

Parere n.163 del 21/09/2011

PREC 30/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla SIECAM S.r.l. - Affidamento del servizio di pulizia dei locali comunali - Importo a base d'asta € 860.000,00 - S.A.: Comune di Guidonia Montecelio (RM)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 febbraio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la SIECAM S.r.l. ha chiesto un parere circa la legittimità della propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Guidonia Montecelio per l'affidamento del servizio in oggetto, disposta per aver fatto ricorso, senza che il bando lo prevedesse, all'istituto dell'avvalimento per le referenze bancarie. In particolare, l'istante chiede a questa Autorità se sia consentito alla stazione appaltante derogare, nella *lex specialis*, all'articolo 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che prevedendo la possibilità per il partecipante di avvalersi dei requisiti speciali posseduti da terzi, non può non includere anche le referenze bancarie di cui all'art. 41, comma 1, lett. a) del Codice. Restringere l'ambito applicativo dell'avvalimento, in deroga al citato art. 49, sarebbe, ad avviso dell'istante, lesivo della libera concorrenza e discriminante nei confronti delle imprese partecipanti.

A riscontro della istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 14 febbraio 2011, il Comune di Guidonia Montecelio, con nota del 17 febbraio 2011, ha precisato di aver escluso la SIECAM S.r.l. in ossequio all'art. 4.1. lettera a) del disciplinare di gara, in base al quale "*l'avvalimento è ammesso per il requisito di cui al precedente Capo 2.3, lettera a)*" (*capacità tecnica*). Nessun richiamo viene fatto, invece, dal predetto art. 4.1., all'art. 2.2, che disciplina i requisiti di capacità economico-finanziaria, da comprovare con le dichiarazioni di almeno due istituti bancari attestanti l'idoneità finanziaria dell'operatore ad assumere il servizio in relazione all'importo annuale del contratto. L'art. 5, lettera b.13) del disciplinare contempla, peraltro, tra le cause di esclusione in fase di ammissione, l'aver "*fatto ricorso all'avvalimento senza aver ottemperato a quanto prescritto dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 o dal capo 4.1*".

La stazione appaltante sostiene, quindi, di non aver derogato all'art. 49 del Codice, ma di avere interpretato tale norma con la discrezionalità propria dell'Amministrazione, al fine di adattarla alla specifica tipologia dell'appalto in questione. Correttamente, quindi, l'avvalimento sarebbe consentito dal disciplinare di gara esclusivamente in relazione ai requisiti speciali riguardanti la capacità tecnica e non anche a quelli riguardanti la capacità economico-finanziaria. Infatti, trattandosi di un tipo di servizio fondato per lo più sul lavoro manuale dei dipendenti, e al fine proprio di salvaguardare i diritti dei lavoratori, è apparso necessario non derogare da una esigenza di solvibilità e solidità di impresa certificata in via diretta da istituti di credito (requisito strettamente soggettivo non delegabile). La stazione appaltante ritiene, quindi, che il requisito economico-finanziario da provare mediante le referenze bancarie, essendo connesso alla onorabilità, credibilità e solvibilità dell'impresa, non possa rientrare tra le ipotesi di avvalimento, trattandosi di un requisito personale specifico non "prestabile", mentre rimane consentito dal bando potersi avvalere dei requisiti tecnici rappresentati dai servizi analoghi già svolti da un'impresa ausiliaria.

La SIECAM S.r.l., con nota del 22 febbraio 2011, ha ribadito quanto già argomentato nell'istanza di parere.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità del bando di gara nella parte in cui non prevede la possibilità di ricorrere all'avvalimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006.

Come già osservato da questa Autorità (parere 7 aprile 2011, n. 61), la potestà di avvalimento - che consente a un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto - costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale, in quanto esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata 18/2004 (art. 47, par. 2, nonché art. 48, par. 3) e disciplinato nel nostro ordinamento all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Ne consegue che l'assenza di espresse previsioni al riguardo nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso di tale facoltà nella sua più ampia portata (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762).

Dalle caratteristiche dell'istituto emerge come la finalità perseguita dal legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, sia quella di consentire a soggetti che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che ne sia in possesso, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160).

Nel citato parere di questa Autorità, si è altresì osservato che la disciplina originaria del Codice dei contratti prevedeva alcune limitazioni alla facoltà di avvalimento che sono state successivamente abrogate o sostanzialmente modificate sulla scorta dei rilievi della Commissione europea, la quale aveva aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, affermando che i limiti alla facoltà di avvalimento contrastano con la normativa comunitaria, che prevede quale unica condizione per l'esercizio della stessa quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (cfr. nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C -2208- 0108 in data 30 gennaio 2008 inviata al Ministero degli Affari esteri).

La disposizione in argomento, è stata, quindi, novellata dal d.lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti), al fine di rendere la normativa nazionale conforme a quella comunitaria e limitare sostanzialmente una lettura restrittiva dell'istituto dell'avvalimento. Pertanto, grazie all'abrogazione del comma 7, dell'art. 49, in base al quale il bando di gara poteva prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici (c.d. avvalimento parziale orizzontale), ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso (c.d. avvalimento parziale verticale), gli operatori economici hanno il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti senza alcuna limitazione.

Nel caso di specie, l'impossibilità di ricorrere all'avvalimento per i requisiti speciali relativi alla capacità economico - finanziaria, a pena di esclusione, non appare compatibile con la normativa nazionale e comunitaria.

Innanzitutto, non è condivisibile il rilievo della stazione appaltante secondo il quale le referenze bancarie atterrebbero a requisiti "personali" dell'impresa, attinenti alla sua "onorabilità" e "credibilità". Tali aspetti sono piuttosto riferibili ai requisiti di ordine generale elencati all'art. 38 del Codice, rispetto ai quali non è pacificamente ammesso l'avvalimento. L'art. 49, comma 2 lettere b) e c) del Codice prevede infatti che i requisiti generali debbono essere posseduti sia dall'impresa concorrente che dall'impresa ausiliaria. Tale principio è stato confermato dall'art. 88 del nuovo regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), in base al quale (comma 5) "*l'impresa ausiliata, per conseguire la qualificazione di cui all'art. 50 del codice, deve possedere: a) i requisiti di cui all'art. 78 (requisiti di ordine generale) in proprio; b) i requisiti di cui all'art. 79 (requisiti di ordine speciale, tra cui figura, al comma 1, lettera a), l'adeguata capacità economica e finanziaria) anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria*".

In secondo luogo, non può aderirsi alla tesi sostenuta dall'Amministrazione secondo la quale il divieto di ricorrere all'avvalimento per le referenze bancarie sarebbe conforme al disposto di cui all'art. 49 del Codice. Detta norma prevede il ricorso all'istituto in questione per soddisfare la richiesta relativa al possesso dei "*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ...*". Orbene, l'art. 41, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 163/2006 dispone espressamente che la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante "*dichiarazione di almeno due istituti bancari*". Ne consegue che l'avvalimento può riguardare la dimostrazione della solidità finanziaria mediante le referenze bancarie e che la clausola del bando che ciò esclude contrasta con la lettera e con la *ratio* dell'art. 49.

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589) si è occupata di un caso analogo, affermando che la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti. Pertanto è stata censurata la tesi secondo cui non sarebbe consentito ricorrere all'avvalimento per il requisito relativo al possesso di un determinato fatturato IVA per lavori analoghi nel triennio antecedente. Il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto sufficiente il richiamo dell'art. 49 a tutti i "*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA*" tra quelli che possono essere soddisfatti avvalendosi di altre imprese, atteso che il fatturato IVA non è altro che un requisito di carattere economico-finanziario ai sensi del precedente art. 41.

Analogamente, le referenze bancarie non sono altro che un requisito di carattere economico - finanziario ai sensi del citato art. 41.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene che la clausola contenuta in un bando di gara che restringa, a pena di esclusione, la possibilità di ricorrere all'avvalimento ai soli requisiti tecnici e non anche ai requisiti economico-finanziari mediante le referenze bancarie, non sia conforme alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito