

Parere n. 40 del 26 febbraio 2014

PREC 196/13/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 CRIS COSTRUZIONI GENERALI S.r.l. - "Gara n. 013/2013 - Pisa Aeroporto - Manutenzione ordinaria TWR - Prog. 2/2012/1102/13" - Importo a base d'asta € 230.318,20 - S.A. Ministero della Difesa - Aeronautica Militare.

Art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 - Avvalimento - Attestazione SOA richiesta all'ausiliata.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 luglio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la CRIS COSTRUZIONI GENERALI S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della sua esclusione disposta con nota del 03.07.2013 per "mancanza SOA ditta ausiliata come richiesto al punto 18 del bando di gara".

Il bando di gara, al punto 18 sotto la rubrica "Avvalimento", stabilisce che: "i concorrenti che ricorrono all'istituto dell'avvalimento devono presentare, pena l'esclusione, la propria attestazione SOA".

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 6 agosto 2013, sono pervenute in data 13 agosto 2013 osservazioni da parte della S.A. con le quali ha ribadito la correttezza del proprio operato, precisando che la clausola del bando era da ritenersi legittima in quanto formulata in armonia sia con quanto espresso dal legislatore all'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006, sia con il combinato disposto dell'art. 40 D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 60 D.P.R. n. 207/2010.

Ritenuto in diritto

La questione controversa inerisce alla legittimità della clausola del bando di gara (punto 18), nella parte in cui richiede, anche alla ditta ausiliata, il requisito di attestazione SOA, oggetto di avvalimento, nonché della consequenziale esclusione della ditta istante per non aver prodotto, in qualità di avvalente, detta attestazione SOA.

E' di tutta evidenza l'illegittimità sia della clausola del bando che della relativa esclusione - motivata in relazione a detta clausola - per violazione dell'art. 49 D.Lgs. 163/2006.

Infatti, l'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006, nel recepire nel nostro ordinamento, l'istituto di origine comunitaria dell'avvalimento, stabilisce che "1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

Appare quindi pacifico che l'avvalimento ha proprio la funzione di consentire al concorrente privo di alcuni requisiti, come l'attestazione SOA, di partecipare comunque alla gara avvalendosi dell'attestazione SOA di altro operatore economico.

La finalità dell'avvalimento non è, infatti, 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 (*ex pluris*: T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 luglio 2012, n. 808; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 aprile 2012, n. 708; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 21 marzo 2012, n. 90; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 29 marzo 2012, n. 3006; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 950; Cons. Stato: Sez. V, 17.3.2009, n. 1589; Sez. IV, 20.11.2008, n. 5742; Sez. V, 23.2.2010, n. 1054; parere precontenzioso n. 169/2013).

Pertanto, non avrebbe senso alcuno pretendere che anche l'ausiliato sia in possesso della certificazione SOA la cui mancanza giustifica per l'appunto l'avvalimento.

Del resto, questa Autorità, con Determinazione n. 2/2012 "L'avvalimento nelle procedure di gara", al punto 4 - L'avvalimento nei lavori pubblici, ha stabilito, tra l'altro, che: "Benché l'articolo citato non contenga limitazioni di sorta né alcuna previsione circa il fatto che il concorrente ausiliato debba essere, comunque, provvisto di una attestazione SOA propria, alcuni limiti emergono comunque dal sistema delineato dal Codice e, in particolare, valgono per quei requisiti che debbono imprescindibilmente essere posseduti dal concorrente. Per poter correttamente avvalersi dei requisiti speciali di un soggetto terzo, un operatore economico deve, infatti, possedere i requisiti generali di cui all'art. 38, nonché operare nel settore nel quale va inquadrata la prestazione oggetto della gara, ai sensi dell'art. 39 del Codice. Ciò implica che anche un'impresa del tutto sprovvista dell'attestazione SOA possa fare ricorso all'attestazione SOA di un operatore economico terzo, purché operi abitualmente nel settore nel quale si colloca l'oggetto della gara, come risulta dalla iscrizione nel Registro delle Imprese."

Appare pertanto possibile che un'impresa priva dell'attestazione SOA possa ricorrere all'attestazione di un'altra impresa, ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto; se, infatti, l'avvalimento della qualificazione SOA si traduce in un concreto "prestito" della qualificazione nella sua unitarietà, cioè

nel complesso di tutto ciò che ha reso l'ausiliaria qualificata, non può che derivarne che l'impresa ausiliata che partecipa alla gara sia effettivamente in possesso dei requisiti richiesti, in quanto è stata messa nella disponibilità dell'esperienza pregressa e dell'organizzazione di un altro soggetto, a condizione che il prestito sia accompagnato dalla reale messa a disposizione concreta ed attuale delle risorse necessarie alla realizzazione dell'intervento.

Conseguentemente, deve ritenersi che la CRIS COSTRUZIONI GENERALI S.r.l. è stata illegittimamente esclusa dalla gara per violazione dell'art. 49 D.Lgs. 163/2006.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della CRIS COSTRUZIONI GENERALI S.r.l. non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito