

Non è ammesso l'avvalimento per il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'avvalimento è previsto dall'art. 49 del D.L.vo 163/06 secondo il quale "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

Il contratto di avvalimento, utilizzabile in sede di gare ex art. 49 d.lg. n. 163 del 2006 avente carattere atipico nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c., è il negozio con cui l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa ex art. 2555 c.c.) e può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara (cfr. TAR Lazio Sez. I 3.12.2009 n. 12455).

Ciò premesso, ritiene il Collegio che l'affermata generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento (anche in giurisprudenza, cfr. C.d.S. 3762/09) trova un limite - come nel caso di specie - laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante.

Il ricorso deve pertanto essere accolto e, conseguentemente, deve essere annullata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società Controinteressata a r. l. (per la durata di sette anni) proclamata con determina n. 6 del 23.2.2010

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1865 del 5 novembre 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Latina

N. 01865/2010 REG.SEN.

N. 00239/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di riscossione ordinaria delle entrate comunali ICI e TARSU assunto con deliberazione della G.M. n. 6 del 23.2.10 alla ditta Controinteressata s.r.l.;

- dei verbali di gara, con particolare riferimento al primo del 4.2.10;

- del bando di gara nei profili di seguito evidenziati:

punti 7 n. 1 e p. 11, contenuto n. 5 della busta "A");

art. 16 secondo comma;

p. 11 contenuto n. 7 della busta "A";

omessa previsione della dimostrazione della capacità economica e finanziaria;

omessa previsione della cauzione provvisoria e dell'impegno del fideiussore;

art. 8 comma 1 del Capitolato per inosservanza del termine dilatorio di 30 gg. per la stipula del contratto;

e per la privazione degli effetti del contratto stipulato tra la stazione appaltante e la società Controinteressata s.r.l.;

in via gradata, per l'annullamento della determina del Sindaco n. 18 del 18.12.2009 e della successiva sostituzione di un membro della commissione giudicatrice disposta con deliberazione ***** 2 del 5.2.2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ponza e della società Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con ricorso notificato il 16 marzo 2010 e depositato il giorno 17, la società Ricorrente Italia ha impugnato gli atti in epigrafe descritti, relativi alla gara per l'affidamento del servizio di riscossione ordinaria delle entrate comunali ICI e TARSU nel comune di Ponza.

2) A sostegno del gravame deduce le seguenti censure:

I) Inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicatario per insussistenza degli specifici poteri procuratori in capo al firmatario sig. ***** R..

II) Illegittimità del bando per disapplicazione del comma 7 septies dell'art. 32 del D. L. n. 207/08.

L'aggiudicataria non poteva partecipare in quanto carente del capitale sociale nella misura minima di € 10.000.000, ai fini dell'iscrizione nell'apposito albo dei soggetti privati abilitati a effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi, e doveva essere esclusa in sede di verifica dell'aggiudicazione.

Nella specie non è utilizzabile l'istituto dell'avvalimento, che non può incidere su una norma primaria.

III) Tenuto conto dell'importo a base d'asta pari a € 1.445.482,22 per sette anni di appalto, la quota di contribuzione da versare a favore dell'Autorità di ***** doveva essere di € 70,00 e non € 50,00.

IV) Violazione di legge. Disapplicazione dell'art. 41 D.L.vo 163/06.

L'aggiudicataria, non avendo prodotto in gara le referenze bancarie andava esclusa.

V) Violazione dell'art. 75 commi 1 e 8 e dell'art. 113 comma 1 del D.L.vo 163/06.

La cauzione provvisoria non è stata resa dall'aggiudicataria nel suo importo corretto e ciò doveva determinare l'inibizione a concorrere.

VI) Violazione dell'art. 11 comma 10 del D.L.vo 163/06.

L'Amministrazione non ha rispettato il termine di trenta giorni tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto.

VII) Illegittimità della nomina della Commissione giudicatrice per violazione dell'art. 84 commi 8 e 10 del D.L.vo, in quanto nominata anteriormente alla scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte.

3) In data 13 aprile 2010 si sono costituiti in giudizio il comune di Ponza e la controinteressata Controinteressata s.r.l., quest'ultima eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del bando di gara.

4) Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2010, la causa è stata riservata per la decisione.

5) In via preliminare, va rigettata l'eccezione di tardività per omessa impugnazione nei termini del bando, in particolare dell'art. 16 2° cpv, laddove prevede che "l'avvalimento è consentito nei termini di cui all'art. 49 del D.L.vo per tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione della presente gara".

6) Come è noto, secondo l'interpretazione costante della giurisprudenza amministrativa, in tema di gara d'appalto per l'aggiudicazione dei contratti delle p.a., va escluso che debbano essere immediatamente impugnate le clausole del bando o della lettera di invito che non incidano direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara, e, dunque, non determinino, per lo stesso, un immediato arresto procedimentale (ex multis Cons. St., Sez. VI, 30.9.2008 n. 4699).

7) Nella fattispecie, la clausola del bando in argomento non incide sull'interesse della ricorrente a partecipare alla gara.

Ciò che contesta la ricorrente è l'applicazione della clausola, laddove l'Amministrazione ha ritenuto che l'avvalimento fosse consentito anche per il requisito speciale del possesso del capitale minimo di € 10 milioni ai fini dell'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati ex art. 53 del D.L.vo 447/97.

8) Correttamente, quindi, la ricorrente ha impugnato la clausola del bando unitamente all'atto applicativo della stessa.

9) Nel merito il ricorso è fondato.

10) Con il secondo motivo di impugnazione la società ricorrente contesta la disapplicazione del comma 7 septies dell'art. 32 del D. L. n. 207/08.

Sostiene che la società aggiudicataria non poteva partecipare alla gara, in quanto carente del capitale sociale nella misura minima di € 10.000.000, ai fini dell'iscrizione nell'apposito albo dei soggetti privati abilitati a effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi, e doveva essere esclusa in sede di verifica dell'aggiudicazione.

Nella specie non è utilizzabile l'istituto dell'avvalimento che non può incidere su una norma primaria quale il comma 7 septies dell'art. 32 del D. L. n. 207/08.

11) La censura coglie nel segno.

12) L'avvalimento è previsto dall'art. 49 del D.L.vo 163/06 secondo il quale "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

13) Il contratto di avvalimento, utilizzabile in sede di gare ex art. 49 d.lg. n. 163 del 2006 avente carattere atipico nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c., è il negozio con cui l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa ex art. 2555 c.c.) e può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara (cfr. TAR Lazio Sez. I 3.12.2009 n. 12455).

14) Ciò premesso, ritiene il Collegio che l'affermata generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento (anche in giurisprudenza, cfr. C.d.S. 3762/09) trova un limite - come nel caso di specie - laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante.

15) Il ricorso deve pertanto essere accolto e, conseguentemente, deve essere annullata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società Controinteressata a r. l. (per la durata di sette anni) proclamata con determina n. 6 del 23.2.2010.

16) Per quanto riguarda la domanda risarcitoria, osserva il Collegio che in data 25 febbraio 2010 è stato stipulato il contratto tra il Comune di Ponza e l'aggiudicataria.

17) Il contratto, quindi, deve essere dichiarato inefficace con decorrenza dalla notificazione della sentenza al Comune di Ponza e, vista l'espressa domanda della ricorrente sul punto, deve essere disposto il subentro della società Ricorrente Italia nella esecuzione.

18) Per il periodo intercorrente tra il 25.2.2010 e la data di effettivo subentro, va riconosciuto alla ricorrente il risarcimento del danno per equivalente, nella misura del 5 per cento del valore del contratto limitatamente al periodo di mancata esecuzione della prestazione.

19) Sussistono, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, R.G. 239/10 lo accoglie e per l'effetto:

- annulla l'aggiudicazione definitiva;

- dichiara l'inefficacia del contratto;

- ordina il subentro della ricorrente nel contratto;

- condanna il Comune resistente al risarcimento del danno per il periodo antecedente il subentro;

il tutto nei termini e modi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

Santino Scudeller, Consigliere

*****, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/non-e-amnesso-l-avvalimento-per-il-possesso-di-un-requisito-soggettivo-personalissimo-come-quello-del-capitale-sociale-minimo/>