

Parere n.87 del 30/05/2012

PREC 51/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla E.M. Style di Emilio Mottola – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria aree a verde ed impianti già esistenti – VI Lotto*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Data di pubblicazione del bando: 20.12.2011 – Importo a base d'asta: euro 251.740,00 – S.A.: Comune di Monza.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 febbraio 2012 è pervenuta l'istanza di indicata in epigrafe, con la quale la ditta E.M. Style di Emilio Mottola ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta per avere manifestato la volontà di ricorrere all'istituto dell'avvalimento con riferimento esclusivo al requisito della direzione tecnica.

L'istante chiede quindi se sia possibile partecipare a gare d'appalto di lavori pubblici avvalendosi, ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 del DPR n. 207/2010, soltanto del requisito della direzione tecnica dell'impresa ausiliaria, senza avvalersi di tutta la struttura tecnico-organizzativa della stessa, essendo la ausiliata in possesso di attrezzatura e manovalanza proprie in grado di assolvere alla prestazione contrattuale oggetto dell'appalto.

In esito all'istruttoria, formalmente avviata in data 15 marzo 2012, la S.A. ha ribadito la conformità del proprio operato all'ordinamento di settore.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta dal Comune di Monza nei confronti della ditta E.M. Style di Emilio Mottola per le ragioni evidenziate in fatto.

Al riguardo occorre premettere che l'istituto dell'avvalimento – di derivazione comunitaria – disciplinato dall'ordinamento italiano dall'art. 49 D.Lgs. n. 163 del 2006, ha portata generale ed è finalizzato a consentire alle imprese singole, consorziate o riunite, che intendano partecipare a una gara, di poter soddisfare i richiesti requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo avvalendosi dei requisiti o dell'attestazione S.O.A. di altro soggetto.

Pertanto, in ogni caso, ed a prescindere da espressa disposizione del bando, alle imprese che intendano concorrere a una gara di appalto e siano carenti dei suddetti requisiti o della certificazione S.O.A. che li compendia, è consentito di soddisfare i requisiti medesimi con l'ausilio

dell'avvalimento, a condizione però di permettere alla S.A. di verificare che il candidato offerente disponga effettivamente delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496).

La finalità dell'avvalimento non è, invero, quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma solo quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se ed in quanto da questi integralmente, non solo posseduti, ma anche prestati per l'occasione, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche garanzia di efficiente e sicura esecuzione degli appalti.

Del resto, lo stesso divieto di utilizzo frazionato dei requisiti, posto dall'art. 49, co. 6, D.lgs. 163/2006, vale sia nei confronti di più imprese ausiliarie sia nei confronti di una sola impresa ausiliaria, essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile.

Tale ultima interpretazione è confermata dalla intervenuta abrogazione del comma 7, del medesimo art. 49, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2008, in cui era anche previsto che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso, nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili, giusta art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

Inoltre, in tema di avvalimento, è onere dell'impresa concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito richiesto, quale mero valore astratto, ma assume altresì l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344). Questo perché, nell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso la S.A., ad apprestare le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto.

L'avvalimento delineato dall'art. 49 cit. (quale contratto atipico, in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente e della S.A. a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto) non può avere, perciò, un contenuto assolutamente generico e indefinito per quanto attiene la costruzione del rapporto obbligatorio; la necessità, infatti, di produrre sia la "dichiarazione" di avvalimento sia il "contratto" stipulato con l'impresa ausiliaria, non può tradursi in incombenze meramente formali, ma deve sostanziarsi nell'impegno concreto a mettere a disposizione diretta della partecipante le risorse necessarie a corredo del requisito tecnico richiesto, in assenza delle quali è impedita la partecipazione alla gara di che trattasi.

Ciò premesso, dall'esame della documentazione in atti emerge che per la partecipazione alla gara in oggetto la stazione appaltante ha richiesto l'attestazione di qualificazione S.O.A. nella categoria OS24 e che la ditta E.M. Style, che aveva dichiarato l'intenzione di avvalersi dell'attestato di qualificazione del Consorzio Stabile AL.MA, è stata ammessa con riserva a causa della genericità degli impegni contenuti nel contratto di avvalimento presentato e della mancanza della dichiarazione dell'ausiliaria attestante l'assenza di avvalimenti in corso degli stessi requisiti (come prescritto a pag. 5 del disciplinare di gara).

In riscontro alla richiesta di chiarimenti della S.A., la ditta E.M. Style, diversamente da quanto in precedenza dichiarato, ha sostenuto di essere tecnicamente ed economicamente organizzata per l'esecuzione dell'appalto e di poter limitare l'ausilio del nominato Consorzio esclusivamente alla direzione tecnica. Nuovamente invitata dalla S.A., la ditta ribadiva di essere in grado di realizzare in proprio i lavori riducendo l'avvalimento della S.O.A. al mero utilizzo della direzione tecnica e per tale ragione, veniva esclusa dalla gara in oggetto.

Tale esclusione è assolutamente conforme all'ordinamento di settore, in quanto l'attestazione S.O.A. nell'appalto di lavori è il solo documento che compendia ed esaurisce in sé la dimostrazione dei requisiti necessari per contrarre con la S.A., senza di che non è dato indagare sul contenuto delle dichiarazioni fornite dalla ditta ausiliata.

Inoltre, a ben vedere, nelle note di riscontro ai chiarimenti ripetutamente richiesti dalla S.A., la ditta ha omesso di presentare la dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante l'assenza di avvalimenti in corso degli stessi requisiti, alla stregua del comma 8, dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006; ha dichiarato di essere in grado di realizzare i lavori in proprio, in violazione della normativa in materia di qualificazione *ex art. 40* che richiede il possesso dell'attestazione S.O.A. quale requisito indispensabile per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore ad euro 150.000,00; non ha indicato nel contratto di avvalimento le risorse e i mezzi prestati in modo compiuto, esplicito ed esauriente (art. 88, comma 1, lett. a) D.P.R. n. 207/2011), snaturando così l'istituto in parola che impone all'impresa partecipante di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore l'esclusione della ditta E.M. Style.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito