

## **Parere n. 124 del 05/11/2009**

**Protocollo** PREC 38/09/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II – Servizio di consulenza e di ricerca-intervento per potenziare i sistemi organizzativi in dotazione all'A.O.U. – Importo a base d'asta €205.000,00 – S.A.: Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 19 febbraio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II ha rappresentato che alla gara in oggetto hanno partecipato l'Università Commerciale Luigi Bocconi e la R.S.O. S.p.A., che all'atto della verifica della documentazione amministrativa prodotta dall'Università Luigi Bocconi, la Commissione ha rilevato una dichiarazione di impegno di costituzione in ATI tra la citata Università ed il Dipartimento di Ingegneria Economico Gestionale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II (di seguito denominato DIEG) e che tale dichiarazione di impegno, tuttavia, non era riportata nell'intestazione del plico di partecipazione, così come sulle buste contenenti la documentazione amministrativa, la documentazione tecnica e l'offerta economica.

La stazione appaltante, inoltre, ha riferito che il DIEG, in qualità di ente pubblico, non ha reso le dichiarazioni di cui all'art. 9 punti 3 e 4.2 del Capitolato Speciale d'Appalto, richieste dallo stesso a ciascuna delle concorrenti riunite in ATI, e che il Dipartimento medesimo ha prodotto una dichiarazione di avvalimento per i requisiti per i quali non ha presentato le dichiarazioni richieste dal bando, che non contiene le attestazioni previste dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sulla base di tali elementi, è stato chiesto un parere all'Autorità in merito all'ammissione dell'ATI alla gara in oggetto.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'impresa controinteressata RSO S.p.A. ha presentato una propria memoria, nella quale ha rilevato che il DIEG, in quanto ente pubblico, non può partecipare a procedure di affidamento di appalti pubblici e, comunque, va escluso per non aver ottemperato alle prescrizioni di cui all'art. 9 punti 3 e 4.2 del Capitolato Speciale d'Appalto e all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

### **Ritenuto in diritto**

Per la definizione della questione oggetto della controversia, sottoposta all'esame di questa Autorità dall'istante Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, va considerato che, in ordine alle modalità di espletamento della gara, il capitolato speciale d'appalto prevede l'obbligo di ciascun concorrente di inserire, a pena di esclusione, nella busta A) "Documentazione amministrativa": - la Documentazione intesa ad accertare la situazione personale degli operatori economici relativa al possesso dei requisiti soggettivi (punto 3 dell'articolo 9, lettere a, b, c, d, e, f, g, del Capitolato Speciale d'Appalto), precisando che per i raggruppamenti temporanei i requisiti avrebbero dovuto essere posseduti da ciascuna Società riunita; - la Documentazione intesa ad accertare la capacità economica e finanziaria, tra l'altro, mediante attestazione di almeno

due Istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993, precisando (anche in questo caso) che per i raggruppamenti temporanei i requisiti avrebbero dovuto essere posseduti da ciascuna Società riunita (punto 3 dell'articolo 9 del Capitolato Speciale d'Appalto).

Nella fattispecie, l'Università Commerciale Luigi Bocconi ha partecipato alla gara depositando una dichiarazione di impegno di costituzione in ATI con il DIEG, sicché è evidente che questo ultimo avrebbe dovuto produrre la documentazione indicata al citato articolo 9 punti 3 e 4.2.

Invece, il DIEG non risulta aver presentato le dichiarazioni richieste, giustificando tale omissione sulla base della sua natura pubblica.

Tale giustificazione risulta priva di pregio, perché la dichiarazione di cui all'articolo 9.3 del Capitolato Speciale d'Appalto tende ad accertare la ricorrenza dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, del soggetto che partecipa alla gara (seppure in forma associata) che, in quanto tali, devono essere dimostrati da tutti i soggetti che partecipano all'ATI costituenda. Pertanto, tali dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese da ciascun componente del costituendo raggruppamento. Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che l'omissione delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'articolo 38, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, costituisce di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica (Consiglio Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742).

Per quanto concerne, infine, la dichiarazione resa dal Prof. Ing. Gennaro Improta, in qualità di Direttore e legale rappresentante del DIEG, di avvalersi - per i requisiti per i quali non sono state presentate le dichiarazioni richieste - dell'Università Commerciale Luigi Bocconi, esercitando la facoltà di avvalimento di cui all'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, va considerato che non risultano soddisfatte neanche le condizioni utili per utilizzare l'istituto dell'avvalimento.

Infatti, i requisiti soggettivi di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 (oggetto della dichiarazione richiesta all'art. 9.3 del Capitolato Speciale d'Appalto non possono costituire oggetto di avvalimento, consistendo in requisiti personali che deve possedere (e dimostrare) ciascun soggetto che voglia intrattenere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

L'avvalimento può riguardare solo i requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo; ma, anche per questi (cfr. Art. 7, punto 4.2, Capitolato Speciale d'Appalto) il DIEG non risulta aver ottemperato agli obblighi di documentazione previsti dall'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, il quale, al fine di utilizzare l'istituto dell'avvalimento prevede che il concorrente (singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, D.Lgs. n. 163/2006) in relazione ad una specifica gara 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; a tali fini, il concorrente allega una sua dichiarazione (verificabile ai sensi dell'articolo 48, del D.Lgs. n. 163/2006) attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui al citato articolo 38, una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara; e allega, in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Al riguardo, occorre ricordare che l'istituto dell'avvalimento 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 (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 7 aprile 2009 , n. 3227). 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 (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 30 marzo 2009 , n. 837).

Stante il carattere assorbente dei motivi sopra esaminati, si rende superfluo l'esame della fondatezza degli ulteriori profili di illegittimità della partecipazione della costituenda ATI di cui trattasi, evidenziati dall'impresa controinteressata RSO S.p.A.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della costituenda ATI tra l'Università Commerciale Luigi Bocconi e il Dipartimento di Ingegneria Economico Gestionale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, è conforme alla lex specialis e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009