

PARERE N. 174 DEL 24/10/2012

PREC 160/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Fonni Costruzioni snc di Serusi Gian Mario & C.– “Esecuzione dei lavori di rimozione di manufatti contenenti amianto nell’ex inceneritore in località Tuccurutai” – Importo a base di gara € 534.022,91– S.A.: Comune di Nuoro. Avvalimento attestazione SOA. Esclusione bando gara. Illegittimità. Art. 49 D.Lgs. 163/2006.

Avvalimento attestazione SOA. Esclusione bando gara. Illegittimità. Art. 49 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 maggio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la Società Fonni Costruzioni snc di Serusi Gian Mario & C. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dal Comune di Nuoro per l’affidamento dei lavori in oggetto, nella parte in cui non ammette il ricorso all’avvalimento.

Il punto 13 del disciplinare, sotto la rubrica “Avvalimento” stabilisce che “*Per tutte le prestazioni non è ammesso il ricorso all’avvalimento*”.

La questione controversa è sorta in quanto la ditta istante, regolarmente iscritta all’Albo Nazionale Gestori Ambientali secondo i requisiti richiesti dal bando, categoria 10 A e 10 B classe D, è priva di attestazione SOA, richiesta dal disciplinare di gara nelle categorie e classifiche di interesse (par. 8 e 12). Per tale ragione, in data 19 giugno 2012 la Fonni Costruzioni snc ha sottoposto al Comune di Nuoro specifico quesito in ordine alla possibilità di fare ricorso all’istituto dell’avvalimento, ma la stazione appaltante, nell’escludere tale possibilità, ha riconosciuto alla ditta esclusivamente l’opportunità di partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese, secondo quanto previsto nel disciplinare di gara, al par. 10).

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 31 luglio 2012, la stazione appaltante ha presentato memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa in esame concerne la legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dal Comune di Nuoro per l’affidamento dei lavori in oggetto, nella parte in cui prevede che “*Per tutte le prestazioni non è ammesso il ricorso all’avvalimento*”.

La previsione in contestazione è illegittima.

Si osserva al riguardo, infatti, che la clausola che esclude la possibilità di ricorrere all’avvalimento si pone in aperto contrasto con gli art. 47 e 48 della direttiva comunitaria 2004/18 e con l’art. 49 del D.Lgs.163/2006. Invero, secondo il dettato comunitario e nazionale, l’avvalimento dei requisiti speciali è, in linea di principio, di applicazione generale e consente al partecipante ad una gara di avvalersi dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico di un altro soggetto (cfr. AVCP, parere n. 22 del 9.2.2011, Consiglio di Stato, Sez. III, n.6040 del 15.11.2011, Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n.512 del 2.2.2011).

Come affermato in giurisprudenza, “*L’istituto dell’avvalimento... è finalizzato a consentire alle imprese singole, consorziate o riunite, che intendano partecipare ad una gara pubblica, di poter soddisfare i requisiti economici, finanziari, tecnici ed organizzativi, ovvero quelli concernenti l’attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell’attestazione SOA di altro soggetto. Siffatto istituto trova dunque, applicazione in ogni caso, a prescindere da*

un'espressa disposizione del bando, a favore di qualsiasi impresa che, volendo partecipare ad una gara ed essendo carente dei requisiti all'uopo richiesti, li soddisfi in virtù dell'avvalimento” (Cons. Stato Sez. V, 08-10-2011, n. 5496).

“Nel sistema degli appalti pubblici il ricorso all'avvalimento, istituto di derivazione comunitaria, è disciplinato dall'ordinamento italiano dall'art. 49 del [d.lgs. n. 163/2006](#) con portata generale, in quanto finalizzato a consentire alle imprese singole, consorziate o riunite, che intendono partecipare ad una gara, di poter soddisfare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto” (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 14-01-2012, n. 362);

Da quanto sopra riportato nonché dalla lettura della disposizione che disciplina l'istituto in parola, emerge con tutta evidenza (*in claris non fit interpretatio*) che se le ditte concorrenti possono ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche nel caso in cui il bando non contenga alcun riferimento ad esso, la clausola di *lex specialis* che ne escluda il ricorso non può che ritenersi illegittima per contrarietà alla normativa nazionale e a quella comunitaria.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il paragrafo 13) del disciplinare di gara, laddove esclude il ricorso all'istituto dell'avvalimento per il possesso della certificazione SOA nelle categorie e classifiche di interesse è illegittimo per contrasto con la disciplina comunitaria e l'art. 49 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito