

Deliberazione n. 60 del 27.02.2007

PREC39/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla IMECO s.r.l.- lavori di riqualificazione del Porto Turistico di Marina di Cassano. S.A. Comune di Piano di Sorrento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

Il Comune di Piano di Sorrento ha indetto la gara a pubblico incanto per i lavori indicati in oggetto, per un importo di € 2.500.000,00.

Per l'esecuzione dell'appalto, oltre alla categoria prevalente OG7, classifica IV, il disciplinare di gara richiede una dichiarazione relativa alla proprietà ovvero alla disponibilità in via esclusiva dalla data di consegna lavori, di un mezzo di sollevamento marittimo (motopontone o pontone assistito da rimorchiatore) rispondente alle caratteristiche minime riportate nel capitolato speciale di appalto.

Inoltre, il medesimo disciplinare prevede la presentazione di una dichiarazione contenente l'indicazione nominativa delle imprese subappaltatrici, dei titolari di noli, nonché dei titolari di contratti derivati e subcontratti, comunque denominati e che gli stessi non siano in alcun modo collegati direttamente o indirettamente alle imprese partecipanti alla gara. In caso contrario i subappalti ovvero i subaffidamenti non saranno autorizzati.

In data 30 gennaio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'impresa IMELCO s.r.l. contesta le prescrizioni di gara sopra riportate, ritenendo, in relazione agli ulteriori requisiti, che per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici l'attestazione SOA è condizione necessaria e sufficiente e che dalla previsione di cui all'articolo 49, comma 6 del d. Lgs. n. 163/2006 - che consente, laddove vengano richieste particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese, la possibilità di prestare avvalimento nei confronti di più di un concorrente - comunque non è possibile far discendere la facoltà in capo alle S.A. di chiedere il possesso di particolari attrezzature.

La stazione appaltante, a riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, evidenziando che l'istante non ha partecipato alla gara, ha rappresentato che le particolari condizioni di accessibilità del sito, determinano la necessità di eseguire le opere esclusivamente per mare e pertanto la disponibilità del mezzo di sollevamento marittimo è una esigenza oggettiva indispensabile per l'esecuzione dei lavori.

Per quanto attiene alla dichiarazione concernente l'indicazione dei subappaltatori, la S.A. ha fatto presente che tale richiesta discende dal Protocollo di legalità sottoscritto con il Prefetto di Napoli.

Ritenuto in diritto

1. La dichiarazione concernente la proprietà ovvero la disponibilità in via esclusiva dalla data di consegna lavori, di un mezzo di sollevamento marittimo, ritenuto dalla S.A. indispensabile per l'esecuzione dell'appalto, sottende all'esigenza che in sede di gara venga data contezza che al

momento della stipula del contratto, in caso di eventuale aggiudicazione, l'appaltatore sia in possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

Come è stato rilevato dal Consiglio di Stato (sez. VI, 23.12.2005 n. 7376) "un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara" determina la necessità che "nel corso della procedura si dimostri che essi (*ndr.* i mezzi) saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali."

La formulazione della clausola in esame, che fa decorrere l'obbligo della disponibilità del mezzo di sollevamento marittimo dal momento della consegna lavori, evidenzia che trattasi di requisito di esecuzione e non di partecipazione alla gara. Ed infatti, la dotazione del mezzo non viene richiesta al momento della partecipazione alla gara.

Per quanto attiene alla contestazione relativa al divieto che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, si fa presente che tale previsione è statuita dall'articolo 49, comma 8 del d. Lgs. n. 163/2006.

2. Relativamente alla clausola di gara sull'indicazione delle imprese subappaltatrici, inserita dall'amministrazione sulla base della sottoscrizione del Protocollo di legalità con il Prefetto di Napoli, si precisa che tale clausola si colloca nel solco della tendenza dell'ordinamento e della prassi ad approntare, specie nel settore dei pubblici appalti, misure anticrimine rivolte alla massima "anticipazione di tutela preventiva" verso il crimine organizzato (cfr. Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2796): i Protocolli di legalità mirano proprio al potenziamento della cultura della legalità anche attraverso l'individuazione di nuovi strumenti di prevenzione da affiancare a quelli normativamente previsti, per operare più incisivamente in tale ambito preventivo.

La previsione nei bandi di gara di clausole quale quella in esame, da parte di una S.A. inserita in un contesto ambientale che necessita di particolare attenzione, non costituisce una violazione del principio di concorrenzialità del mercato, tenuto conto che anche il legislatore europeo ha preso atto della necessità di evitare che segmenti dell'economia così importanti come gli appalti pubblici possano essere usati per scopi illeciti: infatti si evidenzia che l'articolo 25 della direttiva 2004/18/CE prevede che nel capitolato d'onere l'amministrazione può chiedere all'offerente di indicare nella sua offerta le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, **nonché i subappaltatori proposti** .

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che il bando di che trattasi è conforme alle disposizioni normative in materia di appalti di lavori pubblici.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Giuseppe Brienza

IL PRESIDENTE RELATORE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1° marzo 2007