

Parere n.29 del 08/03/2012

PREC 280/11/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 C.P.V. Costruzioni S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento di lavori per la realizzazione di un parcheggio interrato a servizio storico di Cetona (SI) – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: €1.951.637,05 – S.A.: Comune di Cetona

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 novembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con cui la società C.P.V. Costruzioni S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Cetona in quanto non qualificata nella Categoria prevalente OG1, Classe IV, richiesta dalla *lex specialis*.

Secondo l'istante, sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara, atteso il corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento. La C.P.V. Costruzioni S.r.l., infatti, in possesso dell'Attestato SOA per la Categoria OG1, Classe III, ha dichiarato di avvalersi dell'Attestato SOA dell'impresa Ercotrans S.r.l., rilasciato per la medesima Categoria OG1, Classe III.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 19 dicembre 2012, la stazione appaltante, ha ribadito la correttezza del proprio operato, osservando che, come ritenuto da questa Autorità e dal Consiglio di Stato, non sarebbe possibile ricorrere all'avvalimento per utilizzare parzialmente l'attestazione SOA dell'impresa avvalsa.

Ritenuto in diritto

Oggetto della prefata richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis*, laddove prevede il possesso dell'attestazione SOA nella Categoria prevalente OG1, classe IV.

L'istante assume che l'Attestazione SOA OG1 Classe III, della quale è in possesso, sarebbe suscettibile di essere integrata dall'Attestazione SOA di altra impresa (Ditta ERCOTRANS S.r.l.), della quale si è avvalsa a norma di bando.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi della *lex specialis* (bando di gara n. 2/2011), la quale prevede la necessità di qualificazione nella categoria prevalente OG1, Classe IV, per un importo pari a €1.276.740,88, mentre il punto III.4, nonché l'art. 2.5 del disciplinare consentono il ricorso all'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, oggetto di espresso richiamo. A fronte di tale perspicua disciplina, dagli atti di gara risulta che la

ditta istante è in possesso di Attestazione SOA n. 4315/31/00 per la Categoria OG1, Classe III invece che IV, come richiesto, ma pretende di avvalersi della Attestazione SOA n. 4430/31/00 per la medesima Categoria OG1, Classe III, in possesso dell'impresa ERCOTRANS S.r.l. su indicata.

La questione agitata con la richiesta di parere in esame consiste nello stabilire se sia o meno possibile l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento *sub specie* di sommatoria delle Attestazioni SOA rispettivamente possedute dalla concorrente ausiliata (C.P.V. Costruzioni S.r.l.) e dall'ausiliaria (ERCOTRANS S.r.l.), entrambe in Classe III, quindi inferiori a quella richiesta in classe IV. L'applicazione dell'istituto, pertanto, comporterebbe il frazionamento del requisito di qualificazione, individuato dalla stazione appaltante, tra impresa ausiliata e impresa ausiliaria. Orbene, come condivisibilmente osservato dal Comune di Cetona nella sua memoria, la possibilità di fare ricorso, secondo tali modalità, all'istituto dell'avvalimento non ha trovato conforto nel Documento di consultazione *“L'avvalimento nelle procedure di gara”*, elaborato da questa Autorità, il quale fa leva sia sull'orientamento, sul punto, di recente giurisprudenza sia sulla stessa formula dell'art. 49, comma 6, laddove si afferma, per gli appalti di lavori, che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, di guisa che il divieto di frazionamento del requisito di qualificazione disposto nei confronti di più imprese ausiliarie si applica anche ai rapporti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata. Per tal via si delinea una netta linea di demarcazione tra avvalimento, da una parte, e raggruppamenti temporanei di imprese o consorzi ordinari, dall'altra, essendo previsto, esclusivamente per questi ultimi, il frazionamento dei requisiti di partecipazione. La tesi sposata da questa Autorità è stata peraltro condivisa da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui *“va escluso dalla gara il concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA si sia avvalso di impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando. Infatti, la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) 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 volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti”*. Del resto, il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti *ex art. 49, co. 6, D.lgs. 163/2006* vale sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie sia in quello di una sola impresa ausiliaria, essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui questo sia in concreto ipotizzabile. 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) (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta C.P.V. Costruzioni S.r.l. sia conforme alla *lex specialis* ed alla normativa di settore, tenuto conto che il divieto di frazionamento del requisito di qualificazione disposto, ai sensi dell'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, nei confronti di più imprese ausiliarie, si applica anche ai rapporti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito