiticamente indicate*”;

di ogni altro atto e provvedimento comunque correlato e connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, all’udienza pubblica del 21 settembre 2016, i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che, presentata offerta nella gara per «l’affidamento del servizio di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani con il sistema porta a porta da attuarsi nel Comune di Maddaloni» (con criterio di aggiudicazione del massimo ribasso ai sensi dell’art. 82, comma 2, lett. *b)*, del d.lgs. n. 163/2006), la società ricorrente ne veniva successivamente esclusa perché priva del requisito di cui al punto 7, lett. l), del disciplinare di gara (“…*aver eseguito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando di gara, servizi analoghi di igiene urbana e di aver raggiunto, per almeno una Amministrazione committente, una percentuale di raccolta differenziata annua pari o superiore al 65%* …”), e ciò in quanto “…*il contratto di avvalimento prodotto non risulta, tuttavia, rispondente al disposto di cui all’art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 che richiede per la qualificazione in gara che l’atto debba riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente l’oggetto inteso come risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, la durata ed ogni altro utile elemento. Il contratto presentato non contiene alcun riferimento concreto alle risorse prestate, risolvendosi in una mera messa a disposizione di una condizione soggettiva del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali (…) Il documento presentato, così come redatto, non è in grado di assolvere alla sua funzione e l’assenza dell’oggetto ne inficia la validità rendendolo “tamquam non esset”. La carenza documentale rilevata è insanabile e pertanto il concorrente viene escluso dalla procedura di gara* …” (così il Provveditorato Interregionale per le Opere pubbliche per la Campania il Molise la Puglia e la Basilicata, in veste di Stazione unica appaltante);

che avverso gli atti di gara, *in parte qua*, ha proposto impugnativa la società ricorrente, imputando alla stazione appaltante: *a)* di avere erroneamente considerato inidoneo un contratto di avvalimento in realtà adeguato a soddisfare il requisito di legge (v. art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 88 del d.P.R. n. 207/2010) giacché l’impresa ausiliaria si era impegnata a mettere a disposizione della concorrente il manager in possesso dell’esperienza necessaria ad ottimizzare i mezzi e il personale in suo possesso ed in tal modo garantire la necessaria capacità tecnico-organizzativa dell’impresa; *b)* di non avere considerato che il requisito in questione si presentava come “immateriale”, alla stregua di quelli di tipo finanziario, sì che si prestava ad essere assolto in sede di avvalimento anche con una mera dichiarazione di messa a disposizione del requisito; *c)* di avere indebitamente omesso di applicare l’istituto del “soccorso istruttorio”, per essere stato il contratto di avvalimento regolarmente stipulato e prodotto nei termini, e quindi presentarsi suscettibile di regolarizzazione o integrazione; *d)* di avere applicato una norma di gara illegittima (“…*Contratto di avvalimento (…) in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie che dovranno essere, a pena di esclusione, analiticamente indicate* …”), giacché – in caso di mancata analitica indicazione delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria – l’automatica espulsione dalla gara si sarebbe presentata incompatibile con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006;

che all’udienza camerale del 20 luglio 2016 veniva respinta l’istanza cautelare della società ricorrente (v. ord. n. 1246/2016);

che si è costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a mezzo dell’Avvocatura dello Stato, resistendo al gravame;

che all’udienza pubblica del 21 settembre 2016, ascoltati i difensori delle parti, la causa è passata in decisione;

Ritenuto che, per costante giurisprudenza (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016 n. 1506; Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390), allorquando il bando riservi l’ammissione alla gara alle imprese che abbiano svolto servizi identici o analoghi a quello da affidare all’esito della selezione, il requisito in tal modo imposto ha natura tecnica ed è cioè funzionale all’individuazione di concorrenti che, per effetto delle loro precedenti esperienze, consentano all’ente appaltante di fare affidamento su di una specifica capacità tecnico-organizzativa – in vista del soddisfacente svolgimento della prestazione richiesta –, con la conseguenza che in questi casi l’avvalimento non può essere espresso in forma generica ma deve rivelare l’effettivo e ben determinato trasferimento, dall’ausiliario all’ausiliato, delle competenze tecniche e professionali acquisite con le precedenti esperienze, ovvero implica la puntuale indicazione delle strutture aziendali, del personale o dei mezzi “messi a disposizione” in concreto dall’impresa ausiliaria, per risultare altrimenti impossibile alla stazione appaltante conoscere *ex ante*, secondo le regole dell’evidenza pubblica, i titoli operativi e le risorse realmente prestati all’impresa ausiliata;

che nella fattispecie, tuttavia, oltre ad attestare che la società ausiliaria Eco. S.E.I.B. S.r.l. ha in un caso raggiunto nel triennio antecedente una percentuale di raccolta differenziata annua superiore al 65%, il contratto di avvalimento esibito in gara dalla società ricorrente reca il solo impegno di detta impresa a mettere a disposizione dell’ausiliata “…*n. 1 addetto in grado di trasmettere le conoscenze e le esperienze acquisite oggetto dell’avvalimento di cui è caso* …”, previsione da considerare invero del tutto indeterminata circa le risorse umane in concreto offerte per far fronte all’esecuzione del contratto, non essendo state quanto meno specificate la qualifica e la competenza dell’«addetto» ed essere rimasta quindi incerta, anche in ragione di tale genericità, l’effettiva idoneità di una simile attività di supporto – ove pure da sola, in ipotesi, sufficiente allo scopo – rispetto al necessario raggiungimento di un significativo *standard* di rendimento nello svolgimento del servizio;

che non si trattava, inoltre, di requisito di contenuto “immateriale” e per questo assimilabile, secondo la società ricorrente, al c.d. “avvalimento di garanzia” – con la conseguente addotta sufficienza di una dichiarazione di impegno meno dettagliata –, in quanto il richiamo del bando ai pregressi servizi e al conseguimento di dati risultati di gestione implicava in ogni caso che occorresse il c.d. “avvalimento operativo”, per ovviare alla carenza del requisito di capacità tecnico-organizzativa insito nella pretesa qualificata esperienza professionale maturata dall’impresa in attività analoghe;

che, quanto poi al lamentato omesso ricorso al “soccorso istruttorio”, il Collegio condivide quell’orientamento secondo cui non è consentito alla stazione appaltante, in violazione del dovere di *par condicio*, supplire all’indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il “soccorso istruttorio”, che è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è quindi applicabile quando in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione, anche perché, se riferito al contenuto e all’oggetto del contratto di avvalimento, esso non sarebbe più diretto a colmare solo una carenza degli elementi dimostrativi dell’esistenza e del possesso del requisito, ma finirebbe con l’essere strumentale alla formazione del titolo contrattuale da cui dovrebbe derivare il possesso del requisito, titolo di cui sarebbe consentita la formazione *ex post* e su impulso della stazione appaltante, in palese violazione del generale principio della *par condicio* tra i concorrenti (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 aprile 2016 n. 706; v. anche TAR Toscana, Sez. I, 15 luglio 2016 n. 1197);

che non è illegittima, infine, la censurata norma della *lex specialis* circa la prescritta automatica esclusione dalla selezione di quanti avessero prodotto contratti di avvalimento privi di analitica indicazione delle risorse messe a disposizione dell’impresa ausiliata, in quanto previsione coerente con i principi suindicati, secondo quanto si è detto, e quindi riconducibile al tipico caso di espulsione dalla gara per mancato adempimento alle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*;

che, in conclusione, il ricorso va respinto;

che le spese di lite possono essere compensate, stante la peculiarità della questione oggetto della controversia

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del 21 settembre 2016, con l’intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

Rosalba Giansante, Primo Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **IL PRESIDENTE, ESTENSORE** |  |  |
| **Italo Caso** |  |  |

IL SEGRETARIO

www.appaltiecontratti.it