

Parere n.10 del 30/01/2014

PREC 167/13/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da S.M.E.S. srl – “Lavori di realizzazione della Green Way del Torrente Vallone. Riqualificazione di piazza Campo dei Fiori e completamento recupero funzionale Palazzo Paolicelli inseriti nel programma regionale PO FESR 2077/2013 – Asse 7 – Azione 7.2.1” - Importo a base d’asta € 575.358,93 – S.A. Comune di Apricena.

Avvalimento di due categorie di attestazione SOA della medesima ausiliaria. Art. 49 comma 6 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 giugno 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la S.M.E.S. srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell’ammissione in gara della concorrente COSMER S.r.l. che, essendo priva dell’attestazione SOA richiesta per le categorie OG 1, classifica I e OG 3, classifica II, si è avvalsa di una sola ausiliaria, la EDILIA S.r.l., per entrambe le categorie di opere.

Le contestazioni dell’impresa istante avevano inizialmente indotto la S.A. a escludere la COSMER dalla gara in questione. In seconda battuta, tuttavia, dietro presentazione di un preavviso di ricorso (del 31 maggio 2013) detta concorrente è stata riammessa.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 luglio 2013, sono state presentate memorie da parte di COS.MER s.r.l. e dell’istante.

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità dell’ammissione in gara della concorrente COSMER S.r.l. che, essendo priva dell’attestazione SOA richiesta per le categorie OG 1, classifica I e OG 3, classifica II, si è avvalsa di una sola ausiliaria, la EDILIA S.r.l., che ha messo a disposizione della COSMER la propria attestazione SOA per entrambe le categorie richieste dalla normativa di gara.

Il Codice dei contratti pubblici disciplina la fattispecie in esame all’art. 49 comma 6, a norma del quale "Per i lavori, il concorrente può avvalersi di **una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria** di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria".

Nella fattispecie, la normativa di gara ha sostanzialmente ribadito la predetta disposizione.

In materia di avvalimento, l’Avcp ha adottato la determinazione n. 2/2012 con la quale ha riaffermato, in materia di lavori pubblici, il concetto già espresso dal citato art. 49 co. 6, evidenziando che l’avvalimento è sottoposto ad una serie di limiti tra cui “per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando, che può ammettere l’avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni (...)”.

Il divieto normativo è diretto a evitare, da un lato, la moltiplicazione delle ausiliarie su ciascuna categoria di qualificazione e, dall’altro, il frazionamento del requisito, ciò che condurrebbe alla frammentazione delle responsabilità in sede di esecuzione del contratto che, come noto, incombono solidariamente sulle imprese ausiliaria ed ausiliata. Prima ancora, il divieto in parola mira a scongiurare che l’amministrazione si trovi vincolata a un contraente privo dei requisiti prescritti a garanzia del corretto adempimento della prestazione.

A proposito del divieto generale di avvalimento plurimo all’interno della medesima categoria di qualificazione si ritiene comunque di evidenziare la recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n. C-94/12 a tenore della quale “Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE (...) devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese” (la Corte si è così pronunciata in merito ad una controversia relativa all’esclusione di un raggruppamento temporaneo di imprese dalla procedura di aggiudicazione di appalto di lavori di ammodernamento ed ampliamento di una strada provinciale) .

Premesso ciò occorre tuttavia considerare che, nella fattispecie qui in esame, COSMER S.r.l., potendo *ex lege* avvalersi di una sola ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, ha legittimamente indicato l’ausiliaria EDILIA S.r.l. sia per il possesso della cat. OG 1 — I classifica sia per la OG 3 — II classifica. Pertanto non può sicuramente ritenersi violata la disposizione di legge di cui all’art. 49 co. 6 D.Lgs. 163/2006 né la *ratio* che ne sta alla base, posto che è indicata una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria (ancorché essa risulti la medesima per entrambe le

categorie).

Conseguentemente COSMER S.r.l. è stata legittimamente ammessa alla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Apricena ha legittimamente riammesso COSMER S.r.l. alla gara.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2014

Il Segretario Rosetta Greco