

Parere n.125 del 17/07/2013

PREC 112/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7°, lett. n), D.lvo n. 163/2006 (prot. n. 38916/13/AGC/PREC), avanzata dal Consorzio stabile AEDARS s.c.a.r.l. – Appalto “*Messa in sicurezza permanente delle strade Waelz*” -Importo a base di gara euro 2.460.000 - Comune di Portoscuso (CI)

Consorzi stabili. Qualificazione. Avvalimento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 15 aprile 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Consorzio stabile AEDARS s.c.a.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Portoscuso per l'affidamento dei lavori di “*Messa in sicurezza permanente delle strade Waelz*” di importo pari a euro 2.460.000.

Giova precisare da subito che l'appalto in questione comprende:

- lavorazioni principali di cui alla categoria (prevalente) OG12 e lavorazioni di cui alla categoria (scorporabile) OG3;
- inoltre, per l'esecuzioni delle lavorazioni di cui alla categoria prevalente OG12, class. IV, si richiede anche l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 9, classe C (bonifica dei siti contaminati) oltre che la categoria 4 - classe F (raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi).

In particolare, il Consorzio istante fa presente:

- a. di avere partecipato alla gara di appalto, indicando espressamente quale Impresa esecutrice dei lavori, la consorziata SOCIETÀ AMBIENTE SERVIZI ITALIA srl, regolarmente in possesso della qualificazione SOA nelle categorie richieste, nonché in possesso della categoria 9 class. A dell'Albo Nazionale gestori Ambientali (richiesta in bando, nella minor classifica C, per l'esecuzione delle lavorazioni di categoria prevalente OG12);
- b. di avere partecipato, quale capogruppo mandataria, in ATI con la società POSEIDON SERVICE srl, qualificata all'assunzione dei servizi accessori, previsti nell'ambito dell'esecuzione dei lavori di categoria prevalente OG12, di cui alla categoria 4 – cl. F dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali (raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi);
- c. di avere assunto, nella ripartizione in ATI, il 100% dei lavori nelle categorie OG12 e OG3, limitando la quota della mandante società POSEIDON SERVICE srl all'assunzione dei servizi accessori di cui alla categoria 4 – cl. F dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali (raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi);

d. che la Stazione Appaltante (in sede di esclusione, prima, e, comunque, di successivo soccorso istruttorio, poi) ha lamentato innanzitutto la mancanza, da parte della consorziata SOCIETÀ AMBIENTE SERVIZI ITALIA srl, precisamente indicata dal Consorzio come esecutrice dei lavori, della specifica dichiarazione di individuazione e messa a disposizione delle risorse e dei mezzi prestati per l'esecuzione dell'appalto, per come prevista dagli artt. 49 D.lvo n. 163 del 2006 e art. 88 Reg. 207/2010 a carico dell'ausiliaria in caso di avvalimento;

che, successivamente, la S.A. ha pure lamentato – come ulteriore e diversa causa di esclusione – il fatto che, nell'ambito dell'ATI, la mandante Società POSEIDON SERVICE srl, iscritta nella categoria 4 – cl. F dell'A.N.G.A., non possiede sufficiente qualificazione S.O.A. né nella categoria prevalente OG12 né, comunque, in quella OG3.

Su tali basi, la parte istante contesta l'esclusione dalla gara, assumendo che:

- per un verso, la richiesta dichiarazione di avvalimento non è necessaria – e non ricorre tale figura, per conseguire i requisiti di qualificazione - nell'ambito del rapporto tra il Consorzio e l'impresa consorziata indicata in sede di gara come esecutrice dei lavori, giusto la previsione dell'art. 94 Reg. 207/2010;

- per altro verso, nell'ambito dell'ATI offerente, il Consorzio mandatario si è assunto l'obbligo di svolgere il 100% delle lavorazioni previste, indicando poi come mandante la Società POSEIDON SERVICE srl al solo fine (dichiarato in domanda) dell'assunzione dei servizi accessori di cui alla categoria 4 – cl. F dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali (raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi), richiesta dal bando e posseduta appunto da tale ultima società: cosicché, l'offerente sarebbe nel pieno e regolare possesso delle qualificazioni SOA e ANGA necessarie e richieste dal bando.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 29 maggio 2013, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità delle proprie determinazioni, in particolare per ciò che attiene alla carenza del possesso delle necessarie qualificazioni in capo all'ATI.

Considerato in diritto

La questione posta all'esame dell'Autorità attiene alla verifica della legittimità dell'esclusione dalla gara di appalto della parte istante.

In particolare, due sono le questioni sollevate.

La prima attiene alla necessità o meno della dichiarazione di specifica individuazione e messa a disposizione delle risorse e dei mezzi prestati per l'esecuzione dell'appalto - per come prevista dagli artt. 49 D.lgs n. 163 del 2006 e art. 88 Reg. 207/2010 in caso di avvalimento – da parte dell'impresa consorziata che venga indicata in sede di gara come esecutrice dei lavori nell'ambito di un Consorzio stabile, costituito nella forma di società consortile a responsabilità limitata, *ex art.* 34, co. 1, lett. c), D.lgs n. 163/2006.

La seconda questione attiene, invece, alle modalità di verifica del possesso della qualificazione SOA e della qualificazione ANGA, nell'ambito di un appalto di lavori che inserisca nel bando la richiesta di tale ultima categoria anche per l'esecuzione di servizi (nel caso, di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi).

1. Sulla prima questione, si ritiene di potere affermare che, nell'ambito di un'offerta presentata da un Consorzio stabile *ex art. 34, co. 1, lett. c)*, D.lvo n. 163/2006 - nel caso in cui venga precisamente indicata, in sede di gara, l'impresa consorziata esecutrice dei lavori (in possesso, naturalmente, delle qualificazioni richieste dal bando) – non sia necessario che quest'ultima produca anche la specifica dichiarazione di individuazione e messa a disposizione delle risorse e dei mezzi prestati per l'esecuzione dell'appalto, per come prevista dagli artt. 49 D.lvo n. 163 del 2006 e art. 88 Reg. 207/2010, in capo all'ausiliaria, in caso di avvalimento.

A fini di qualificazione, infatti, il rapporto fra consorzio stabile e consorziato – e, specificamente, con il consorziato indicato in sede di gara come esecutore dei lavori – pur nella formale alterità soggettiva, non rappresenta a rigore un avvalimento e non soggiace, dunque, alle specifiche previsioni vigenti, in quel caso, per il conseguimento della qualificazione richiesta in sede di gara.

L'avvalimento attiene infatti alla possibilità - prevista e disciplinata dalla legge - di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, in modo indiretto ovvero ricorrendo, a determinate condizioni, ad un soggetto terzo.

In questo senso, l'art. 49 D.lgs n. 163/2006 – e l'art. 88 Reg. 207/2010 (che ne rappresenta la disciplina di dettaglio) – individua precisamente le condizioni essenziali e irrinunciabili del ricorso all'avvalimento, necessarie cioè affinché l'offerente possa giovare dei requisiti dell'impresa ausiliaria, garantendo così la qualificazione richiesta dal bando.

Senonchè, nel caso del consorzio stabile *ex art. 34, comma 1, lett. c)*, D.lgs n. 163/2006 – proprio in ragione dei necessari requisiti di “stabilità” propri della figura (cfr. AVCP, Determinazione n. 11/2004, del 9 giugno 2004) – la possibilità di avvalersi, a fini di qualificazione, dei requisiti dei consorziati (a maggior ragione dei consorziati indicati già in sede di gara come esecutori dei lavori, come nel caso), è prevista direttamente dalla legge, *ex art. 36 D.lvo n. 163/2006*, nonché dall'art. 94 Reg. 207/2010, senza necessità di dover quindi ricorrere alle condizioni imposte dall'art. 49 D.lgs n. 163/2006 in relazione ad altre forme di raggruppamento (ovvero in relazione al caso dell'avvalimento tra il Consorzio e un'impresa ausiliaria non consorziata, come è da intendersi il riferimento al “concorrente” consorziato contenuto nell'incipit dell'art. 49, 1 comma, codice).

In particolare, l'art. 36, comma 7, D.lgs n. 163/2006 afferma che il “*consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*” e l'art. 94 DPR 207/2010, dopo avere affermato *de plano* – al 1° comma – che “*i consorzi stabili di cui all'art. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice eseguono i lavori con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara*”, prevede poi – al 2° comma – che “*i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti*”.

Tale conclusione si impone non solo all'esito di una interpretazione letterale del dato normativo sopra riportato, ma in virtù anche della considerazione di carattere sistematico, per cui il legislatore ha così inteso manifestare – a fini di qualificazione – uno specifico e preventivo apprezzamento dei necessari connotati di “stabilità” che tipizzano tale figura di consorzio *ex art. 34, comma 1, lett. c)* e art. 36 D.lgs n. 163/2006 e garantiscono, quindi, *in nuce* alla S.A. (che nel caso riceve anche l'indicazione del consorziato, solidalmente responsabile, che eseguirà i lavori) l'impegno circa la messa a disposizione delle risorse e dei mezzi per l'esecuzione dell'appalto.

In questo senso, dunque, nel caso che ci occupa, l'esclusione del Consorzio istante ovvero anche la richiesta della S.A. – a fini di qualificazione - di offrire una dichiarazione *ex art. 88 DPR 207/2010* da parte del consorziato indicato come esecutore dei lavori, non appare conforme alla normativa di settore.

2. La seconda questione attiene, invece, alla verifica del possesso, in capo all'ATI, della qualificazione SOA e della qualificazione ANGA, parimenti richieste dal bando nell'ambito dell'appalto di lavori in esame.

Come anticipato in fatto, l'appalto in questione comprende lavorazioni principali di cui alla categoria (prevalente) OG12 e lavorazioni di cui alla categoria (scorporabile) OG3.

Tuttavia, per l'esecuzione delle lavorazioni di cui alla categoria prevalente OG12, class. IV, il bando richiede anche l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 9, classe C (bonifica dei siti contaminati) oltre che la categoria 4 - classe F (raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi).

Nel caso in esame, l'ATI offerente è composta dalla mandataria Consorzio stabile AEDARS scarl, che ha dichiarato di assumere la quota del 100% delle lavorazioni e che è in possesso di tutte le qualificazioni SOA richieste (OG12 e OG3) oltre che di quella ANGA, cat. 9, cl. C (bonifica siti contaminati); nonché dalla mandante Società POSEIDON SERVICE srl, iscritta nella categoria 4 - cl. F dell'A.N.G.A., indicata solo per l'esecuzione dei servizi accessori di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi, per cui possiede la qualificazione ANGA richiesta dal bando.

In questo contesto, la S.A. ha lamentato - come causa di esclusione dalla gara - il fatto che, nell'ambito dell'ATI, la mandante Società POSEIDON SERVICE srl, iscritta nella categoria 4 - cl. F dell'A.N.G.A., non possiede tuttavia sufficiente qualificazione S.O.A. né nella categoria prevalente OG12 né, comunque, in quella OG3.

Tale posizione della S.A. non appare legittima.

Nell'appalto in esame, infatti, le qualificazioni all'Albo Nazionale Gestori Ambientali richieste sono due: una (*bonifica siti*), posseduta dalla mandataria, si riferisce ad una attività afferente ai lavori pubblici e quindi rientrante nelle lavorazioni comprese nel sistema di qualificazione SOA; la seconda (*raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi*), posseduta dalla mandante, rientra pacificamente nell'ambito dei servizi.

In questo senso, la scelta di prescrivere come condizione di partecipazione alla gara il possesso della qualificazione anche nella Categoria 4 "*raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi*" dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali - che, come rilevato, non riguarda un lavoro ma un servizio - deve far ritenere che si sia in presenza di un contratto "misto" di lavori e servizi, con la conseguenza di dover applicare l'articolo 15 del d.lgs. 163/2006, secondo cui "*L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*".

Con la conseguenza che, avendo prescritto il possesso della qualificazione nella Categoria 4 "*raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi*" dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali, occorre tenere separato il possesso della qualificazione nelle attività aventi natura di lavori pubblici da quelle aventi natura di servizi.

Sulla base di quanto illustrato, non vi è dubbio allora che la partecipazione alla gara in esame può essere ammessa sia qualora l'operatore economico concorrente sia costituito da soggetti che posseggano, contemporaneamente, le necessarie qualificazioni SOA e qualificazioni dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali; sia qualora, come nel caso di specie, "*l'operatore economico concorrente sia costituito da un raggruppamento tra soggetti che possiedono le necessarie e strutturalmente connesse qualificazioni SOA e qualificazioni all'Albo Nazionale Gestori Ambientali e soggetti in possesso della sola qualificazione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, non connessa ad alcuna qualificazione SOA*" ed

affidente al servizio di raccolta e trasporti di rifiuti non pericolosi. (cfr. da ultimo A.V.C.P., Parere n. 24 del 13 marzo 2013, PREC 136/12/L).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene che l'esclusione dalla gara del Consorzio stabile AEDARS s.c.a.r.l. non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito