Parere n. 122 del 16/06/2010

Protocollo 76/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Ministero degli Affari Esteri - Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo - Affidamento dei servizi di redazione, pubblicazione e diffusione del bollettino ufficiale della Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo del Ministero degli Affari Esteri - Importo a base d'asta € 509.000,00 - S.A.: Ministero degli Affari Esteri - Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 marzo 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Ministero degli Affari Esteri - Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo, in qualità di stazione appaltante, ha esposto di aver indetto la procedura di gara in oggetto, all'esito della quale è risultata prima in graduatoria l'impresa Ediguida s.r.l., divenuta poi aggiudicataria provvisoria a seguito dell'esito positivo della verifica dell'anomalia dell'offerta.

In fase di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara, essendo consentito il ricorso all'istituto dell'avvalimento dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo (art. 12 del Capitolato Speciale d'Appalto), l'impresa aggiudicataria, a comprova della dichiarazione (prevista dal punto III.2.1.3) del Bando di gara e dall'art 15, punto 7 del Capitolato Speciale d'Appalto) di aver *"realizzato, nel triennio 2006/2007/2008, almeno un servizio analogo a quello oggetto della presente procedura di gara di importo annuo non inferiore a € 100.000,00"*, ha prodotto una copia conforme all'originale dell'attestazione di regolare esecuzione del servizio analogo svolto, dal gennaio al dicembre del 2007, dall'impresa Systec soc. coop., dei cui requisiti la concorrente Ediguida s.r.l. aveva dichiarato di volersi avvalere ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, la stazione appaltante ha riferito che il documento in questione consiste in una copia autenticata del certificato di regolare esecuzione del servizio analogo, il quale risulta essere stato emesso dal legale rappresentante dell'impresa Head s.r.l., che a sua volta aveva commissionato il servizio all'impresa ausiliaria Systec soc. coop., ma che, da successive verifiche è emerso che la predetta impresa Head s.r.l., posta in liquidazione in data 4 luglio 2007, era stata cancellata dal Registro delle Imprese in data 18 dicembre 2008. Pertanto, il certificato di regolare esecuzione del servizio analogo di cui la concorrente Ediguida s.r.l. ha dichiarato di volersi avvalere risulta emesso da un soggetto (Head s.r.l.) che all'epoca del rilascio (28 ottobre 2009) non era più iscritto al Registro delle Imprese.

Stante quanto sopra, la stazione appaltante ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine alla validità del certificato di regolare esecuzione emesso da soggetto all'epoca cancellato dal Registro delle Imprese e alla possibilità di considerare vera la documentazione prodotta dalla concorrente Ediguida s.r.l., con conseguente possibilità di assumere determinazioni con riguardo all'avvenuta aggiudicazione provvisoria.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità l'impresa aggiudicataria provvisoria Ediguida s.r.l. ha fatto pervenire una memoria, nella quale ha contestato le perplessità dell'amministrazione, ribadendo la veridicità e l'efficacia della documentazione prodotta, ed ha allegato, altresì una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà resa, ai sensi dell'art. 47 e ss. del D.P.R. 21 dicembre 2000, n. 445, dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria Systec soc. coop., nella quale l'impresa medesima ha precisato di aver svolto nell'anno 2008 un servizio analogo a quello oggetto della procedura di gara e precisamente il servizio di redazione, pubblicazione e diffusione di un bollettino elettronico quindicinale per un importo annuo di € 100.000,00 a favore della società Oasis s.r.l. Ricerca & Sviluppo, che tale servizio è stato reso in virtù dell'acquisizione del ramo di azienda della Head s.r.l. e dei contratti derivanti da tale acquisizione e che in ragione e in conseguenza di ciò la esecuzione delle predette attività contrattuali in capo alla Head s.r.l. sono transitate in capo alla Systec soc. coop., circostanza quest'ultima che ha indotto ad imprecisione su chi dovesse rendere la dichiarazione consegnata all'impresa concorrente Ediguida s.r.l. per la riprova dei requisiti ai sensi dell'art. 48, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, concerne l'efficacia della certificazione di regolare esecuzione emessa da soggetto all'epoca cancellato dal Registro delle Imprese, nonché in ordine alle eventuali conseguenti determinazioni da adottare da

parte della stazione appaltante.

In linea generale, appare opportuno ribadire che in tema di affidamento di appalti pubblici, l'istituto dell'avvalimento comporta che il soggetto che partecipa ad un appalto, abbia o meno personalità giuridica, possa avvalersi, al fine di comprovare i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti, purché sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti; a tal fine, l'ordinamento comunitario, al pari di quello nazionale: a) ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi; b) non impone l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui; c) richiede che la prova documentale della disponibilità della capacità tecnica altrui deve essere necessariamente resa in fase antecedente alla presentazione dell'offerta, al fine di evitare ricostruzioni ex post, suscettibili di poter essere interpretate come lesive della garanzia della serietà dell'offerta, nonché del rispetto della par condicio fra concorrenti.

L'istituto dell'avvalimento pertanto costituisce, per la disciplina comunitaria e nazionale, un istituto di carattere generale in materia di procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici il quale trova, addirittura, applicazione anche in mancanza della relativa specifica previsione in sede di bando di gara.

In termini di delimitazione e disciplina occorre altresì ribadire che l'istituto in questione presuppone non soltanto che, in sede di gara, siano indicati i soggetti ed i requisiti specifici di cui il concorrente si intende avvalere, ma anche che sia data la prova, mediante presentazione di dichiarazione di impegno da parte dell'impresa ausiliaria. Peraltro, poiché la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione, la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in maniera rigorosa (cfr. parere n. 124 del 5 novembre 2009).

Stabilita la generalità dell'istituto e provato il rapporto (tra l'impresa concorrente e l'impresa, c.d. ausiliaria, di cui ci si avvale per la dimostrazione del possesso dei requisiti) che giustifica l'avvalimento, nel caso di specie occorre verificare la sussistenza del requisito e della dimostrazione dello stesso.

Al riguardo, nella fattispecie oggetto di esame nessuna omissione appare imputabile all'impresa Ediguida s.r.l. concorrente alla procedura di gara in oggetto, la quale si è avvalsa di un'impresa, la Systec soc. coop., titolare del requisito prescritto, concernente il pregresso svolgimento di servizio analogo, e nel far propria la certificazione resa da altri in ordine a tale requisito, ha fornito un documento teso ad attestare l'effettivo svolgimento del servizio pregresso da parte dell'impresa ausiliaria e quindi la sussistenza del requisito medesimo.

Esibendo il documento in questione, ossia l'attestazione di regolare esecuzione del servizio analogo, la concorrente Ediguida s.r.l. ha dunque fornito, nel termine dettato dalla disciplina di settore, un principio di prova ed un elemento tale da documentare il possesso del requisito richiesto. Pertanto, la circostanza, rilevata dalla stazione appaltante a seguito di verifiche, che detto documento risulta emesso da un soggetto (Head s.r.l.) che all'epoca del rilascio (28 ottobre 2009) non era più iscritto al Registro delle Imprese, avendo fatto sorgere dubbi sulla piena validità formale della documentazione prodotta, può giustificare la richiesta di chiarimenti.

In proposito, non pare potersi attribuire rilievo ostativo alla circostanza per cui la dichiarazione è stata resa da un soggetto legale rappresentante di una società cancellata dal Registro delle Imprese, in quanto ciò che rileva nella fattispecie in esame è la dimostrazione del dato storico relativo allo svolgimento pregresso del servizio in un periodo in cui l'impresa che ha rilasciato l'attestazione (la Head s.r.l.) era regolarmente operante. Inoltre, proprio a fronte della sopravvenuta cancellazione della predetta impresa nessun altro soggetto avrebbe potuto attestare il dato in questione, non essendoci un nuovo o diverso soggetto abilitato a rendere dichiarazioni per conto di una persona giuridica venuta meno.

Peraltro, significative informazioni emergono dalla documentazione prodotta dalla concorrente Ediguida s.r.l. nel presente procedimento di precontenzioso. Al riguardo particolare rilievo assume l'allegata dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria Systec soc. coop., nella quale l'impresa medesima ha precisato di aver svolto nell'anno 2008 un servizio analogo a quello oggetto della procedura di gara e precisamente il servizio di redazione, pubblicazione e diffusione di un bollettino elettronico quindicinale per un importo annuo di € 100.000,00 a favore della società Oasis s.r.l. Ricerca & Sviluppo, che tale servizio è stato reso in virtù dell'acquisizione del ramo di azienda della Head s.r.l. e dei contratti derivanti da tale acquisizione e che in ragione e in conseguenza di ciò la esecuzione delle predette attività contrattuali in capo alla Head s.r.l. sono transitate in capo alla Systec soc. coop., circostanza quest'ultima che ha indotto ad imprecisione su chi dovesse rendere la dichiarazione consegnata all'impresa concorrente Ediguida s.r.l. per la riprova dei requisiti ai sensi dell'art. 48, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

Da quanto sopra emerge, dunque, che la Head s.r.l., che ha rilasciato la contestata attestazione di regolare esecuzione del servizio analogo richiesto dalla *lex specialis* di gara, non lo ha fatto in qualità di committente del servizio medesimo svolto dall'impresa ausiliaria Systec soc. coop., bensì in qualità di impresa cedente il ramo di azienda alla predetta impresa ausiliaria, e quindi in qualità

di originaria titolare dei contratti di appalto poi transitati in capo all'impresa ausiliaria medesima.

Sicché, nel caso di specie, tenuto conto che l'impresa concorrente Ediguída s.r.l. ha fornito, nel termine previsto dalla disciplina di settore, quantomeno un principio di prova in ordine al possesso del requisito concernente il servizio analogo richiesto dalla *lex specialis*, la stazione appaltante può acquisire la piena prova al riguardo ammettendo l'integrazione documentale, in particolare di documentazione atta a provare l'avvenuta cessione di ramo di azienda dalla Head s.r.l. all'impresa ausiliaria Systec soc. coop. nonché di documentazione anche fiscale dell'impresa ausiliaria medesima (fatture ed estratti di registri contabili) atta a comprovare pienamente il possesso del requisito medesimo, transitato con il contratto di cessione di ramo di azienda.

Nessuna determinazione pare doversi quindi prendere in ordine all'aggiudicazione provvisoria prima di aver consentito la suddetta integrazione documentale, pur se al riguardo occorre ribadire la piena autonomia della stazione appaltante nel merito, fermo restando, tuttavia, il rispetto degli elementi di principio (obbligo di motivazione, concrete ragioni di pubblico interesse, non riducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità, rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale ed adeguata istruttoria), cui l'adozione di provvedimenti in autotutela per la rettifica di atti invalidi è subordinata (cfr. parere n. 204 del 31 luglio 2008 e determinazione n. 17 del 10 luglio 2002).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la documentazione prodotta dall'impresa concorrente Ediguída s.r.l. costituisca un principio di prova in ordine alla dimostrazione del requisito dichiarato, idoneo a legittimare l'integrazione documentale.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente.: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2010