

PARERE N. 203 del 18 dicembre 2013

PREC 102/2013/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalle imprese Savini Fabio – Savini Luca & C. snc e dal Consorzio Stabile EBG – Procedura aperta per l'affidamento di un "Accordo quadro ex art. 59 D.Lgs. 163/2006 per lavori di manutenzione ex 12/5 D.L. 98/11 sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato compresi nel territorio di competenza della Direzione Generale Toscana e Umbria dell'Agenzia del Demanio" – Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – Importo complessivo (6 lotti) €27.832.000,00 – S.A.: Agenzia del Demanio – Direzione Generale Toscana e Umbria.

Art. 49, comma 8, D.lgs. n. 163/2006 – Contratto di avvalimento sottoposto a condizione -Gara suddivisa in più lotti – Esclusione delle imprese ausiliate che si avvalgono dello stesso Consorzio Stabile.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 09 aprile 2013, sono pervenute le istanze di parere di cui in epigrafe, con le quali le imprese istanti lamentano la illegittimità della propria esclusione dalla procedura indetta dall'Agenzia del Demanio – Direzione Generale Toscana e Umbria.

In particolare, la Società Savini Fabio – Savini Luca & C. snc, che ha proposto domanda per i lotti n. 2 Toscana e n. 2 Umbria, sui sei complessivi in affidamento, ha precisato di essere stata esclusa per la mancanza dei requisiti di qualificazione richiesti per la categoria OG2, avendo la S.A. ritenuto non utile il contratto di avvalimento con l'impresa EDIL 2000, siccome "sottoposto a condizione". L'impresa ha evidenziato di aver già partecipato ad altre gare utilizzando il medesimo schema di contratto di avvalimento, presentato nella gara in questione, senza per questo esser mai stata esclusa, ed ha segnalato, inoltre, la genericità della motivazione alla base di detta esclusione, in quanto non viene esplicitata la "condizione" apposta al contratto non ritenuta accoglibile.

Il Consorzio Stabile EBG, ha a sua volta presentato istanza di parere, esprimendo perplessità sulla legittimità del provvedimento di esclusione emesso, nell'ambito della stessa gara, nei riguardi delle ditte Sabino Dicataldo Impianti & Costruzioni Generali, BRC S.p.a., Energeen S.r.l. ed Edil G. Appalti S.r.l., ciascuna per lotti distinti, nello specifico: Sabino Dicataldo Impianti & Costruzioni Generali per il lotto 3 Toscana; BRC S.p.A, per il lotto 3 Umbria, Energeen S.r.l. per il lotto 2 Umbria ed Edil G. Appalti S.r.l. lotto 1 Toscana e lotto 1 Umbria.

L'istante, evidenziato che la ragione posta a sostegno della disposta esclusione è ricondotta al fatto che le predette ditte hanno dichiarato di avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara, dello stesso Consorzio Stabile EBG, ha evidenziato che ciascun lotto di gara costituirebbe un'autonoma procedura selettiva, dando così la possibilità a ciascun concorrente di avvalersi della stessa ausiliaria in lotti diversi dello stesso ambito territoriale.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 16.05.2013, la S.A. ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando, in primo luogo, che la clausola contenuta nel contratto di avvalimento esibito dalla impresa Savini vanificherebbe l'impegno dell'ausiliaria per la sua natura potestativa. Per quanto attiene alla questione sollevata dal Consorzio Stabile, invece, ha osservato che sarebbe applicabile quanto previsto dall'art. 49, comma 8, del D.Lgs., n. 163/2006 che vieta, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara. Da parte sua, la Ditta Savini Fabio – Savini Luca & C. snc si è rimessa alle valutazioni di questa Autorità.

Ritenuto in diritto

Le richieste di parere in esame, vertendo sulla medesima procedura di gara, indetta dall'Agenzia del Demanio – Direzione Generale Toscana e Umbria, sono meritevoli di trattazione congiunta pur agitandosi questioni di diverso tenore.

1. L'impresa Savini Fabio – Savini Luca & C. snc contesta la legittimità dell'esclusione disposta nei suoi riguardi dalla S.A., motivata per il fatto che nel contratto di avvalimento presentato, le obbligazioni assunte dalla ditta Edil 2000, quale impresa ausiliaria, sono subordinate, tra le altre, alla seguente condizione: “il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria [...] potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio”.

L'impresa richiede, quindi, un parere sulla legittimità della sua esclusione, rappresentando come abbia già partecipato ad altre gare, utilizzando il medesimo schema di contratto di avvalimento presentato nella gara in questione, senza per questo esser mai stata esclusa; segnala, inoltre, la genericità della motivazione alla base di detta esclusione, in quanto non viene esplicitata la “condizione” apposta al contratto non ritenuta accoglibile.

Al fine di dirimere la questione, occorre verificare se il contratto di avvalimento in questione sia conforme alla disciplina legislativa prescritta dal Codice dei contratti pubblici, prendendo le mosse dalla natura stessa dell'istituto.

Al riguardo, è pertanto 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.2/2012). 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 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 prestatati, 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 prestatato 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, sent. 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, sent. 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.

Per completezza, si segnala, che con il precedente Parere di precontenzioso n. 143 del 2013 questa Autorità si è pronunciata sulla identica istanza presentata dalla medesima società istante.

2. Con la propria istanza di parere, il Consorzio Stabile EBG contesta invece il provvedimento di esclusione emesso nei riguardi delle ditte: Sabino Dicaldo Impianti & Costruzioni Generali, BRC s.p.a., Energeen S.r.l. ed Edil G. Appalti S.r.l., per il fatto di aver tutte dichiarato di avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara, dello stesso Consorzio Stabile EBG, quale impresa ausiliaria.

Le doglianze manifestate dal Consorzio Stabile attengono la natura unitaria o meno della procedura di gara in esame, assumendo l'istante che ogni lotto di gara costituirebbe un'autonoma procedura selettiva, dando così la possibilità a ciascun concorrente di avvalersi della stessa ausiliaria in lotti diversi dello stesso ambito territoriale, in quanto nel Disciplinare, la partecipazione a più lotti, del

medesimo ambito territoriale, verrebbe preclusa al “solo concorrente”. A parere dell’istante, non vi è ragione di restringere l’ambito applicativo dell’istituto dell’avvalimento, in quanto la natura autonoma della gara per ciascun lotto, impedirebbe ogni possibile *vulnus* alla concorrenza.

Occorre precisare che l’Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Toscana e Umbria, ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell’art. 55, comma 5, D.Lgs. 163/2006, per la stipula di un Accordo Quadro, di cui all’art. 59, D.Lgs. 163/2006, per l’affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato, *ex* art. 12, comma 5, D.L. 98/2011, come convertito con Legge 111/2011, compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale Toscana e Umbria. Tale procedura si riferisce, quindi, agli ambiti territoriali della regione Toscana e della regione Umbria, ed è suddivisa in tre lotti per ciascuno di essi.

Le ditte Sabino Dicaldo Impianti & Costruzioni Generali, BRC S.p.A., Energeen S.r.l. ed Edil G. Appalti S.r.l., hanno presentato domanda in particolare, per i seguenti lotti: Sabino Dicaldo Impianti & Costruzioni Generali per il lotto 3 Toscana; BRC S.p.A, per il lotto 3 Umbria, Energeen S.r.l. per il lotto 2 Umbria ed Edil G. Appalti S.r.l. lotto 1 Toscana e lotto 1 Umbria.

Orbene, la suddivisione di un appalto in lotti non costituisce di per sé indice sufficientemente significativo della natura unitaria o pluralistica della gara. Infatti, in giurisprudenza, si è affermato che “Ai sensi dell’art. 37, comma 7, D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in presenza di gara d’appalto divisa in lotti, legittimamente le imprese manifestano il proprio interesse a partecipare per un singolo lotto del servizio oggetto di gara in qualità di soggetto singolo e contemporaneamente in raggruppamento temporaneo di imprese per un lotto differente, trattandosi di più gare, tante quanti sono i lotti, svolte in un unico contesto temporale” (Tar Lazio, Sez. I ter, sent. 09.12.2010, n. 35960; v. anche Tar Milano, Sez. III, sent. 13.01.2006, n. 3).

In altre occasioni la giurisprudenza si è espressa diversamente. Così è stato affermato che: “La divisione dell’appalto di servizi in più lotti e la previsione che ciascun partecipante non può aggiudicarsi più di un lotto, rispondendo a esigenze pratiche afferenti sia alla tipologia del servizio che alla pluralità delle strutture presso le quali il servizio deve essere svolto, non inficia l’unitarietà della gara, non sussistendo alcuna autonomia funzionale fra le diverse frazioni dell’appalto” (cfr. Tar Bari, Sez. I, sent. 09.04.2009, n. 847; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 29.08.2008, n. 5420).

La soluzione della questione in esame, non può quindi che essere ricavata dalla peculiare disciplina di gara, non risultando di certo dirimente la previsione, pur valorizzata dall’istante, secondo cui “Non è consentita la partecipazione per più di un lotto per ambito territoriale”.

Invero, l’autonomia o meno della gara, secondo il predetto insegnamento giurisprudenziale, si deve non alle modalità di svolgimento della gara, bensì alla natura dell’appalto, al fine di stabilire se esso sia scorporabile o meno in frazioni dotate di autonomia funzionale rispetto all’intera prestazione. Nel caso di specie, sulla scorta della formulazione del Disciplinare di gara, stante la peculiarità della procedura in esame, appare che la suddivisione in lotti, rifletta le diverse fasce di importo degli interventi affidabili, in quanto il lotto 1 riguarda i “lavori no SOA”, il lotto 2 i “lavori SOA I e II classifica”, mentre il lotto 3 i “lavori dalla III alla IV classifica”. E’ quindi da escludere che la ripartizione in lotti distinti comporti il frazionamento della prestazioni in parti funzionalmente autonome, tant’è che la S.A. si è determinata nel senso di tale ripartizione solo per la constatata impossibilità materiale di “prevedere né il numero né l’entità degli interventi manutentivi, ascrivibili a ciascuna categoria, che in concreto potranno essere commissionati” (cfr. A.2 del Capitolato Speciale d’Appalto). Inoltre, la S.A. nelle proprie controdeduzioni, riportandosi agli atti di gara (verbale del 28.03.2013), ha precisato che ciascun ambito territoriale costituisce sostanzialmente un’autonoma gara, suddivisa in più lotti.

Pertanto, nel caso di specie, il riferimento ai diversi ambiti territoriali (Regione Umbria e Regione Toscana), venendo qui in considerazione un elemento oggettivo, dato dalla diversa dislocazione degli immobili interessati dall’attività manutentiva, fa sì che le relative procedure risultino questa volta del tutto autonome. Ciò si ricava dalla stessa disciplina di gara, laddove consente la presentazione di domande per più di un ambito territoriale.

Conseguentemente, come emerge dagli atti di gara, è conforme all’art. 49, comma 8 del D.Lgs. n.

163/2006 l'esclusione delle imprese che, nel caso di specie, in relazione alla medesima gara – come nei termini sopra indicati – si siano avvalse della medesima impresa ausiliaria.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della impresa Savini Fabio – Savini Luca & C. s.n.c. sia conforme alla normativa di settore e che sia conforme all'art. 49, comma 8, del D.L.gs. n. 163/2006 l'esclusione delle imprese che, in relazione alla medesima gara, si siano avvalse della medesima impresa ausiliaria.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito