QUESITO:

Si chiede conferma dell'utilizzo dell'avvalimento, ai sensi dall'art 49 D.Lgs. 163/2006, da parte del progettista, individuato dall'impresa, per soddisfare il requisito di capacità tecnica richiesta all'interno del disciplinare di gara.

RISPOSTA:

E' necessario specificare ulteriormente il concetto di individuato, se intende "indicato", l'avvalimento non è possibile.

Infatti, si richiama quanto indicato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 5161, Sez. III, del 1 ottobre 2012, ai punti 2 e 3, che si riportano:

"....Il Collegio non condivide tale interpretazione, che contrasta sia con la lettera che con la ratio dell'art 49 del codice dei contratti.

Ed invero, l'art. 49, comma 2, cod. contratti utilizza in proposito l'espressione "concorrente", con la quale si riferisce in equivocamente al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara. Questi, ove voglia ricorrere all'avvalimento, è tenuto a dichiarare ed allegare, unitamente alla domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai propri, integrano la prescrizione del bando.

L'avvalimento, in altri termini, è istituto di soccorso al concorrente in sede di gara e, di conseguenza, va escluso chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante (cfr. C.d.S., Sez. VI, 2.5.2012, n. 2508).

Vero è che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausilairi..

Va considerato, infatti, che solo il concorrente assume obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tanto che l'ausiliario si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione (art. 49 comma 3, lett. d)) ed, inoltre, l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4).

La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria è

collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi.

Inoltre, l'estensione della categoria di "concorrente" sino a ricomprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione (come nella fattispecie), comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria (potenzialmente all'infinito), non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Nel caso concreto, dunque, il Raggruppamento di progettazione indicato dal RTI capeggiato da CONSCOOP, posto che figura come collaboratore esterno del concorrente, non avrebbe potuto avvalersi dei requisiti tecnico organizzativi della Power and Control and System Consulting srl.

3. In conclusione, il Raggruppamento temporaneo...., andava escluso dalla gara per difetto dei requisiti di natura tecnica necessari per partecipare.

Torino, 16 gennaio 2013