

Parere n.146 del 11/09/2013

PREC 151/2013/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 Ditta Savini Fabio – Savini Luca e C. snc – Procedura aperta per l'affidamento di un Accordo Quadro, di cui all'art. 59 D.Lgs. 163/2006, per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria - Importo lotto 2 €2.150.000,00- S.A.: Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Emilia Romagna.

Art. 49, comma 2, lett. f) D.Lgs. 163/2006 -Contratto di avvalimento – Apposizione condizione sospensiva - Esclusione

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 aprile 2013 è pervenuta l'istanza di parere di cui in epigrafe, con la quale la società Savini Fabio – Savini Luca & C. snc ha censurato la propria esclusione dalla procedura indicata in oggetto.

In particolare la società istante ha precisato di essere stata esclusa, in quanto la stazione appaltante non ha ritenuto idoneo, ai fini dell'avvalimento dell'attestazione SOA nella categoria OG2, classifica II, il contratto stipulato con l'impresa ausiliaria, stante la peculiare condizione apposta allo stesso. La società ha rappresentato di aver già partecipato ad altre gare utilizzando il medesimo schema di contratto di avvalimento, senza per questo essere mai stata esclusa. La stessa, inoltre, ha osservato che l'art. 49 D.Lgs. 163/2006 non disciplina in alcun modo il contenuto del contratto di avvalimento e, comunque, si è dichiarata disponibile ad adeguare il contratto de quo alle esigenze della stazione appaltante.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione assunto, in considerazione del fatto che la concorrente ha partecipato alla gara, dichiarando di avvalersi della categoria OG2, classifica II, di altra impresa, ma il contratto di avvalimento esibito dalla Salvini reca una clausola che rimette all'esclusivo ed insindacabile giudizio del rappresentante dell'ausiliaria la possibilità di negare o di consentire l'avvalimento, una volta intervenuta l'aggiudicazione a favore dell'ausiliata. In tal modo, secondo la stazione appaltante, l'efficacia obbligatoria del contratto de quo risulterebbe sottoposta ad una condizione sospensiva potestativa, dipendente dalla mera volontà dell'ausiliaria, pertanto lo stesso non potrebbe produrre effetti fino all'avveramento della stessa. Verrebbe, quindi, a mancare nel caso di specie, come osservato anche dalla giurisprudenza amministrativa puntualmente richiamata dall'Agenzia del Demanio, il presupposto stesso per l'assolvimento dell'onere di cui all'art. 49 D.Lgs. 163/2006, ossia l'allegazione di un contratto di avvalimento valido ed efficace.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione censurato. Posto che il contenuto del contratto di avvalimento presentato in gara risulta per tabulas e lo stesso non è contestato tra le parti, occorre verificare, se quest'ultimo sia conforme alla disciplina legislativa prescritta dal Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo è opportuno considerare preliminarmente che l'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali, necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti

con questi ultimi (AVCP determinazione n.4/2012). Il comma 2 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici indica i documenti che l'impresa ausiliata deve presentare, al fine di partecipare alla procedura di gara, quando intende far ricorso all'istituto in parola. Tra questi è menzionato anche il contratto di avvalimento: ossia l'atto bilaterale, in virtù del quale viene costituito un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, nel doveroso rispetto dei requisiti generali di cui all'art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall'art. 49, comma 2, lett. f) D.Lgs. 163/2006.

Più precisamente quest'ultima disposizione richiede che l'impresa ausiliaria si obblighi nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lett. f). La ratio della norma sopra richiamata risiede nell'assicurare alla stazione appaltante, a tutela dell'interesse pubblico che giustifica il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica, che l'impresa ausiliata godrà per tutta la durata dell'appalto dei requisiti di cui è priva e delle relative risorse necessarie per la corretta esecuzione dell'affidamento, in virtù della specifica obbligazione assunta dall'impresa ausiliaria. Tanto è vero che l'art. 88 del Regolamento di attuazione del Codice precisa che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, la durata ed ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento. E' evidente, quindi, che la stazione appaltante deve avere la certezza circa l'effettiva disponibilità da parte dell'impresa concorrente del requisito prestato e delle relative risorse.

Ciò non si riscontra nel caso in esame, in quanto il contratto di avvalimento prodotto dall'Impresa Savini Fabio-Savini Luca & c. S.n.c., da un lato, prevede che la concorrente è autorizzata ad utilizzare il requisito SOA dell'impresa ausiliaria e quest'ultima si impegna a consentire l'utilizzo della citata iscrizione, dall'altro, però, precisa quanto segue: "in considerazione della responsabilità solidale che il legislatore nazionale addossa all'impresa ausiliaria, ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti nel presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa [impresa ausiliaria] sono subordinate alle seguenti condizioni: il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo a suo insindacabile giudizio".

Secondo un orientamento giurisprudenziale l'apposizione della predetta clausola finisce con il privare di efficacia il contratto in parola, rendendone sostanzialmente incerta l'operatività, in quanto pone una condizione sospensiva potestativa in ordine al prodursi dei suoi effetti. Fino all'avveramento della stessa, quindi, non può esserci certezza dell'assunzione dell'impegno contenuto nel contratto, e, conseguentemente non può dirsi provato il possesso effettivo da parte dell'impresa ausiliata del requisito di partecipazione alla gara oggetto dell'avvalimento. Né la condizione in parola potrebbe considerarsi avverata in virtù di quanto indicato nella dichiarazione di cui all'art. 49, comma 2, lett. d) D.Lgs. 163/2006 rilasciata dall'impresa ausiliaria, se quest'ultima è contestuale al contratto di avvalimento e conferma in buona sostanza i termini e le condizioni dello stesso (cfr. TAR Catania, Sez. IV, n. 510 del 18.2.2013).

Altro filone giurisprudenziale preferisce parlare di invalidità di un simile contratto anziché di inefficacia, sottolineando che la clausola in parola si connota per il fatto che l'avveramento dell'evento futuro e incerto in essa dedotto non dipende dalla volontà di un terzo, ma esclusivamente dal mero arbitrio del soggetto debitore, così da implicare l'effettiva negazione del vincolo che si afferma di assumere (cfr. TAR Campania, Sez. II, n. 1155 del 27.02.2013). Per tale ragione il codice civile dispone che "è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore" (art. 1355 c.c.).

A ben vedere, sotto il profilo della contrattualistica pubblica, indipendentemente dall'esatta ricostruzione in termini civilistici della condizione in esame, l'invalidità o che dir si voglia l'inefficacia dell'obbligazione assunta dall'impresa ausiliaria, come conseguenza dell'apposizione della suddetta condizione al contratto di avvalimento, non può non riflettersi allo stesso modo sull'ammissione dell'ausiliata alla procedura, dal momento che il contratto de quo ha ad oggetto un

requisito di partecipazione di cui il concorrente è privo. Non può farsi a meno di rilevare, infatti, che l'apposizione della predetta clausola rende il contratto di avvalimento presentato in gara non conforme al modello delineato dall'art. 49, comma 2, lett. f) D. Lgs. 163/2006, che necessariamente presuppone un contratto valido ed immediatamente efficace, in ragione della funzione probatoria che è chiamato a svolgere. Quest'ultimo, unitamente agli altri documenti elencati nell'art. 49 D.Lgs. 163/2006, deve, infatti, garantire alla stazione appaltante che il concorrente, che si avvale di un requisito di altro soggetto, dispone effettivamente di quest'ultimo sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione (cfr. sul possesso dei requisiti speciali di partecipazione AVCP, determinazione n.4/2012). Ciò a tutela della par condicio dei concorrenti e della stazione appaltante, che non può essere esposta al rischio che il concorrente non acquisisca la piena disponibilità del requisito oggetto dell'avvalimento come conseguenza del mancato avveramento della condizione dedotta in contratto o dell'invalidità dell'obbligazione assunta dall'ausiliaria.

Ne deriva allora che il contratto di avvalimento presentato dalla società Savini Fabio – Savini Luca & C snc non appare conforme a quello richiesto dall'art. 49, comma 2, lett. f) D. Lgs. 163/2006 a causa della particolare condizione apposta allo stesso come sopra trascritta e, quindi, la stazione appaltante ha legittimamente escluso la predetta società.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'impresa Savini Fabio – Savini Luca & C snc sia legittima.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito