

## Parere n.128 del 17/07/2013

### PREC 119/13/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania – “*Affidamento del servizio di ristorazione destinato agli studenti universitari, dipendenti ed utenti esterni*” – Importo a base di gara euro 10.800.000,00 – S.A.: Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania.

**Appalto escluso ex All. II-B; art. 38 del Codice; dichiarazione sull'insussistenza di cause d'esclusione; contratto di avvalimento ed obblighi dell'ausiliaria; sufficienza del riferimento all'attestazione SOA.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 16 maggio 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania chiede il parere dell'Autorità in ordine alle decisioni da assumere nell'ambito della procedura aperta, *indetta* con bando del 9 gennaio 2012, per l'affidamento quinquennale *del servizio di ristorazione (lotto n. 1) e dei lavori di adeguamento impiantistico degli edifici destinati al servizio (lotto n. 2)*, di importo complessivo pari ad euro 10.800.000,00 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito delle sedute di gara svoltesi dal 15 ottobre al 21 dicembre 2012, migliore offerente ed aggiudicataria provvisoria è risultata l'a.t.i. Pellegrini s.p.a. (con il totale di 84,84 p.); seconda classificata l'a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l. (con il totale di 81,89 p.); terza classificata l'a.t.i. Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (con il totale di 69,75 p.).

Con separate diffide stragiudiziali, i concorrenti non aggiudicatari hanno chiesto alla stazione appaltante di riesaminare taluni profili attinenti alla regolarità e completezza delle domande di partecipazione presentate dai raggruppamenti collocatisi primo e secondo in graduatoria. Vengono pertanto sottoposti all'Autorità i seguenti quesiti:

**A)** quanto alla mancata esclusione dell'a.t.i. Pellegrini s.p.a., prima classificata:

- se sia regolare la documentazione prodotta dalla mandante Costruzioni Edil Ponti soc. coop., che non avrebbe allegato le dichiarazioni sull'insussistenza di cause di esclusione del vice-presidente Nunzio Giannone e dell'amministratore (cessato dalla carica) Fortunato Antonuzzo;
- se sia regolare la documentazione prodotta dall'ausiliaria Coge Impianti soc. coop., che avrebbe prodotto una generica ed incompleta dichiarazione a firma del legale rappresentante Tiziana Campanaro e non avrebbe allegato le dichiarazioni sull'insussistenza di cause di esclusione dei direttori tecnici Giuseppe Ventura, Biagio Frasca e Massimo Roberto Agrò;
- se sia completa la certificazione antimafia riguardante l'intero raggruppamento, che non avrebbe prodotto in sede di offerta la dichiarazione relativa a tutti i componenti dell'organo di amministrazione e del collegio sindacale, contravvenendo a quanto stabilito dall'art. 17 della legge regionale n. 12 del 2011;
- se sia conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara il contratto di avvalimento con cui l'ausiliaria Coge Impianti soc. coop. ha dichiarato di mettere a disposizione della mandante Costruzioni Edil Ponti soc. coop. il requisito dell'attestazione SOA nella categoria OG11 – classifica II, senza alcun riferimento al requisito economico del fatturato globale d'impresa di euro 500.000,00 nell'ultimo triennio, per lavori appartenenti alla categoria OG11, così come richiesto dal paragrafo II.2.2) del bando di gara per il lotto n. 2;

**B)** quanto alla mancata esclusione dell'a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l., seconda classificata:

- se sia completa la dichiarazione sull'insussistenza di cause di esclusione, ove non sarebbe contemplata la posizione di Giuliana Belfiore e Claudio Tintori, amministratori della società Lorenzo de Medici s.r.l. che avrebbe ceduto alla mandataria La Cascina Global Service s.r.l. (con contratto di subaffitto stipulato il 5 marzo 2012) il ramo d'azienda costituito dal ristorante interno all'International Camping Etruria di Castagneto Carducci.

Con nota del 29 maggio 2013, l'Autorità ha comunicato l'avvio del procedimento alla stazione appaltante ed alle società concorrenti, che hanno fatto pervenire memorie e documenti.

#### *Ritenuto in diritto*

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda l'ammissione dell'a.t.i. Pellegrini s.p.a. (aggiudicataria provvisoria) e dell'a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l. (seconda classificata) alla gara per l'appalto quinquennale del servizio *di ristorazione e per l'esecuzione dei lavori di adeguamento impiantistico delle mense, indetta dall'Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania.*

A) Il primo e più esteso nucleo di censure attiene alla posizione dell'a.t.i. Pellegrini s.p.a., in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed al contratto di avvalimento stipulato dalla mandante Costruzioni Edil Ponti soc. coop. per assicurarsi la qualificazione della categoria OG11.

Quanto al primo profilo, va premesso che l'oggetto principale dell'appalto è costituito dal servizio di ristorazione, mentre l'esecuzione dei lavori riveste carattere accessorio: la gara rientra, pertanto, nella previsione dell'art. 20 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che per i servizi elencati nell'Allegato II-B esclude l'integrale applicazione della disciplina codicistica, con l'eccezione degli artt. 65, 68 e 225 in tema di specifiche tecniche ed avvisi sui risultati.

Ad ogni modo, l'Autorità ha già avuto modo di chiarire che anche per gli appalti esclusi le imprese concorrenti devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del Codice, che esprime un principio di tutela della *par condicio*, dell'imparzialità e dell'efficacia dell'azione amministrativa, con la precisazione che in tale ambito può non esigersi il rigore formale ed il rispetto dei vincoli procedurali dettati per i servizi ordinari, restando tuttavia inderogabile la regola sostanziale secondo cui i soggetti affidatari devono possedere i requisiti morali previsti dalla norma ed il possesso di tali requisiti va verificato da parte della stazione appaltante prima della stipula del contratto (cfr. A.V.C.P., parere 11 luglio 2012 n. AG-10/12; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2012 n. 2825; Id., sez. VI, 15 giugno 2010 n. 3759).

*Assume così rilievo decisivo, secondo il principio dell'autovincolo, la disciplina contenuta nella lex specialis di gara approvata dall'Amministrazione. Nella fattispecie, deve però osservarsi che il paragrafo III.2.2) bando di gara non conteneva prescrizioni sufficientemente chiare ed univoche sugli obblighi dichiarativi a carico delle imprese concorrenti.*

*In dettaglio, era previsto (pag. 4) l'obbligo per ciascun concorrente di allegare, a pena d'esclusione, una "dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante in carta libera, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000" attestante l'insussistenza delle cause di esclusione di seguito elencate, tra cui (punto viii) eventuali sentenze definitive di condanna "relativamente agli amministratori muniti di rappresentanza e agli eventuali procuratori". A tal fine, era suggerito l'utilizzo del modulo di dichiarazione allegato al disciplinare di gara (All. 8), che a sua volta recava l'intestazione alla sola figura del legale rappresentante dell'impresa.*

*In altro punto, riferito alle modalità di dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, il bando obbligava altresì i concorrenti ad allegare una dichiarazione autocertificata contenente, tra l'altro, l'indicazione dei nominativi e dei dati anagrafici degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, degli eventuali procuratori e di tutti i soggetti indicati dall'art. 38 del Codice, anche se cessati dalla carica nel triennio precedente (pag. 6), nonché la generica dichiarazione "di non essere incorso, alla data di presentazione dell'offerta, in nessuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i., indicandole specificamente" e di "essere in regola con gli obblighi di cui alla legge n. 68/1999"*

(pag. 7).

*Venendo ai profili in contestazione, le parti hanno trasmesso all'Autorità copia della dichiarazione sottoscritta in data 13 aprile 2012 da Giovanni Salsetta, legale rappresentante della mandante Costruzioni Edil Ponti soc. coop., che include per quanto qui interessa: al punto a), i nominativi ed i dati anagrafici degli amministratori con poteri di rappresentanza, dei procuratori e di tutti i soggetti indicati dall'art. 38 del Codice, anche se cessati dalla carica; al punto g), l'attestazione di non essere incorso in alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice, alla data di presentazione dell'offerta.*

*In tal modo, deve ritenersi che l'impresa mandante abbia sostanzialmente adempiuto agli obblighi prescritti dal bando di gara a pena d'esclusione.*

*La mancata produzione della dichiarazione dell'amministratore (cessato dalla carica) Fortunato Antonuzzo e del vice-presidente Nunzio Giannone, quest'ultimo effettivamente titolare di poteri di rappresentanza e di gestione secondo le risultanze della visura camerale, non poteva costituire motivo d'esclusione.*

Secondo un principio più volte affermato dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, nelle pubbliche gare le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali sono normalmente rese non nell'interesse del solo soggetto che sottoscrive l'offerta, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente, sicché è ben possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche in vece degli altri amministratori coinvolti, purché nominativamente indicati, osservando le formalità di cui al D.P.R. n. 445 del 2000 (cfr. A.V.C.P., parere 21 novembre 2012 n. 192; in giurisprudenza: TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 novembre 2011 n. 1712; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7524). La mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice da parte di tutti gli amministratori dell'impresa non integra alcun vizio, ove la dichiarazione sia stata resa da uno dei legali rappresentanti con poteri di amministrazione a firma disgiunta, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche in relazione alla posizioni di terzi, inclusi gli altri amministratori eventualmente muniti di poteri di rappresentanza (così, su fattispecie analoghe: Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2012 n. 3590; Id., sez. V, 27 maggio 2011 n. 3200).

Nel caso specifico, le richiamate clausole del bando di gara non ostano all'applicazione di tale principio generale, ben prestandosi ad essere interpretate in coerenza con esso e secondo la regola generale del *favor participationis*, codificata dal comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi le stazioni appaltanti possono escludere i concorrenti soltanto in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta, così vietando di sanzionare con l'esclusione qualsivoglia carenza formale riscontrata nella documentazione e nelle dichiarazioni sostitutive prodotte dai concorrenti. Identica conclusione vale in ordine all'asserita incompletezza della documentazione amministrativa prodotta dall'ausiliaria Coge Impianti soc. coop., che si sarebbe limitata a rendere una generica dichiarazione, a firma del legale rappresentante Tiziana Campanaro, sull'insussistenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 38 del Codice e non avrebbe allegato le dichiarazioni individuali dei direttori tecnici Giuseppe Ventura, Biagio Frasca e Massimo Roberto Agrò.

Come si è visto, il paragrafo III.2.2) del bando di gara non annoverava esplicitamente i direttori tecnici tra i soggetti tenuti a sottoscrivere la dichiarazione autocertificata sull'insussistenza di precedenti penali da allegare all'offerta. E ciò valeva *a fortiori* per l'impresa ausiliaria sulla quale, nel silenzio del bando ed in difetto di puntuali indicazioni all'interno del fac-simile *allegato al disciplinare di gara* (All. 8), neppure poteva farsi gravare uno specifico onere dichiarativo.

Con riferimento alla disciplina dell'avvalimento, non si può negare la necessità che l'impresa ausiliaria documenti il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice, anche al di là di quanto stabilito dalla *lex specialis* di gara: l'art. 49, secondo comma – lett. b) e c), del Codice

richiede che entrambe le imprese, concorrente ed ausiliaria, presentino una dichiarazione con cui si attesti il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 ed è pacifica la loro necessaria riferibilità tanto all'impresa avvalsa quanto a quella ausiliaria, trattandosi di requisiti di ordine pubblico inerenti a qualità personali del concorrente (cfr. *A.V.C.P., parere 6 ottobre 2011 n. 173*).

Ma nella fattispecie, in assenza di un espresso richiamo nel bando di gara, non potrebbe farsi automatica e diretta applicazione dell'obbligo formale sancito dall'art. 49, secondo comma, del Codice, trattandosi di procedura avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi rientrante nell'Allegato II-B al Codice.

Correttamente, pertanto, la commissione di gara ha giudicato sufficiente ai fini dell'ammissione che la Coge Impianti soc. coop. abbia prodotto una dichiarazione del legale rappresentante Tiziana Campanaro, attestante l'insussistenza di cause soggettive di esclusione ai sensi dell'art. 38 del Codice. Resta comunque fermo il dovere della stazione appaltante di procedere, prima della stipula del contratto, alla verifica d'ufficio circa l'assenza di precedenti penali e di altre circostanze impeditive a carico di tutti gli altri amministratori e direttori tecnici della società ausiliaria. Ciò anche in ossequio al principio frequentemente ribadito dalla giurisprudenza, secondo cui non è consentita l'esclusione del concorrente che sia incorso in imprecisione o incompletezza della domanda, quando gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'Amministrazione costituiscano ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione e, soprattutto, quando si tratti di porre rimedio ad incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando di gara o della normativa applicabile (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068; Id., sez. V, 4 febbraio 2004 n. 364; Id., sez. V, 4 luglio 2002 n. 3685). Nelle ipotesi di equivocità delle prescrizioni del bando di gara, la tutela del legittimo affidamento impone che si dia alla *lex specialis* una lettura idonea a salvaguardare la posizione dei concorrenti in buona fede, dispensandoli dal dover ricostruire, attraverso indagini integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della stazione appaltante, che vanifichino il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009 n. 3320). In termini analoghi, l'Autorità ha più volte affermato che la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano prodotto talune dichiarazioni non comprese puntualmente nello schema di domanda allegato al bando di gara, sussistendo senz'altro le condizioni per procedere alla richiesta di integrazione documentale ai sensi dell'art. 46 del Codice ovvero alla verifica d'ufficio della sussistenza dei requisiti di ammissione, onde evitare che le conseguenze dell'errore dell'Amministrazione possano essere traslate a carico dei partecipanti (così *A.V.C.P., parere 19 luglio 2012 n. 113; Id., parere 10 febbraio 2010 n. 34*).

Per le stesse ragioni, non può accogliersi la censura attinente alla mancata presentazione da parte delle imprese facenti parte dell'a.t.i. Pellegrini s.p.a. della certificazione antimafia relativa a tutti i componenti dell'organo di amministrazione e del collegio sindacale.

Infatti, l'invocato art. 17 della legge regionale siciliana n. 12 del 2011 stabilisce soltanto che le disposizioni normative che prevedono l'obbligo della certificazione antimafia sono estese, nel caso di società che partecipano ad appalti pubblici, ai componenti dell'organo di amministrazione e del collegio sindacale. In assenza di apposita clausola del bando di gara che imponga ai concorrenti di effettuare ulteriori adempimenti in sede di offerta, mediante dichiarazione autocertificata ovvero allegazione di documenti, resta onere della stazione appaltante di acquisire d'ufficio la certificazione antimafia anche nei confronti dei membri del consiglio d'amministrazione e del collegio sindacale, prima della stipula del contratto, senza possibilità di escludere il concorrente che non vi abbia spontaneamente provveduto.

Passando al secondo profilo, viene contestata la mancata esclusione dell'a.t.i. Pellegrini s.p.a. in relazione al contratto di avvalimento stipulato il 13 aprile 2012, con il quale l'ausiliaria Coge Impianti soc. coop. ha dichiarato (art. 2) di mettere a disposizione della mandante Costruzioni Edil Ponti soc. coop. il requisito dell'attestazione SOA nella categoria OG11 – classifica II.

Il paragrafo II.2.2) del bando di gara prescriveva, per il lotto n. 2 (lavori di adeguamento impiantistico degli edifici nei quali si svolge il servizio di mensa universitaria), il possesso del

seguinte requisito: “Aver generato un fatturato globale d’impresa per lavori di cui alle categorie OG11 negli ultimi tre esercizi pari o superiore a euro 500.000,00 i.v.a. esclusa”.

Agli appalti misti di servizi e lavori è applicabile la previsione generale dall’art. 15 del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi “L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”.

E’ noto che per l’esecuzione di appalti pubblici di servizi e forniture il legislatore non ha istituito un sistema di qualificazione unico, cosicché la verifica della capacità tecnica ed economica va effettuata per singola gara, mediante la comprova del possesso dei requisiti speciali fissati dal bando sulla base degli artt. 41 e 42 del Codice. Viceversa, nel caso di affidamento di appalti misti che comprendano l’esecuzione di lavori di importo superiore a 150.000 euro, le imprese concorrenti devono qualificarsi mediante il possesso dell’attestazione SOA per la categoria e classifica richiesta dalla stazione appaltante (cfr. A.V.C.P., parere 30 maggio 2012 n. 89; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n.363).

In tal senso, è pacifico che il possesso della qualificazione attestata dalla certificazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente ad assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ai fini dell’affidamento dei lavori pubblici per la categoria e la classifica individuate dalla stazione appaltante (cfr. A.V.C.P., parere 17 dicembre 2008 n. 264 ed i numerosi precedenti ivi citati).

Di conseguenza, la clausola inserita al paragrafo II.2.2) del bando di gara approvato dall’Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania non può che interpretarsi, conformemente ai principi che regolano il sistema unico di qualificazione per l’esecuzione dei lavori nell’ambito degli appalti misti, nel senso di considerare sufficiente il possesso da parte dei concorrenti dell’attestazione SOA per la categoria OG11 – classifica II (fino a euro 516.000), eventualmente acquisita mediante avvalimento.

Risulta perciò idonea, tal fine, la formula utilizzata dalla Coge Impianti soc. coop. e dalla Costruzioni Edil Ponti soc. coop. all’interno del contratto di avvalimento.

Per tutto quanto sopra, l’avviso dell’Autorità è che siano infondate tutte le censure dedotte dai raggruppamenti secondo e terzo classificato avverso la mancata esclusione dell’a.t.i. Pellegrini s.p.a., aggiudicataria provvisoria.

**B)** Per completezza, va infine esaminata la questione prospettata dall’a.t.i. Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (terza classificata) in merito alla posizione dell’a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l. (seconda classificata). Quest’ultima avrebbe omesso di dichiarare l’insussistenza di cause di esclusione in capo a Giuliana Belfiore e Claudio Tintori, amministratori della società Lorenzo de Medici s.r.l., dalla quale avrebbe acquisito, con contratto di subaffitto in data 5 marzo 2012, la gestione temporanea del ramo d’azienda costituito dal ristorante situato nell’International Camping Etruria di Castagneto Carducci.

La censura è infondata.

La giurisprudenza ha chiarito che, in presenza di interpretazioni oscillanti circa l’ampiezza dell’onere dichiarativo discendente dall’art. 38, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici ed in assenza di una puntuale prescrizione del bando gara, non può essere escluso il concorrente che abbia omesso la dichiarazione riferita agli amministratori della società che ha ceduto il ramo d’azienda ovvero ha preso parte al procedimento di fusione o incorporazione societaria, potendo provvedersi all’esclusione solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 10; Id., ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21).

Nella fattispecie, siffatta conclusione è rafforzata dal fatto che l’appalto in questione rientra nell’elenco dell’Allegato II-B al Codice e che, come si è visto, se da un lato non può dubitarsi che le imprese concorrenti debbano essere immuni dalle ipotesi di esclusione di cui all’art. 38 del Codice, dall’altro non può applicarsi alla fase di ammissione il medesimo rigore formale e procedurale invalso per gli appalti dei servizi ordinari, in difetto di apposite previsioni più rigorose nella lex

specialis di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

**Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che l'Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania ha legittimamente ammesso, nella gara in epigrafe, l'a.t.i. Pellegrini s.p.a. e l'a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente : Sergio Gallo

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013*

Il Segretario Maria Esposito