

PARERE N. 159 DEL 10/10/2012

PREC 102/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 163/2006 presentate dalla società Vivenzio Costruzioni S.r.l. – Affidamento dei lavori di completamento della caserma dei carabinieri di Quindici (AV) - Importo a base d'asta € 1.957.529,42 - S.A.: Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania-Molise

Art. 49, comma 2, lett. f) D.Lgs. 163/2006, art. 88, comma 1, DPR 207/2011: requisiti del contratto di avvalimento

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 marzo 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con cui la società Vivenzio Costruzioni srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'ammissione alla gara di tre concorrenti.

L'istante ha fatto presente che: a) i lavori da affidare afferivano alla categoria OG1, classifica III; OG11 classifica II; OS11 classifica II; b) i concorrenti soc. coop Progetto 2; ATI Castaldo spa, Giuliano srl, Strade e Lavori Idraulici srl; Tredil Costruzioni srl, si sono avvalsi dell'attestazione SOA di imprese ausiliarie.

L'istante ha, quindi, censurato l'avvenuta ammissione in gara dei sopra indicati concorrenti per violazione dell'art. 49, comma 2, DLgs. 163/2006 e 88 DPR 207/2010, in quanto i contratti di avvalimento presentati da questi ultimi sono privi della descrizione analitica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dalle rispettive imprese ausiliarie, diversamente da quanto richiesto dalle citate disposizioni normative. A sostegno della propria tesi, l'istante ha richiamato quanto precisato al riguardo da questa Autorità nel documento di consultazione in tema di avvalimento e dalla giurisprudenza amministrativa.

A riscontro dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, la stazione appaltante ha confermato il proprio operato, ritenendo infondata la doglianza dell'istante.

Più precisamente il Ministero ha rappresentato che nel caso in esame le imprese ausiliarie hanno ottemperato alle prescrizioni codicistiche sopra richiamate, in quanto si sono impegnate a mettere a disposizione dei rispettivi concorrenti immediatamente e per la durata dell'appalto tutte le risorse di cui gli stessi sono carenti per la partecipazione alla gara *de qua*.

La stazione appaltante, inoltre, ha fatto presente che quando oggetto dell'avvalimento è l'attestato di qualificazione SOA di un'impresa ausiliaria, la presentazione di tale documento di per sé consente la partecipazione, in quanto ai sensi dell'art. 60, commi 3 e 4, DPR 207/2010 il possesso di valida attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria richiesti dalla *lex specialis*. Conseguentemente, le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti di fornire ulteriori elementi probatori in merito al possesso dei predetti requisiti.

Secondo la stazione appaltante, infine, la tesi dell'istante comporterebbe l'affermazione di

principio secondo cui in ogni gara per l'affidamento di lavori pubblici, in caso di avvalimento dell'attestazione SOA, sarebbe necessaria la descrizione analitica delle risorse e dei mezzi prestati, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrebbe accertare ex art. 48 D.Lgs. 163/2006 l'attendibilità, la pertinenza e la veridicità della predetta dichiarazione, oltre al possesso e validità dell'attestazione SOA e ciò in contrasto con i principi dettati in materia di avvalimento e di certificazione SOA.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene alla corretta applicazione dell'istituto dell'avvalimento, con particolare riferimento a quanto prescritto dagli artt. 49, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e 88, comma 1, DPR 207/2010.

Al riguardo è opportuno ricostruire, seppure brevemente la genesi dell'istituto in parola (per un approfondimento sul punto si rinvia a AVCP determinazione 1.8.2012 n. 2).

Quest'ultimo è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia europea attenta a realizzare nel settore delle commesse pubbliche la più ampia partecipazione degli operatori economici, con il fine di garantire la libertà di circolazione dei servizi e dei capitali, assicurando al contempo all'Amministrazione di contrarre con soggetti capaci ed affidabili. L'istituto in esame, infatti, consente agli operatori economici che sono privi dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di partecipare ugualmente all'affidamento di commesse pubbliche, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

La definitiva positivizzazione dell'istituto si deve alle Direttive 2004/18 (artt. 47 e 48) e 2004/17 (art. 54), le quali specificano che un operatore può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, ma in tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per far fronte al corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

La normativa comunitaria configura, quindi, l'avvalimento quale strumento che permette di ampliare la platea dei concorrenti alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, consentendo l'accesso al confronto concorrenziale non soltanto agli operatori economici che possiedono "in proprio" i requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica ed organizzativa richiesti per la singola gara, ma anche a quegli operatori che, pur non avendo di per sé i predetti requisiti, intendono utilizzare le capacità di altri soggetti, dando la prova di averne una disponibilità effettiva per tutta la durata del contratto oggetto dell'affidamento.

Il legislatore italiano ha recepito l'istituto dell'avvalimento all'art. 49 del Codice dei Contratti Pubblici, riconoscendo allo stesso, anche a seguito dei decreti correttivi, la medesima portata che ha nel diritto comunitario. La norma nazionale, infatti, al primo comma individua l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell'istituto in esame ed al secondo comma riporta un elenco dettagliato dei documenti che il concorrente deve allegare alla domanda di partecipazione, per poter validamente concorrere. Tra questi assumono peculiare rilievo, ai fini che qui interessano, quelli elencati alla lettera d), ossia, *“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; e alla lettera f), ossia, originale o copia autentica del 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”.*

Il Codice non specifica il contenuto di tale contratto, ma è fuori dubbio che quest'ultimo deve indicare qualche cosa di diverso rispetto alla dichiarazione di cui alla lettera d) altrimenti il dettato dei due punti in esame sarebbe tautologico. Come già osservato dall'Autorità alcune indicazioni sul punto possono ricavarsi dall'art. 88, comma 1, DPR 207/2010, il quale prevede che il contratto di avvalimento riporti in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) l'oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) la durata; c) ogni altro utile elemento ai fini

dell'avvalimento.

L'Autorità ha sottolineato che nella predetta norma: *“l'elemento centrale é dato dall'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare “in modo determinato e specifico”. Nessun dubbio, pertanto, in ordine al fatto che tali elementi debbano essere specificati analiticamente; diversamente opinando, infatti, si profilerebbe una violazione di legge che potrebbe configurare una causa di esclusione del concorrente dalla gara. Dalle argomentazioni esposte si ricava che il contratto di avvalimento non può sostanzialmente nell'impegno generico “ a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente”. A ben vedere, quello riportato potrebbe essere il contenuto della dichiarazione prevista dal Codice all'art. 49, comma 2, lett. d), ma poiché viene richiesto un elemento ulteriore, all'art. 49, comma 2, lett. f), il contratto di avvalimento, non vi è dubbio che lo stesso deve offrire un quid pluris, pena il concretizzarsi in un'inutile ripetizione di quanto già fornito alla stazione appaltante. Del resto, al fine di evitare il pericolo che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con le risorse sottostanti, diventa cruciale il passaggio, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della “prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate”. Verifica che presuppone, in primis, una specificazione dei mezzi prestati, quindi il generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie è, in generale, non sufficiente in quanto, pur soddisfacendo in apparenza la lettera della norma, finisce in realtà per tradirne lo spirito. In ogni caso, spetta alla stazione appaltante valutare se il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto”*(AVCP determinazione 1.8.2012 n. 2; cfr. in tal senso anche Cons. Stato, Sez. V, 6.8.2012 n. 4510, TAR Campania Napoli, Sez. I, 4.4.2012 n.1589).

Conseguentemente il solo impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, pur formalmente conforme alla lettera dell'art. 49, comma 2, lett. d), D.Lgs. 163/2006, rischia sostanzialmente di violarne la *ratio* ed il significato, in quanto non permette alla stazione appaltante di individuare *ex ante* le risorse messe a disposizione del concorrente e, quindi, quest'ultima in effetti non può verificare se le stesse siano effettivamente adeguate rispetto all'oggetto del contratto. In altri termini, come più volte puntualizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la semplice messa a disposizione dei requisiti, senza un'effettiva indicazione delle risorse rischia di snaturare l'istituto dell'avvalimento, facendolo diventare strumento per eludere la regola che subordina la partecipazione alla gara al necessario possesso dei requisiti stabiliti dalla *lex specialis* (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 2.2.2011, n.644).

Venendo al caso di specie, alla luce delle considerazioni svolte in punto di diritto la censura dell'istante risulta fondata.

I contratti di avvalimento presentati dai concorrenti soc. coop Progetto 2; dell'ATI Castaldo spa, Giuliano srl, Strade e Lavori Idraulici srl non ottemperano a quanto richiesto dal combinato disposto degli artt. 49, comma 1, lett. f) D.Lgs. 163/2006 e 88, comma 1, DPR 207/2010, in quanto non recano l'indicazione specifica delle risorse e dei mezzi prestati, bensì contengono l'impegno generico dell'ausiliaria di fornire e mettere a disposizione del concorrente tutte le risorse di cui quest'ultimo è carente in relazione alla gara *de qua* ed allo specifico requisito oggetto di avvalimento.

A ben vedere il contratto di avvalimento presentato dalla Tredil Costruzioni srl neppure reca il predetto impegno, infatti, l'art. 2 dispone: *“l'impresa ausiliaria si impegna a consentire l'utilizzo del citato requisito ed a fornire a richiesta dell'impresa avvalentecontratto in originale o in copia autentica nel quale ci si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”*. Dalla lettura della predetta clausola si ricava che l'impresa ausiliaria ha inteso assumere l'impegno richiesto dall'art. 49, comma 2, lett. f) D.Lgs. 163/2006 non nel contratto prodotto in gara, bensì in un ulteriore accordo negoziale. In tal modo, però, il concorrente avvalente non ha rispettato neppure formalmente la prescrizione del citato art. 49.

Si osserva altresì che non è condivisibile la tesi del Ministero, in base alla quale la stazione appaltante non avrebbe potuto chiedere ai concorrenti, senza violare le disposizioni degli artt. 40 D.Lgs. 163/2006 e 60 DPR 207/2010, la dimostrazione della qualificazione con modalità diverse rispetto a quelle prescritte dalle suddette norme e consistenti sostanzialmente nella presentazione della qualificazione SOA dell'ausiliaria. Nel caso di specie, infatti, non si pone un problema di prova della qualificazione, bensì di indicazione delle risorse e mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria a favore del concorrente avvalente.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la censura dell'istante sia fondata.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito