



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1379 DEL 21 dicembre 2016**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Friulana Costruzioni S.r.l./ Comune di Porto Tolle. Procedura aperta per l'affidamento dei servizi e lavori di ristrutturazione scolastica per nidi di infanzia comunali, scuole dell'infanzia comunali e statali e per le scuole statali primarie e secondarie di primo grado del Comune di Pesaro. Criterio di valutazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara. 9.190.124,00 euro. S.A. Comune di Pesaro.

**PREC 60/16/L**

**Avvalimento. Consorzi stabili. Dimostrazione requisiti di partecipazione.**

*Non può considerarsi avvalimento in violazione dei limiti di legge, né dell'obbligo di indicazione dell'impresa esecutrice in sede di offerta, la manifestazione della volontà di fruire della manodopera di una delle proprie consorziate da parte del consorzio ausiliario dell'aggiudicataria che concorre in proprio.*

**Artt.80 comma 5 lett. B); 83 comma 9 e 105 comma 7 D.lgs.50/2016;**

**Il Consiglio**

*Considerato in fatto:*

Con l'istanza prot. n. 157508 del 25 ottobre 2016, la Friulana Costruzioni S.r.l. chiedeva a questa Autorità un parere sulla legittimità dell'aggiudicazione nella procedura in oggetto in favore della società Di Murro Francesco S.r.l., in considerazione del contratto di avvalimento, a suo avviso, invalido, inidoneo e comunque inefficace stipulato con il consorzio stabile EBG per il prestito delle risorse di manodopera necessarie all'esecuzione.

Sosteneva l'istante che l'aggiudicataria, priva di attestazione SOA per le categorie di lavorazioni oggetto dell'appalto, avrebbe inteso soddisfare i requisiti richiesti avvalendosi integralmente dell'organizzazione di impresa del Consorzio stabile EBG. Tale Consorzio, in sede di offerta, avrebbe dichiarato di concorrere in proprio, ma, secondo l'istante, non possiederebbe i mezzi d'opera, le attrezzature e le risorse adeguate, avendo un personale costituito da soli dipendenti amministrativi e non dalle maestranze necessarie che in seguito avrebbe avuto intenzione di reperire presso una propria consorziata, la CO.FER Srl., indicata dopo l'aggiudicazione.

In questo modo, l'istante sostiene, il Consorzio avrebbe violato il disposto di cui all'art. 48 co.7 del Codice che prevede l'obbligo di indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre. L'istante contesta inoltre il prestito tramite avvalimento della qualificazione SOA, da ritenersi non ammissibile secondo la legge in conformità con le indicazioni delle Direttive e della



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Legge delega al Codice; contesta la validità del contratto di avvalimento, in considerazione della carenza di requisiti in capo al Consorzio in proprio. Di tale contratto, segnala anche la esiguità del corrispettivo che farebbe presumere un prestito fittizio di requisiti. In conseguenza, chiede di stabilire l'illegittimità della procedura di gara di cui aveva già chiesto l'annullamento in autotutela alla stazione appaltante.

Il Comune, all'unisono con quanto sostenuto nella propria replica dal Consorzio EBG, fa riferimento a costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, nonché a pronunce dell'Autorità (Determinazione n. 11/2004), secondo cui il consorzio stabile, come organismo plurisoggettivo, può usufruire di capacità mezzi e personale delle imprese consorziate pur concorrendo in proprio.

La norma di cui all'art. 48 co. 7 del nuovo Codice andrebbe dunque interpretata non nel senso di previsione di un obbligo dei consorzi di indicare in fase di offerta la società esecutrice al loro interno, ma come attribuzione di una mera facoltà di cui essi possono fruire, ben potendo, allo stesso modo, partecipare in proprio tramite l'uso delle risorse appartenenti alle proprie consorziate.

L'ente appaltante e la difesa del Consorzio sottolineano, nel merito, la sussistenza dei requisiti in capo a quest'ultimo dimostrata attraverso la documentazione prodotta costituita dall'estratto del registro dei beni ammortizzabili da cui risulterebbe il possesso delle attrezzature messe a disposizione dell'aggiudicatario. Dalle memorie presentate alla stazione appaltante dalla società aggiudicataria si evince anche un elenco di dipendenti del Consorzio che non è solo limitato a figure di tipo amministrativo, ma ricomprende anche maestranze: carpentieri e operai.

Il Consorzio quindi avrebbe gareggiato in proprio, quale ausiliario dell'impresa aggiudicataria, e avrebbe poi indicato la CO.FER, una delle consorziate, per l'utilizzo delle maestranze necessarie al compimento dei lavori. Da questo carattere di "estraneità" alla gara del soggetto consorziato deriva secondo la difesa del Consorzio l'irrilevanza di dichiarazioni per la dimostrazione dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice da parte della società CO.FER, valutabili invece in capo al consorzio. Alle contestazioni mosse in merito all'incongruità del corrispettivo dell'avvalimento, la difesa del Consorzio contrappone l'insiducabilità delle scelte di natura contrattuale privatistica. Tali argomentazioni, recepite dalla stazione appaltante, hanno indotto l'amministrazione, che pure aveva esperito un procedimento di rettifica della procedura, a confermare l'aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa Di Murro e a rigettare l'istanza di annullamento in autotutela.

*Ritenuto in diritto*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

La disciplina relativa alla partecipazione dei consorzi stabili che nel Dlgs. 163/2006 era contenuta all'art. 35 viene oggi traspota nell'art. 47 D.lgs. 50/2016. L'art. 47 recita: *“ I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*. Nulla prevede il nuovo codice in ordine alla qualificazione, aspetto per il quale il vecchio art. 36 co. 7 rimandava al Regolamento. Ma come precisato in un Comunicato del Presidente del maggio 2016: l'art. 216 co.14 prevede che fino all'adozione delle linee guida di cui all'art. 83, comma 2, del Codice, si applica la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni, sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del Codice: *“Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate”*. Le sostanziali sovrapposizioni tra il codice abrogato e la vigente disciplina legislativa consentono di riportare ancora come pienamente attuale la posizione espressa dall'Autorità nelle Determinazioni piuttosto risalenti: 6/2001; 18/2003 e 11/2004, nelle quali si è detto che *“nei consorzi stabili i legami tra le imprese e il consorzio sono tali da costituire un rapporto organico nel quale unico soggetto interlocutore della stazione appaltante è il consorzio stesso che assume in proprio tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità del contratto”*. Ciascuna impresa concorre alla qualificazione secondo il *“meccanismo sommatorio”* indicato dalla disciplina regolamentare, sino a intervenuta adozione di linee guida.

Poiché il Consorzio, nella fattispecie in oggetto, attraverso opportuna allegazione istruttoria, ha provato alla stazione appaltante di possedere i requisiti richiesti dal bando è evidente che ha partecipato alla selezione, in qualità di ausiliario, proprio e la designazione dell'impresa al suo interno, per l'utilizzo delle sole maestranze, costituisce non costituisce avvalimento ma risponde alla natura mutualistica del patto consortile (Cons. Stato VI 10.5.2013 n. 2563, nonché parere di prec. n.17 del 5.8.2014). Del resto, come sottolinea l'istante, l'istituto dell'avvalimento è applicabile al solo concorrente e non anche all'impresa ausiliaria, infatti: *“non può ritenersi consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto (cd “avvalimento a cascata”)* (AVCP. Det. n. 2012).

Dall'interpretazione letterale delle norme sopra indicate, deriva che anche per documentare i requisiti di ordine generale occorre riferirsi all'organismo consortile inteso nel suo complesso.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Poste tali premesse inoltre, l'indicazione della consorziata per l'utilizzo della disponibilità di manodopera resta un atto interno al consorzio che non rileva affatto ai fini dell'offerta, della quale non costituisce modifica.

Circa l'unico contratto di avvalimento esistente nella procedura in oggetto, quello stipulato tra la Di Murro S.r.l. e il Consorzio EBG, la validità ed efficacia dello stesso è stata valutata dalla stazione appaltante che ha esaminato le dichiarazioni e la rispondenza alla sostanziale effettività del prestito di requisiti, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Per tali ragioni, ricostruendo correttamente la fattispecie, non si riscontra alcuna contraddizione tra la dichiarazione del Consorzio di voler partecipare in proprio quale ausiliaria dell'impresa che poi è risultata aggiudicataria e la volontà manifestata all'esito della procedura selettiva, di utilizzare personale di una delle consorziate.

### Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la legittimità dell'aggiudicazione nella procedura in oggetto.

*Il Presidente*

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 gennaio 2017

Il Segretario, Rosetta Greco