

## **PARERE N. 169 DEL 10/10/2012**

### **PREC 173/12/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Edilservice soc. coop. – “Procedura aperta per l’affidamento dei lavori di manutenzione delle reti idriche e fognarie nei Comuni dell’A.T.O. 1 Palermo - 4 lotti” – Data di pubblicazione del bando: 25.5.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importi semestrali a base di gara: euro 150.000,00 (lotto 1 – categoria prevalente OG 6 – per l’intero importo classifica I); euro 350.000,00 (lotto 2 – categoria prevalente OG 6 – per l’intero importo classifica II); euro 350.000,00 (lotto 3 – categoria prevalente OG 6 – per l’intero importo classifica II); euro 350.000,00 (lotto 4 – categoria prevalente OG 6 – per l’intero importo classifica II); – S.A.: Acque Potabili Siciliane s.p.a.

### **Divieto di utilizzo frazionato e cumulo dei requisiti in caso di avvalimento**

#### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 5 luglio 2012 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Edilservice soc. coop ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto (lotti 2,3,4), disposta in ragione del divieto di utilizzo frazionato dei requisiti, ai sensi dell’art. 49, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006.

Più specificamente l’istante che ha presentato domanda di partecipazione per tutti e quattro i lotti in gara, è stata esclusa dalla partecipazione ai lotti 2,3,4 in quanto a fronte della espressa previsione contenuta nel bando di gara secondo cui per la partecipazione ai suddetti lotti i concorrenti avrebbero dovuto essere in possesso di attestato SOA per la categoria OG6, classifica I, la ditta istante, già in possesso di attestato SOA classifica I (sufficiente per partecipare al lotto I), si è avvalsa dell’attestato di altra impresa qualificata anch’essa nella categoria OG6, classifica I, ritenendo così di coprire l’intero importo richiesto per ciascun lotto.

In rinvio all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 1 agosto 2012, la S.A. difende il proprio operato alla luce della normativa di settore, come interpretata dalla giurisprudenza amministrativa.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione della Edilservice soc. coop., disposta da Acque Potabili Siciliane s.p.a. per aver dichiarato di avvalersi di un attestato SOA relativo alla categoria OG6, classifica I e non classifica II, come richiesto espressamente nel bando di gara.

Al riguardo vale rilevare che il pertinente richiamo ai precedenti giurisprudenziali di cui la S.A. si

fa portatrice e che di seguito si riportano, consente di ritenere infondate le censure mosse dall'istante avverso il suddetto provvedimento di esclusione.

Invero, la gara in oggetto è stata suddivisa in quattro lotti e nel bando di gara si richiedeva espressamente che per il lotto I i concorrenti dovessero possedere una certificazione SOA per la categoria OG6 classifica I, mentre per i lotti 2,3,4 la classifica richiesta rispetto alla categoria OG6 era la II.

Come già evidenziato in fatto, la società istante ha presentato domanda di partecipazione per tutti e quattro i lotti in gara, producendo a dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-finanziaria: per il lotto 1, una certificazione SOA rilasciata alla medesima dalla Attesta Soa s.p.a. che la abilitava all'esecuzione di lavori rientranti nella Cat. OG 6 classifica I e per gli altri lotti, facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, ha allegato, oltre alla documentazione di cui al comma 2 dell'art. 49 del Codice dei contratti, la certificazione SOA rilasciata dalla Axsoa in favore dell'impresa ausiliaria, abilitante quest'ultima all'esecuzione di lavori rientranti (anch'essi) nella categoria OG 6 classifica I.

Sicché, la Commissione di gara ha ammesso la Edilservice al prosieguo delle operazioni di gara esclusivamente per il lotto 1, escludendola dalla partecipazione alla gara per i restanti lotti.

L'istante avverso l'esclusione predetta assumendo che gli attestati SOA presentati, entrambi relativi alla categoria OG6, classifica I sarebbero sufficienti a soddisfare il requisito richiesto.

Nelle Direttive CE n. 18 (articoli 47 e 48) e n. 17 (articolo 54), del 2004, in materia di appalti pubblici, viene contemplato l'istituto dell'avvalimento e, al riguardo, viene precisato che *“un operatore economico può, se del caso, e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dai suoi legami con questi ultimi. In tal caso, deve dimostrare alla amministrazione che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”* (art. 47, comma 2, della direttiva CE n. 18).

L'istituto (definito anche nell'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006) ha portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza, poiché, permettendo a ciascun soggetto di avvalersi dei requisiti di altri, consente di concorrere alle gare al più vasto numero di soggetti, senza limitazioni che possano inficiarne lo scopo.

Tuttavia, la massima concorrenza deve pur sempre dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere le migliori prestazioni: garanzia che non potrebbe essere assicurata, nel caso in cui nessuno dei soggetti concorrenti possieda i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare una offerta congrua e valutabile.

Invero, non si comprenderebbe la stessa *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifiche (per importi, nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo, in tal caso, la ditta offerente *“dimostrare alla amministrazione che disporrà dei mezzi necessari”* per l'esecuzione dell'appalto.

La finalità dell'avvalimento non è, infatti, quella di arricchire la capacità (tecnica e/o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, che è finalizzata al perseguimento della massima concorrenza, come condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (*ex pluris*: T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 luglio 2012, n. 808; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 aprile 2012, n. 708; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 21 marzo 2012, n. 90; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 29 marzo 2012, n. 3006; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 950; Cons. Stato: Sez. V, 17.3.2009, n. 1589; Sez. IV, 20.11.2008, n. 5742; Sez. V, 23.2.2010, n. 1054).

In coerenza con l'enucleato principio, l'art. 49, comma 6, del del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce: *“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", con ciò introducendo il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti, con riferimento ad ogni fattispecie in cui tale utilizzo possa essere in concreto ipotizzabile.*

Peraltro, tale ricostruzione non contrasta con quanto indicato dalla nota C(2008)0108 della Commissione Europea, relativa a limitazioni all'avvalimento riscontrate nel testo previgente dei commi 6 e 7 dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, cui sono seguite le modifiche disposte con il d.lgs. n. 152 del 2008 (essenzialmente restringendo ai lavori, nel comma 6, la previsione dell'avvalimento di una sola impresa ausiliaria, e abrogando il comma 7 che recava la possibilità del bando di gara di limitare l'avvalimento per tipo di requisiti e di prevedere la loro integrazione), in quanto, per effetto delle modifiche intervenute, la normativa di cui all'art. 49 non risulta prevedere l'integrazione dei requisiti parziali.

Risulta, dunque, che scopo della normativa comunitaria è quello di far concorrere alle gare anche i soggetti che non hanno i necessari requisiti se detti requisiti sono posseduti dalla impresa ausiliaria, ma non quello di consentire – come accadrebbe, diversamente opinando – che il soggetto privo dei requisiti possa presentare offerte, impegnandosi ad eseguire prestazioni per cui non ha i presupposti, poiché, in tal caso, non sarebbero contestualmente assicurate la libera concorrenza e l'uso efficiente delle risorse pubbliche.

In definitiva, la divisata lacuna non era colmabile con la mera sommatoria delle classifiche, che non può integrare automaticamente una classificazione superiore: il frazionamento del requisito di qualificazione relativo alla categoria OG 6, tra impresa ausiliata e ausiliaria, sarebbe stato, pertanto, in aperta violazione a quanto disposto dall'art. 49, comma 6, del d.lgs. 163/2006.

In termini generali, i soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere "qualificati" e l'attestazione SOA è il documento obbligatorio unico, necessario e sufficiente a comprovare la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche con importo a base d'asta superiore a 150.000,00 euro; tale documento qualifica le aziende suddividendole in otto classi, espresse in valori crescenti di euro, abilitandole così a partecipare agli appalti con importi pari alla relativa classe, incrementata di un quinto (cfr., art. 40 del Codice dei contratti pubblici e artt. 60 e ss. del D.P.R. 5.10.2010, n. 207). Detto sistema, di conseguenza, richiede che il requisito di partecipazione stabilito da un bando di gara attinente alla capacità tecnica minima – quindi, il possesso di una precisa classifica per la categoria dei lavori realizzandi – debba essere posseduto per l'intero da almeno un partecipante. Diversamente opinando, si consentirebbe a chi non ha i requisiti minimi di partecipazione di presentare offerte e di impegnarsi ad eseguire lavori per i quali non ha i presupposti o, quanto meno, non ne è stata verificata la sussistenza da parte di un organismo di attestazione appositamente autorizzato, così eludendo il sistema di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici.

In questo senso, questa Autorità condivide la lettura del comma 6 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici effettuata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr Consiglio di Stato, sezione VI, n. 3565, 13 giugno 2011), la quale ha precisato che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), sancito al comma 6 dell'invocato art. 49, è riferito anche al caso in cui il concorrente si avvalga di una sola impresa ausiliaria. Tale interpretazione è confermata dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo art. 49, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2008, in cui era anche previsto "che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso", nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili (art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006).

Va, pertanto, condivisa l'esclusione – operata nel caso specifico dalla S.A. – dell'istante che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA si era avvalso di impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando (sulla *ratio* sottesa all'istituto dell'avvalimento v. anche Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A. e legittima l'esclusione disposta nei confronti della società cooperativa Edilservice.

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