



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1045 del 2015, proposto da Università degli Studi di Napoli "Parthenope", rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato e presso la medesima domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Ristoservice s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso la segreteria della VI Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Sapori Campani s.r.l., Cea s.a.s. di Acanfora Antonio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI,

SEZIONE II, n. 06746/2014, resa tra le parti, concernente

affidamento del servizio bar-punto di ristoro;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ristoservice s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2015 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Vessichelli e l'avv. Luigi Adinolfi;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, sez. II, n. 6746/14 del 18 dicembre 2014 (notificata il 19 gennaio 2015) è stato accolto il ricorso proposto dalla società Ristoservice s.r.l. avverso la propria esclusione – disposta con nota n. 16565/14 – dalla gara indetta dall'Università degli Studi Parthenope, per l'affidamento di un servizio bar – punto di ristoro, da svolgere presso i locali universitari. Detta esclusione risultava disposta in quanto l'attività da svolgere – pur essendo astrattamente prevista nell'oggetto sociale – non avrebbe trovato riscontro nei servizi, per i quali la società in questione era in concreto iscritta presso la locale Camera di Commercio.

Nella citata sentenza si rilevava come il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria (per lo svolgimento di servizi analoghi e per l'ammontare del fatturato) fosse stato dimostrato dalla medesima società tramite ricorso all'istituto dell'avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*). Nella situazione in esame, in particolare, sarebbe stato utilizzato il cosiddetto “*avvalimento di garanzia*”, inteso ad assicurare alla stazione appaltante

un “*partner commerciale*” di “*solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell’inadempimento o dell’inesatto adempimento della prestazione, dedotta nel contratto di appalto*”. Il contratto di avvalimento prodotto sarebbe stato idoneo a garantire la sufficienza del fatturato richiesto e la sussistenza del requisito di effettiva pregressa esperienza per lo svolgimento dell’attività da svolgere, fermo restando che tale attività risultava anche effettuata dalla medesima ricorrente, attraverso la gestione del servizio-bar presso il Comando del 9° Stormo dell’Aeronautica Militare. Nella situazione in esame, inoltre, il disciplinare di gara non sarebbe stato chiaro nel prescrivere, oltre alla mera iscrizione alla CCIAA per l’attività da appaltare, anche il concreto svolgimento della relativa attività, con conseguente possibilità di consentire integrazioni in via successiva, a norma dell’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell’art. 6, lettera b) della legge n. 241 del 1990. Per quanto sopra, si disponeva la riammissione in gara della società Ristoservice ed il risarcimento in forma specifica tramite aggiudicazione del primo lotto dell’appalto, con inefficacia del contratto, “*eventualmente stipulato con la controinteressata*”.

Avverso la pronuncia in questione proponeva appello l’Università degli Studi di Napoli “Parthenope” (n. 1045/15, notificato il 4 febbraio 2015 e depositato il successivo 12 febbraio); nell’impugnativa si contestava quale *error in iudicando* il superamento del vizio di legittimità, riconducibile alla mancanza del requisito soggettivo di idoneità professionale (da dimostrare tramite iscrizione alla CCIAA per l’attività oggetto dell’appalto): requisito che non avrebbe potuto essere oggetto di avvalimento, in quanto finalizzato a selezionare ditte, che avessero un’esperienza specifica nel settore interessato, a prescindere dai diversi e distinti requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica. Nella

fattispecie il bando richiedeva, a pena di esclusione, l'iscrizione nel registro delle imprese per "*attività inerenti al presente affidamento pubblico*", in conformità alle previsioni, di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 163 del 2006, con conseguente correttezza del provvedimento emesso dall'Amministrazione.

La parte appellata, costituitasi in giudizio, eccepiva in primo luogo l'inammissibilità del gravame, in quanto avrebbe dovuto essere esaminata la censura, riferita ad omesso soccorso istruttorio, che sarebbe stato sufficiente per giustificare l'annullamento dell'esclusione dalla gara. Nel merito, veniva sottolineata la prevalenza delle norme del bando su quelle del disciplinare di gara: nel caso di specie, in base al bando la prestazione del servizio non sarebbe stata riservata ad una particolare professione, mentre il disciplinare non prevedeva a pena di esclusione l'esercizio dell'attività oggetto di appalto: l'avvalimento, pertanto, avrebbe potuto coprire tutti i requisiti tecnici ed economici. L'effettiva gestione di un bar da parte dell'appellata, inoltre, avrebbe escluso "*in radice la problematica di cui è causa*", eliminando il "*falso presupposto*" – da considerare "*unico motivo di esclusione dalla gara*" – del mancato svolgimento di attività, analoga a quella oggetto dell'appalto.

Premesso quanto sopra – e ravvisati gli estremi per emettere sentenza in forma semplificata, a norma dell'art. 60 Cod. proc. amm., previo rituale avviso alle parti – il Collegio ritiene che l'appello sia meritevole di accoglimento.

Infondata appare, in primo luogo, l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla società appellata, con riferimento all'art. 46, comma 1 del citato d.lgs. n. 163 del 2006 (cosiddetto soccorso istruttorio), in quanto l'esclusione dalla gara della società stessa risultava riferita ad una

carenza di requisiti soggettivi, da sottoporre a verifica nei termini emergenti dagli atti, senza che eventuali integrazioni documentali o chiarimenti potessero superare i vizi rilevati dall'Amministrazione, ove di fatto sussistenti, in base alla normativa da applicare (cfr. anche, per il principio, Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3; V, 9 marzo 2015, n. 1176).

Nel merito, il Collegio è chiamato a valutare se l'appellata Ristoservice possedesse, o meno, il requisito di "*iscrizione nel registro delle imprese, presso la competente CCIAA, per l'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto*", o se comunque le mancanze rilevate fossero state superate nell'offerta, tramite ricorso all'istituto dell'avvalimento, previsto dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici e dallo stesso disciplinare di gara.

L'esito di tali valutazioni appare, in entrambi i casi, negativo.

Non è contestato, infatti, che nella predetta iscrizione risultassero, come attività prevalente esercitata dall'impresa, il "*commercio per mezzo di distributori automatici*" e come attività secondaria, esercitata nella sede legale, il "*commercio all'ingrosso di prodotti alimentari*", mentre l'attività oggetto dell'appalto era riferita a gestione del "*servizio bar – punto di ristoro*", con centri di cottura esterni all'Ateneo appaltante. Il servizio prevedeva la preparazione e la distribuzione di prodotti alimentari, la fornitura di attrezzature ed arredi, complementari a quelli forniti dall'Università, la dotazione del materiale di consumo necessario, l'espletamento delle pulizie e di tutte le manutenzioni necessarie, con somministrazione di pietanze al personale dell'Università e ad altri utenti autorizzati. Era inoltre richiesto che le ditte partecipanti alla gara avessero gestito almeno due esercizi analoghi fra il 2010 e il 2012, oltre ad avere maturato determinati livelli di fatturato. Appare evidente,

dunque, come Ristoservice esercitasse in via primaria un'attività ben diversa da quella richiesta, riferita – quest'ultima – a vero e proprio servizio di ristorazione, implicante organizzazione aziendale e competenze, non coincidenti in alcun modo con l'installazione di distributori automatici, né con il commercio all'ingrosso di prodotti alimentari.

Non modifica le conclusioni di cui sopra la mera previsione – nell'oggetto sociale della medesima società, risultante dalla visura catastale – di ulteriori attività, fra cui la “*gestione di bar, ristoranti, tavole calde, punti di ristoro, bouvette e spacci aziendali per enti pubblici e privati*”: il Collegio condivide infatti, al riguardo, quanto affermato dalla giurisprudenza circa l'individuazione ontologica della tipologia di azienda solo attraverso l'attività principale, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, mentre l'oggetto sociale, meramente riportato, esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati (cfr., perfettamente in termini, Cons. Stato, IV, 2 dicembre 2013, n. 5729). Tra i requisiti soggettivi di partecipazione, inoltre, erano previste quanto meno due precedenti esperienze lavorative, riferite al medesimo servizio di ristorazione oggetto di gara, come appare ragionevole, trattandosi di servizio complesso, frutto di professionalità specifiche, plausibilmente accresciute con l'esperienza e non del tutto sovrapponibili alla stessa gestione di un bar (attività, solo quest'ultima, in effetti svolta da Ristoservice, benché non segnalata alla CCIAA e riferita appunto a servizio bar, preparazione di bevande e somministrazione di generi alimentari, anche con distributori automatici). Ove pure, pertanto, la società in questione avesse potuto produrre un certificato camerale aggiornato, da cui fosse risultata la

predetta attività di bar, il requisito soggettivo risultante dal disciplinare non sarebbe stato perfettamente integrato, in quanto le attività di ristorazione con somministrazione di pasti e quelle di bar ed altri esercizi simili senza cucina restano distinte, anche sotto il profilo dei codici ATECO (implicanti classificazione delle attività economiche, come elaborate dall'ISTAT e riunite in una tabella unica, comune all'Agenzia delle Entrate, alle Camere di Commercio e ad altri enti che classificano le imprese).

Appare dunque manifesto, per quanto sopra, che i requisiti di specializzazione ed esperienza, richiesti dal disciplinare di gara, non sussistessero nel caso di specie ed implicassero di per sé – in rapporto a tale rilevata mancanza e salva l'ulteriore valutazione dell'avvalimento, di seguito effettuata – esclusione dalla procedura selettiva di cui trattasi (posto che il relativo bando, al punto III.1.3., imponeva alle ditte partecipanti di “*attenersi al disciplinare*”, pena appunto l'esclusione).

La società appellata, in effetti, aveva fatto ricorso all'istituto, di cui all'art. 49 del più volte ricordato Codice dei contratti pubblici, avvalendosi, “*per i requisiti di capacità tecnica ed economica, del fatturato e dei contratti della ditta Petriccione Maurizio, con sede in Capodrise*”.

L'istituto in questione (avvalimento), di origine comunitaria, consente che un imprenditore possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi – nonché di attestazione della certificazione SOA – a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che assuma contrattualmente con lo stesso – impegnandosi nei confronti della stazione appaltante – una responsabilità solidale. L'avvalimento, pertanto, può riguardare anche i

requisiti soggettivi di qualità, ma in questo caso l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, VI, 31 luglio 2014, n. 04056; V, 22 gennaio 2015, n. 257, 27 gennaio 2014, n. 412, 4 novembre 2014, n. 5446, 23 maggio 2011, n. 3066 e 12 giugno 2009, n. 3762; III, 7 aprile 2014, n. 1636 e 11 luglio 2014, n. 3599; IV, 9 febbraio 2015, n. 662).

Appare anche condivisibile, tuttavia, l'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui – pur nell'ampiezza dei margini applicativi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 – non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale, prescritti dagli articoli 38 e 39 del medesimo Codice, avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiramento di presupposti indefettibili per detta partecipazione (cfr. in tal senso Cons. Stato, V, 5 novembre 2012, n. 5595; 23 ottobre 2012, n. 5408; IV, 24 novembre 2014, n. 5805).

Nella situazione in esame, la società appellata richiama i requisiti di capacità tecnica ed economica, riferiti al fatturato ed ai contratti pregressi della ditta ausiliaria, ma non richiama in alcun modo la messa a disposizione – da parte di quest'ultima – della propria struttura organizzativa e, soprattutto, afferma che *“l'avvalimento non riguardava assolutamente il requisito soggettivo dell'iscrizione alla CCIAA, atteso l'evidente possesso dello stesso da parte della Ristoservice”*.

Tale requisito, tuttavia, è già stato nella presente pronuncia ritenuto insussistente, nonché non integrabile in via sostitutiva, quale requisito di idoneità professionale ex art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere accolto, con gli effetti precisati in dispositivo. Le spese giudiziali – da porre a carico di Ristoservice s.r.l. per i due gradi di giudizio – vengono liquidate nella misura complessiva di €. 4.000,00 (euro quattromila/00).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado; condanna la società Ristoservice al pagamento delle spese dei due gradi di giudizio, nella misura di €. 4.000,00 (euro quattromila/00) a favore dell'Università appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2015

IL SEGRETARIO

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