

## **Parere n.100 del 09/06/2011**

### **PREC 12/11/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 IMPRED a r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “completamento del cimitero comunale – III lotto funzionale” - Importo a base d'asta € 251.632,18 - S.A.: Comune di Torino di Sangro (CH).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 3 gennaio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa IMPRED a r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'aggiudicazione provvisoria disposta dal Comune di Torino di Sangro, nell'ambito della procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, a favore dell'impresa Edil 3D S.r.l.

Più specificamente, l'impresa istante, seconda classificata nella graduatoria delle imprese partecipanti alla gara, sostiene che da un controllo della documentazione presentata dalla Edil 3D S.r.l., determinata ad avvalersi dei requisiti della Edilizia di Biase S.r.l., non risulterebbero:

- a) la dichiarazione di avvalimento, come prevista al punto a.13) del disciplinare di gara;*
- b) la dichiarazione della ditta ausiliaria attestante il possesso dei requisiti di ordine generale, così come richiesto alla lettera m) del disciplinare di gara;*
- c) la dichiarazione della ditta ausiliaria attestante l'assenza di una situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 con una delle altre imprese che partecipano alla gara, così come richiesto al punto m) del disciplinare di gara.*

L'impresa IMPRED segnala sostanzialmente che la aggiudicataria provvisoria non ha presentato nessuna dichiarazione della ditta ausiliaria se non quelle contenute nel contratto di avvalimento allegato.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata formalmente da questa Autorità in data 21 gennaio 2011, la società istante, con nota pervenuta il 27 gennaio 2011, ha ulteriormente evidenziato che la aggiudicataria provvisoria ha omesso di produrre:

- *la dichiarazione dell'amministratore unico della Edil 3D S.r.l. secondo cui “non sono state pronunciate sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.;*
- *l'indicazione delle persone fisiche con cui viene stipulato il contratto di avvalimento;*

Con nota pervenuta il 2 febbraio 2011, il Comune di Torino di Sangro ha fatto presente che la Edil 3D S.r.l., pur non avendo indicato il nominativo dell'impresa ausiliaria nell'istanza di

partecipazione, ha tuttavia allegato a questa il contratto di avvalimento con l'impresa Edilizia Di Biase S.r.l.; pertanto, ritenendo chiara ed esplicita l'intenzione della concorrente di avvalersi dei requisiti dell'impresa Di Biase S.r.l. e considerato altresì che la dichiarazione di avvalimento non era prevista, a pena di esclusione, né dal bando né dal disciplinare, la Commissione aggiudicatrice ha reputato regolare la documentazione presentata per l'ammissione alla gara.

La stazione appaltante ha poi specificato che il bando non prevedeva a pena di esclusione la dichiarazione della ausiliaria circa il possesso dei requisiti di ordine generale e nemmeno quella di non trovarsi, con una delle altre imprese partecipanti alla gara, in una situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, e che nonostante la mancanza nella *lex specialis* delle suddette previsioni, il contratto di avvalimento allegato, conteneva comunque la dichiarazione della Di Biase S.r.l. circa il possesso di tutti i requisiti generali di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554/99 nonché di ogni altro requisito previsto dalla normativa vigente. Il Comune di Torino di Sangro conclude ribadendo che successivamente alla aggiudicazione provvisoria è stato accertato, nei confronti delle imprese Edil 3D S.r.l. e Di Biase S.r.l., il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in epigrafe concerne la legittimità dell'aggiudicazione provvisoria dei lavori in oggetto disposta dal Comune di Torino di Sangro a favore della ditta Edil 3D S.r.l. la quale, pur avvalendosi dei requisiti di altra impresa, non ha allegato alla istanza di ammissione le dichiarazioni di cui all'art. 49 del Codice richieste dal disciplinare di gara, e ha ommesso di prestare la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006 circa l'assenza di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p..

Dall'esame della documentazione agli atti è emerso che l'impresa aggiudicataria ha allegato alla istanza di partecipazione il solo contratto di avvalimento, in forza del quale l'impresa ausiliaria *“mette a disposizione dell'impresa concorrente piena assicurazione circa il possesso di tutti i requisiti necessari ed in particolare...il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 75 del D.P.R. 554/1999 nonché di ogni altro requisito previsto dalla legislazione vigente.”* Rispetto, invece, alle dichiarazioni previste dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e richiamate dallo stesso disciplinare di gara è emerso che nessuna di queste sia stata presentata dalla Edil 3D S.r.l., aggiudicataria provvisoria della gara in oggetto.

Considerato che l'avvalimento costituisce un'eccezione al principio che vuole che i concorrenti possiedano in proprio i requisiti di qualificazione, la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi della ausiliaria deve essere fornita in modo rigoroso mediante la presentazione di un apposito impegno da parte della stessa, che sia riferito allo specifico appalto e sia valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara. Per tale ragione, ai sensi dell'art. 49, comma 2, del Codice, il concorrente che intende avvalersi dei requisiti di altra impresa, allega, oltre alla eventuale attestazione SOA, propria e dell'impresa ausiliaria: *...c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso, da parte di quest'ultima, dei requisiti generali di cui all'art. 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 ; f) in originale o in 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.*

Vale al riguardo chiarire che le dichiarazioni che il concorrente allega in caso di avvalimento rispondono ad esigenze diverse rispetto a quelle sottese alla presentazione del contratto di avvalimento, cui è rimessa sostanzialmente la disciplina dei rapporti tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato specifica che la disciplina di cui all'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 richiede un contratto di avvalimento e, per esigenze di certezza dell'amministrazione, una dichiarazione di impegno proveniente dall'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario. Nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicchè l'ausiliario è tenuto a produrre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti (cfr C.d.S. sez. VI 13/5/2010 n. 2956).

Pertanto, la mancanza di una espressa dichiarazione di impegno da parte della ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, come nel caso di specie, dà vita ad una carenza documentale che non può superarsi con la sola allegazione del contratto di avvalimento. La potestà di avvalimento, infatti, costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale per cui non solo non è necessario un espresso richiamo ad esso nella *lex specialis* affinché il concorrente possa avvalersi dei requisiti di altra impresa, ma in tal caso l'ausiliato è tenuto a rispettare la disciplina prevista dal Codice così come descritta all'art. 49 e ad allegare quindi tutte le dichiarazioni in questo prescritte.

Con riferimento all'ulteriore carenza documentale segnalata dall'istante ovvero alla mancata presentazione della dichiarazione dell'amministratore unico della Edil 3D S.r.l. secondo cui "non sono state pronunciate sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.", vale specificare che mentre il disciplinare di gara conteneva un generico richiamo all'art. 38, nel senso che era previsto che il concorrente dovesse attestare l'assenza delle cause di esclusione di cui alla norma in questione, l'istanza di partecipazione, "*con riferimento a quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. 163/2006*", indicava, in particolare, una serie di dichiarazioni tra cui figurava espressamente quella relativa all'assenza di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che, dall'esame della documentazione prodotta alla stazione appaltante, risulta effettivamente mancante. Tale dichiarazione essendo riferita ad una delle cause di esclusione che l'art. 38, che è norma cogente avente portata precettiva imperativa, espressamente richiama, avrebbe dovuto essere resa dall'impresa anche se prevista esclusivamente nell'istanza di ammissione alla gara.

Al riguardo si richiama l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui pur in assenza di una specifica norma del bando, l'omissione delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, costituisce di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742; 15 gennaio 2008, n. 36). D'altra parte, il comma 2 dell'art. 38 prevede espressamente che "il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 445/2000". Né, nel caso di specie, vi era spazio per l'integrazione documentale che, ai sensi dell'art. 46 del Codice, la S.A. può disporre per consentire ai concorrenti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di dichiarazioni già presentate, essendo tale attività acquisitiva esercitabile "*nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45*".

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la aggiudicazione provvisoria disposta a favore della Edil 3D S.r.l. non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito