

## Parere n. 34 del 13/03/2013

### PREC 284/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Chiusano San Domenico – Procedura aperta per l'affidamento della esecuzione dei lavori di sistemazione e arredo del tratto di strada via Carducci - Importo a base d'asta €222.646,27 – S.A.: Comune di Chiusano San Domenico  
**Art. 49: avvalimento attestazione SOA – Art. 88, comma 1, DPR 207/2010: oggetto del contratto di avvalimento**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 7 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con cui il Comune di Chiusano San Domenico ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'esclusione dalla gara in oggetto della società Martone Costruzioni srl.

Sul punto la stazione appaltante ha fatto presente che la predetta concorrente partecipava alla procedura aperta, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento per l'attestazione SOA, categoria OG3, classifica I.

La commissione di gara, esaminato il contratto di avvalimento e la dichiarazione della ditta ausiliaria, riteneva che: (a) il contenuto del primo fosse generico, in quanto privo del numero degli addetti messi a disposizione della concorrente e, quindi, non conforme al dettato dell'art. 88, comma 1, DPR 207/2010; (b) il contenuto della seconda fosse carente, in quanto non conteneva l'elenco specifico delle risorse messe a disposizione della ditta concorrente, ma sul punto rinviava al contratto, anche esso incompleto.

La commissione dava altresì atto della presenza di una seconda dichiarazione della ditta ausiliaria contenente l'indicazione analitica delle sole attrezzature e mezzi in possesso della stessa, senza però alcun impegno specifico nei confronti del concorrente e della stazione appaltante di messa a disposizione delle risorse ivi indicate, diversamente da quanto richiesto dall'art. 49 D. Lgs. 163/2006. Conseguentemente, la stazione appaltante si determinava per l'esclusione della Martone Costruzioni srl.

A riscontro dell'istruttoria documentale avviata da questa Autorità, la concorrente ha censurato l'operato della stazione appaltante, ritenendo che la documentazione prodotta fosse conforme al dettato normativo sopra citato ed alla *lex specialis*. In particolare, la società ha fatto presente che il contratto di avvalimento *de quo* conteneva una clausola specifica, nella quale venivano analiticamente descritte le risorse ed i mezzi messi a disposizione dell'ausiliata. Inoltre, sotto il profilo specifico delle attrezzature e mezzi d'opera, l'ausiliaria aveva reso una specifica dichiarazione nella quale erano elencate le risorse in suo possesso messe a disposizione dell'ausiliata per l'esecuzione dei lavori oggetto di gara. Tale dichiarazione, secondo la società, corroborava e completava la documentazione relativa all'avvalimento, ed in caso di dubbio sull'effettiva portata della stessa, la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare i poteri di soccorso istruttorio.

#### *Ritenuto in diritto*

La *vexata quaestio* concerne la conformità della documentazione trasmessa dalla Martone Costruzioni srl a quella richiesta dall'art. 49 D.Lgs. 163/2006, ai fini dell'avvalimento. Sul punto occorre preliminarmente ricordare che la predetta norma fornisce una disciplina

dettagliata della documentazione da allegare alla domanda di partecipazione, per provare il possesso di un requisito mediante avvalimento dello stesso. In particolare, per quanto qui rileva, la suddetta norma dispone che il concorrente deve presentare anche: una dichiarazione incondizionata ed irrevocabile dell'impresa ausiliaria, con cui essa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (lettera d); l'originale o copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lettera f).

Alcune indicazioni sul contenuto del contratto in esame possono ricavarsi dall'articolo 88 del DPR 207/2010, il quale prevede che il contratto di avvalimento riporti "in modo compiuto, esplicito ed esauriente": a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

La *ratio* della disposizione è duplice: da un lato, evitare che l'istituto in esame possa diventare uno strumento per eludere le disposizioni normative in materia di requisiti di partecipazione; dall'altro garantire alla stazione appaltante che il concorrente abbia effettivamente la disponibilità delle risorse necessarie per eseguire il contratto.

Per tale ragione, come è stato già sottolineato dall'Autorità, l'elemento centrale dell'art. 49 "è dato dall'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare "in modo determinato e specifico". Nessun dubbio, pertanto, in ordine al fatto che tali elementi debbano essere specificati analiticamente; diversamente opinando, infatti, si profilerebbe una violazione di legge che potrebbe configurare una causa di esclusione del concorrente dalla gara. Dalle argomentazioni esposte si ricava che il contratto di avvalimento non può sostanzarsi nell'impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente". A ben vedere, quello riportato potrebbe essere il contenuto della dichiarazione prevista dal Codice all'art. 49, comma 2, lett. d), ma poiché viene richiesto un elemento ulteriore, all'art. 49, comma 2, lett. f), il contratto di avvalimento, non vi è dubbio che lo stesso deve offrire un *quid pluris*, pena il concretizzarsi in un'inutile ripetizione di quanto già fornito alla stazione appaltante. Del resto, al fine di evitare il pericolo che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con le risorse sottostanti, diventa cruciale il passaggio, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della "prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate". Verifica che presuppone, in primis, una specificazione dei mezzi prestati, quindi il generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie è, in generale, non sufficiente in quanto, pur soddisfacendo in apparenza la lettera della norma, finisce in realtà per tradirne lo spirito. In ogni caso, spetta alla stazione appaltante valutare se il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto" (cfr. AVCP determinazione n. 2 del 1.8.2012).

Venendo al caso di specie, si rileva che la stazione appaltante ha compiuto la predetta valutazione e la stessa appare logica, ragionevole e conforme al dettato degli art. 49 D.Lgs. 163/2006 e 88 DPR 207/2010.

Il contratto di avvalimento in questione, infatti, non contiene l'indicazione analitica delle risorse oggetto dell'avvalimento, ma dispone semplicemente che: a) l'impresa ausiliaria consente all'impresa ausiliata di avvalersi del requisito concernente la categoria OG3 Classifica VIII e del requisito della cifra d'affari ottenuta con i lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta (art.1); b) l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse come segue: "know how tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico (...) e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; il numero degli addetti necessari per le varie tipologie di lavoro, quali, capo cantiere operai specializzati, operai qualificati, operai comuni, addetto alla qualità aziendale e alla sicurezza in cantiere; le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, quali ponteggi omologati, gru rotativa, container

*alloggio attrezzi e uffici, molazze da cantiere, impastatrice/betoniere, macchine da taglio legno/ferro, metalli demolitori ad aria e/o elettrici, puntelli varie misure, badili, secchi attrezzatura minuta ecc ecc. I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera quali camion con ribaltabile, escavatori, mini escavatori, furgoni attrezzati ecc ecc cifra di affari ottenuta con i lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto (art.2)".*

Tale lacuna non può essere colmata dalle due dichiarazioni presentate dalla ditta ausiliaria, in quanto la prima, pur contenendo l'impegno verso la stazione appaltante e l'ausiliata a mettere a disposizione di quest'ultima per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente, non le specifica, ma rinvia sul punto al contratto di avvalimento, che come sopra visto è generico al riguardo; la seconda, invece, rappresenta una mera dichiarazione di scienza. Mediante quest'ultima, infatti, l'ausiliaria dichiara semplicemente di essere in possesso per l'esecuzione dei lavori in oggetto di determinati e specifici mezzi d'opera ed attrezzature tecniche, senza, da un lato, assumere alcun impegno negoziale nei confronti della stazione appaltante e del concorrente ausiliato e, dall'altro, senza indicare né il numero degli addetti necessari ad eseguire le varie tipologie di lavoro né la cifra di affari ottenuta con i lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto, che pure costituiscono oggetto del contratto di avvalimento, e, che, quindi, in virtù della disposizione dell'art. 88, comma 1, DPR 207/2010, avrebbero dovuto essere analiticamente indicati.

Stanti le lacune sopra rilevate, non si ritiene che la stazione appaltante possa ricorrere al potere di soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006, invocato dal concorrente, in quanto si tratterebbe, nello specifico caso in esame, non già di chiedere chiarimenti sull'effettiva portata delle dichiarazioni rese, essendo il significato di queste ultime ben chiaro, bensì di integrare *ex post* la dichiarazione negoziale dell'ausiliaria, inserendo nel contratto di avvalimento degli elementi mancanti, che, per quanto sopra rilevato, non sono presenti negli altri documenti presentati dalla concorrente ed espressione della volontà contrattuale dell'ausiliaria. Tanto più che il bando di gara, sez. VI, lett. f) prevedeva chiaramente che le risorse messe a disposizione del concorrente dovessero essere dettagliatamente quantificate.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alle disposizioni degli artt. 49 D.Lgs. 163/2006 e 88, comma 1, DPR 207/2010.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2013

Il Segretario: Maria Esposito