

Deliberazione n. 220 del 28 Giugno 2007

PREC187/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'ANAS s.p.a. - bando CT2006-06 Gara n. 1, lavori di manutenzione ed impianto opere in verde, in tratti saltuari, lungo le strade statali nn. 124, 287, 194 e 514.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 27.10.2006 l'ANAS S.p.a. Sezione Compartimentale di Catania, poneva a gara il bando per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto, da aggiudicarsi mediante procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per un importo complessivo a base d'asta di Euro 258.711,28.

La Manutenzione Strade s.a.s., risultata aggiudicataria dei lavori, non possedendo la qualificazione nella categoria OS24, partecipava alla gara in avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d. Lgs n. 163/2006, con l'Impresa GEO.RAS s.r.l. in possesso di qualificazione OS24.

Intervenuta l'aggiudicazione definitiva dei lavori a favore della stessa Impresa, nel corso delle verifiche propedeutiche alla stipula del contratto, emergeva che la certificazione SOA dell'Impresa ausiliaria GEO.RAS s.r.l. risultava scaduta il 28.2.2007.

A riscontro di ciò, l'Impresa Manutenzione Strade s.a.s. chiedeva alla S.A. di voler ammettere la sostituzione dell'Impresa ausiliaria indicata in sede di gara, con una nuova impresa ausiliaria, la GKC Costruzioni Generali, in possesso di attestazione SOA in corso di validità per la categoria richiesta dal bando di gara in esame.

In data 8.05.2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'ANAS S.p.a., richiede parere in merito alla richiesta formulata dall'Impresa Manutenzione Strade s.a.s.

In sede di istruttoria documentale, l'Impresa Manutenzione Strade s.a.s. ha rappresentato la correttezza del proprio operato, ritenendo di aver dimostrato il possesso dei requisiti in corso di validità alla data di presentazione dell'offerta, non richiedendo la *lex specialis* espressamente il permanere dei requisiti per il tempo di esecuzione dei lavori.

Ritenuto in diritto

L'istituto dell'avvalimento, di cui all'art.49, comma 1, del d. Lgs n. 163/2006, disciplina la possibilità, per una società partecipante ad una gara, di dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione richiesti da una stazione appaltante mediante le risorse e le capacità di un'altra società.

La disciplina dell'istituto in questione richiede l'effettiva disponibilità dei mezzi dei quali ci si avvale e la relativa prova della disponibilità delle capacità altrui deve essere necessariamente resa in fase antecedente alla presentazione dell'offerta, al fine di evitare ricostruzioni *ex post*, suscettibili di poter essere interpretati come lesivi della garanzia della serietà dell'offerta nonché del rispetto della *par condicio* fra concorrenti.

Quanto sopra trova conferma nel comma 2, lettera a), dell'articolo 49 citato secondo il quale la dichiarazione del concorrente attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, è verificabile ai sensi dell'articolo 48 del medesimo decreto legislativo e cioè con il controllo del possesso dei requisiti prima di procedere all'apertura delle offerte.

Il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto.

Diversamente opinando, si verrebbe a determinare una crisi nel possesso dell'imprescindibile titolo abilitante per chi voglia eseguire lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro costituito dall'attestazione SOA.

Nel caso di specie, l'impresa di cui si avvale l'aggiudicatario è in possesso di attestazione SOA scaduta e quindi priva della prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria indispensabili per la partecipazione alla gara e per l'affidamento dei lavori pubblici. Non ricorrono pertanto le condizioni per poter stipulare il contratto di appalto.

Per quanto attiene alla richiesta dell'aggiudicatario di sostituire, prima della stipula del contratto, l'impresa della quale intende avvalersi, si evidenzia che è inibita ogni forma di sostituzione della qualità di contraente non solo attraverso una cessione come *nomen iuris* di uno specifico schema contrattuale, ma anche come effetto giuridico derivante dalla successione di un terzo ad un concorrente. Tali principi trovano ampio riscontro nella giurisprudenza che ha affermato che le norme che regolano le gare di appalto stabiliscono analiticamente quali requisiti soggettivi ed oggettivi devono avere le imprese partecipanti ad una gara di appalto di opere pubbliche, per cui l'impresa partecipante, in quanto tale, non può cedere ad un'altra impresa nel corso della gara la propria posizione di partecipante. Non può infatti avvenire che un'impresa, che non abbia partecipato alla gara ed i cui requisiti soggettivi ed oggettivi non siano stati prima valutati dall'Amministrazione, possa risultarne aggiudicataria.

In sostanza il contratto di appalto si caratterizza, contrariamente a quanto affermato dall'impresa Manutenzione Strade s.a.s., per avere natura personale, per cui non è consentita l'aggiudicazione della procedura selettiva in favore di un soggetto senza che abbia avuto luogo il subprocedimento di valutazione del possesso dei requisiti: nell'arco temporale tra l'inizio della gara e la stipula del contratto vi è solo la posizione di partecipante alla gara, posizione che è incredibile, per cui non ha alcun effetto la cessione che dovesse essere comunque effettuata.

Né sono applicabili al caso di specie le ipotesi di cui all'articolo 51 del d. Lgs. n. 163/2006 relative alle vicende soggettive dell'aggiudicatario - cessione, affitto di azienda o di ramo d'azienda, trasformazione, fusione o scissione di società-, in quanto trattasi di ipotesi tassative, di stretta applicazione perché derogatorie del principio di non modificazione del contraente individuato con procedura ad evidenza pubblica.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore la richiesta formulata dall'Impresa Manutenzione Strade s.a.s.

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 Luglio 2007