



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1444 del 2012, proposto da:

Diodoro Ecologia s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Ruggero Bianchi, Pietro Referza, con domicilio eletto presso Antonio Ruggero Bianchi in Roma, via Leonardo Greppi 77;

contro

Comune di Riano, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Caputo, con domicilio eletto presso Francesco A. Caputo in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

nei confronti di

Avr s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria di raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.), rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Francesco Toscano, con domicilio eletto presso Studio Legale Cancrini - Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13; r.t.i. - Teorema s.p.a. e in proprio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO, ROMA, Sez. II *ter* n. 10080/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA DIFFERENZIATA E TRASPORTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI CON SISTEMA PORTA A PORTA - RISARCIMENTO DANNI – MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Riano e di Avr s.p.a. in proprio e quale mandataria di r.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati A.R. Bianchi, P. Giammaria su delega di A. Cancrini, F. Caputo;

Vista la censura proposta in primo grado mediante ricorso incidentale da Avr s.p.a. e riproposta con memoria in appello, secondo la quale il contratto di avvalimento tra la Diodoro Ecologia s.r.l. e l'ausiliaria C.i.p.e.f. sarebbe inidoneo a garantire la stazione appaltante in ordine alla serietà ed effettività della messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento, per cui, conseguentemente, l'appellante Diodoro Ecologia sarebbe stata in ogni

caso del tutto priva del requisito dell'iscrizione alla categoria 10b dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali inerente la bonifica da amianto;

Ritenuto che il contratto di avvalimento in parola si limita a stabilire che "l'Ausiliaria...si obbliga nei confronti dell'Impresa, come sopra rappresentata, nonché della Stazione Appaltante Comune di Riano, a norma dell'art. 49 co. 2 lett. f) D. Lgs. 163/06, a fornire il requisito cui l'Impresa è carente, ...nonché a mettere a disposizione i mezzi e attrezzature necessarie, per tutta la durata dell'appalto", mentre gli impegni assunti dall'Ausiliaria a favore dell'Impresa saranno dettagliatamente regolati con separata scrittura privata, in caso di aggiudicazione della procedura alla Diodoro Ecologia s.r.l.;

Ritenuto che il contratto in questione è in buona sostanza una mera ripetizione del testo dell'art. 49 co. 2 D. Lgs. n. 163/2006, il quale richiede l'allegazione all'offerta di "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" e del "contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto";

Considerato che l'avvalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta (Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2343) assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (C.d.S., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati;

Rilevato inoltre che la responsabilità solidale, che viene assunta con il contratto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione appaltante relativamente ai lavori oggetto dell'appalto, e che discende direttamente dalla legge e si giustifica proprio per l'effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956, secondo cui l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, obbligazione che si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti), non si può rinvenire nel caso di specie, mancando del tutto l'autentica messa a disposizione di risorse, mezzi o di altro elemento necessario, rinviata ad un inammissibile futuro contratto da stipularsi in caso di aggiudicazione alla Diodoro Ecologia (per tutto Cons. Stato, V, 18 novembre 2011, n. 6079);

Ritenuto perciò che l'appello deve dichiararsi inammissibile, mentre le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, visto il complesso delle censure dedotte;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Proseri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2013

IL SEGRETARIO

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