

## **Parere n. 69 del 15/04/2010**

**Protocollo** PREC 95/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa M.E.CO.IN. S.r.l. – Lavori di recupero e conservazione dell'ex Convento dei Crociferi e Circolo Didattico G. Mazzini – Importo a base d'asta € 2.076.498,56 – S.A.: Comune di Catania

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 21 luglio 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa M.E.CO.IN. S.r.l. ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, avvalendosi dell'impresa Scarcia & Rossi Lavori Edili S.n.c. per la categoria OG2 classifica IV richiesta dal bando, e di essere stata esclusa dalla gara medesima nella seduta del 16 giugno 2009 con la motivazione che l'impresa ausiliaria non avrebbe reso la dichiarazione di cui al punto 1.3 lettera f) del disciplinare di gara, il quale impone al concorrente di elencare le imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllato, precisando che tale dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa. Al riguardo l'istante M.E.CO.IN. S.r.l. ha riferito di aver regolarmente reso la dichiarazione in questione in qualità di concorrente e che il bando ed il disciplinare di gara non prevedono che la stessa dichiarazione debba essere resa dall'impresa ausiliaria, la quale, nella fattispecie, si è attenuta a quanto stabilito dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che disciplina l'istituto dell'avvalimento e non indica tra le dichiarazioni obbligatorie richieste alla ditta ausiliaria quella prevista ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma prescrive alla lettera e) che l'ausiliaria dichiari e attesti che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara; tale ultima dichiarazione è stata resa dall'impresa ausiliaria.

Sulla base di tali elementi, l'istante ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere al fine di evitare che la stazione appaltante interpreti le norme in tema di avvalimento in modo errato, causando situazioni di incertezza.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta in data 7 settembre 2009, il Comune di Catania ha rilevato che con nota protocollo P.O. Edilizia Scolastica 504 del 25/06/09 l'istante M.E.CO.IN. S.r.l. ha inoltrato all'Amministrazione stessa una richiesta di riammissione alla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, adducendo a sostegno le stesse motivazioni riportate nell'istanza di parere inoltrata all'Autorità; tuttavia la stazione appaltante non ha accolto tale istanza, rimanendo convinta della correttezza dell'esclusione disposta.

Il Comune di Catania, infatti, ha rappresentato che nell'approvare il bando di gara ed il relativo disciplinare ha inteso dettare una disciplina più restrittiva rispetto a quanto stabilito nella normativa primaria – che per la Regione Sicilia è l'art. 10, comma 1-bis della legge n. 109/1994, come

recepito e modificato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni – la quale prevede il divieto di partecipazione alla medesima gara per le imprese che si trovino tra di loro in situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e che, a tal fine, al punto 1.3, lettera f), del disciplinare di gara ha espressamente chiesto a ciascun concorrente, a pena di esclusione ed anche in caso negativo, di elencare le imprese “rispetto alle quali, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o indiretto o anche sostanziale, come controllante e come controllato”. Secondo la stazione appaltante, tenuto conto che l'articolo 34, comma 2, primo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato con riferimento a detto divieto di partecipazione, dall'articolo 49, comma 2, lettera f) dello stesso decreto per quel che attiene le dichiarazioni che deve rendere l'impresa ausiliaria in caso di avvalimento, reca una formulazione identica al citato art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 (richiamato dalla stazione appaltante nei documenti di gara), è chiaro che la Commissione di gara ha dovuto intendere che anche la dichiarazione in proposito resa dall'impresa ausiliaria dovesse uniformarsi al punto 1.3, lettera f), del disciplinare di gara, a prescindere dalla presunta equiparazione tra la ditta ausiliaria e qualsiasi altro concorrente, in quanto la decisione della Commissione di gara trova fondamento unicamente nel richiamo a riferimenti normativi formulati in modo identico.

### **Ritenuto in diritto**

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, va osservato che il punto 1.3, lett. f) del disciplinare di gara prevede che nella busta “A” deve essere contenuta, a pena di esclusione, una dichiarazione con la quale il concorrente, tra l'altro, “elenca le imprese (denominazione, ragione sociale e sede) rispetto alle quali, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllato”, precisando che la dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa.

Tale previsione della *lex specialis* di gara, come precisato dalla stessa stazione appaltante, è stata dettata ai sensi art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 (come recepito e modificato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni) il cui contenuto è sostanzialmente analogo a quello dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 il quale, in merito ai requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento, prima dell'abrogazione avvenuta a cura del comma 3 dell'art. 3, D.L. 25 settembre 2009, n. 135), stabiliva il divieto di partecipare alla medesima gara per i concorrenti che si trovassero fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, fissando a carico delle stazioni appaltanti anche l'obbligo di escludere dalla gara i concorrenti per i quali fossero accertate che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Ai fini che interessano in questa sede si evidenzia, inoltre, che l'abrogazione del citato secondo comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 non rileva in quanto, ai sensi del quinto comma dell'art. 3, D.L. 25 settembre 2009, n. 135, le nuove disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto legge, mentre il bando in esame è stato pubblicato in data anteriore (aprile 2009).

Premesso quanto sopra, in sostanza, la disciplina applicabile alla fattispecie prevede non soltanto l'obbligo di impedire la partecipazione alla gara per i concorrenti che si trovano fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile e per i concorrenti per i quali fossero accertate che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi, ma anche – ai sensi del punto 1.3, lettera f) del disciplinare di gara – l'obbligo di elencare, a pena di esclusione, le imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., il concorrente si trova in una situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllato, precisando che la dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa.

E' evidente, tuttavia, che l'obbligo di rendere la dichiarazione in questione è posto a carico del concorrente e non anche dell'impresa ausiliaria della quale il concorrente intende avvalersi al fine di dimostrare il possesso dei requisiti utili per partecipare alla procedura selettiva.

In tal senso depone il chiaro tenore letterale della richiamata disposizione del disciplinare di gara, la quale, fa inequivocabilmente riferimento ai "concorrenti", intendendo riferirsi a coloro che presentano offerte, tanto che il punto 3, lettera f) è contenuto nel punto 1 del disciplinare di gara rubricato "Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte", ed è dedicato all'indicazione dei documenti che devono essere contenuti, a pena di esclusione, nella busta "A" da inserire nel plico contenente l'offerta.

Peraltro, una siffatta interpretazione della disciplina di gara risponde anche a criteri di logica e coerenza, poiché in tema di avvalimento l'art. 49, comma 2, lett. e) del D.Lgs. n. 163/2006 costituisce una norma di completamento del sistema, che pone a carico dell'impresa ausiliaria l'obbligo di produrre una dichiarazione con cui si attesta che l'impresa non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34, e quindi, proprio in quanto non concorre in alcun modo alla gara medesima, si attesta, altresì, che non si trova "in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 34, con una delle altre imprese che partecipano alla gara".

Poiché, malgrado non siano presenti in atti, non risulta contestato che la concorrente M.E.CO.IN. S.r.l. abbia prodotto la dichiarazione di cui al punto 1.3, lettera f) del disciplinare di gara e che l'impresa ausiliaria Scarcia & Rossi Lavori Edili S.n.c. abbia prodotto la dichiarazione di cui all'articolo 49, comma 2, lett. e), del D.Lgs. n. 163/2006, deve ritenersi che l'esclusione dalla gara dell'istante M.E.CO.IN. S.r.l. risulta priva di giustificazione.

In base a quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della concorrente M.E.CO.IN. S.r.l. disposta dalla stazione appaltante non è conforme alla *lex specialis* di gara e alla vigente normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 Aprile 2010