

Parere n.85 del 05/05/2011

PREC 278/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall' Impresa SCEBAS S.r.l. - (lavori di ristrutturazione generale interna\esterna compresa impiantistica, adeguamento antincendio e condizionamento manufatto) - Importo a base d'asta € 731.128,00 - S.A.: Aeronautica militare 2 rep genio A.M.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta all'Autorità in data 29 ottobre 2010, l'Impresa SCEBAS S.r.l. richiedeva un parere in merito alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara di appalto avente ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori indicati, disposto nei propri confronti dalla Aeronautica militare 2 rep genio A.M. L'offerta della impresa istante veniva esclusa per il seguente motivo: "ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della Società di ingegneria SCEBAS S.r.l., non consentito dall'art. 19 del bando di gara, essendo previsto per il solo concorrente."

Più specificamente, trattandosi di appalto di progettazione ed esecuzione, l'impresa istante, in possesso di attestazione SOA per la sola esecuzione, indicava il progettista che avrebbe eseguito la progettazione esecutiva in caso di aggiudicazione, così come previsto dall'art. 18 del bando di gara. Questo, infatti, alla lettera c), stabiliva che i concorrenti che non avessero avuto i requisiti afferenti la progettazione esecutiva, avrebbero potuto avvalersi di uno o più progettisti qualificati.

Nel caso di specie, la Stazione appaltante escludeva l'Impresa Scebas S.r.l. ai sensi dell'art. 19 del bando di gara, che prevedeva, invece, che i concorrenti, per soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di ordine speciale, avrebbero potuto avvalersi dell'attestazione SOA di altro soggetto. Secondo la Stazione appaltante, quindi, la Società di ingegneria Scebas S.r.l. non avrebbe potuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento, essendo il ricorso ad esso consentito al solo concorrente, inteso quale soggetto singolo.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, nè la stazione appaltante, nè l'impresa aggiudicataria, formulavano controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto per il ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della società di ingegneria indicata, in ordine alla progettazione, non consentito dall'art. 19 del bando, essendo previsto per il solo concorrente.

Prima di affrontare la fattispecie concreta in esame, in specie attraverso l'analisi della legge di gara, vanno premesse alcune considerazioni generali sull'istituto dell'avvalimento il quale, di origine comunitaria, si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti oggettivi di ordine speciale, economico - finanziari e tecnici, ivi compresa l'attestazione SOA, di sommare - unicamente per la gara in espletamento - le proprie capacità tecniche ed economico - finanziarie a quelle di altre imprese. Il principio generale che permea l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente - per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto - può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi ai quali conta di ricorrere, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli intercorrenti con questi ultimi

In termini di delimitazione e disciplina va altresì ribadito 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 124/2009).

Una volta assodata la generalità dell'istituto di cui la S.A. ha fatto applicazione nella specie, al fine di risolvere il quesito posto, occorre prendere le mosse dal tenore della lex specialis. In primo luogo, l'art. 19 (invocato dalla S.A. al fine di giustificare l'esclusione disposta nei termini ricordati) statuisce che "i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico - finanziario e tecnico - organizzativo richiesti nel presente bando, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto; in questo caso possono avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione".

Nel caso di specie l'esclusione si fonda sulla considerazione che all'avvalimento potrebbe ricorrere solo il concorrente inteso quale soggetto singolo che sottoscrive la domanda di partecipazione; peraltro, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione prevista all'art. 19 del bando è espressamente richiamata al comma 6, dell'art. 49 del D.Lgs 163/2006, che riguarda espressamente l'avvalimento di attestazioni SOA. Conseguentemente la limitazione di cui all'art. 19 del bando di gara non può che concernere l'avvalimento di attestazioni SOA.

Per la progettazione, invece, il precedente art. 18 della legge di gara, proprio in ordine a tale attività, prevede per i concorrenti la possibilità (lett c) di "avvalersi di uno o più professionisti, che non abbiano svolto attività di progettazione come definito all'art. 90 comma 8 del codice, qualificati alla realizzazione del progetto, individuati ed indicati in sede di offerta."

La norma che al riguardo viene in rilievo non è l'art. 49 del Codice, che disciplina, appunto, l'istituto dell'avvalimento, ma l'art. 53, comma 3, a tenore del quale "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione".

Tale generalità di previsione che consente di "avvalersi" di progettisti qualificati, nulla ha a che vedere con l'istituto dell'avvalimento previsto e disciplinato dal richiamato art. 49, tant'è che tale possibilità era prevista già all'art. 19, comma 1 ter, della legge 109/94, che non prevedeva l'istituto dell'avvalimento, ma ciò nonostante consentiva, in caso di appalto integrato, alle imprese prive di qualificazione per la progettazione, di "avvalersi" di progettisti qualificati senza dover ricorrere ad un raggruppamento Temporaneo di operatori economici.

A fronte di ciò, la restrizione di cui all'art. 19 del bando, riguardando l'avvalimento in senso stretto, non pare potersi intendere estesa alla progettazione, nei termini applicati dalla S.A..

In definitiva, in considerazione dell'origine e della natura dell'avvalimento, occorre adottare una soluzione ermeneutica tale da garantire il rispetto dei principi in tema di avvalimento e la non estensione dei limiti dettati dall'art. 19 del bando all'attività di progettazione, disciplinata, per la parte che qui interessa, dal diverso art. 53 comma 3, del Codice e dall'art. 18 della lex specialis.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposta esclusione non appare conforme ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito