

Parere n.206 del 10/11/2011

PREC 290/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla SELENE Consulting srl – *“Procedura aperta per l’affidamento del servizio di supporto alla gestione delle politiche del lavoro di cui all’Asse II del P.O.R. Obiettivo 2 Competitività Regionale e Occupazione – F.S.E. 2007/2013 della Regione Piemonte”* – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 960.000,00– S.A.: Regione Piemonte.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 novembre 2010 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale l’Impresa SELENE Consulting S.r.l., nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. Selene Consulting/Andros Consulting S.r.l./ST PRO. F.I.L.I.S.r.l., ha chiesto un parere in merito al provvedimento di esclusione che la Regione Piemonte ha adottato nei confronti di detto raggruppamento per asserita violazione dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Più specificamente, l’esclusione contestata è stata disposta in quanto l’istituto dell’avvalimento, del quale è stato fatto uso, risultava riferito al solo mandante ST.PRO.F.I.L.I. S.r.l. e non al raggruppamento nel suo complesso. Infatti, dall’esame della documentazione in atti risulta che, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria (pari ad un fatturato per servizi analoghi nei tre esercizi finanziari precedenti la pubblicazione del bando di gara di €690.000,00), il costituendo raggruppamento ha presentato i seguenti requisiti.

- Selene Consulting €661.406,30
- Andros Consulting €71.000,00
- ST PRO.F.I.L.I. S.r.l. si avvale, per il solo requisito della capacità economica e finanziaria, dell’impresa ausiliaria Selene Audit S.r.l. per un importo pari ad €199.768,67.

Il ricorso all’avvalimento, sostiene la stazione appaltante, avrebbe dovuto essere fatto dal raggruppamento, quale concorrente, e non da un suo singolo componente, tant’è che secondo quanto si legge nel verbale di gara del 22 ottobre 2010 *“quando l’operatore economico abbia scelto di partecipare alla gara nella forma del raggruppamento temporaneo, il termine concorrente va riferito al raggruppamento nel suo complesso e non ad un solo soggetto dello stesso che tecnicamente non è concorrente, ma mandante o mandatario di raggruppamento”*.

Una seconda contestazione all’operato della S.A. riguarda il fatto che, con il provvedimento di esclusione, è stata altresì restituita la polizza fideiussoria, pur non essendo ancora intervenuta né l’aggiudicazione provvisoria né tantomeno quella definitiva, configurandosi in tal modo uno sviamento di potere in asserito contrasto con il comma 9, dell’art.75 del D.Lgs. n.163/2006.

L'istante, infine, contesta l'ammissione alla gara della società Archidata S.r.l. la quale, dopo essere stata ammessa con riserva per non aver dichiarato, come richiesto nel bando di gara *“di mettere a disposizione, per la realizzazione del servizio, un gruppo di lavoro composto almeno dalle figure professionali indicate all'art.10 del Capitolato d'oneri”* è stata definitivamente ammessa, avendo provveduto ad integrare la suddetta dichiarazione su invito della S.A.. La Selene Consulting S.r.l. contesta tale ammissione ritenendo che *“il possesso del gruppo di lavoro”* in quanto requisito di capacità tecnica debba essere posseduto alla data di scadenza del bando. Pertanto, nel momento in cui la stazione appaltante ha consentito la *“dichiarazione successiva”*, si è preclusa la possibilità di verificare che tale requisito fosse effettivamente esistente al momento della presentazione dell'offerta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta dalla Regione Piemonte nei confronti del costituendo R.T.I. Selene Consulting/Andros Consulting S.r.l./ST PRO. F.I.L.I.S.r.l., per le ragioni evidenziate in fatto.

Ai fini della definizione di tale questione, occorre preliminarmente rilevare che il bando di gara, nella sezione dedicata alle *“Modalità di presentazione dell'offerta – Busta n.1: Documentazione (Dicitura da indicarsi sulla Busta) “A”*, prevedeva che *“Il soggetto concorrente potrà soddisfare il requisito di cui al punto 6) avvalendosi dei requisiti di carattere economico-finanziario di altro soggetto ai sensi e per gli effetti dell'art.49 del D.Lgs. n.163/2006 e s.m.i.”*. Il requisito di cui al punto 6), compreso nella dichiarazione appositamente richiesta in detta sezione, è quello relativo al possesso *“di un fatturato per servizi analoghi a quelli oggetto del presente appalto, conseguito negli ultimi tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di importo complessivo non inferiore all'importo a base di gara”*.

Inoltre, il successivo punto 7) appositamente richiedeva, come già detto, di comprendere nella dichiarazione il fatto *“di mettere a disposizione, per la realizzazione del servizio, un gruppo di lavoro composto almeno dalle figure professionali indicate all'art.10 del Capitolato d'oneri”*.

Infine, nella sezione *“Avvertenze”*, il bando esplicitamente richiamava l'attenzione dei partecipanti sul fatto che *“la mancata o la irregolare o l'incompleta presentazione della dichiarazione e/o documentazione richiesta dal presente bando, nonché l'irregolare modalità di presentazione dell'offerta, sarà causa di esclusione dalla gara”*.

A sua volta, il capitolato speciale d'appalto, all'art. 8, conteneva le medesime prescrizioni in relazione ai *“Requisiti di ammissione”*, specificando ulteriormente, con riferimento all'avvalimento, che *“il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito”* e che *“non è consentito che più di un concorrente si avvalga della stessa impresa ausiliaria e che partecipino come concorrenti alla stessa gara tanto l'impresa ausiliaria quanto quella che si avvale dei requisiti, a pena di esclusione di tutte le diverse offerte presentate”*.

Tali prescrizioni della *lex specialis* di gara riproducono pedissequamente le principali disposizioni di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che devono necessariamente essere interpretate ed applicate in senso conforme alla corrispondente e sovraordinata normativa comunitaria, costituita dagli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE.

In particolare, l'art. 47, relativo alla “*Capacità economica e finanziaria*”, ai commi 2, e 3, stabilisce che “2. *Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.* 3. *Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*”.

Alla medesima stregua, l'art. 48, concernente le “*Capacità tecniche e professionali*”, ai commi 3, e 4, dispone che “3. *Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi. Deve, in tal caso, provare alla amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.* 4. *Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*”.

Considerato, quindi, il tenore della citata normativa comunitaria e tenuto conto, altresì, dell'assenza, nel caso di specie, di espressioni, specifiche ulteriori limitazioni poste dalla *lex specialis* al ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte dei concorrenti, si ritiene che, all'interpretazione più restrittiva della disciplina nazionale in materia, sostenuta dalla S.A., sia preferibile, in quanto orientata in senso conforme al diritto comunitario, la tesi che, in ossequio al principio della massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti partecipanti ad un raggruppamento non costituito, e lo consente non solo nei confronti degli stessi partecipanti al raggruppamento, ma anche di soggetti esterni (come può agevolmente argomentarsi dal parere di questa Autorità n.34 dell'11/3/2009), proprio in virtù del richiamato disposto degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per cui ciascun concorrente, singolo o raggruppato, può fare affidamento sui requisiti di altri soggetti “*a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*” (cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2007, n. 3814 e TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820).

In questa prospettiva, la pretesa preclusione, riferita dalla S.A., che deriverebbe dall'intestazione della facoltà di avvalimento al solo raggruppamento e non già alla singola impresa mandante non ha ragione d'essere, in quanto, ancor di recente, il Consiglio di Stato (Sez. V, 17/3/2009, n. 1589) ha affermato che “*Invero, nell'avvalimento, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, sussiste l'irrelevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n. 118/2004/CE ed art. 54 Direttiva n.17/2004/CE), la quale espressamente prevede che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi", richiamando quanto del resto già questa sezione ha da tempo affermato (cfr. n. 3451/08)*”.

Il motivo dell'esclusione non ha in sostanza pregio, muovendo da un'interpretazione rigidamente letterale della norma, la quale, allorché consente che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, va intesa non nel senso prospettato dalla S.A., bensì nel senso (più consona allo spirito delle direttive comunitarie ed in linea con la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alla gare) che anche il concorrente – mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese – possa avvalersi di una impresa terza rispetto al raggruppamento.

Quest'ultimo va, infatti, inteso non quale soggetto unitario, diverso dai soggetti che lo compongono, ma quale unione di soggetti distinti ed autonomi che intendano ciascuno concorrere in tale forma associata, onde soddisfare i requisiti di capacità richiesti e, quindi, di un soggetto, ancorché costituendo, che possa avvalersi indirettamente di più imprese ausiliarie quante sono le singole imprese che lo compongono.

Invero, con riguardo alla partecipazione in forma associata, è *jus receptum* che i requisiti debbano essere posseduti e documentati da ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n.490; id. 16 novembre 2005, n.6403; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n.435; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n.2294; id. 30 gennaio 2002, n.507; id. 18 ottobre 2001, n.5517; id. 15 giugno 2001, n.3188; C.g.a.r.s., 3 agosto 2007, n.712) e ciò in quanto la legittimazione individuale delle singole imprese associate in R.T.I. discende dai comuni principi della nostra legislazione in tema di personalità giuridica, tenuto conto che pacificamente il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono (Consiglio Stato adunanza plenaria 15/4/2010 n. 2155).

2. Per quanto concerne il secondo motivo di contestazione ovvero l'asserito contrasto con il comma 9 dell'art.75 del D.Lgs. n.163/2006 dovuto alla restituzione, nel caso di specie, della polizza fideiussoria in uno con la comunicazione del provvedimento di esclusione senza che fosse intervenuta né l'aggiudicazione provvisoria né tantomeno quella definitiva, risulta evidente l'irregolare anticipazione temporale di detta restituzione, ai sensi della citata disposizione.

3. Infine, quanto al terzo aspetto sul quale viene richiesto il parere di questa Autorità, riguardante il fatto che il concorrente controinteressato è stato ammesso a produrre la dichiarazione integrativa richiesta a causa della incompleta dichiarazione prescritta quale "*Modalità di presentazione dell'offerta*" del bando di gara, valga considerare che la stazione appaltante può chiedere l'integrazione e la regolarizzazione della documentazione presentata dalla impresa aggiudicataria, purché sia rispettata la *par condicio* dei concorrenti. L'integrazione, poi, è ammessa, per quanto ne occupa, per quei requisiti che non siano previsti a pena di esclusione, oltretutto in quelle ipotesi in cui vi siano dubbi in ordine alla chiarezza delle clausole del bando (cfr. al riguardo *ex plurimis* T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 29/4/2010, n.1287; Consiglio Stato, sez. IV, 10/5/2007, n. 2254). Nessuna delle due condizioni ricorreva nel caso all'esame.

Pertanto, non vale addurre *a contrario* il fatto che l'Impresa controinteressata avesse reso la dichiarazione prevista dal bando di gara in modo incompleto, per giustificare il potere-dovere di soccorso contemplato dalla norma *de qua*, in quanto l'esclusione dalla gara era espressamente prevista nelle "AVVERTENZE" del bando, anche per il caso di "*incompleta presentazione della dichiarazione*".

In conclusione, quindi, si deve ritenere, per le ragioni anzidette, non conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento istante e, più in generale, la procedura di gara seguita dalla Regione Piemonte, non siano conformi alla normativa e ai principi di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il Segretario Maria Esposito