

# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*  
*Avv. Francesco Massarelli*  
*Avv. Nicoletta Cecconi*

Padova, 23 febbraio 2016

anticipato via mail

Spett.le  
COMUNE DI BASSANO DEL GRAPPA  
via Matteotti 39  
= BASSANO DEL GRAPPA =

alla c.a.:  
dott. ing. Walter Stocco

**Oggetto:**  
**Appalto lavori di ripristino e consolidamento del Ponte Vecchio detto anche "Ponte degli Alpini"**

1. Do riscontro alla richiesta di esprimere un parere in merito alla procedura di verifica del possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento in favore dell'aggiudicataria provvisoria Nico Vardanega Costruzioni srl da parte dell'ausiliaria Consorzio Stabile AL.MA. di Aversa (CE).

Alla procedura di verifica è stato dato corso dal Seggio di Gara con nota del 23.12.2015 con la quale è stato richiesto al concorrente e all'ausiliario di comprovare adeguatamente la disponibilità dei mezzi,

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.84407 - Fax 0425.466032*  
e-mail: [studio@studiomaxxarelli.com](mailto:studio@studiomaxxarelli.com)

# *Studio Legale Massarelli*

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

delle attrezzature e della Direzione Tecnica indicate nel contratto di avvalimento.

La documentazione a comprova, in originale o copia autenticata da pubblico ufficiale, andava consegnata nel termine tassativo del 7 gennaio 2016, con espresso richiamo agli effetti di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006.

Nel termine tassativo indicato è pervenuta al Seggio di Gara soltanto una copia semplice di un contratto d'opera per l'assunzione delle funzioni di D.T dell'ausiliaria, nonché una dichiarazione dell'ausiliaria che "l'elenco delle attrezzature ... è nella piena disponibilità del Consorzio Stabile AL.MA". Il tutto veniva corredato da un parere legale nel quale si evidenzia che la Stazione appaltante avrebbe dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza della certificazione SOA oggetto di avvalimento, peraltro già specificamente dimostrata in sede di offerta. La verifica dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse sarebbe stata preclusa alla Stazione appaltante in questa fase e possibile solo ed eventualmente in fase di esecuzione del contratto.

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*

# *Studio Legale Massarelli*

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

Stante l'urgenza rappresentatami, si prescinde dalla ricostruzione puntuale dei fatti, dandoli per noti, concentrando il presente parere sulle conseguenze normative del mancato rispetto da parte del concorrente del termine tassativo indicato nella nota del Seggio di Gara.

2. Invero, il primo punto che va affrontato riguarda l'aspetto più strettamente procedimentale della questione sottopostami, poiché è indubbio che il Seggio di Gara nell'inviare la nota di cui si è detto ha inteso autoregolamentarsi e disciplinare espressamente le conseguenze del mancato riscontro alla richiesta di documentazione inviata all'aggiudicatario provvisorio e all'ausiliaria.

Prima ancor di analizzare se la P.A. poteva chiedere documenti ai fini di verifica del possesso effettivo delle risorse in capo ai primi classificati (la verifica è stata fatta anche nei confronti del secondo e terzo in graduatoria), va infatti sottolineato come la tassatività dei termini indicati e le conseguenze della loro inosservanza siano espressamente indicate nella nota

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomaxarelli.com*

# Studio Legale Mammarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Mammarelli*

*Avv. Francesco Mammarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

in questione, che richiama altresì l'art. 48 del D.Lgs. citato

Il mancato rispetto del termine indicato -e non può sussistere dubbio alcuno che il termine concesso non sia stato utilmente osservato dai destinatari- comporta la conseguenza -in via strettamente procedimentale- che si applicano le sanzioni previste dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163\2006 (determinazione ANAC 1/2014).

3. Quanto detto in via di analisi della autoregolamentazione che il Seggio di gara ha inteso darsi, e delle conseguenze del mancato rispetto di detta disciplina, va completato con una disamina delle contestazioni presentate dal concorrente.

Sostiene invero il concorrente che la verifica di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, con riferimento all'oggetto dell'avvalimento, può riferirsi solo ed esclusivamente alla certificazione SOA che di detto contratto costituisce l'esclusivo oggetto.

Poiché il possesso di questo requisito -così sostiene il concorrente- è già stato documentato in sede

*Via Emanuele Filiberto, 5 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomammarelli.com*

# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

in gara mediante il deposito del certificato SOA oggetto di avvalimento in copia conforme all'originale, null'altro la Stazione appaltante potrebbe verificare in questa sede, ed in particolare non potrebbe verificare l'effettiva disponibilità di mezzi, attrezzature e direzione tecnica, poiché questi non sarebbero requisiti prescritti dalla *lex specialis*, come tali oggetto di avvalimento oggetto del relativo contratto.

Premesso che i precedenti giurisprudenziali sul punto non paiono potersi riferire con chiarezza alla fattispecie così come si è delineata nella gara di cui si discute, sembra di poter affermare che una possibile prospettiva dalla quale muovere per risolvere il problema sottoposti sia quella della disamina dell'effettivo contenuto del contratto di avvalimento al fine di verificare se oggetto di questo fosse solo il possesso della SOA di cui la concorrente difetta.

Ebbene, il contratto di avvalimento stipulato tra Consorzio Stabile e srl Nico Vardanega Costruzioni prevede all'art. 2 l'obbligo per l'Ausiliaria a mettere a disposizione la categoria OG2-V ed altresì "a fornire i seguenti requisiti e a mettere a disposizione le risorse

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Piovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460232*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*

# Studio Legale Massaroli

*Prof. Avv. Leopoldo Massaroli*

*Avv. Francesco Massaroli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

necessarie per tutta la durata dell'appalto stesso: requisiti economico-finanziari e tecnico professionali, nonché le connesse risorse necessarie" tra le quali, espressamente, "altre risorse e mezzi messi a disposizione elencati nell'apposito Allegato 1".

Dunque oggetto del contratto di avvalimento sono la categoria e quindi la SOA, ma non solo, essendo chiaramente conferite anche le risorse necessarie di cui all'elenco allegato 1.

In questo elenco si trovano proprio gli automezzi individuata con targa e immatricolazione che sono stati oggetto della verifica, poiché da visura PRA acquisita dalla Stazione appaltante risultano intestati a soggetti diversi dal Consorzio stabile.

Un primo dato pertanto contraddice quanto esposto dal concorrente, poiché il contratto di avvalimento ha un oggetto diverso e più ampio rispetto ai soli requisiti della SOA.

Il che rende di per sé superato ogni riferimento al parere ANAC n. 164/2010, compiuto sia nel parere legale che nella risposta al quesito formulato dal Comune al Supporto Giuridico dell'Autorità, dato che

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassaroli.com*

# Studio Legale Massarrolli

7

*Prof. Avv. Leopoldo Massarrolli*

*Avv. Francesco Massarrolli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

questo parere riguarda la comprova del possesso di requisiti già provati dalla certificazione SOA.

Nel caso che ci occupa, invece, la comprova riguarda qualche cosa di diverso, e cioè la disponibilità di risorse che nel contratto di avvalimento si dichiarano essere poste a disposizione del concorrente.

Requisiti e risorse, quindi, sono oggetto del contratto di avvalimento e, a ben vedere, della stessa dichiarazione del concorrente di voler ricorrere all'avvalimento, laddove si afferma di "avvalersi dei seguenti requisiti di terze imprese ausiliari ... e a tale scopo allega in originale o copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliari si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". [la sottolineatura è nostra -ndr.].

4. Le norme cui il Seggio di Gara intende dare applicazione sono pertanto le seguenti:

a) quanto al bando, il riferimento è l'art. 14.8. che prevede in caso avvalimento, a pena d'esclusione, la presentazione di dichiarazione della

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassarrolli.com*

# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

ausiliaria con cui questa si obbliga a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente per tutta la durata dell'appalto,

b) quanto al Codice dei contratti l'art. 49, n. 1 e n. 2 lett. d), in stretta correlazione con l'art. 48. La norma in questione, oltre a disporre che il concorrente può soddisfare il possesso di requisiti avvalendosi di quelli di un terzo mediante attestazione SOA del terzo (art. 49 n. 1), dispone altresì al n. 2 che oltre all'eventuale attestazione SOA il concorrente -al fine di provare il possesso dei requisiti di cui al n. 1- allega (lett. d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Questo è il contesto normativo nel quale si inserisce la richiesta di verifica formulata dal Seggio di Gara, che comprendeva espressamente le risorse che con il contratto di avvalimento venivano poste a disposizione del concorrente, e quindi automezzi di cui è stata riscontrata l'intestazione a soggetti diversi dall'Ausiliaria e Direttore Tecnico.

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*



# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

Il concorrente e l'Ausiliaria non hanno fornito i chiarimenti per gli automezzi limitandosi a ribadire che questi sono a disposizione dell'Ausiliaria, e quindi resta fermo il fatto che questa affermazione contrasta con le risultanze al PRA e non è comprovata da alcunchè. Quanto al Direttore tecnico è stata fornita una fotocopia di un contratto che non soddisfa i requisiti formali richiesti dal Seggio di Gara (originale o copia autenticata da Pubblico Ufficiali), ma ritengo ci si possa concentrare sul dato sostanziale.

In chiusura della presente disamina, mi pare utile segnalare la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7581 del 20.10.2010, che -pur riguardando una fattispecie immediatamente antecedente all'entrata in vigore del Codice dei contratti (impugnazione di provvedimento di esclusione a seguito di verifica)- fa riferimento alla direttiva comunitaria 2004/18/CE che sarà oggetto di recepimento nel Codice.

Afferma il Consiglio di Stato nella parte motiva della decisione -al di là della diversa fattispecie concreta- l'esistenza di una serie di principi -che possono riassumersi nel "noto principio

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Maxciani, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*

# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

comunitario di precauzione"- che consentono alla Stazione appaltante di procedere alla verifica del possesso di requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo oggetto del contratto di avvalimento.

Dice il Consiglio di Stato (per la parte che qui interessa):

" ... l'avvalimento ora disciplinato dall'art. 49 del D.lgs. n. 163/2009 ... esprime pur sempre un principio di carattere generale ispirato al canone generale di buon andamento dell'azione amministrativa, dal momento che, altrimenti, si consentirebbe di eseguire in favore della stazione appaltante prestazioni che non potrebbero essere fornite. A tale principio non ostano l'art. 48 della direttiva 2004/18/CE ... [allora vigente -ndr.] che tratta delle capacità tecniche e professionale dell'imprenditore o operatore economico concorrente e che, essendo finalità dell'istituto dell'avvalimento quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo agli altrui requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo ... non escludono affatto la necessità del possesso dei requisiti generali da parte del soggetto di cui questo si avvalga per integrare i propri requisiti; necessità che, d'altra parte, risponde al noto principio comunitario di precauzione ...

... il ripetuto art. 48, par. 3, richiede ai fini dell'avvalimento che il concorrente provi all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione del contratto "disporrà" delle risorse necessarie di altri soggetti, quindi ciò provi nel momento della partecipazione alla gara e non in quelli, successivi, dell'assunzione degli impegni contrattuali e del loro adempimento; momento, d'altra parte, a cui attiene la disciplina posta dallo stesso art. 48,

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Poggio - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*

# Studio Legale Massarelli

*Prof. Avv. Leopoldo Massarelli*

*Avv. Francesco Massarelli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

espressamente riguardante appunto la valutazione e la verifica dei requisiti – sia pur speciali – di partecipazione. Nello stesso senso depone il previgente art. 27 della direttiva 93/37/CEE, il quale concerne anch'esso la dimostrazione dei medesimi requisiti parimenti in sede partecipativa, come comprova, non diversamente dall'art. 48, l'elencazione della documentazione occorrente a tal fine." [la sottolineatura è nostra -ndr.].

5. In conclusione, ritengo che la fattispecie esaminata presenti diversi caratteri di peculiarità tali da impedire una soluzione che non presenti margini di incertezza, ma proprio per tale motivo va valorizzato l'aspetto procedimentale di cui al punto 2 del parere, e cioè il fatto che il Seggio di Gara ha inteso chiedere della documentazione di conferma in ordine a risorse facenti parte del contratto di avvalimento, richiamando espressamente termini e conseguenze dell'art. 48 del Codice.

A fronte di tale espresso richiamo, la concorrente e l'ausiliaria –pur evidentemente conscie del fatto che i mezzi elencati nel contratto di avvalimento non erano intestati all'ausiliaria- hanno ritenuto di non dare risposte nel merito, non rispettando il termine assegnato dal Seggio di gara ed ignorando volutamente il

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*

*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460232*

*e-mail: studio@studiomassarelli.com*

# Studio Legale Mazzarolli

*Prof. Avv. Leopoldo Mazzarolli*

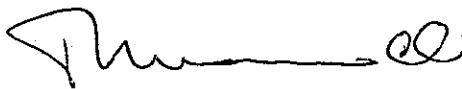
*Avv. Francesco Mazzarolli*

*Avv. Nicoletta Cecconi*

disposto dell'art. 49 del Codice e le conseguenze di cui all'art. 48 richiamate nella comunicazione del Seggio di Gara.

Dunque, l'alternativa cui deve far fronte la Stazione Appaltante -se ignorare le sue stesse determinazioni e la mancata risposta del concorrente ovvero se portare a compimento il sub procedimento applicando il disposto dell'art. 48 del Codice- va risolta portando a compimento il sub procedimento di verifica, prendendo atto della mancata risposta nel merito da parte della concorrente e dell'ausiliaria ed applicando l'art. 48 del Codice con ogni conseguenza del caso.

A disposizione per eventuali chiarimenti, porgo i migliori saluti.



Avv. Francesco Mazzarolli

*Via Emanuele Filiberto, 3 - 35122 Padova - Tel. 049.8753871 - Fax 049.650904*  
*Via Giuseppe Mazzini, 24 - 45100 Rovigo - Tel. 0425.24407 - Fax 0425.460032*

*e-mail: studio@studiomazzarolli.com*