

PARERE N. 175 DEL 24/10/2012

PREC 161/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Pozzuolo del Friuli – “Concessione del servizio di illuminazione votiva”-. Importo dei servizi posti a base di gara €787.320,00 – S.A.: Comune di Pozzuolo del Friuli.

Concessione di servizi con finanza di progetto. Art. 278 d.P.R. 207/10. Corretta qualificazione come concessione di servizi e non di lavori. Applicabilità disciplina avvalimento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 luglio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Pozzuolo del Friuli ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione della ditta CIEL Impianti s.r.l. disposta per omessa presentazione della documentazione che l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 prevede debba essere prodotta in caso di avvalimento. Più specificamente, la ditta esclusa, a fronte della dichiarazione di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso requisiti di capacità tecnica e professionale (fatturato e servizi svolti) oltretutto del requisito dell'iscrizione alla camera di commercio per l'attività oggetto della gara, non ha depositato la documentazione dovuta ai sensi dell'art. 49 Codice Appalti.

Inoltre, il Comune istante chiede a questa Autorità se la procedura in oggetto sia qualificabile come concessione di servizi, come prospettato dalla stessa amministrazione, o di lavori, come ritenuto dalla ditta esclusa.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 31 luglio 2012, la stazione appaltante e la ditta esclusa hanno presentato memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità dell'esclusione della ditta CIEL Impianti s.r.l., disposta nell'ambito della gara in oggetto dal Comune di Pozzuolo del Friuli, per violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006.

Prima di procedere alla definizione della suddetta questione, occorre procedere innanzitutto alla qualificazione giuridica dell'istituto utilizzato dal Comune istante per l'attribuzione del servizio in oggetto indicato.

Dalla lettura degli atti al fascicolo risulta evidente che l'amministrazione abbia fatto applicazione dell'art. 278 D.P.R. 207/2010, ossia della concessione di un servizio pubblico attraverso la finanza di progetto. Infatti, nel verbale di Giunta Comunale n. 31 del 29.03.2012, risulta che, in seguito alla presentazione, da parte della ditta affidataria, di una proposta per la finanza di progetto - contenente lo studio di fattibilità, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'

[articolo 83](#), comma 1, del codice e le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice – l'amministrazione, valutata la fattibilità e la completezza della proposta, anche sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificata, altresì, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione, ha approvato la proposta di finanza di progetto, ha individuato il promotore nella ditta proponente, ha approvato il progetto preliminare di riqualificazione energetica e funzionale dell'impianto di illuminazione votiva, e ha stabilito che la proposta verrà sottoposta a procedura concorsuale ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 278 D.P.R. cit.

Correttamente l'Amministrazione ha qualificato la concessione in esame, di servizi, e non di lavori, posto che risulta che l'importo complessivo stimato dei servizi posti a base di gara, in relazione alla durata del rapporto (27 anni) è pari ad € 787.320,00, mentre l'importo dei lavori è pari ad € 108.391,00. Conseguentemente il carattere di prevalenza nell'economia del rapporto è attribuito ai servizi e non ai lavori. Ad ogni buon conto, l'inquadramento giuridico del servizio votivo cimiteriale nell'ambito della concessione di servizi è stato affermato nel parere di questa Autorità prot. 22097/08/UAG del 15.04.2008 ove è stata riconosciuta la prevalenza, comunque, del servizio di illuminazione rispetto ad eventuali lavori di manutenzione ordinaria, straordinaria e di ampliamento degli impianti, ancorché superiori al 50%, in ragione dell'accessorietà di tali interventi rispetto al servizio di illuminazione.

L'art. 278, al comma 4, stabilisce che *“Ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale ai sensi dell' [articolo 30, comma 3 del codice](#), cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso. Nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà affidatario della concessione. E' fatto salvo l' [articolo 30, comma 4, del codice](#)”*. Trattandosi di un procedura di assegnazione di concessione di servizio pubblico, le norme del D.Lgs. 163/2006 trovano applicazione nei limiti di cui all'art. 30 medesimo decreto.

I commi 3 e 4 dell'art. 30 D.Lgs. 163/2006, che qui vengono in rilievo, stabiliscono *“3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi. 4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza”*.

E' peraltro pacifico in giurisprudenza che l'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 49 D.Lgs. 163/2006, trovi ingresso – ancorché non specificatamente richiamato dall'art. 30, ma implicitamente evidenziato dal citato comma 4 del medesimo articolo – anche nelle gare di affidamento delle concessioni di servizi. Infatti il giudice amministrativo si è espresso nel senso che *“Anche per le concessioni di servizi deve ritenersi ammessa la facoltà dei concorrenti di riunirsi in associazione per soddisfare i requisiti di partecipazione ovvero di avvalersi di altri soggetti per conseguire lo stesso effetto, dovendosi considerare illegittima per violazione del diritto comunitario una limitazione della facoltà di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento e di partecipazione alla gara in raggruppamento nell'ambito di una procedura per l'affidamento di una concessione di servizi”* (T.A.R. Lazio – Roma- sez. II, 08 giugno 2012, n. 5221) E ancora, *“L'avvalimento concerne la possibilità per l'operatore, che non possieda i requisiti di partecipazione alla procedura, di far valere nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice quelli posseduti da terzi ai quali, in caso di aggiudicazione dell'appalto o della concessione, conta di ricorrere per la corretta esecuzione”*. (T.A.R. Umbria – Perugia - sez. I, 20 aprile 2012, n. 133).

Deve tuttavia ritenersi che, una volta ammesso l'ingresso dell'istituto dell'avvalimento nella gara

per l'assegnazione di una concessione di servizi, di esso se ne debba fare integrale applicazione ai termini di legge. In particolare, l'art. 49 D.Lgs. 163/2006 stabilisce che "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. 2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria: *a*) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; *b*) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38; *c*) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; *d*) 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*) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34; *f*) in originale o copia autentica il 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; *g*) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera *f*) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5". La documentazione elencata - che deve essere obbligatoriamente esibita dal concorrente in sede di offerta, come già affermato da questa Autorità (cfr parere n. 100 del 09.06.2011) risponde, da un lato, a canoni sostanziali di imparzialità e tutela della concorrenza tra gli operatori, e, dall'altro, all'esigenza di consentire all'amministrazione di effettuare una corretta qualificazione dei concorrenti da ammettere alle successive fasi valutative dell'offerta, nel rispetto del principio di speditezza e non inutilità dell'azione amministrativa. In particolare, i requisiti di capacità economico-finanziaria (fatturato), tecnica (servizi svolti) ed attestativi (iscrizione presso la CCIAA nel ramo di attività) devono essere valutati e considerati in sede di qualificazione dei concorrenti e non possono essere rinviati alla successiva fase di presentazione e valutazione delle offerte.

Conseguentemente, deve ritenersi legittima l'esclusione disposta nei confronti della ditta CIEL Impianti S.r.l. per non avere prodotto la documentazione prescritta all'art. 49 d.lgs. n. 163/2006. Da ultimo deve evidenziarsi che l'avviso prot. 6230 (ed allegati) pubblicato dalla stazione appaltante, ancorché faccia riferimento alla manifestazione di interesse – data la peculiarità della disciplina della concessione di servizi con finanza di progetto – non differisce sostanzialmente da un bando di gara qualunque. Infatti, nel medesimo, oltre al termine di decadenza per la presentazione delle domande, sono indicati i requisiti e tutte le autodichiarazioni certificative finalizzate alla qualificazione degli operatori, non essendo in dubbio – al di là della terminologia usata – che si tratti, nella sostanza di un bando di gara. Ciò risulta suffragato anche nella determina con cui il dirigente ha approvato gli atti di gara, tra cui "la scheda di istanza di manifestazione di interesse da rendere sotto forma di autocertificazione".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il paragrafo 13) del disciplinare di gara, laddove esclude il ricorso all'istituto dell'avvalimento per il possesso della certificazione SOA nelle categorie e classifiche di interesse è illegittimo per contrasto con la disciplina comunitaria e l'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 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito