

## **L'avvalimento opera sempre in assenza dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale dell'operatore economico, ma non in caso di idoneità professionale**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 23-3-2020*

Il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento;

L'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l'art. 49 del previgente codice, garantirebbe la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale "in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE", al fine di consentire "l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile".

### *La funzione dell'avvalimento*

Nella causa in esame il Collegio interviene direttamente sulla tematica, concentrando l'attenzione sul *modus operandi* dell'istituto dell'avvalimento. Come è noto quest'ultimo ha la funzione di far fronte alle esigenze che ogni impresa potrebbe avere durante lo svolgimento della procedura di gara. In tal senso la Sezione è chiara: l'istituto opera in assenza dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale dell'operatore economico, ma lo stesso non può intervenire in caso di idoneità professionale, in quanto l'iscrizione a specifici albi rientra nell'ambito di organizzazione della medesima impresa. *"Né la carenza del requisito di idoneità professionale- puntualizza, infatti, il Consiglio di Stato- poteva essere colmata mediante il ricorso all'avvalimento, atteso che, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operatore economico può soddisfare con l'avvalimento la richiesta relativa unicamente al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), mentre:con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l'Autorità ha stabilito che il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento" (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell'11 gennaio 2017)".*

Peraltro il supremo Consesso rileva come la stazione appaltante possa prevedere che, ai sensi dell'articolo 89 del codice degli appalti, gli adempimenti essenziali debbano essere

necessariamente svolti dall'offerente. *“In ogni caso, nel merito,- precisa il Collegio- l’art. 89, comma 4, del d.lgs n. 50 del 2016, che riproduce l’art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, stabilisce che, nell’ipotesi di appalti di lavori, di servizi ed operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente o nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”.*

In prosieguo il Consiglio di Stato, rammentando la giurisprudenza, anche comunitaria, rimarca l’importanza dell’avvalimento, evidenziando come lo stesso, allo stesso tempo, rappresenti un importante mezzo di ampliamento della partecipazione di tutti gli operatori economici alla procedura di gara, con la contestuale applicazione dei principi del *favor participationis* e della tutela della concorrenza, sollecitati sempre dalle stesse istituzioni comunitarie.

*“L’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016- continua il Collegio-, innovando l’art. 49 del previgente codice, garantirebbe la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all’orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale “in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE”, al fine di consentire “l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’EU, anche con riferimento all’impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte di giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016 C-27/15, punto 33)”.*

#### *Le considerazioni conclusive*

In definitiva la Sezione conclude come il servizio di trasporto scolastico rappresenti un *"requisito indispensabile"* non possibile di avvalimento. *“Invero- puntualizza il Consiglio di Stato-, l’iscrizione all’albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico di cui all’art. 3 della legge della regione Campania n. 13 del 2011 costituisce requisito indispensabile per prestare l’attività di gestore del servizio di trasporto scolastico, e perciò richiesto, in ossequio alla disposizione succitata, dal bando di gara per la manifestazione di interesse, nonché dal disciplinare di gara, quale “requisito di idoneità professionale” ai sensi dell’art. 83, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016. I requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti nel bando di gara e, nel caso di specie, anche in esecuzione di una previsione di legge, devono intendersi a pena di esclusione, anche in assenza di un’esplicita clausola che li preveda come tali (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5291)”.*

Successivamente il supremo Consesso concentra l’attenzione sulla richiamata primaria funzione dell’istituto in esame, ricordando ancora una volta come lo stesso possa operare esclusivamente in ambito di requisiti economici, finanziari e tecnico-professionali ma non a favore di quelli di carattere personale.

*L'avvalimento - precisa il Collegio- è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze, avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria; fanno quindi eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale (cosiddetti requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (cosiddetti requisiti professionali), atteso che tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente, e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore, a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n.3698).*

*Invero,-continua la Sezione-, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 l'operatore economico può soddisfare con l' avvalimento la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), del Codice dei contratti pubblici. Con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve, invece, intendersi strettamente connesso alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell'11 gennaio 2017).*

*In definitiva il Consiglio di Stato afferma come "l'iscrizione all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico costituisce, dunque, un requisito soggettivo (afferente l'idoneità professionale del candidato), collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, che non può essere oggetto di avvalimento (al contrario dei requisiti speciali o oggettivi) in quanto non equiparabile ad un requisito «trasferibile» da un operatore economico all'altro".*

**LEGGI LA SENTENZA**

Publicato il 09/03/2020

**N. 01667/2020REG.PROV.COLL.**

**N. 04907/2019 REG.RIC.**

**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 4907 del 2019, proposto da Lista Viaggi S.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe D'Amico, Angelo Mastrandrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Ascea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Galli, Giovanna Coraggio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Capriccio – Società cooperativa sociale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Renata Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, (Sezione Prima) n. 659 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ascea e di Capriccio – Società cooperativa sociale S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2020 il Cons. Elena Quadri;

Nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Lista Viaggi S.r.l.s ricorreva al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, per ottenere l'annullamento della determinazione n. 159 dell'11 settembre 2018, a firma del responsabile del settore cultura, personale ed interventi economici e pubblicata all'albo pretorio on line del comune di Ascea al reg. gen. n. 655 del 18 ottobre 2018 e per quindici giorni consecutivi, recante aggiudicazione provvisoria e sotto riserva di legge alla Cooperativa Capriccio del servizio di trasporto scolastico aa.ss. 2018 -2021, nonché del verbale di gara n. 1 dell'11 settembre 2018 e del verbale di gara n. 2 del 10 settembre 2018. Con motivi aggiunti impugnava l'aggiudicazione definitiva della gara del 31 dicembre 2018.

Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 659 del 2019, dichiarava irricevibile il ricorso principale, e dichiarava in parte inammissibile e per il resto respingeva i motivi aggiunti.

Lista viaggi ha impugnato la sentenza succitata, affidando l'appello ai seguenti motivi di diritto:

*I) error in iudicando; violazione dell'art. 120, comma 2 bis, d.lgs. n. 104 del 2010, anche in relazione all'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016;*

*II) error in iudicando; violazione dell'art. 120, comma 2 bis, d.lgs. n. 104 del 2010, anche in relazione all'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016.*

Per effetto della declaratoria di irricevibilità del ricorso principale, il Tribunale amministrativo regionale non ha esaminato i motivi posti a base del ricorso introduttivo e una parte del ricorso per motivi aggiunti. Pertanto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., l'appellante ripropone i motivi assorbiti, deducendo, riguardo a quelli contenuti nel ricorso introduttivo:

*I) violazione degli artt. 83 e 89 d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione al punto n. 4.2 del bando e del disciplinare di gara ed all'art. 3 della legge della regione Campania n. 13 del 2011; eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione;*

*II) violazione dell'art. 36 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per difetto dei presupposti, carenza di istruttoria, erroneità manifesta; violazione del principio di rotazione, libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e *favor participationis* delle piccole e medie imprese; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 97 della Costituzione.*

Riguardo ai motivi contenuti nel ricorso per motivi aggiunti:

*I) violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, in relazione agli artt. 83 e 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione al punto n. 4.2 del bando e del disciplinare di gara ed all'art. 3 della legge della regione Campania n. 13 del 2011; eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione;*

*II) violazione degli artt. 31 e 77 del d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e difetto di motivazione;*

III) Invalidità derivata.

Si sono costituiti per resistere all'appello il comune di Ascea e Capriccio Società cooperativa sociale S.r.l.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 27 febbraio 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Lista Viaggi S.r.l.s. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, n. 659 del 2019, che ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria alla cooperativa sociale Capriccio del servizio di trasporto scolastico aa.ss. 2018-2021 e ha dichiarato in parte inammissibile e per il resto ha respinto i motivi aggiunti proposti contro l'aggiudicazione definitiva.

L'11 settembre 2018 Lista Viaggi presentava al Comune istanza di accesso agli atti, che non veniva riscontrata. Nella stessa, dichiarava: *“la ditta richiedente, seconda graduata, ha avuto modo di verificare, nella seduta di gara, che la Capriccio S.c.a.r.l.s., prima classificata, si è avvalsa di un altro operatore per soddisfare un requisito di idoneità professionale, in violazione dell'art. 89 del D.Lgs. 50/2016”*.

Il 18 ottobre venivano pubblicati i verbali dell'aggiudicazione provvisoria. Il ricorso veniva proposto il 16 novembre. Il 31 dicembre veniva emessa l'aggiudicazione definitiva, impugnata con motivi aggiunti.

Con i primi due motivi l'appellante deduce l'erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, atteso che il comune di Ascea non avrebbe mai formalmente pubblicato il provvedimento di ammissione della controinteressata alla gara, e che, quindi, la stessa è stata costretta a dirigere le proprie censure esclusivamente verso il primo atto pubblicato, ovvero la determina di aggiudicazione provvisoria, che recava in sé anche l'implicita e definitiva ammissione alla gara della Capriccio. Peraltro, pur avendo l'appellante formulato in data 11 settembre 2018 formale richiesta di accesso agli atti (per ottenere l'ostensione dei verbali di gara, della documentazione amministrativa e dell'offerta della Capriccio), il Comune di Ascea non ha mai consentito alla stessa di prendere visione di tale documentazione.

Per l'appellante, il sistema di impugnazione immediata delle ammissioni altrui, di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., non avrebbe rilievo solo sotto il profilo processuale, ma inciderebbe profondamente anche sullo sviluppo procedimentale della gara, richiedendo l'adempimento del prescritto obbligo di comunicazione e di pubblicità del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni da parte della stazione appaltante. In questo senso, in assenza della pubblicazione della lista degli ammessi e degli esclusi di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 e della comunicazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, non troverebbe applicazione il

sistema di contestazione immediata delineato dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. Né sembrerebbe assumere rilievo, a tal fine, l'eventuale conoscenza del provvedimento acquisita *aliunde*.

Inoltre, l'ammissione alla gara della Capriccio S.c.a r.l., avvenuta nella seduta del 10 settembre 2018, essendo ancora sottoposta a riserva da parte della commissione (riserva sciolta solo in seguito, con la pubblicazione dell'aggiudicazione provvisoria), non sarebbe stata idonea a produrre una definitiva lesione degli interessi della concorrente seconda graduata, la quale, di conseguenza, non era onerata alla immediata proposizione del ricorso giurisdizionale.

Con i motivi del ricorso principale riproposti in appello perché non esaminati dal Tribunale amministrativo regionale in ragione della dichiarazione di irricevibilità del ricorso, l'appellante deduce, innanzitutto, che la legge della regione Campania n. 13 del 2011, all'art. 3, istituisce l'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico. L'iscrizione all'albo costituisce *"requisito indispensabile per prestare l'attività di gestore del servizio di trasporto scolastico"*. In ossequio a tale disposizione, il bando di gara per la manifestazione di interesse nonché il disciplinare di gara, entrambi al punto n. 4.2, hanno richiesto quale *"requisito di idoneità professionale"* di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, l'iscrizione all'albo regionale di cui alla legge regionale n. 13 del 2011, requisito indispensabile per prestare l'attività di gestore del servizio di trasporto scolastico ai sensi dell'art. 3 della suddetta legge regionale, nonché l'iscrizione alla C.C.I.A.A., nell'apposita sezione relativa al servizio di trasporto scolastico ai sensi della delibera G. R. n. 841 del 23 febbraio 2001, se trattasi di impresa italiana o straniera residente in Italia, o nell'albo delle imprese artigiane, per attività inerenti l'oggetto dell'appalto. Il bando e il disciplinare hanno inoltre richiesto, quale ulteriore requisito di idoneità professionale ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), di *"essere in possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'art. 1, lett. b) del Decreto Ministero dei trasporti 31.01.1997 in materia di trasporto scolastico, nonché dei requisiti previsti dal Decreto del Ministero dei Trasporti n. 448/91 sull'accesso alla professione di trasportatore di viaggiatori su strada"*. Nella specie, la Capriccio S.c.a.r.l. non era in possesso dei succitati requisiti di idoneità professionale. In particolare, non risulterebbe essere iscritta all'albo regionale di cui all'art. 3 della legge regionale n. 13 del 2011, svolgendo attività di spazzamento manuale dei rifiuti solidi urbani, taglio erba, scerbatura e manutenzione e cura delle aree verdi, del tutto estranee all'oggetto della gara. Sarebbe evidente, pertanto, che la stessa non poteva essere ammessa a partecipare alla procedura negoziata, tenuto conto che i requisiti idoneità professionale prescritti nel bando di gara devono intendersi a pena di esclusione, anche in assenza di esplicita previsione, come risulta chiaro dal costante orientamento della giurisprudenza amministrativa.

Né la carenza del requisito di idoneità professionale poteva essere colmata mediante il ricorso all'avvalimento, atteso che, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operatore economico può soddisfare con l'avvalimento la richiesta relativa unicamente al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), mentre: *"con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l'Autorità ha stabilito che il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve*

*intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento" (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell'11 gennaio 2017).*

Per l'appellante, inoltre, essendo Capriccio S.c.a.r.l. il gestore uscente del servizio di trasporto scolastico svolto nel comune di Ascea, l'invito alla stessa rivolto e la conseguenziale ammissione in gara violerebbero il principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016. Nel caso di specie, si imponeva a carico del Comune la seguente alternativa: o non invitare il gestore uscente o, quanto meno, motivare puntualmente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito. Al contrario, nessuna motivazione sarebbe stata fornita sul punto dall'Amministrazione.

Con i motivi aggiunti riproposti, l'appellante deduce che, nonostante Capriccio S.c.a.r.l. sia priva dell'iscrizione all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico, il Responsabile Unico del Procedimento avrebbe proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara alla stessa senza fornire alcuna motivazione in merito alla scelta operata, con riferimento all'esistenza del requisito o alla possibilità di ricorrere all'avvalimento.

Inoltre, nel caso di specie, il commissario, nella qualità di RUP, avrebbe approvato gli atti già predisposti nella qualità di commissario, con una indebita commistione delle figure di controllore e controllato, in violazione dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

L'aggiudicazione definitiva sarebbe, infine, illegittima in via derivata per i medesimi profili di illegittimità di cui al ricorso principale.

Per le controparti, legittimamente la sentenza appellata avrebbe dichiarato il ricorso principale irricevibile, atteso che già dall'11 settembre Lista viaggi conosceva l'aggiudicazione provvisoria a Capriccio e gli assunti vizi della stessa, avendo presentato circostanziata istanza di accesso.

Sarebbe, infatti, sufficiente la piena conoscenza delle ammissioni, acquisita prima o in assenza della pubblicazione nel profilo telematico, ma unita alla piena percezione della lesività ed illegittimità dell'atto, per determinare la decorrenza del termine di decadenza per la proposizione del ricorso.

La regola della pubblicazione di cui all'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., non implicherebbe l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli art. 41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a., non escludendo la rilevanza della piena conoscenza dell'atto da impugnare.

Ciò implicherebbe che, in difetto della formale comunicazione dell'atto – in particolare in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorrerebbe comunque dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare.



In ogni caso, nel merito, l'art. 89, comma 4, del d.lgs n. 50 del 2016, che riproduce l'art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, stabilisce che, nell'ipotesi di appalti di lavori, di servizi ed operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura: *“le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”*.

L'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l'art. 49 del previgente codice, garantirebbe la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale *“in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE”*, al fine di consentire *“l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”*, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'EU, anche con riferimento all'impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte di giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016 C-27/15, punto 33).

Inoltre, nel bando di gara sarebbe specificatamente indicato che ci si poteva avvalere del contratto di avvalimento; quindi, nel partecipare alla gara le imprese erano a conoscenza di tale possibilità.

Le controparti fanno, inoltre, presente che l'ente committente aveva la facoltà di derogare al principio che prevede di non invitare l'affidatario uscente. Tale comportamento, pur rivestendo carattere eccezionale, può essere esercitato laddove vi è un numero ridotto di operatori presenti sul mercato ed un alto grado di soddisfazione a conclusione del precedente rapporto contrattuale. Dalla documentazione esibita si evincerebbe che solo tre operatori hanno partecipato alla procedura negoziata, di cui una è proprio la cooperativa che aveva gestito il servizio nell'anno precedente. Inoltre, il servizio scolastico era stato espletato in precedenza dalla Capriccio, che si era servita proprio dell'avvalimento della Lista Viaggi.

Relativamente, infine, alla lamentata violazione dell'art.77 del d.lgs. n. 50 del 2016 per effetto della coincidenza soggettiva tra il RUP ed un membro della commissione, tale norma non sarebbe applicabile al caso di specie, per il quale il criterio utilizzato è pacificamente quello del prezzo più basso (cfr. punti 5.1 del bando), né l'appellante avrebbe concretamente dimostrato l'invocata incompatibilità tra i due ruoli per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.

Il Collegio ritiene che l'appello sia fondato.

Dalla documentazione versata in atti risulta, innanzitutto, che il comune di Ascea non ha mai formalmente pubblicato il provvedimento di ammissione della Capriccio S.c.a r.l. alla procedura negoziata.

Peraltro, pur avendo l'appellante formulato in data 11 settembre 2018 formale richiesta di accesso agli atti della procedura (con riferimento, in particolare, ai verbali di gara, alla

documentazione amministrativa e all'offerta della Capriccio), il comune di Ascea non ha mai consentito alla Lista Viaggi di prendere visione di tale documentazione, e, in particolare, dei verbali di gara, non concretizzandosi, dunque, il presupposto della piena conoscenza dell'atto da impugnare sancito come principio generale dagli art. 41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a.

Inoltre, l'ammissione alla gara della controinteressata alla procedura negoziata, avvenuta nella seduta del 10 settembre 2018, era ancora sottoposta a riserva da parte della commissione (riserva sciolta solo in seguito, con la pubblicazione dell'aggiudicazione provvisoria del 18 ottobre 2018), atteso che, come risulta dal verbale n. 2 della seduta stessa, versato in atti, la stazione appaltante si era riservata di verificare la validità del contratto di avvalimento con la Di Palo Touring, prodotto, tra l'altro, a comprova del possesso del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione all'albo regionale di cui all'art. 3 della legge della regione Campania n. 13 del 2011, requisito richiesto dal bando e dal disciplinare di gara e, comunque, indispensabile per prestare l'attività di gestore del servizio di trasporto scolastico.

La succitata ammissione con riserva non era, dunque, idonea a produrre una definitiva lesione degli interessi della concorrente seconda graduata, perché richiedente un'ulteriore valutazione che in sé sola avrebbe determinato l'effettiva lesività. Ne consegue che Lista Viaggi non era onerata alla immediata proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'ammissione con riserva.

Legittimamente, dunque, il ricorso di prime cure è stato proposto nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione dell'aggiudicazione provvisoria (avvenuta il 18 ottobre 2018), che sola implicava l'ammissione definitiva implicita alla gara, in assenza della pubblicazione di un atto esplicito di ammissione della Capriccio S.c.a r.l. alla procedura negoziata.

Il Collegio ritiene che anche il primo motivo del ricorso principale di prime cure, riproposto con l'appello, sia fondato.

Invero, l'iscrizione all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico di cui all'art. 3 della legge della regione Campania n. 13 del 2011 costituisce requisito indispensabile per prestare l'attività di gestore del servizio di trasporto scolastico, e perciò richiesto, in ossequio alla disposizione succitata, dal bando di gara per la manifestazione di interesse, nonché dal disciplinare di gara, quale "requisito di idoneità professionale" ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016.

I requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti nel bando di gara e, nel caso di specie, anche in esecuzione di una previsione di legge, devono intendersi a pena di esclusione, anche in assenza di un'esplicita clausola che li preveda come tali (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5291).

Nella fattispecie, la Capriccio S.c.a.r.l., che non era in possesso del suddetto requisito di idoneità professionale, è ricorsa all'istituto dell'avvalimento con altro operatore per colmare tale carenza.

Il Collegio ritiene che la carenza del requisito di idoneità professionale non potesse essere colmata mediante il ricorso all'avvalimento.

Invero, come risulta affermato dalla giurisprudenza amministrativa, l'iscrizione agli albi professionali

rappresenta un requisito soggettivo afferente l'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche.

L'avvalimento è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze, avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria; fanno quindi eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale (cosiddetti requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (cosiddetti requisiti professionali), atteso che tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente, e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore, a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n.3698).

Invero, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operatore economico può soddisfare con l'avvalimento la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), del Codice dei contratti pubblici. Con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve, invece, intendersi strettamente connesso alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell'11 gennaio 2017).

L'iscrizione all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico costituisce, dunque, un requisito soggettivo (afferente l'idoneità professionale del candidato), collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, che non può essere oggetto di avvalimento (al contrario dei requisiti speciali o oggettivi) in quanto non equiparabile ad un requisito «trasferibile» da un operatore economico all'altro.

Non era possibile, quindi, ricorrere all'avvalimento nel caso di specie.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendo gli ulteriori motivi dedotti, l'appello va accolto, con la conseguente riforma della sentenza appellata.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con la conseguente riforma della sentenza appellata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore