

## **Parere n.22 del 11/3/2015**

### **PREC 18/15/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Collesano – “Procedura aperta per l’affidamento dei lavori di riqualificazione di alcuni appezzamenti di proprietà del demanio del Comune di Collesano per la valorizzazione delle risorse ambientali e storico-culturali funzionali al raggiungimento degli obiettivi ambientali specifici dell’Asse II del PSR 2007/2013 – Misure 227” - Importo a base di gara euro 701.929,37 - S.A.:Comune di Collesano

**Avvalimento – divieto di ricorrere alla medesima impresa ausiliaria da parte di due concorrenti alla medesima procedura di gara - ritiro dell’offerta in corso di gara – Requisiti generali di cui all’articolo 38, comma 1, lettera l) – dichiarazione ambigua da parte di un concorrente**

I due concorrenti alla medesima procedura di gara che ricorrano in avvalimento alla stessa impresa ausiliaria vanno esclusi a meno che non vi sia un’espressa previsione in tal senso del Bando di gara; in caso di dubbi sulle dichiarazioni prodotte da un concorrente la stazione appaltante può legittimamente ricorrere al potere di soccorso istruttorio di cui all’articolo 46, comma 1

**Art.49, comma 8; art.38, comma 1, lett. l); art. 46, comma 1**

### **Il Consiglio**

VISTA l’istanza di parere del 23 settembre 2014 presentata dal Comune di Collesano con la quale si richiedeva un parere in merito al possibile annullamento dell’aggiudicazione provvisoria, così come richiesto da alcuni concorrenti, previa esclusione di tre partecipanti alla procedura di gara per i seguenti profili:

- 1) Impresa F.Ili Matranga e Impresa Mediappalti per essersi avvalse entrambe dei requisiti della medesima ditta ausiliaria Impresa Gregorio Costruzioni e Turismo;
- 2) Impresa MA.GE.CO. in quanto nel compilare la modulistica predisposta dalla stazione appaltante, nella parte riguardante la dichiarazione relativa agli obblighi di assunzioni previste ai sensi della L. n.68/99, nella quale erano previste due opzioni (di essere in regola nei confronti dell’art.17 della l.68/99 ovvero di non essere soggetto agli obblighi previsti dalla medesima legge), non ne avrebbe nessuna delle due;

RILEVATO per quanto concerne il primo profilo che il ricorso alla medesima impresa ausiliaria da parte dei due concorrenti è stato segnalato durante lo svolgimento delle operazioni di gara (verifica della documentazione amministrativa) da parte della stessa ausiliaria interessata che dichiarava di aver prestato “*per mero errore materiale*” i medesimi requisiti sia all’Impresa F.Ili Matranga (già ammessa al prosieguo di gara) che alla Impresa Mediappalti (la cui busta risultava ancora da esaminare), e che, pertanto, la commissione di gara, riconoscendo la buona fede dei concorrenti e preso atto della richiesta avanzata dal concorrente Mediappalti (il cui plico risultava ancora sigillato) di non tenere conto della propria offerta, determinava di non considerare il plico n. 50 della Mediappalti e conseguentemente rideterminava il numero dei partecipanti in 73 unità;

RILEVATO per quanto concerne il secondo profilo che il concorrente MA.GE.CO. è stato ammesso alle successive fasi della procedura senza che la stazione appaltante abbia verificato la sussistenza del requisito richiesto e non dichiarato chiedendo i dovuti chiarimenti al concorrente;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 29 gennaio 2015;

VISTA la memoria di controdeduzioni dell’aggiudicataria provvisoria Paco Costruzioni del 9 febbraio 2015 in cui si sostiene la legittimità dell’operato della stazione appaltante;

VISTA la memoria di controdeduzioni della Società F.Ili Destro che in relazione alla seconda fattispecie oggetto dell’istanza (omessa dichiarazione in relazione agli obblighi di assunzioni previste ai sensi della l. n.68/99) ribadisce la necessità di escludere il concorrente MA.GE.CO. anche in considerazione del fatto che nel caso in esame la stazione appaltante non avrebbe potuto

fare applicazione del soccorso istruttorio essendo stato il bando pubblicato in data anteriore a quella di entrata in vigore della novella legislativa;

RILEVATO che, sull'istanza di parere, può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

CONSIDERATO che per quanto riguarda la prima questione controversa, con riferimento all'istituto dell'avvalimento, l'art.49, comma 8 del Codice dei contratti prevede espressamente che *“In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.”*, salvo che sussistano le condizioni di cui al comma 9 del medesimo articolo, e vieta dunque chiaramente il ricorso da parte di più concorrenti alla medesima impresa ausiliaria nell'ambito di una stessa gara;

RITENUTO che nel caso di specie la commissione di gara, in ossequio a quanto previsto dalla norma, avrebbe dovuto disporre l'esclusione di entrambi i concorrenti incorsi nel divieto di cui all'art.49 comma 8 non potendosi tra l'altro consentire (come invece ha fatto la commissione di gara) il ritiro dell'offerta da parte di uno dei due concorrenti interessati, che, avendo presentato l'offerta, è ad essa vincolato (Cfr.Parere di Precontenzioso n.80/2012);

CONSIDERATO per quanto riguarda il secondo profilo segnalato che l'art.46, comma 1 del Codice dei contratti prevede che *«Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati»*;

CONSIDERATO che questa Autorità nel Parere di Precontenzioso n.84/2014 ha ribadito l'orientamento interpretativo ormai consolidato che vede il potere di soccorso istruttorio come un doveroso e ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti, ed ha richiamato le argomentazioni sostenute dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.16/2014 che, in relazione alla nuova disposizione di cui all'art.38, comma 2-bis, ha evidenziato come essa manifesti la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere del soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, con riferimento al possesso del requisito di cui all'art.38, comma 1, lett.1) da parte del concorrente MA.GE.CO., il Comune, prima di adottare qualunque provvedimento in ordine alla sua ammissione alle successive fasi della procedura, avrebbe dovuto richiedere chiarimenti al concorrente interessato sulla dichiarazione presentata;

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante

- debba escludere dalla procedura di gara le concorrenti Impresa F.lli Matranga e Impresa Mediappalti che si sono avvalse entrambe dei requisiti della medesima ditta ausiliaria Impresa Gregorio Costruzioni e Turismo in violazione di quanto previsto dall'art.49, comma 8 del Codice dei contratti;

- debba ricorrere al soccorso istruttorio di cui all'articolo 46, comma 1 nei confronti del concorrente MA.GE.CO. in relazione alla dichiarazione relativa agli obblighi di assunzioni previste dalla L.68/99 consentendone l'ammissione al prosieguo delle operazioni di gara solo a seguito di positiva verifica del requisito richiesto;

- all'esito di tali operazioni debba procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2015  
Il Segretario Maria Esposito