**Cons. di Stato, Sez. V, n. 90 del 10/01/13 - Pres. Volpe - Est. Prosperi - Ric. D. E. srl c. Comune di Riano**

**Rifiuti -** L’avvalimento nel caso di servizio di trasporto dei rifiuti solidi urbani

*L’avvalimento, così come configurato dalla legge e concernente l’affidamento del servizio di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani con sistema porta a porta, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente “prestare” la certificazione posseduta 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, garantendo però l’affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.*

Fatto e diritto
Vista la censura proposta in primo grado mediante ricorso incidentale da A. s.p.a. e riproposta con memoria in appello, secondo la quale il contratto di avvalimento tra la D. E. s.r.l. e l’ausiliaria C. 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 D. E. 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 D. E. 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 D. E. (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.