

Parere n. 61 del 7 aprile 2011

PREC 239/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dall'impresa Progesi Engineering S.r.l. – Servizi di progettazione definitiva, esecutiva e del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione relativi a lavori di sistemazione ed ammodernamento della S.P. n. 34 "Gagliano C.to - Troina" – Importo a base d'asta €65.640,06 – S.A.: Provincia Regionale di Enna.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Progesi Engineering S.r.l., mandante del costituendo

Raggruppamento Temporaneo di Professionisti concorrente, con capogruppo designata l'Arch. Sabina Zappalà, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura selettiva per l'affidamento dei servizi in oggetto, disposta dalla Provincia Regionale di Enna con determinazione dirigenziale n. 407 del 23 agosto 2010, in quanto: *"il concorrente utilizza l'istituto dell'avvalimento che, in questa sede di affidamento di servizio di importo inferiore a € 100.000,00, non è obbligatorio ammettere da parte di questa Stazione Appaltante. Nel merito, si ritiene di non doverlo ammettere perché non espressamente previsto dall'avviso di selezione pubblica"*.

Ad avviso dell'istante la suddetta determinazione assunta dalla stazione appaltante è erronea, poiché non esiste procedura ad evidenza pubblica nell'ambito della quale si possa escludere l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, costituendo lo stesso espressione di un principio di carattere generale che opera per tutti gli appalti pubblici, indipendentemente dalla natura del contratto, dal valore dello stesso e dalla espressa previsione dell'istituto nella *lex specialis*.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 2 novembre 2011, la Provincia Regionale di Enna ha rappresentato di aver espletato una procedura disciplinata dall'art. 91 del Codice dei contratti pubblici, nell'ambito della quale i concorrenti non avrebbero potuto dimostrare mediante l'istituto dell'avvalimento il possesso dei requisiti *"speciali"* richiesti in relazione al *"bagaglio tecnico-culturale (in un preciso arco temporale ed in un preciso ambito professionale)"*, in quanto tale bagaglio deve

necessariamente appartenere al concorrente se si vogliono garantire i livelli minimi di qualità della prestazione.

Infine, con nota pervenuta il 4 novembre 2011, l'associazione professionale "Italiana Progetti Studio Associato" – risultata affidataria dell'appalto in oggetto – ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità dell'istanza di parere in esame, in quanto proposta dall'impresa mandante Progesi Engineering S.r.l.. Nel merito, la suddetta controinteressata ha osservato che l'istituto dell'avvalimento non è stato previsto dal bando di gara presumibilmente a causa dell'esiguità dell'importo dei lavori e del relativo compenso professionale (inferiore a €100.000,00) e che, a prescindere dalla scelta della stazione appaltante, il costituendo

Raggruppamento escluso dalla selezione è costituito da tre soggetti distinti nessuno dei quali in possesso dei requisiti richiesti e nemmeno la somma dei requisiti di ognuno soddisfa il minimo richiesto per la partecipazione alla gara. Peraltro, l'inadeguatezza del Raggruppamento di cui è componente l'impresa odierna istante, sarebbe ulteriormente dimostrata – ad avviso della predetta "Italiana Progetti Studio Associato" – dalla scelta della capogruppo mandataria, in quanto il bando di gara, al punto 4.3 stabilisce che è necessaria l'iscrizione ai rispettivi Albi professionali degli Ingegneri od al corrispondente organismo in caso di concorrente residente in altro Stato membro dell'UE e, quindi, è logico che il soggetto capogruppo (Architetto) non sia idoneo a sottoscrivere gli elaborati tecnici richiesti, viste le caratteristiche dei lavori da progettare, costituiti in gran parte da opere di sostegno.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, si deve, preliminarmente, osservare che la controinteressata associazione professionale "Italiana Progetti Studio Associato" ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza di parere presentata dall'impresa mandante Progesi Engineering S.r.l., in quanto si porrebbe in contrasto con le disposizioni contenute nel Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, emanato da questa Autorità, secondo le quali: può presentare istanza di parere "*l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente*" (art. 2, comma 2); "*Si considerano non ammissibili le istanze presentate: ... da soggetti che non rientrano tra quelli individuati dal precedente articolo 2, comma 2*" (art. 3); "*Sono del pari non ammissibili le istanze non correttamente compilate e/o non sottoscritte dalla persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente*" (art. 4, comma 4).

Tale eccezione è da ritenersi infondata, in quanto non risulta essere stata violata alcuna delle norme regolamentari citate, considerato che l'istanza di parere è stata presentata dalla Progesi Engineering S.r.l., che ha partecipato alla procedura in qualità di mandante del costituendo Raggruppamento temporaneo avente quale capogruppo designata l'Arch. Sabina Zappalà, ed è stata sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa istante. Peraltro, l'ultima parte dell'articolo 2 del citato regolamento consente a tutti i soggetti portatori di interessi pubblici o privati di avanzare richiesta di parere e proprio il fatto che l'istanza sia stata avanzata da una società mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo induce a non avere dubbi sul fatto che non sia indispensabile che la richiesta sia presentata collegialmente dal Raggruppamento.

Passando al merito della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, si deve considerare che oggetto della richiesta di parere è la possibilità di escludere l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento nell'ambito della procedura di gara in esame.

Al riguardo, si deve rilevare che la disciplina originaria del Codice dei contratti pubblici prevedeva alcune limitazioni alla facoltà di avvalimento. Nel tempo, tuttavia, tali limitazioni sono state abrogate o sostanzialmente modificate sulla scorta dei rilievi della Commissione Europea, che ha aperto una procedura di infrazione osservando che i limiti alla facoltà di avvalimento contrastano con la normativa comunitaria, che prevede quale unica condizione per l'esercizio della stessa di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (cfr. nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C -2208- 0108 in data 30 gennaio 2008).

La potestà di avvalimento – che consente a un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto – costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale, in quanto esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata 18/2004 (art. 47, par. 2, nonché art. 48, par. 3) e disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici. Ne consegue che l'assenza di espresse previsioni al riguardo nella "*lex specialis*" di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso di tale facoltà nella sua più ampia portata (Consiglio Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762).

Precisato ciò, occorre rilevare che l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 è inequivoco nell'ammettere la possibilità di avvalimento anche ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese. Il primo comma del citato articolo 49, infatti, consente l'avvalimento al "concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34" (al riguardo, cfr. Consiglio Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, 12 aprile 2005, n. 230). A sua volta l'art. 91 del Codice dei contratti pubblici, nel dettare disposizioni specifiche per l'affidamento degli incarichi di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza e di collaudo, sopra e sotto la soglia di €100.000,00, richiama le disposizioni contenute nella parte seconda dello stesso Codice, tra le quali è ricompreso anche l'art. 34. Non si può pertanto dubitare che l'istituto dell'avvalimento costituisca uno strumento generale utilizzabile anche dai

Raggruppamenti Temporanei di Professionisti (società di professionisti, società di ingegneria o professionisti singoli), come quello a cui partecipava l'istante nell'ambito della procedura indetta dalla Provincia Regionale di Enna, né dell'ammissibilità dell'avvalimento c.d. "esterno", che si realizza nel caso in cui il

Raggruppamento si avvalga di capacità di un imprenditore terzo, oltre che di quello cd. "interno", che si concretizza nell'ipotesi in cui il Raggruppamento si avvalga di capacità di imprese partecipanti all'A.T.I. (cfr., in tal senso, con specifico riferimento all'applicabilità ai servizi di progettazione, Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2009, n. 7054).

Pertanto, risulta erronea la determinazione dirigenziale n. 407 del 23 agosto 2010, con la quale il costituendo Raggruppamento, del quale l'istante faceva parte, è stato escluso in quanto "*Il Concorrente utilizza l'istituto dell'Avvalimento che, in questa Sede di affidamento di servizio di importo inferiore ad € 100.000,00, non è obbligatorio ammettere da parte di questa Stazione*

Appaltante. Nel merito si ritiene di non doverlo ammettere anche perché non espressamente previsto dall'avviso di selezione pubblica".

Infatti, fermo restando il potere dell'Amministrazione di verificare in concreto se mediante l'avvalimento il Raggruppamento risulti realmente in possesso dei requisiti richiesti, per le ragioni indicate, si deve affermare che la procedura avviata dalla Provincia Regionale di Enna non faccia eccezione alla possibilità per i concorrenti di dimostrare mediante l'istituto dell'avvalimento il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante, anche in assenza di una espressa previsione dell'istituto nella *lex specialis*.

Peraltro, i requisiti "*speciali*" richiesti in relazione al "*bagaglio tecnico-culturale (in un preciso arco temporale ed in un preciso ambito professionale)*", evocati dalla stazione appaltante nelle controdeduzioni, non presentano nel caso in esame, alla luce della *lex specialis* di gara, profili "peculiari" dal punto di vista dell'utilizzo dello strumento dell'avvalimento, atteso che il punto 4.4. del bando richiede, ai fini del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale "*il requisito di aver prestato (avviato e concluso), nel quinquennio antecedente la data del presente avviso, uno o più servizi di progettazione esecutiva, compreso il coordinamento della sicurezza in fase di relativa progettazione, di lavori stradali di importo complessivo a base d'asta non minore di € 1.500.000,00, di cui almeno uno di importo singolo a base d'asta di € 750.000,00*".

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nell'ambito della procedura avviata dalla Provincia Regionale di Enna i concorrenti abbiano facoltà di dimostrare mediante l'istituto dell'avvalimento il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito