

Parere n. 88 del 23 aprile 2014

PREC 296/13/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Progresso Group s.r.l. - Lavori per il ripristino dell'agibilità del centro di primo soccorso e accoglienza in c.da Imbriacola, Comune di Lampedusa - Importo a base di gara € 2.541.662,15- S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provv. OO.PP. Sicilia-Calabria.

Avvalimento attestazione SOA. Risorse e mezzi. Art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, art. 88, D.P.R. n. 207/2010.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 novembre 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, successivamente integrata con nota del 11 dicembre 2013, con la quale la Progresso Group S.r.l., in persona del suo legale rappresentante, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'ammissione alla gara in oggetto dell'Impresa Nuovo Modulo s.r.l.

Con le istanze presentate, la Progresso Group S.r.l. sottopone all'attenzione dell'Autorità la fondatezza delle censure avverso la procedura già sollevate dinanzi alla stazione appaltante con invito a provvedere ai sensi dell'art. 243 bis del Codice e valutate come infondate dalla stazione appaltante con nota 7.11.2013. Risulta che l'impresa Nuovo Modulo S.r.l. abbia partecipato alla gara in oggetto facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento con la società EdilPresta S.r.l. Nel contratto di avvalimento, datato 12.08.2013, al punto 3) lett. a) si legge: "il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio". Ritiene l'istante che detta clausola sia in contrasto con gli artt. 49 D.Lgs. 163/2006 e 88, d.P.R. 207/2010 in quanto introdurrebbe una condizione sospensiva potestativa non consentita dall'ordinamento rendendo sostanzialmente incerta l'operatività dell'istituto. Sostiene, poi, l'istante che, in contrasto con la normativa, l'ausiliaria si sarebbe limitata a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito dell'attestazione SOA e della certificazione del sistema di qualità senza specificare le risorse materiali e tecniche. Infine, chiede l'istante se l'omessa indicazione, da parte del legale rappresentante della Nuovo Modulo S.r.l., di un procuratore speciale, risultante dal certificato della camera di commercio, per il quale non sono state rese le dichiarazioni sui requisiti ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, sia o meno causa di esclusione.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 16 dicembre 2013, non sono pervenute memorie.

Ritenuto in diritto

L'istante contesta la partecipazione alla gara della Nuovo Modulo S.r.l. ritenendo non conforme agli artt. 49, D.Lgs. n. 163/2006 e 88, d.P.R. n. 207/2010 il contratto di avvalimento sottoscritto dall'impresa con la società EdilPresta S.r.l. in ragione della clausola contrattuale di cui al punto 3) della lett. a) ove le parti convengono che "il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio". Ritiene l'istante che le previsioni contrattuali siano in contrasto con la normativa di settore e le condizioni legittimanti l'avvalimento nelle procedure di gara poiché introdurrebbero una condizione sospensiva potestativa non consentita dall'ordinamento rendendo sostanzialmente incerta l'operatività dell'istituto. Inoltre, l'istante contesta la clausola di cui alla lettera c) del punto 3) del contratto di avvalimento nella parte in cui le parti convengono che "l'impresa avvalente, ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della stazione appaltante, di fornire le risorse materiali e tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria". Sostiene l'istante che, contrariamente alle stringenti norme di legge, l'ausiliaria si sarebbe limitata a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito dell'attestazione SOA e della certificazione del sistema di qualità senza specificare le risorse materiali e tecniche.

In data successiva (19.08.2013), l'impresa ausiliaria trasmetteva alla stazione appaltante una dichiarazione unilaterale in ordine alla specifica gara in oggetto con la quale dichiarava, tra l'altro, ai sensi dell'art. 49, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006: - "di obbligarsi verso il soggetto concorrente ausiliato e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata del contratto le risorse necessarie di cui è carente il soggetto concorrente, in relazione al requisito della attestazione SOA e della Certificazione del sistema di qualità della serie europea UN EN ISO 9001:2008, fornita allo stesso mediante avvalimento, ai sensi dell'art. 49 comma 2, lettere c) e d), del decreto legislativo n. 163 del 2006, che qui si allegano alla presente" (punto 1); sempre nella dichiarazione trasmessa l'ausiliaria dichiarava di "possedere i requisiti tecnici e le risorse oggetto di avvalimento in coerenza con quanto dichiarato dal concorrente Nuovo Modulo s.r.l." (punto 2) e di "accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nello schema di contratto, nel capitolato speciale d'appalto, nei piani di

sicurezza, nei grafici di progetto” (punto 19).

Sulla base della dichiarazione trasmessa deriva, come sostanzialmente afferma la stazione appaltante nella nota di riscontro indirizzata all'impresa del 7.11.2013, che il contratto di avvalimento deve ritenersi integrato dalla dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria, la quale veniva depositata prima dell'apertura delle operazioni di gara e, quindi, prima della decorrenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Non risultano, tuttavia, espresse nella dichiarazione le specifiche risorse materiali e tecniche che l'ausiliaria deve dichiarare di prestare ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d) e f), D.Lgs. n. 163/2006 e art. 88, comma 1, d.P.R. n. 207/2010. L'art. 88 citato del d.P.R. n. 207/2010 in particolare specifica che “Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata: c) ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento”.

Quindi, l'avvalimento del requisito dell'attestazione SOA deve necessariamente connettersi ad un'elencazione di mezzi, personale e tecnologie che devono essere specificatamente prestate dall'ausiliaria all'ausiliata e che giustificano l'attestazione SOA a garanzia della corretta esecuzione di lavori pubblici.

Le clausole contrattuali, come formulate e anche in considerazione dell'integrazione determinata dalla sottoscrizione della dichiarazione del 19.08.2013, appaiono prive della necessaria manifestazione di volontà, certa e concreta, di porre a disposizione della concorrente i requisiti di cui quest'ultima deve avvalersi.

La tesi risulta conforme all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, con riferimento all'operatività dell'avvalimento per le attestazioni, “è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19.11.2012, n. 5853. Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, sent. 18.11.2011, n. 6079).

Inoltre, è avviso di codesta Autorità, espresso nella determinazione n. 2/2012, che la certificazione di qualità non rientri tra i requisiti che possono formare oggetto di avvalimento.

Pertanto, per i profili sopra evidenziati, l'impresa Nuovo Modulo S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara.

Infine, chiede l'istante se l'omessa indicazione, da parte del legale rappresentante della Nuovo Modulo S.r.l., di un procuratore speciale - il cui nominativo risulti dal certificato della camera di commercio - per il quale non sono state rese le dichiarazioni previste dal disciplinare di gara, sia o meno causa di esclusione, pur essendo lo stesso titolare di poteri gestori e di amministrazione.

A riguardo codesta Autorità nella Determinazione n. 1/2012 si è espressa indicando che i procuratori speciali della società muniti di potere di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, e specificando che a tal fine non può essere considerato sufficiente il conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la pubblica amministrazione.

Quindi, in tema, il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 16 marzo 2013, n. 23 ha statuito che “Il procuratore speciale della società, ancorchè non amministratore, qualora sia munito di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori rientra nel novero dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, ai fini della necessità del possesso dei requisiti di moralità professionale”. Sempre il Consiglio di Stato nella sentenza citata si è espresso nel senso che “qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione, ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”.

Ne deriva che trattandosi, nella fattispecie in esame, di un procuratore *ad negotia* - sebbene con ampi poteri gestori ed amministrativi - non poteva operare la causa di esclusione per omessa dichiarazione, in quanto il bando di gara non prevedeva l'onere di rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità anche in capo ai procuratori speciali. Ciò semperché, da un controllo successivo, possa comunque ritenersi soddisfatto il requisito dell'integrità morale in capo a detto procuratore.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'impresa Nuovo Modulo S.r.l. non era legittimata a partecipare alla gara in esame in quanto il contratto di avvalimento del requisito SOA difettava della specifica indicazione delle connesse risorse e dei mezzi, nonché in quanto la certificazione di qualità non può costituire oggetto di avvalimento.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014
Il Segretario Maria Esposito