

## **Parere n. 164 del 23/09/2010**

### **PREC 118/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla DE.PA.CO. srl – Procedura aperta per interventi di sistemazione idraulica dei Valloni Purgatorio e San Giuseppe e del ventaglio di formazione del Torrente Fiumarella in agro di Anzano di Puglia – Importo a base d’asta €318.710,00 – S.A.: Consorzio di Bonifica dell’Ufita.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 30 aprile 2010 è pervenuta l’istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la società DE.PA.CO. srl ha chiesto l’avviso di questa Autorità in merito all’esclusione dalla procedura aperta per interventi di sistemazione idraulica dei Valloni Purgatorio e San Giuseppe e del ventaglio di formazione del Torrente Fiumarella in agro di Anzano di Puglia, bandita dal Consorzio di Bonifica dell’Ufita.

L’istante ha rappresentato di aver presentato regolare offerta, avvalendosi dell’attestazione SOA della ditta Euronuova di Risi Gerardo. Successivamente, con nota indirizzata esclusivamente alla DE.PA.CO. srl, la stazione appaltante ha chiesto a quest’ultima ex art. 48 D.Lgs. 163/2006 di esibire la documentazione attestante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara. La società ha quindi esibito in originale al responsabile unico del procedimento i seguenti documenti: casellario giudiziario, certificato dei carichi pendenti, Durc, attestato SOA e certificato ISO della società DE.PA.CO. srl, certificato di regolarità fiscale, visura camerale con dicitura antimafia e fallimentare, visura camerale storica, certificato fallimentare, attestazione SOA e certificato ISO dell’impresa ausiliaria.

La stazione appaltante, a seguito dell’esame della predetta documentazione, ha comunicato all’istante l’esclusione dalla gara *de qua* in quanto “a seguito dell’esame dei requisiti richiesti con nota consortile prot. n. 1810 del 18.03.2010 *“pur essendosi avvalsa dell’avvalimento, non produce la documentazione per l’impresa ausiliaria “Euronuova di Risi Gerardo (ad eccezione della SOA e dell’ISO)” giusto verbale di gara n.1433 di rep. del 14.04.2010”* .

L’istante ritiene che la predetta esclusione sia illegittima in quanto ha esibito in originale tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti in capo alla DE.PA.CO srl ed, in aggiunta, anche il certificato ISO e l’attestazione SOA dell’impresa ausiliaria. Al riguardo sostiene l’istante che l’art. 48 Dlgs 163/2006 *“non fornisce alcuna indicazione in ordine alla documentazione da presentare, ma si limita solo a prescrivere l’onere per i concorrenti di presentare la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”*. Conseguentemente in assenza di una esplicita indicazione nella *lex specialis* circa i documenti da presentare a riprova dei requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione alla gara, sarebbe *“ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei”*. Ne deriva, secondo l’istante, che da un lato, la motivazione del provvedimento di esclusione non costituirebbe una valida giustificazione dell’atto assunto dalla stazione appaltante e, dall’altro, che sarebbe stato più opportuno che quest’ultima avesse richiesto la documentazione mancante ex art. 46 Dlgs 163/06.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale hanno presentato osservazioni il Consorzio di Bonifica dell’Ufita e la società CO.AP. srl,

aggiudicataria della gara.

La Stazione Appaltante difende la legittimità del proprio operato e fa presente che ha inoltrato all'odierna istante formale richiesta di esibire la documentazione in originale, attestante il possesso di tutti i requisiti dichiarati in sede di gara. Tale richiesta, così come prescritto nel disciplinare di gara, è stata trasmessa all'indirizzo fax indicato dal concorrente e non all'impresa di cui la DE.PA.CO. srl si è avvalsa, in quanto la stazione appaltante non era tenuta a ciò. Il Consorzio, inoltre, osserva che, a seguito dell'esame della documentazione trasmessa, ha ritenuto che quest'ultima fosse *“incompleta, in alcun modo dimostrativa del possesso dei requisiti per l'impresa ausiliaria”* e, conseguentemente ha escluso la DE.PA.CO srl.

La società CO.AP. srl ha difeso l'operato del Consorzio, esponendo che anche l'impresa ausiliaria deve dimostrare il possesso dei requisiti, conseguentemente risulta arbitrario il comportamento dell'istante che ha ritenuto necessario dimostrare solo il possesso dell'attestazione SOA dell'impresa di cui si è avvalso. Secondo la CO.AP. srl, inoltre, la Commissione di gara avrebbe ben operato in quanto il punto 10 del disciplinare di gara dispone che *“comporterà altresì l'esclusione del concorrente la mancata produzione, nei termini indicati dalla Commissione, della documentazione integrativa o a riscontro eventualmente richiesta dalla Commissione”*.

#### *Ritenuto in diritto*

La soluzione della questione sottoposta al vaglio di questa Autorità passa attraverso l'esatta interpretazione delle disposizioni contenute negli art. 48 e 49 del Dlgs. 163/2006.

In particolare l'art. 48, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

La *ratio* della norma è quella di consentire alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare dei partecipanti che non siano in possesso dei requisiti richiesti, relativamente alla capacità tecnico-organizzativa ed economico finanziaria, e ciò per ragioni di speditezza del procedimento ed al fine, altresì, di evitare che le relative offerte possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia delle offerte presentate. Conseguentemente, la norma in esame è stata costantemente interpretata nel senso che l'esclusione dalla gara è conseguenza automatica del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) (cfr parere n.80 del 14.10.2007).

L'Autorità con determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ha fissato le linee guida per la corretta applicazione dell'art. 48 chiarendo che *“l'ambito di applicazione del procedimento, e le sanzioni ad esso correlate, sono limitati ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi e la relativa disciplina non si estende alla verifica delle dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei requisiti di carattere generale e il rispetto delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e neppure al controllo delle eventuali dichiarazioni rese su elementi quantitativi e qualitativi delle offerte valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all' art. 83 del codice. Infatti, l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porta ad escludere - trattandosi di norma sanzionatoria e quindi di stretta interpretazione - che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al controllo disposto dalla stazione appaltante, delle dichiarazioni sostitutive relative alle fattispecie sopra richiamate. In particolare, la dimostrazione della veridicità delle dichiarazioni relative ai requisiti di carattere generale resta onere della stazione appaltante, secondo le regole generali in materia di autocertificazione”*

I requisiti speciali in questione possono essere posseduti direttamente dal concorrente ovvero da un'impresa di cui quest'ultimo intenda avvalersi: se un operatore non possiede da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione, può, infatti, utilizzare le capacità ed i requisiti economico finanziari di un terzo. La direttiva comunitaria 2004/18/CE impone un unico limite nel ricorso all'avvalimento, il concorrente avvalente ha l'onere di fornire all'amministrazione la dimostrazione della concreta disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa avvalsa e necessari per l'espletamento dell'appalto (artt. 47, comma 2, e 48, comma 3). In linea con il legislatore europeo quello nazionale nel disciplinare l'istituto in esame richiede che *“ai fini di quanto previsto nel comma 1 [ossia per soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo] il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria: a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38; c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38; d) 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) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34; f) in originale o copia autentica il 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”*.

Il rigore della norma nell'allegazione dei documenti necessari ai fini dell'avvalimento si giustifica in relazione alla *ratio* della norma in esame, che è quella di consentire, da un lato, la massima partecipazione possibile alle procedure di aggiudicazione, e, dall'altro, di evitare che l'istituto in questione, diventi uno strumento per eludere la disciplina in materia di requisiti di partecipazione fissata dal codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1589 del 13 marzo 2009; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n.5742 del 20 novembre 2008).

Venendo al caso di specie, si osserva preliminarmente che non trova alcun conforto giuridico ed anzi contrasta con il dettato normativo la tesi sostenuta dall'istante, secondo cui, stante la mancata indicazione nell'art. 48 Dlgs. 163/2006 della documentazione da presentare, in assenza di espressa previsione al riguardo anche nella *lex specialis* *“è ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei”*.

In realtà la formulazione dell'art. 48 è chiara e non lascia dubbi sulla circostanza che il controllo in questione ha ad oggetto *“il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti dal bando di gara”* ed impone al concorrente la presentazione *“della documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”*. Non è quindi corretto affermare che *“la normativa di riferimento non fornisce alcuna indicazione in ordine alla documentazione da presentare”*.

Chiarito ciò, si osserva che il bando di gara al punto 15 dispone che *“i concorrenti, in relazione alla capacità economica e tecnica necessaria dovranno possedere attestazione di qualificazione (...) a tal fine si precisa che la categoria SOA è la OG8 classifica II. Nel caso in cui le imprese in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del DLgs. 12.04.2006 n. 163 risultino carenti dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo richiesti dal bando, vogliono partecipare alla gara utilizzando l'istituto dell'avvalimento, potranno soddisfare tale loro esigenza presentando, nel rispetto delle prescrizioni del DPR 445/2000 la documentazione prevista dai punti a), b), c), d), e), f), g) del comma 2 dell'art. 49 del Dlgs. 12.04.2006 n. 163 e rispettando scrupolosamente le prescrizioni di cui ai commi successivi del medesimo art. 49 del Dlgs 12.04.2006, n. 163”*. La stazione appaltante con nota prot. 1810 del 18.3.2010 ha chiesto all'istante di *“esibire i documenti in originale dimostrativi del possesso di tutti i requisiti dichiarati*

*in sede di gara con autocertificazione e/o presentati con documenti fotoriproduttori”.*

Dalla domanda di partecipazione alla gara della DE.PA.CO. srl nonché dalla richiesta di parere pervenuta a questa Autorità, si apprende che l'istante si è avvalso “*dei requisiti ed attestazione SOA della ditta Euronuova di Risi Gerardo avente categoria OG8 classifica IIF*”.

Conseguentemente, avendo la stazione appaltante richiesto di provare ex art. 48 il possesso di tutti i requisiti dichiarati, l'istante doveva dare la prova sia di quelli posseduti in proprio sia di quelli posseduti tramite l'impresa ausiliaria (ossia dell'attestazione SOA). In quest'ultimo caso, dalla lettura in combinato disposto degli artt. 48 e 49 del Dlgs. 163/2006 risulta necessario dimostrare non solo il possesso del requisito avvalso in capo all'impresa ausiliaria ma anche l'effettiva disponibilità e fruibilità di quest'ultimo da parte del concorrente avvalente.

Ebbene nella procedura in esame risulta *per tabulas*: (a) dal verbale di ricezione della documentazione per la verifica dei requisiti, redatto in data 24.3.2010, che la DE.PA.CO. srl, tra gli altri, ha presentato in originale anche l'attestato SOA ed il certificato ISO della ditta ausiliaria; (b) dalla dichiarazione attestante l'avvalimento, allegata alla domanda di partecipazione alla gara della DE.PA.CO. srl, che quest'ultima aveva già trasmesso a corredo della propria domanda di partecipazione l'originale del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria e le altre dichiarazioni richieste dall'art. 49 del Dlgs. 136/2006.

Se così è, e si sottolinea che non ci sono contestazioni al riguardo da parte della stazione appaltante, considerato l'ambito di applicazione dell'art. 48 come già delineato dall'Autorità nella determinazione su richiamata, deve reputarsi assolto con riferimento al requisito avvalso l'onere probatorio di cui all'art. 48 Dlgs. 136/2006 e conseguentemente viziata da erronea motivazione l'esclusione contestata, in quanto la DE.PA.CO. srl ha dimostrato sia il possesso in capo all'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA, di cui ha dichiarato di avvalersi, sia l'effettiva disponibilità di quest'ultima a suo favore per il tramite del contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione contestata non sia conforme alla specifica normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010*