

PARERE N. 150 del 27/9/2012

PREC 75/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Società F.E.O. Costruzioni Soc. Coop. Capogruppo della costituenda ATI concorrente F.E.O. Costruzioni Soc. Coop./CO.BI. Costruzioni s.a.s. – “Realizzazione condotte fognarie in località Santa Maria dell’Arzilla con collettamento a impianto di depurazione e bonifica rete idrica – Comune di Pesaro” –. Importo a base d'asta €1.690.000,00 – S.A.: Marche Multiservizi s.p.a.- Pesaro (PU).

Avvalimento. ATI. Esclusione. Art. 49 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 febbraio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la Società F.E.O. Costruzioni Soc. Coop., capogruppo della costituenda ATI F.E.O. Costruzioni Soc. Coop./CO.BI. Costruzioni s.a.s., ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell’esclusione disposta nei confronti del suddetto raggruppamento dall’ente appaltante Marche Multiservizi S.p.a con la seguente motivazione: *Avvalimento irregolare: violazione dell’art. 49 comma 8 D.Lgs. 163/2006 poiché in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ove per “concorrente, singolo o consorziato o raggruppato” ai sensi del comma 1 del cit. art. 49 vada inteso ciascuno dei partecipanti al R.T.I. e non l’R.T.I. nel suo complesso (poiché l’R.T.I. non è concorrente unitario, ma unione di concorrenti distinti). Nel caso in essere sia la capogruppo F.E.O. Costruzioni soc. Coop. che la mandante CO.BI. Costruzioni s.a.s. si sono avvalse del Consorzio AL.MA., ma l’istituto dell’avvalimento doveva riguardare non il raggruppamento nel suo insieme, ma uno o ciascuno dei singoli partecipanti (in quest’ultimo caso con due ausiliarie diverse) in ragione della rispettiva partecipazione pro quota alla gara”.*

La stazione appaltante, quindi, a fronte di un contratto di avvalimento sottoscritto dal raggruppamento e non da una sola delle sue partecipanti, ha ritenuto di dovere adottare un provvedimento di esclusione, non essendo consentito a più di un concorrente, di avvalersi, per la partecipazione ad una medesima gara, della stessa impresa ausiliaria.

Le ditte partecipanti all’ATI hanno inoltre dichiarato di costituire il raggruppamento orizzontale nelle percentuali del 51% e del 49%.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 aprile 2012, 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 nei confronti di un raggruppamento di imprese per aver violato la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui *“in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente...”*

L'istituto dell'avvalimento è disciplinato all'art. 49 D.Lgs. 163/2006 secondo cui *“1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”*.

Il comma 8 dell'art. 49 stabilisce che *“In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”*.

Per la soluzione del caso di specie, occorre quindi stabilire se *“il concorrente”* di cui al primo comma dell'art. 49 D.Lgs. cit., debba essere inteso come il singolo operatore economico, sia esso partecipante singolarmente o consorziato o raggruppato, ovvero come il centro di imputazione di interessi, laddove per centro di imputazione di interessi si intende l'azienda o le aziende che collettivamente e unitariamente mirano all'aggiudicazione dell'appalto.

Al riguardo si richiama la determinazione n. 2 del primo agosto 2012 (Avvalimento nelle procedure di gara) con la quale l'Autorità, a proposito dei raggruppamenti temporanei di imprese, ha specificato che l'art. 49, comma 1 del Codice, che richiama espressamente il *“raggruppato”*, nell'ambito di coloro che possono utilizzare l'avvalimento, deve essere interpretato nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono. Ciò significa sostanzialmente che per *“concorrente, singolo o consorziato o raggruppato”*, ai sensi del comma 1 del cit. art. 49, vada inteso ciascuno dei partecipanti al R.T.I. e non l'R.T.I. nel suo complesso.

E se questa è l'interpretazione della norma, confortata tra l'altro anche dalla *ratio* dell'istituto, che è quella di favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, significa che il legislatore ha voluto consentire soltanto al singolo operatore economico e non al raggruppamento, di poter avvalersi, per il possesso di alcuni requisiti, di una azienda ausiliaria.

Tale interpretazione discende dalle seguenti considerazioni.

Innanzitutto, l'avvalimento, istituto di creazione giurisprudenziale comunitaria, sebbene sia stato ideato come strumento per incrementare la partecipazione alle gare d'appalto, onde accrescere la competizione nel mercato, non può essere esteso oltre i suoi naturali confini. Infatti, proprio perché consente ad aziende che non sarebbero, di per sé stesse, idonee a partecipare ad una gara pubblica, perché in difetto di alcuni requisiti essenziali, di potervi comunque partecipare, avvalendosi di un'ausiliaria che tali requisiti possiede, esso non può essere utilizzato per aggirare i limiti connaturali alla partecipazione alle pubbliche gare, vulnerando, *a contrario*, le imprese che quei requisiti di per sé posseggono. Pertanto, il legislatore ha posto dei vincoli all'utilizzo dello strumento dell'avvalimento. In primo luogo, il divieto di cui al comma 6 dell'art. 49 D.Lgs. cit. secondo cui *“Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie”*

in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria”.

Inoltre, il legislatore, per evitare che dell'avvalimento si faccia un uso smodato, visto il suo carattere eccezionale, nonché per evitare di vulnerare il principio della *par condicio* tra i concorrenti, ha ulteriormente limitato l'utilizzo dell'istituto stabilendo, al comma 8 dell'art. 49 D.Lgs. cit., che non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente. La disposizione va letta, quindi, in senso necessariamente restrittivo, in funzione limitativa del disposto di cui al comma 1 dell'art. 49.

Peraltro, è evidente che, trattandosi nel caso di specie di raggruppamento orizzontale suddiviso in due quote, era comunque necessario il possesso dei requisiti SOA in capo ad entrambe le società partecipanti in relazione alle singole quote di partecipazione (51% e 49%) .

Il Consiglio di Stato sez. III, 16 novembre 2011, n. 6048 ha infatti stabilito che *“Trova applicazione il principio generale per il quale, nel caso di partecipazione di associazione temporanea d'impresa, le quote di partecipazione devono essere indicate già in sede di offerta, anche in assenza di un'espressa previsione del bando o della lettera d'invito, e la singola impresa componente dell'ATI deve avere la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente a tale quota di partecipazione, a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione, con la conseguenza che, in caso di mancata osservanza di tale obbligo, l'offerta contrattuale è inammissibile, perché comporta l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso”.*

Ne discende, come notorio e comunque non in discussione nemmeno in questa sede, che poiché il R.T.I. non è concorrente unitario, ma unione di concorrenti distinti, non è possibile che il raggruppamento si avvalga unitariamente di una sola ausiliaria, dovendo ciascuna impresa partecipante all'ATI, singolarmente intesa, essere in possesso di tutti i requisiti richiesti nel bando, comprese le attestazioni SOA, per ciascuna quota di lavori di cui si assume l'adempimento.

Conseguentemente, l'esclusione dell'ATI, operata dalla stazione appaltante, è stata legittimamente disposta in considerazione del fatto che le imprese partecipanti alla medesima non potevano, entrambe, avvalersi di una unica ausiliaria, a mente del combinato disposto di cui al comma 1 e al comma 8 dell'art. 49 D.Lgs. 163/2006.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ATI (Società F.E.O. Costruzioni Soc. Coop. Capogruppo della costituenda ATI concorrente F.E.O. Costruzioni Soc. Coop./CO.BI. Costruzioni s.a.s.) sia stata legittimamente esclusa in considerazione del fatto che le imprese partecipanti alla medesima gara non possono avvalersi entrambe di una unica ausiliaria, a mente del combinato disposto di cui al comma 1 e al comma 8 dell'art. 49 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito