



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 94 DEL 8 febbraio 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da S.I.M.A.EL. di Zocco Raffaele & C. S.a.s./ Comune di Santa Croce Camerina. Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana del Belvedere attrezzato nell'area dell'ex caserma della Guardia di Finanza in via F.lli Bandiera, località Punta Secca. Criterio di valutazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara. 385.632,05 euro.

PREC 54/16/L

Avvalimento. Compiti essenziali. Presupposti per l'applicazione della limitazione all'esecuzione di un terzo.

Deve ritenersi legittima l'esclusione di un impresa che non possedendo in proprio i requisiti abbia manifestato l'intenzione di avvalersi del prestito da parte di ausiliaria qualificata per lavorazioni dichiarate "compiti essenziali" ex art. 89 comma 4 del Codice e riservati dalle disposizioni del bando all'esecuzione dell'offerente.

Artt.89 comma 4 D.lgs.50/2016;

Il Consiglio

Considerato in fatto:

Con l'istanza prot. n. 158612 del 26 ottobre 2016, la società S.I.M.A.EL. di Zocco Raffaele & C. S.a.s. chiedeva a questa Autorità un parere sulla legittimità del bando di gara nella procedura in oggetto che, riconducendo le prestazioni di cui alla cat. OG3 ai "compiti essenziali" di cui all'art. 89 comma 4 del Codice, limitava la possibilità di eseguirle tramite l'istituto dell'avvalimento. In conseguenza di tale previsione, la stazione appaltante aveva escluso l'istante dalla gara in quanto, priva dell'attestazione SOA nella categoria richiesta, aveva dichiarato di volersi avvalere del Consorzio stabile EBG per l'esecuzione delle prestazioni di cui alla cat. OG3.

La società chiedeva in particolare se l'art. 89 comma 4 sia da interpretare nel senso di impedire l'esecuzione delle prestazioni ritenute dalla stazione appaltante quali compiti essenziali da parte dell'ausiliaria o di impedire del tutto la partecipazione alla gara da parte dell'ausiliata. Chiedeva inoltre di specificare quali prestazioni siano riconducibili alla definizione normativa di "compiti essenziali" e se queste debbano essere dotate di un elevato grado di complessità tecnica e realizzativa. Chiedeva infine se sia necessario prevedere negli atti programmatici e progettuali oltre che nel bando di gara le prestazioni oggetto di preclusione.

All'istanza di precontenzioso, il comune dichiarava di non voler aderire e di aver già sottoscritto il contratto con la società risultata aggiudicataria. Nella propria memoria di replica precisava che l'istante non possiede la qualificazione nella categoria richiesta dal bando come prevalente in cl. II né nella scorporabile OG 10 cl.I, ma avrebbe prodotto soltanto certificati di esecuzione lavori nella cat. OG1, di importo nettamente inferiore al richiesto. Evidenziava quindi che la documentazione prodotta risulta incongrua con le richieste del bando e sottolineava la partecipazione ampia delle ditte concorrenti a



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

conferma dell'inesistenza di una violazione del principio del favor participationis invocato da parte avversa.

Ritenuto in diritto

L'art. 89 comma 4 prevede che: *“Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”*

Si tratta di una delle novità introdotte alla disciplina dell'avvalimento dal nuovo Codice: la facoltà che viene riconosciuta alle stazioni appaltanti di escludere in determinati casi il ricorso all'avvalimento. Nonostante la norma faccia riferimento alla svolgimento di determinati compiti e quindi alla fase esecutiva dell'appalto, dal suo inserimento nella disciplina dell'avvalimento si deduce che implica l'obbligo dell'offerente di possedere in proprio la qualificazione relativa ai suddetti compiti, non essendo quindi ammessa la possibilità che per l'esecuzione degli stessi si avvalga di un'impresa ausiliaria, tramite prestito dei requisiti da parte della stessa. La norma riproduce in maniera testuale la previsione contenuta nella Direttiva UE 2014/24 (articolo 63, comma 2). Non viene tuttavia offerta alcuna chiave interpretativa per identificare quali possano essere i *“compiti essenziali”* per i quali si può precludere il ricorso all'avvalimento e la conseguente esecuzione da parte dell'impresa ausiliaria. Specie per i lavori, caratterizzati da una unitarietà di esecuzione, può risultare difficile scorporare dall'insieme complessivo delle prestazioni *“compiti essenziali”* per sancirne l'obbligo di esecuzione diretta da parte dell'appaltatore principale. Non essendo ancora emanate linee guida, l'individuazione delle fattispecie da ricondursi al dettato normativo è lasciata alla discrezionalità delle Amministrazioni appaltanti.

In ogni caso, la definizione non è da confondersi con l'altra preclusione all'avvalimento prevista al successivo comma 11 dell'art. 89 che invece riguarda *“lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”*.

Nel caso del quarto comma infatti non sembra richiesta una peculiare complessità tecnica e realizzativa dei compiti da svolgere, ma soltanto una particolare attenzione del committente all'esecuzione di una parte delle prestazioni che nell'ambito del contratto siano determinanti per la complessiva realizzazione dell'opera.

Pertanto, non appare incongruo che in relazione alle finalità e all'oggetto del contratto, particolari cautele siano destinate soprattutto ad alcuni aspetti del lavoro o del servizio commissionato. E' importante, per l'individuazione dei compiti essenziali che questi siano scindibili in maniera oggettiva dal resto delle lavorazioni o servizi appaltati. L'individuazione di una specifica categoria di lavori come ricadente nell'attenzione della stazione appaltante permette di operare un distinguo non suscettibile di incertezze e confusioni. Nel caso di specie, infatti, la stazione appaltante ha individuato nella *lex specialis*, la categoria prevalente di lavorazioni (OG3) quale fattispecie da riservare all'esecuzione dell'aggiudicataria. Il punto 12 del bando prevede che *“la prestazione principale relativa alla categoria prevalente, intesa come compito essenziale, così come indicato nel presente bando di gara dovrà essere scelta dall'offerente o,*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, dal capogruppo/mandatario". Appare quindi corretto e legittimo l'uso della discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante che ha estrapolato una specifica categoria di lavorazioni, prevalente e quindi di indiscusso rilievo da destinare alla preclusione.

Peraltro, la società istante non avrebbe potuto svolgere in proprio le lavorazioni oggetto del contratto. Infatti, non possiede la necessaria attestazione SOA nella categoria OG3 prevalente e avrebbe potuto farvi fronte soltanto tramite il prestito dei requisiti da parte del Consorzio EBG. Anche per quanto attiene la categoria scorporabile, OG 10 cl.I, la SIMAEL non ha dimostrato i requisiti di capacità tecnico professionale necessari per partecipare alla procedura in oggetto: infatti ha prodotto certificati relativi a esperienze lavorative per opere di importo inferiore ai 150.000 euro, riconducibili alla cat. OG1.

Per quanto riguarda la specifica individuazione dei compiti essenziali, il bando di gara è la *lex specialis* che disciplina la procedura selettiva in ogni suo aspetto e le prescrizioni in esso contenute vincolano i concorrenti e l'amministrazione che non dispone di margini di discrezionalità nella sua completa attuazione.

Come afferma Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655: *"l'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti. Invero, nel bando di gara, l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito"*.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la legittimità dell'esclusione nella procedura in oggetto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2017

Il Segretario Maria Esposito