

PARERE N. 96 del 10 giugno 2015

PREC 259/14/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dall'impresa Artigiana Costruzioni di Norelli Geom. Giuseppe – *“Lavori di adeguamento dei locali esistenti da adibire a micro-nido annessi all'istituto comprensivo “A. Mazzarella” in piazza Mazzacane”* - Importo a base di gara: euro 151.410,00 – S.A.: Comune di Cerreto Sannita

Avvalimento – condizione sospensiva potestativa – illegittimità – esclusione per mancato possesso dei requisiti di qualificazione – va disposta

Ai sensi dell'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006, è illegittimo il contratto di avvalimento sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa e, conseguentemente, il concorrente che abbia prodotto un contratto di avvalimento così formulato deve essere escluso dalla procedura per mancato possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, prot. n. 86076 del 30 luglio 2014, con la quale l'impresa Artigiana Costruzioni di Norelli Geom. Giuseppe ha contestato l'aggiudicazione disposta nei confronti dell'impresa G. Procaccini 2 Srl, sia per aver prodotto un contratto di avvalimento di contenuto generico e sottoposto a condizione potestativa, sia per aver utilizzato, per la consegna del plico, una modalità diversa da quella indicata nel bando di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 29 ottobre 2014;

VISTA la documentazione prodotta in atti e, in particolare, quella inerente il contratto di avvalimento tra la società G. Procaccini 2 Srl e la società Francesco Serino Costruzioni Srl dalla quale si evince che quest'ultima si impegna a mettere a disposizione della prima la qualificazione SOA ai fini della partecipazione alla gara in epigrafe e prevede, altresì, che: *“il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i Capitolati di appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo a suo insindacabile giudizio”*;

VISTA, altresì, la prescrizione del disciplinare di gara in ordine alla modalità di presentazione dell'offerta che, al punto 9, sancisce *“il plico contenente l'offerta e le documentazioni, a pena di esclusione dalla gara, deve essere idoneamente sigillato e deve pervenire, a mezzo raccomandata del servizio postale, oppure mediante agenzia di recapito autorizzata, entro le ore 14.00 del giorno 11 giugno 2014, esclusivamente all'indirizzo indicato nel bando di gara”*;

VISTE le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dall'istante attengono alla legittimità o meno sia di un contratto di avvalimento sottoposto a condizione potestativa, sia della modalità di consegna dell'offerta da parte dell'aggiudicatario e che esse possono essere decise ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006*;

CONSIDERATO che, in merito alla prima questione, l'Autorità ha già espresso la propria posizione in casi simili all'odierna controversia, inerenti clausole apposte al contratto di avvalimento analoghe a quella oggetto di contestazione, da ultimo nel *parere n. 77 del 13 maggio 2015*, nonché nei *pareri n. 88 del 23 aprile 2014, n. 203 del 18 dicembre 2013 e n. 143 dell'11 settembre 2013*, nei quali è stato chiarito che l'apposizione di tali condizioni al contratto di avvalimento, rende incerta l'operatività del contratto e, dunque, non certa l'assunzione dell'impegno in esso contenuto, con conseguente mancata prova del possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che ne è privo e che ha fatto ricorso all'avvalimento per dimostrarlo;

CONSIDERATO, altresì, che in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, da

ultimo nella sentenza del *Consiglio di Stato, sez. V, n. 413 del 27 gennaio 2014* che, in una causa inerente una fattispecie analoga a quella oggetto della presente controversia, ha affermato che una tale clausola si sostanzia in una condizione sospensiva meramente potestativa, che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento;

RITENUTO che, nel caso di specie, siano applicabili i medesimi principi di diritto già espressi da questa Autorità e ritenuto, pertanto, che il contratto di avvalimento, prodotto dalla società G. Procaccini 2 Srl e stipulato con la società Francesco Serino Costruzioni Srl, non sia conforme alla disciplina di cui all'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 a causa della particolare condizione apposta allo stesso e che, conseguentemente, il concorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per mancato possesso dei requisiti di qualificazione richiesti;

RITENUTO, altresì, che tale motivo di illegittimità sia assorbente rispetto agli altri oggetto di contestazione nella presente controversia;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dalla società G. Procaccini 2 Srl non sia conforme alle disposizioni che disciplinano l'istituto dell'avvalimento, stante la sottoposizione dell'efficacia del contratto alla condizione sospensiva meramente potestativa riportata nelle premesse e che, conseguentemente, l'ammissione alla gara del concorrente non è legittima, per mancato possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 giugno 2015

Per il Segretario Maria Esposito: Rosetta Greco