

## **Parere n.144 del 11/09/2013**

### **PREC 116/13/L**

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla società De Santo Costruzioni sas di De Santo L. e dal Comune di Cerchiara di Calabria (CS) - "Procedura aperta per l'affidamento in appalto di lavori di PON Sicurezza per lo Sviluppo - Obiettivo Convergenza 2007-2013 - Ob. Op. - Titolo Integrazioni Ristrutturazione, Riqualificazione e Ampliamento di un Edificio Comunale da destinarsi a Centro per l'Accoglienza degli Immigrati extracomunitari richiedenti o titolari di protezione internazionale e protetti umanitari" - Importo a base d'asta € 232.163,20 - S.A.: Comune di Cerchiara di Calabria (CS)

**Artt. 40 e 49 del D.Lgs. n. 163/2006 - artt. 88, 90 e 92 comma 7 del DPR n. 207/2010 - Requisiti di qualificazione per eseguire lavori pubblici e istituto dell'avvalimento - Categoria superspecializzata OG11.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In relazione alla procedura di gara in oggetto, sono pervenute, rispettivamente, in data 22.04.2013 ed in data 27.05.2013, le istanze della società De Santo Costruzioni sas di De Santo L. e del Comune di Cerchiara di Calabria (CS).

In particolare, l'impresa istante ha dedotto di essere in possesso di attestazione SOA per la categoria prevalente OG1 classifica III; di avere fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per la qualificazione nella categoria scorporabile OG11, utilizzando l'impresa ausiliaria Edil Loria sas, in possesso dei requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. n. 207/2010, giusta apposito contratto di avvalimento; di aver conseguito l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in oggetto, poi aggiudicato in via definitiva al secondo classificato, avendo la Stazione appaltante ritenuto l'impresa ausiliaria priva di adeguata attestazione SOA nella categoria OG11 richiesta.

La Stazione appaltante ha evidenziato che la De Santo Costruzioni ha dichiarato di avere i requisiti richiesti, ha dimostrato la SOA per la categoria OG1, mentre ha dichiarato nel contratto di avvalimento che la Edil Loria sas aveva i requisiti per la SOA relativa alla categoria OG11.

Ciò nonostante, nel riscontrare la richiesta dell'Amministrazione Comunale di documentazione comprovante i suddetti requisiti, dopo l'aggiudicazione provvisoria, l'impresa istante non ha prodotto l'attestazione SOA per la OG11 richiesta nel Bando di gara, ma un CEL del 2010.

Pertanto, tenuto conto del disposto dell'art. 357, comma 12, del D.P.R. n. 207/2010 e della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti previsti a pena di esclusione, l'Ente Comunale ha ritenuto di non poter procedere all'aggiudicazione definitiva a favore dell'impresa odierna istante.

### **Ritenuto in diritto**

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura aperta in oggetto per l'affidamento di un appalto lavori con importo a base d'asta di euro 232.163,20, di cui euro 158.825,00 per la Categoria prevalente OG1 (pari al 71,49% del totale) ed euro 63.338,25 per la Categoria superspecializzata non prevalente OG11 (pari al 28,51% del totale).

La lex specialis di gara, al punto 11, ha disposto al riguardo che "In particolare, possono partecipare alla gara i concorrenti che siano in possesso dei requisiti di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi) di cui all'art. 40 del codice dei contratti dimostrati mediante idonea Attestazione SOA in corso di validità, per categorie e classifiche adeguate ai lavori che il concorrente intende assumere in proprio, in relazione alle modalità di partecipazione alla gara del concorrente medesimo (se in forma singola o raggruppata temporaneamente) rilasciata ai sensi del DPR n.34/2000 e/o del DPR 207/2010 (in ragione della norma transitoria contenuta nell'art.357, comma 12 del DPR 207/2010 e s.m.i.)...E' fatta salva la procedura di avvalimento di cui all'art.49 del codice dei contratti, di seguito indicata".

Al successivo punto 12 ha previsto quanto segue: "Procedura di avvalimento: il concorrente (soggetto ausiliato), in relazione al combinato disposto degli art. 34 e 49 del D.Lgs 163/2006, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di ordine speciale (requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo di cui all'art.40 del codice dei contratti) avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto idoneamente qualificato (soggetto ausiliario). Quindi il concorrente ausiliato allega, a pena di esclusione dalla gara, la documentazione prescritta dal richiamato art.49, comma 6, del D.lgs. n.163/2006, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione indicata nel presente bando di gara".

Il Disciplinare di gara ha sanzionato con l'esclusione, tra l'altro, la mancata produzione della documentazione di cui all'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti ed all'art. 88 del Regolamento. L'impresa istante contesta la mancata aggiudicazione definitiva, ritenendo di "avere già allegato a corredo dell'offerta tutta la documentazione necessaria per dimostrare i propri requisiti e quelli dell'avvalimento in questione, secondo le direttive dell'art. 49 D.Lgs. 163/2006 e del D.P.R. n. 207/2010, ovvero le dichiarazioni del concorrente e dell'ausiliaria, ed il relativo contratto di avvalimento", richiamando le disposizioni dell'art. 90 del D.P.R. n. 207/2010.

Nel contratto di avvalimento, all'art. 1, si legge quanto di seguito si trascrive: "L'impresa ausiliaria - EDIL LORIA SAS DEL GEOMETRA LORIA RINO SALVATORE E FRATELLI - si obbliga sia nei confronti dell'impresa ausiliata - DE SANTO COSTRUZIONI SAS DI DE SANTO L" - e sia nei confronti dell'Amministrazione Appaltante a fornire i requisiti in proprio possesso ed a mettere a disposizione le risorse e mezzi necessari, attrezzature e quanto altro necessario e nessuna esclusa al fine di garantire l'esecuzione dell'opera, a favore dell'impresa ausiliata, di cui la stessa è carente, ed in particolare la qualificazione SOA nella categoria OG11 indicata nel bando di gara. Dichiaro specificatamente, altresì, che per la qualificazione nella predetta categoria OG11, richiesta per la partecipazione della procedura di cui sopra, è in possesso di requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi e pertanto messi a disposizione dell'impresa ausiliata e che nell'ambito dell'appalto sono utilizzati in modo totale e non frazionato...".

Si premette - come già in più occasioni chiarito da questa Autorità (cfr. il parere di precontenzioso in materia di avvalimento n.169 del 10.10.2012; la Deliberazione n.220 del 28.06.2007; nonché il parere sulla normativa (art.49 del Codice dei contratti) del 23.04.2009) - che la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica e/o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, che è finalizzata al perseguimento della massima concorrenza, come condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17.03.2009, n.1589; Sez. IV, 20.11.2008, n. 5742; Sez. V, 23.02.2010, n. 1054).

In termini generali, i soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere "qualificati" e l'attestazione SOA è il documento obbligatorio unico, necessario e sufficiente a comprovare la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche con importo a base d'asta superiore a 150.000,00 euro. Anche nel caso in cui si ricorre all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 succitato, viene in considerazione l'esigenza che la Stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici, organizzativi ed economico-finanziari apportati dall'impresa ausiliaria al concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 743 del 10.02.2009; Sez. VI, n. 1856 del 22.04.2008; TAR Lazio, Sez. I, n. 12455 del 3.12.2009).

Tuttavia, nel caso di specie la mancata produzione dell'attestato SOA della ditta ausiliaria riguarda una Categoria cd. superspecializzata (OG11-impianti tecnologici), in quanto elencata nell'art. 107 comma 2 del D.P.R. n. 207/2010, di importo inferiore ad euro 150.000 ma singolarmente superiore al 15% dell'importo complessivo dell'opera (euro 63.338,25=28,51% del totale). La Categoria prevalente è invece la OG1 (€ 158.825,00). Ne deriva che ai sensi dell'art. 92 comma 7 del Regolamento, trattandosi di lavorazione superspecialistica di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori ma inferiore ai 150.000 euro, il concorrente può dimostrare i requisiti secondo quanto previsto dall'art. 90 del Regolamento medesimo.

Ne deriva che la mancata aggiudicazione in favore della ditta risultata prima in graduatoria diventa illegittima se fondata unicamente sulla dedotta assenza dell'attestato SOA nella Categoria OG11, posto che tale certificazione non è necessaria ai fini della qualificazione nelle ipotesi previste dal richiamato art. 92 comma 7 del Regolamento.

Tenuto conto del quadro normativo di riferimento, si ritiene che spetti alla Stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione sotto il profilo della dedotta insussistenza dei requisiti di qualificazione; a tal fine la stazione appaltante dovrà eseguire una puntuale verifica sui requisiti della ditta ausiliaria di cui si è avvalsa la ditta istante.

In base a quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, ai fini dell'aggiudicazione, la stazione appaltante debba procedere alla previa verifica dei requisiti di qualificazione in capo alla ditta ausiliaria ai sensi dell'art. 92 comma 7 del Regolamento.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2013

Il Segretario Maria Esposito