



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 392

DEL 12 aprile 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Ing. G. Lombardi & C. Costruzioni Edilizie S.r.l. – Progettazione esecutiva ed esecuzione di tutte le opere e provviste finalizzati all'adeguamento funzionale e normativo e alla riqualificazione della sede Inail di Salerno - Importo a base di gara: euro 2.966.729,14 - S.A. INAIL – Direzione Regionale per la Campania - Napoli

PREC 44/17/L

Contratto di avvalimento – limitazione della responsabilità solidale – soccorso istruttorio

Vizia il contratto di avvalimento, e il conseguente impegno verso la stazione appaltante, la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata"; non trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione del contratto di avvalimento, al fine di chiarire la piena responsabilità solidale.

Art. 49, co. 4 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 191264 del 27 dicembre 2016 presentata dalla Ing. G. Lombardi & C. Costruzioni Edilizie S.r.l., con la quale l'istante, seconda classificata nella gara in oggetto, contesta la dichiarazione resa al punto 5) del contratto di avvalimento stipulato dalla prima classificata Zara Appalti S.r.l., a tenore della quale la responsabilità solidale «si estende ai soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata ed indicati nel presente contratto» e sostiene invece che tale responsabilità debba riguardare tutte le prestazioni previste dal contratto d'appalto, e richiama a sostegno della propria tesi il Parere Anac n. 780 del 20 luglio 2016;

VISTA la memoria della S.A. prot. n. 25481 del 16 febbraio 2017, la quale avverte di non aderire all'istanza di precontenzioso e precisa che in realtà il punto 4) del contratto di avvalimento non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prevede alcuna limitazione della responsabilità, mentre il contestato punto 5) disciplina chiaramente solo i rapporti interni tra concorrente e ausiliaria;

VISTA la memoria della prima classificata Zara Appalti S.r.l. prot. n. 25992 del 17 febbraio 2017, la quale afferma che il contestato punto 5) del contratto di avvalimento non ha alcuna valenza elusiva bensì di mera precisazione, nel senso che l'ausiliaria «avrebbe assunto...un'obbligazione autonoma di carattere accessorio, dipendente rispetto a quella principale del concorrente ausiliato, della quale segue le sorti e che si perfeziona con l'aggiudicazione», e che comunque tale dichiarazione sarebbe sanabile tramite soccorso istruttorio;

VISTO il contratto di avvalimento tra il Consorzio Stabile Infra.tech S.c.a.r.l. e la Zara Appalti S.r.l. , con il quale il Consorzio mette a disposizione dell'ausiliata i requisiti dell'attestazione SOA nella categoria OG11 IIIBis e della cifra d'affari, indica poi le risorse specifiche prestate e, al punto 4), reca la dichiarazione che «il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto», mentre al successivo punto 5) specifica che «la predetta responsabilità si estende in relazione ai soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliaria ed indicati nel presente contratto»;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. VI, Sent., 13 ottobre 2015, n. 4703) secondo la quale «vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante la limitazione della responsabilità del Consorzio in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto, testualmente ricondotta ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata": tale limitazione si pone in diretto contrasto con quanto prevede l'art. 49, comma 4, del Codice, che postula una piena responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione a tutte le prestazioni contrattuali (restando il riparto di responsabilità questione interna relativa ai rapporti contrattuali tra le parti)»; e, con riferimento all'utilizzo del potere di soccorso istruttorio, «per permettere l'integrazione del contratto di avvalimento, nel caso in cui il documento esista, è ammissibile l'integrazione documentale conseguente alla sua incompletezza, senza che possa avere rilievo il carattere formale o sostanziale dell'omissione, non sussistendo un onere di chiedere la regolarizzazione di irregolarità non essenziali» (T.A.R. Lombardia Sez. III, Sent., 20 marzo 2015, n. 756);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, laddove specifica che «in tema di avvalimento l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento (art. 49, comma 2, lett. a) del Codice). La dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta. Anche il contratto di avvalimento è evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta. La nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, il punto 4) del contratto di avvalimento reca la dichiarazione corretta che «il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto» ma il successivo punto 5), nel riferirsi alla "predetta responsabilità", ne prevede una limitazione ai soli requisiti prestati;

RITENUTO che, nel caso di specie, non inficiando tale clausola il possesso dei requisiti, e non trattandosi di carenza documentale, appare possibile l'integrazione del contratto al fine di chiarire la piena responsabilità solidale di cui al punto 4);

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'impresa ausiliata"; non trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione del contratto di avvalimento, al fine di chiarire la piena responsabilità solidale.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2017

Il Segretario Maria Esposito