



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 780 DEL 20 LUGLIO 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata congiuntamente dalla Zeta Costruzioni di Zaragia Orlando & C. S.a.S e Comune di Sant'Arpino (CE) – Procedura aperta per l'affidamento di lavori di adeguamento funzionale di ristrutturazione e manutenzione straordinaria Scuola Cinquegrana. Importo a base di gara euro: 915.000,00 oltre euro: 27.450 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. S.A.: Comune di Sant'Arpino (CE).

PREC 48/16/L

Avvalimento – Consorzio Stabile quale impresa ausiliaria – contenuto del contratto – attestazione di qualificazione SOA.

Nel caso di contratto di avvalimento della qualificazione SOA, ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori.

Con riferimento all'apposizione di clausole ritenute “condizionanti” il contratto di avvalimento, lo stesso deve ritenersi invalido solo in presenza di una condizione, apposta all'impegno relativo, tale da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto di avvalimento.

Art. 49 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita in data 30 giugno 2016 la società Zeta Costruzioni di Zaragia Orlando & C. S.a.S e il Comune di Sant'Arpino (CE) hanno congiuntamente chiesto all'Autorità di formulare un'ipotesi di soluzione della controversia insorta tra le parti relativamente alla procedura indicata in oggetto, in merito alla presunta illegittima aggiudicazione disposta in favore della società Italia Impresit S.r.l.

In particolare, la società Zeta Costruzioni, posizionatasi seconda in graduatoria, contesta l'ammissione alla procedura di gara della concorrente Italia Impresit S.r.l. poiché risulterebbe sprovvista di qualificazione SOA (cat. OG 1), in considerazione che il contratto di avvalimento sottoscritto con il Consorzio Stabile RESEARCH, quale impresa ausiliaria, presenterebbe due profili di criticità: da un lato nell'oggetto sociale del Consorzio in questione non risulta compresa l'attività di avvalimento verso terze imprese (non consorziate), dall'altro il contratto di avvalimento risulta condizionato da una serie di clausole meramente potestative.

All'esito dell'avvio dell'istruttoria, le parti e la controinteressata Italia Impresit S.r.l. hanno ribadito le rispettive posizioni. La Zeta Costruzioni, in particolare ha posto in evidenza ulteriori profili



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in ordine alla genericità del contratto di avvalimento sottoscritto tra l'impresa aggiudicataria e il Consorzio Stabile RESEARCH.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto al vaglio dell'Autorità verte sulla validità o meno di un contratto di avvalimento sottoscritto tra un'impresa concorrente, sprovvista di qualificazione SOA richiesta per la partecipazione alla gara e un Consorzio Stabile, quale impresa ausiliaria, con particolare riferimento ad alcuni aspetti e contenuti inseriti nel suddetto contratto che possano farlo ritenere sottoposto a condizione meramente potestativa.

Per dirimere la questione, occorre verificare se il contratto di avvalimento in questione sia conforme alla disciplina vigente al momento della definizione della procedura in oggetto, prendendo le mosse dalla natura stessa dell'istituto, secondo quanto previsto dall'art. 49 dell'abrogato d.lgs. 163/2006.

Al riguardo, è pertanto opportuno preliminarmente ricordare in generale che l'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali, necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi (Determinazione n. 2 del primo agosto 2012). Il comma 2 del soprarichiamato art. 49 indica i documenti che l'impresa ausiliata deve presentare, al fine di partecipare alla procedura di gara, quando intende far ricorso all'istituto in parola. Tra questi è menzionato anche il contratto di avvalimento: ossia l'atto bilaterale, in virtù del quale viene costituito un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, nel doveroso rispetto dei requisiti generali di cui all'art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall'art. 49 d.lgs. 163/2006.

Più precisamente quest'ultima disposizione richiede che l'impresa ausiliaria si obblighi nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lett. f). La *ratio* della norma risiede nell'assicurare alla stazione appaltante, a tutela dell'interesse pubblico che giustifica il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica, che l'impresa ausiliata godrà per tutta la durata dell'appalto dei requisiti di cui è priva e delle relative risorse necessarie per la corretta esecuzione dell'affidamento, in virtù della specifica obbligazione assunta dall'impresa ausiliaria.

Tanto è vero che l'art. 88 d.P.R. 207/2010 - Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento - precisa che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, la durata ed ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento. E' evidente, quindi, che la stazione appaltante deve avere la certezza circa l'effettiva disponibilità da parte dell'impresa concorrente del requisito prestato e delle relative risorse.

Pertanto, stante la riconosciuta ammissibilità dell'avvalimento anche per quanto riguarda la certificazione SOA, è opportuno tuttavia evidenziare che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Infatti, essendo l'attestazione di qualificazione SOA finalizzata a dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2015, n. 2547).

Ne consegue che, non risulta sufficiente la sola riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. V, 19 maggio 2015, n. 2547).

È necessario che dal contratto di avvalimento risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito mancante. L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento mediante elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; 17 marzo 2014, n. 1322; 27 marzo 2013, n. 1772; parere di precontenzioso n. 36 del 2.9.2014).

Con riferimento alla possibilità per un Consorzio Stabile in qualità di impresa ausiliaria, di prestare requisiti sulla scorta di un contratto di avvalimento con impresa terza priva della necessaria qualificazione, si richiama quanto affermato dall'Autorità nel parere di precontenzioso n. 198 del 20.11.2013, laddove precisa che: «... *mentre nella fattispecie in esame il Consorzio partecipa quale "ausiliario" nell'ambito di un contratto di avvalimento con un'impresa terza priva della necessaria qualificazione, obbligandosi verso quest'ultima e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, "tutte le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, come specificato in dettaglio al punto n. 2 del contratto di avvalimento sottoscritto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata" ».*

Infine, riguardo alla legittimità o meno di un contratto di avvalimento che sia sottoposto a condizioni sospensive meramente potestative, come noto l'Autorità si è pronunciata in maniera diffusa con pareri di precontenzioso n. 77 del 13.5.2015, n. 88 del 23.4.2014, n. 203 del 18.12.2013, n. 143 del 11.9.2013, nei quali è stato precisato che l'apposizione di una clausola quale «*il legale dell'impresa ausiliaria [...] potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio*» rende incerta l'operatività del contratto e dunque non certa l'assunzione dell'impegno in esso contenuto, con conseguente mancata prova del requisito di partecipazione da parte del concorrente che ne è privo e che ha fatto ricorso all'avvalimento per dimostrarlo. Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa nei termini di ritenere che una siffatta clausola come quella sopra descritta, si sostanzia in una condizione sospensiva meramente potestativa che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avalimento (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 413).

Orbene, sulla scorta delle considerazioni che precedono, nel caso di specie è possibile evidenziare quanto segue.

Per quanto attiene il primo profilo di doglianza sollevato, lo stesso risulta infondato in quanto non si rinvergono limiti preclusivi all'applicazione della disciplina dell'avalimento anche ai Consorzi Stabili.

Per quanto riguarda il contratto di avalimento sottoscritto tra il Consorzio Stabile RESERACH e la società Impresit S.r.l. (impresa consorziata) si ritiene che lo stesso sia esente da clausole che possono farne dubitare l'operatività. Il suddetto contratto appare conforme al modello delineato dall'art. 49, comma 2, lett. f) d.lgs. 163/2006 in quanto presuppone un contratto valido e immediatamente efficace, in ragione della funzione probatoria che è chiamato a svolgere.

Infatti, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato, da ultimo ribadito dal Cons. Stato, sentenza del 22 ottobre 2015, n. 4860 *«deve ritenersi invalido il contratto di avalimento solo in presenza di una condizione, apposta all'impegno relativo, tale da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto di avalimento»*. Pertanto, nel caso di specie, non si è in presenza di condizioni sospensive meramente potestative tali da inficiare la validità del contratto.

Inoltre, con riferimento all'apposizione di una clausola relativa ai poteri di controllo in fase esecutiva in capo all'ausiliaria, come peraltro ricorre nel caso di specie all'articolo 2, punto 2 del contratto di avalimento sottoscritto tra le parti, recente giurisprudenza ha ritenuto che la suddetta clausola non integri l'ipotesi di avalimento condizionato in quanto *«si tratta di un regime convenzionale che consente la partecipazione dell'ausiliaria alle varie fasi di esecuzione dei lavori, attraverso opportunità di accesso sui luoghi e disponibilità di documentazione, le cui pattuizioni in alcun modo si rivelano idonee, né risulta così convenuto tra le parti – a condizionare o sospendere l'efficacia degli obblighi assunti ai fini dell'avalimento»* (cfr. TAR Campania, sez. I, 7.5.2015, n. 2542).

Dunque, nel caso in esame, il contenuto del contratto appare specifico e puntuale nell'indicazione delle risorse messe a disposizione per l'esecuzione dell'appalto e non sottoposto a condizioni, è quindi tale da soddisfare, per questa parte, il parametro normativo richiesto.

Corre, tuttavia, l'obbligo di precisare che secondo quanto previsto dall'art. 49, comma 4: *«Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto»*. Nel caso in esame, risulta nelle premesse del contratto di avalimento in questione che *«l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente hanno responsabilità solidale, secondo le condizioni e i termini stabiliti nello schema di contratto di appalto, in relazione alle prestazioni per le quali opera l'avalimento»*. Siffatta precisazione apparirebbe limitativa della responsabilità in solido così come prevista dalla sopra richiamata disposizione se non si evidenziasse la coincidenza della prestazione oggetto di avalimento (qualificazione SOA cat. OG 1) con quella oggetto del contratto di affidamento – lavori di adeguamento funzionale di ristrutturazione e manutenzione straordinaria Scuola Cinquegrana – categoria prevalente OG 1, classifica III.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che il contratto di avvalimento sottoscritto tra l'impresa concorrente Italia Impresit S.r.l. e il Consorzio stabile RESEARCH appare conforme al modello previsto dall'art. 49, d.lgs. 163/2006 ed esente da vizi di genericità.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2016
Il segretario Maria Esposito