



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 401

DEL 12 aprile 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da BRC S.p.A. – Affidamento dei lavori di ripristino e consolidamento del Canale dei Navicelli- Lotto n. 4 (app LLPP 11/15) – Importo a base di gara: euro 825.142,10 - S.A.: Comune di Pisa

PREC 6/17/L

Avvalimento – qualificazione SOA - consorzio stabile quale impresa ausiliaria – messa a disposizione delle risorse delle imprese consorziate – ammissibilità

Il consorzio stabile può prestare, tramite contratto di avvalimento, ad imprese terze che ne siano prive, il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate senza che ciò integri un'ipotesi di avvalimento "a cascata", in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile.

Articoli 34, 36 e 49 d.lgs. n. 163/2006; Art. 94 d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 181502 del 7 dicembre 2016 con cui BRC S.p.A. – operatore economico che ha partecipato alla gara in epigrafe avvalendosi del Consorzio Stabile La Marca in ordine al possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG8 - ha contestato la propria esclusione dalla gara disposta dal Comune di Pisa per avere il consorzio fatto riferimento a mezzi e risorse che non fanno capo alla sua struttura d'impresa ed avere utilizzato i requisiti e le risorse di soggetti giuridicamente distinti (le imprese consorziate) anche se ad esse collegati da vincoli di gruppo societario; l'istante sottolinea la natura di consorzio stabile dell'impresa ausiliaria e invoca l'applicabilità del regime giuridico c.d. del cumulo alla rinfusa per la dimostrazione dei requisiti speciali, in forza del quale il consorzio stabile può qualificarsi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006) e avvalersi di qualsiasi contributo in termini di requisiti dei consorziati senza dovere ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Consiglio di Stato, 10 maggio 2013, n. 2563);

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 30973 del 28 febbraio 2017 prodotta dal Comune di Pisa a seguito dell'avvio del procedimento nella quale la stazione appaltante ha precisato che BRC



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

S.p.A. è stata esclusa «in quanto il contratto di avvalimento presentato dalla stessa non risultava tale da garantire il prestito delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto in quanto il consorzio ausiliario non ne risultava in possesso»; in particolare, il Comune di Pisa ha evidenziato che, a fronte dell'impegno assunto dall'ausiliaria nel contratto di avvalimento di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse «di seguito indicativamente elencate: know how tecnologico e commerciale (...) il numero di squadre tipo composte da un operaio specializzato, un operaio qualificato e un operaio comune (...) le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera quali: ponteggi omologati, gru rotativa, container alloggio attrezzi, molazze da cantiere, impastatrice/betoniere (...)», il Consorzio Stabile La Marca è risultato avere un solo dipendente, soggetto all'applicazione del CCNL Commercio, facendo dubitare della possibilità del consorzio stesso di mettere a disposizione le maestranze specificate nel contratto di avvalimento. La stazione appaltante ha inoltre rimarcato come il consorzio appaia privo di un'autonoma struttura d'impresa che gli consenta di mettere a disposizione le risorse indicate nel contratto di avvalimento e come il c.d. avvalimento a cascata sia considerato vietato dalla giurisprudenza e dalla stessa Autorità;

VISTO il parere di precontenzioso delibera n. 780 del 20 luglio 2016 nel quale, richiamando il precedente parere n. 198 del 20 novembre 2013, si è riconosciuta la possibilità per un consorzio stabile di prestare requisiti in qualità di impresa ausiliaria, sulla scorta di un contratto di avvalimento con impresa terza priva della necessaria qualificazione;

CONSIDERATO il meccanismo sommatorio indicato nella disciplina di riferimento (art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163) in forza del quale «il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate» e «la qualificazione del consorzio stabile 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»;

CONSIDERATO che tale disciplina dei requisiti di partecipazione trae origine dalla peculiarità del modello aggregativo del consorzio stabile (caratterizzato dalla struttura stabile comune dotata di propria soggettività giuridica e, al contempo, dall'autonomia soggettiva e operativa dei consorziati) e dal rapporto organico che lega il consorzio stabile alle imprese in esso consorziate, così da potersi affermare che «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006» (Consiglio di Stato, 10 maggio 2013, n. 2563);

VISTO l'art. 94, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 che prevede che «i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti»;

VISTO che, per quanto concerne l'avvalimento della qualificazione SOA, « 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)» (Parere di precontenzioso delibera n. 780 del 20 luglio 2016);

CONSIDERATO, dunque, che la qualificazione del consorzio stabile deriva dalla somma delle qualificazioni delle imprese consorziate e che viene conseguita dal consorzio a seguito della verifica del possesso, da parte delle singole consorziate, delle corrispondenti risorse strumentali, tecniche ed umane e che, pertanto, in ragione della peculiare causa mutualistica tipica dei consorzi stabili, l'attestazione SOA di cui il consorzio stabile è titolare si sostanzia delle dotazioni strumentali, tecniche ed umane delle imprese consorziate;

RITENUTO che, alla luce della richiamata disciplina di riferimento, il Consorzio Stabile La Marca può prestare, tramite contratto di avvalimento, ad imprese terze che ne siano prive, il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate (cfr. anche TAR Puglia - Lecce 13 maggio 2015, n. 1583) senza che ciò integri un'ipotesi di avvalimento a cascata (parere di precontenzioso delibera n. 1379 del 21 dicembre 2016), in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile;

IMPREGIUDICATA ogni valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla verifica del necessario grado di determinatezza o determinabilità delle risorse e dei mezzi concreti che il Consorzio Stabile La Marca mette a disposizione dell'ausiliata BRC S.p.A., sì da evitare che la messa a disposizione del requisito mancante si risolva nel prestito di un valore puramente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

cartolare e astratto (cfr, *ex multis*, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264 e 6 giugno 2016, n. 2384);

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:

- il provvedimento di esclusione dalla gara di BRC S.p.A. non è conforme alla normativa di riferimento.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2017

Il segretario Maria Esposito