

Parere n.17 del 23/02/2012

PREC 176/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da S.F. dei F.lli Sibilio S.a.s. e da Icil S.r.l.- (lavori di adeguamento dell'impianto elettrico di caserma) - Importo a base d'asta €520.803,48 - S.A.: Direzione del genio militare per la Marina di Taranto

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 giugno 2011 è pervenuta una prima istanza di parere relativa alla gara in epigrafe, con la quale la società F.lli Sibilio S.a.s. ha chiesto una pronuncia in merito alla legittimità della propria esclusione, disposta dalla Direzione del genio militare per la Marina di Taranto in quanto *“il contratto di avvalimento è risultato privo degli elementi essenziali (costo della prestazione)”*. Tale esclusione, sostiene l'istante, sarebbe illegittima *“essendo gli obblighi interni, tra l'avvalente e l'avvalso, del tutto irrilevanti a fini delle partecipazione e dell'aggiudicazione della gara”*, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

In data 8 luglio 2011 è pervenuta una seconda istanza di parere, con cui la società Icil srl, anch'essa esclusa dalla gara in oggetto, ha chiesto un parere in merito alla legittimità di detta esclusione, disposta, invece, con la seguente motivazione: *“contratto di avvalimento privo dell'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3 l. 136\2010) e mancanza categoria OG1 che è obbligatoriamente subappaltabile e non eventualmente (erroneamente indicato nell'allegato E)”*. L'impresa, cioè, non in possesso dell'attestazione nella categoria OG1, avrebbe dovuto subappaltare integralmente i lavori relativi a tale categoria e compilare quindi il modulo a tal fine predisposto dalla stazione appaltante (allegato E).

Secondo l'istante, tale esclusione sarebbe illegittima in quanto, in ordine al primo rilievo, l'elenco di cui alla normativa indicata riguarderebbe esclusivamente *“gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessati all'appalto, e non i concorrenti alla gara”*, e, rispetto al secondo rilievo, l'impresa chiarisce di avere dichiarato la propria intenzione di subappaltare tutte le opere di categoria OG1, e di avere utilizzato, a tal fine, la modulistica fornita dalla stessa stazione appaltante.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata rispetto a ciascuna delle suddette istanze, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità delle disposte esclusioni e delle relative motivazioni.

Ritenuto in diritto

1. Con il presente precontenzioso sono state portate all'attenzione dell'Autorità, le questioni concernenti le esclusioni disposte nei confronti delle odierne istanti nel corso della medesima gara: la prima, per l'asserita mancanza nel contratto di avvalimento dell'elemento essenziale del costo della prestazione; la seconda, per essere il contratto di avvalimento privo dell'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3 l. 136/2010) e per la mancanza della dichiarazione di subappalto dei lavori di cui alla categoria OG1.

2. La diversità delle ragioni di esclusione ne impone un esame separato.

2.1 Sotto il primo profilo, occorre verificare se l'indicazione del costo della prestazione oggetto di avvalimento sia elemento essenziale ai fini di ammissione alla gara.

In generale, come noto, l'avvalimento, come disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, consente ad un soggetto, singolo o raggruppato, che intenda concorrere ad una gara pubblica di avvalersi di requisiti di altro soggetto che ne dispone, previa apposita dichiarazione resa ai sensi del medesimo art. 49.

L'istituto dell'avvalimento presuppone, non solo, che in sede di gara siano indicati i soggetti ed i requisiti specifici di cui il concorrente si intende avvalere, ma anche che l'impresa ausiliaria sottoscriva una dichiarazione con la quale 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. Peraltro, poiché la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione, la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in maniera rigorosa.

In proposito, in generale l'Autorità ha già evidenziato come il rigore della disposizione di cui all'art. 49 circa i documenti necessari ai fini dell'avvalimento si giustifichi in relazione alla *ratio* della norma in esame, che è quella di consentire, da un lato, la massima partecipazione possibile alle procedure di aggiudicazione, e, dall'altro, di evitare che l'istituto in questione, diventi uno strumento per eludere la disciplina in materia di requisiti di partecipazione fissata dal codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1589 del 13 marzo 2009; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n.5742 del 20 novembre 2008).

Invero, al predetto rigore, confluito nel testo della disciplina vigente, si accompagna l'indicazione sovranazionale in termini di ampia operatività dell'istituto: gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, "la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerdente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto".

Pertanto, il predetto rigore deve muoversi all'interno del dettato normativo e della relativa *ratio*, come sin qui ricostruiti anche alla luce dei principi comunitari. Al riguardo, se per un verso la norma di cui all'art. 49 comma 2, lett. f), impone al concorrente di allegare il contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti di quest'ultimo a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, con ciò venendo incontro all'esigenza di prova della disponibilità dei mezzi, per un altro verso gli obblighi interni e di dettaglio tra l'impresa ausiliaria e quella ausiliata vanno qualificati come irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione alla gara. A quest'ultimo proposito, ulteriore argomento si trae ai sensi dell'art. 47 direttiva n. 2004/18/CE cit., che espressamente consente « all'operatore

economico di fare affidamento sulla capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi », sicché, ai fini della corretta configurazione della fattispecie, viene in considerazione unicamente l'esigenza che la stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici ed organizzativi ed economico - finanziari apportati al concorrente mediante avvalimento.

Pertanto, ciò che rileva è la produzione del documento contrattuale attestante la sussistenza della predetta disponibilità, non potendo ostare all'ammissione alla gara l'assenza di singoli elementi del contratto stesso, ulteriori rispetto a quelli concernenti l'esistenza dell'obbligo giuridico. Invero, una diversa interpretazione comporterebbe, altresì, il sorgere di eccessivi oneri di verifica in capo alla stazione appaltante, incompatibili sia con la *ratio* dell'istituto sia con i principi generali di efficienza dei procedimenti di gara.

2.2 Sotto il secondo profilo, concernente l'esclusione della seconda istante (Icil srl) dovuta alla mancanza nel contratto di avvalimento dell'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3 l. 136/2010), se da un lato vanno richiamate le considerazioni appena svolte in termini di rilevanza del contratto, e non di suoi singoli elementi, per dimostrare la disponibilità dei requisiti apportati mediante avvalimento, dall'altro, la disciplina invocata (legge n. 136/2010) assume rilievo preminente relativamente alla fase esecutiva ed ai relativi rapporti finanziari dei soggetti ivi indicati, operanti con gli organismi pubblici. L'art. 3 della legge sopra citata prevede che per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accessi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal comma 5, alle commesse pubbliche. Pertanto, se i suddetti obblighi riguardano già individuati appaltatori, subappaltatori e concessionari, appare chiaro che la normativa invocata dalla stazione appaltante a fondamento del provvedimento di esclusione riguarda la fase esecutiva del rapporto, che è, all'evidenza, successiva rispetto a quella di ammissione alla gara, rispetto alla quale gli elementi che le stazioni appaltanti possono richiedere, oltre a dover essere esplicitati nella *lex specialis*, laddove ulteriori rispetto alle norme di legge sulla partecipazione, devono rispettare i limiti precisati ora anche a livello normativo (cfr. art. 46 comma 1 bis d.lgs. 163 cit.).

2.3 Infine, sotto il terzo profilo di esclusione sollevato, dall'analisi della documentazione prodotta, se per un verso emerge la sussistenza della dichiarazione di subappalto da parte dell'impresa stessa, con ogni conseguente sussistenza dei relativi elementi sostanziali richiesti dalla *lex specialis*, per altro verso la stazione appaltante non indica alcuna clausola prevista a pena di esclusione circa l'utilizzo di un diverso modulo, la cui conformità ai principi predetti (consolidatisi nel richiamato art. 46 comma 1 bis cit.) sarebbe in ogni caso alquanto dubbia.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le disposte esclusioni non siano conformi ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica e che

- in caso di avvalimento non rilevi, ai fini dell'ammissione alla gara, l'assenza di singoli elementi del contratto stesso, ma unicamente che la stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari apportati al concorrente mediante avvalimento;

- il contratto di avvalimento non debba contenere l'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari in quanto gli obblighi di cui all'art. 3 della legge 136/2010, volti a prevenire infiltrazioni criminali, concernendo una fase successiva a quella dell'ammissione alla gara, non riguardano i concorrenti non ancora appaltatori;
- contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, l'impresa Icil s.r.l. ha dichiarato la propria intenzione di subappaltare tutte le opere di categoria OG1, ed ha utilizzato, a tal fine, la modulistica predisposta dalla stessa stazione appaltante.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito