

## Parere n. 31 del 13/03/2013

### PREC 263/12/L-F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 163/2006 presentate dalla società Assennato Costruzioni Edilizie srl – Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva, esecuzione dei lavori di ristrutturazione e fornitura arredi per il completamento del contenitore culturale ex cinema Verga di Siracusa – Importo a base di gara €1.896.974,77 - S.A.: Provincia di Siracusa –

**Art. 83 D.Lgs. 163/2006 criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; Art. 118 D.Lgs. 163/2006: possesso dei requisiti e subappalto**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 23 novembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con cui è stato chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura in oggetto bandita dalla Provincia di Siracusa.

Con la prima censura l'istante lamenta l'erronea adozione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto quest'ultimo, stante la normativa regionale vigente alla data di pubblicazione del bando di gara, non sarebbe applicabile agli appalti sotto soglia comunitaria. Secondo la società, infatti, né la L.R. 6/2010 né la successiva L. 12/2011 hanno abrogato l'art. 21, comma 1.ter l. 109/94, che prevede il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria. Conseguentemente, sarebbe possibile utilizzare il criterio in esame anche per le gare sotto soglia solo *“con la piena entrata in vigore della L.R. 12/2011 a seguito del Decreto Presidenziale n.13 del 31.1.2012 ed in particolare dell'art. 9 di tale legge”*, il cui contenuto sarebbe stato totalmente disatteso nello svolgimento della procedura *de qua*.

Con la seconda censura l'istante lamenta la mancata esclusione dalla gara di tre concorrenti (Spallina Costruzioni snc, I.CO.GE.R. Restauri Engineering & General Contactor srl, I.L.E.S. srl), per carenza dei requisiti in ordine alla fornitura di arredi. Più precisamente la società osserva che i predetti operatori economici, in relazione alla prestazione di fornitura, non hanno dimostrato il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, essendosi limitati a dichiarare che avrebbero subappaltato *in toto* la predetta prestazione ad altra ditta, senza però stipulare con quest'ultima un contratto di avvalimento o costituire un'associazione temporanea di imprese.

A riscontro dell'istruttoria documentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha ritenuto di non controdedurre. La concorrente I.CO.GE.R. ha presentato quale memoria il preavviso di ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006 inoltrato alla stazione appaltante, mediante il quale si oppone alla propria esclusione dalla gara, dovuta alla mancata presentazione della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale da parte della ditta indicata quale subappaltatrice della prestazione di fornitura.

#### *Ritenuto in diritto*

Al fine di dirimere la prima questione, si ritiene opportuno individuare la normativa applicabile *ratione temporis* alla procedura *de qua*, il cui bando è stato pubblicato in data 27.01.2012.

Si osserva al riguardo che, in virtù dell'art. 13 Statuto Regione Sicilia, la legge regionale, salvo diversa indicazione in essa contenuta, entra in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Regione. La L.R. 12/2011 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale Regione Sicilia in data 14.07.2011, pertanto la stessa era pienamente vigente al momento in cui è stata

bandita la procedura *de qua*. L'art. 1 prevede che *“a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modifiche dalla stessa apportata, si applica nel territorio della Regione il decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163”* Tale disposizione ha, quindi, espressamente abrogato la L. 109/94 (art.256); conseguentemente la gara in esame risulta regolata dal D.Lgs. 163/2006 e dalla L.R 12/2011.

Per quanto qui rileva, si osserva che il Codice dei Contratti Pubblici disciplina i criteri di aggiudicazione all'art.81, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta tra quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indipendentemente dal valore dell'affidamento. La L.R. 12/2011 richiama i predetti criteri e precisa che le stazioni appaltanti utilizzano il secondo per gli appalti di lavori di valore superiore alla soglia comunitaria (art.19, comma 2), ma possono, comunque, ricorrere al primo qualora la scelta di quest'ultimo sia più conveniente per le medesime amministrazioni aggiudicatrici sotto il profilo della qualità dei lavori realizzati e del rapporto con il prezzo a base d'asta (art.19, comma 3). Dalla lettura delle suddette disposizioni si ricava che né il legislatore nazionale né quello regionale hanno vietato il ricorso al criterio censurato in caso di appalto sotto soglia comunitaria, con la conseguenza che la prima doglianza dell'istante deve ritenersi infondata.

Con riferimento alla seconda censura, si osserva che l'appalto in esame ha per oggetto la progettazione esecutiva, la fornitura degli arredi e l'esecuzione a corpo di tutte le opere occorrenti per eseguire i lavori di ristrutturazione dell'ex cinema Verga di Siracusa. Il bando di gara ha previsto la possibilità di ricorrere al subappalto alle condizioni di cui all'art. 118 D.Lgs. 163/2006 (pag.12) ed il disciplinare ha specificato che le prestazioni relative alla fornitura di arredi sono subappaltabili nei limiti massimi del 30% dell'importo complessivo del contratto, ai sensi dell'art. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006 (pag.18).

Nell'ambito dei chiarimenti ai quesiti posti in merito alla procedura *de qua* il responsabile unico del procedimento ha, però, precisato quanto segue:*“la fornitura di arredi può subappaltarsi per intero, si richiede che in sede di offerta venga specificato il sub-appaltatore, e si dimostri il possesso dei requisiti richiesti”*. Tale indicazione risulta in contrasto non solo con quanto chiaramente disposto a pag. 18 del disciplinare di gara, ma anche con la stessa prescrizione dell'art. 118 D.Lgs. 163/2006.

Al riguardo, questa Autorità ha già chiarito che: *“il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice, che impone, inter alia, l'indicazione da parte del concorrente dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti. Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione. (...) La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione “mancante” deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa”*. (per un ulteriore approfondimento si rinvia a AVCP, determinazione n. 4 del 10.10.2012, pag. 23).

Dall'esame dell'art. 118 D.Lgs. 163/2006 risulta inoltre che, contrariamente a quanto indicato

dall'istante, il ricorso al subappalto non richiede al concorrente ed al subappaltatore di costituire un'associazione temporanea o di stipulare un contratto di avvalimento da presentare all'atto della partecipazione alla gara, trattandosi di un istituto autonomo e ben distinto rispetto a quelli disciplinati dagli artt. 37 e 49 D.Lgs.163/2006. Conseguentemente, nel caso in esame, la stazione appaltante deve osservare in materia di subappalto la disciplina prevista dall'art. 118 D.Lgs. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la censura mossa in ordine al criterio di aggiudicazione adottato sia infondata e che la stazione appaltante debba osservare, in materia di subappalto, la disciplina prevista dall'art. 118 D.Lgs. 163/2006.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 marzo 2013

Il Segretario: Maria Esposito