



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4335 del 2010, proposto da:
Senesi s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Lucchetti, Demetrio
Fenucciu, con domicilio eletto presso lo studio Tozzi in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Acerra in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv.
Maurizio Balletta, con domicilio eletto presso Bruno Cajano in Napoli, corso
Vittorio Emanuele,142;

nei confronti di

Ecologia Falzarano S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Valerio Di Stasio, con
domicilio eletto in Napoli, Centro Direzionale Is. G1 Sc.A;
Eco Ego S.r.l., n.c.;

per l'annullamento

- della nota prot. 27835 del 17 giugno 2010 di comunicazione da parte del Comune
di Acerra dell'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento
dei servizi di igiene urbana, dei verbali di gara, dell'eventuale aggiudicazione

intervenuta a favore di Ecologia Falzarano e, ove ritenuto lesivo, del paragrafo 4 del bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Acerra e di Ecologia Falzarano S.r.l.;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2010 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

La società ricorrente espone di aver partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana del comune di Acerra, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Esclusa la Ego Eco per pregressi inadempimenti, la procedura si è svolta fra sole due concorrenti fino alla determina di esclusione della ricorrente per mancata dimostrazione del possesso dei requisiti relativi ai servizi svolti nel triennio.

Avverso l'esclusione in gara della ricorrente, motivata sulla incompletezza della cauzione fideiussoria e sulla mancanza della dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dal bando, e la contestuale aggiudicazione provvisoria nei confronti di Ecologia Falzarano è diretto il ricorso originario, con il quale si censura la valutazione operata dalla commissione, nonché il paragrafo 4 del bando-capitolato ove interpretato nel senso di richiedere il servizio di spazzamento meccanico.

Si sono costituiti la stazione appaltante e la società aggiudicataria, che concludono per la reiezione del ricorso.

All'udienza di discussione del 1 dicembre 2010 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Occorre in via preliminare perimetrare l'esatta portata della controversia. Ed invero, sebbene dai verbali di gara risulti l'evidenziazione di due cause ostative alla partecipazione della società ricorrente alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana, il provvedimento espulsivo si basa unicamente sulla mancanza del requisito dello svolgimento di servizi analoghi nel triennio (2007-2009) per un importo pari ad almeno 20 milioni di euro, iva esclusa.

Pertanto solo sotto tale profilo occorre scrutinare la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione comunale.

Il ricorso non merita un favorevole apprezzamento.

Il paragrafo 4, lettera d) del bando prescrive il possesso della svolgimento dei servizi analoghi nel triennio mediante allegazione di uno specifico elenco di attività svolte, con indicazione dei committenti, delle date e dei singoli importi.

Al fine di integrare il possesso del requisito la società Senesi s.p.a. ha indicato servizi svolti dalla società Lavajet s.r.l., con la quale ha stipulato un contratto di avvalimento in data 14 maggio 2010 proprio al fine di colmare la mancanza del possesso del requisito del fatturato nel triennio e dello svolgimento di servizi analoghi nel triennio. Nel testo contrattuale emerge, di fatti, che Senesi s.p.a. ha un fatturato globale nel triennio pari a quasi sei milioni di euro (rispetto ai venti richiesti dal bando) ed ha un fatturato specifico pari a quasi quattro milioni e mezzo di euro (a fronte dei venti prescritti).

Pertanto, per valutare la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara occorre verificare se i requisiti prestati dall'ausiliaria Lavajet s.r.l. siano o meno computabili a beneficio della ausiliata.

L'istituto dell' avvalimento - di origine comunitaria - si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici, di sommare - unicamente per la gara in espletamento - le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese.

Il ricorso all'avvalimento, peraltro, non comporta il trasferimento definitivo dei requisiti dell'impresa partecipante, ma, al contrario, la loro cessione a favore dell'impresa avvalente nei limiti della singola gara . In caso di avvalimento, dunque, l'impresa ausiliaria non potrà fruire dei requisiti fatti oggetto di prestito in altre future gare e ciò a conferma del carattere non permanente dell'istituto, il quale esplica i propri effetti singolarmente. Il principio generale che permea l'istituto, quindi, è quello secondo cui ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali conta di ricorrere. Conseguentemente, deve sempre essere consentito ai partecipanti a procedure concorsuali - al fine di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici, economici ed organizzativi di partecipazione - di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli intercorrenti con questi ultimi.

Nel caso di specie, in realtà l'ausiliaria ha indicato i servizi svolti da un altro soggetto (Lavajet & N.B.H.H.), di cui Lavajet detiene il 100% delle quote azionarie.

Il punto focale della controversia concerne l'indagine sulla ammissibilità, da parte di un'impresa ausiliaria, di utilizzare a sua volta i requisiti posseduti da un soggetto giuridicamente distinto, ma ad essa collegata da vincoli di gruppo societario.

Così impostata la questione, le censure svolte dalla ricorrente si palesano inconsistenti.

L'ordinamento prevede il collegamento societario quale presupposto (eventuale) per l'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto. In tal caso l'articolo 49 del codice dei contratti consente di provare il vincolo giuridico fra i due soggetti mediante una dichiarazione di appartenenza al gruppo societario, dispensando l'ausiliata dalla produzione di un apposito contratto di avvalimento.

Il collegamento societario, dunque, non si cumula con l'istituto dell'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore - genetico e giustificativo - atto a dimostrare, sul piano sostanziale, una comunanza di interessi fra i due soggetti interessati al prestito dei requisiti.

Non è quindi consentito avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, realizzando altrimenti una vietata fattispecie di avvalimento a cascata.

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto ed immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

L'innesto di un ulteriore passaggio l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti spezza questo ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento ed alla deroga del principio del possesso in proprio dei requisiti di gara.

La questione suddetta ha carattere dirimente.

Peraltro, per completezza di trattazione, va anche considerato che per la dimostrazione del possesso dei requisiti, occorre riferirsi allo svolgimento di servizi resi da un soggetto appartenente all'area della comunità europea o ad un'area ad essa equiparata in virtù di accordi internazionali.

E' da escludere, infatti, che un operatore comunitario possa avvalersi dei requisiti tecnico operativi messi a disposizione da parte di impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui al comma 1 dell'art. 47 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'art. 47 del d.lgs. n. 163 del 2006 ammette la partecipazione ad appalti pubblici delle ditte extracomunitarie stabilite in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità. Tale limitazione è funzionale ad assicurare una par condicio competitorum sostanziale, evitando l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici di ditte i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono o possono essere imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie (cfr. T.A.R. Lazio, Roma - sez. I bis, 02 luglio 2007, n. 5896).

Il divieto imposto ad impresa extracomunitaria non destinataria del comma 1 dell'art. 47 del d.lgs. n. 163 del 2006 di partecipare agli appalti pubblici comunitari deve ritenersi operativo tanto nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria quanto nell'ipotesi di partecipazione indiretta che può realizzarsi proprio col ricorso all'istituto dell'avvalimento. Merita a questo punto evidenziare e ribadire che l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare (non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma) anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a

disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante). Tale impegno conforma precipuamente l'istituto dell'avvalimento e ne costituisce presupposto di legittimità. L'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione.

Non a caso l'articolo 49, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 163 del 2006 impone all'impresa ausiliaria di allegare una dichiarazione sottoscritta attestante il possesso da parte di quest'ultima dei "requisiti generali di cui all'articolo 38".

Sulla scorta delle motivazioni esposte le doglianze formulate dalla parte non meritano accoglimento. Ne consegue l'infondatezza del ricorso, mentre le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna Senesi s.p.a. al pagamento della spese processuali sostenute dall'amministrazione comunale intimata e da Ecologia Falzarano, che si liquidano in complessivi euro 1.500 (millecinquecento) cadauno.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente FF

Paolo Corciulo, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2010

IL SEGRETARIO

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