



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.24 del 12/3/2015

PREC 128/14/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dal Consorzio Progetto Multiservizi – “*Affidamento del servizio di manovalanza e trasporto per il centro di produzione Tv di Roma della RAI*” – Importo a base di gara euro 25.223.591,25 euro – S.A.: Rai – Radio Televisione Italiana

Avvalimento – contratto di avvalimento – necessaria individuazione in modo specifico di mezzi e risorse messa a disposizione

È legittima l'esclusione dalla procedura di gara di un concorrente che abbia prodotto un contratto di avvalimento generico, in quanto oggetto di avvalimento non è solo il requisito mancante, ma anche le risorse che l'avvalsa si impegna a mettere a disposizione dell'avvalente e della stazione appaltante, per tutta la durata del contratto. Tali risorse, in ragione del combinato disposto dell'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 88 del d.p.r. n. 207/2010, devono essere specificate sia nella dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, sia nel contratto di avvalimento, al fine di scongiurare il rischio che una messa a disposizione dei requisiti, svincolata in qualsivoglia collegamento con le risorse materiali o immateriali, possa piegare l'istituto dell'avvalimento ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti dal bando di gara.

Articolo 49, d.lgs. n. 163/2006 – articolo 88, d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, prot. n. 56982 del 19 maggio 2014, presentata dal Consorzio Progetto Multiservizi che lamenta l'illegittimità del provvedimento di esclusione, adottato nei confronti propri e della consorziata Gaser Società Cooperativa con la quale concorre, sulla base della ritenuta genericità del contratto di avvalimento prodotto in sede di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26 maggio 2014;

VISTA la motivazione contenuta nel provvedimento di esclusione, fondata sulla genericità del contratto di avvalimento prodotto unitamente alla restante documentazione richiesta dall'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006, con il quale l'impresa ausiliaria Lemp Multiservice Società Cooperativa a r.l. ha messo a disposizione di Gaser Società Cooperativa il requisito di “capacità tecnica” richiesto al punto III.2.3) lett. a) del bando di gara, ovvero di “*aver integralmente eseguito, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, almeno due contratti, affidati da altrettanti committenti tra loro diversi, aventi ad oggetto l'espletamento di servizi della stessa tipologia di contratti del lotto al quale si intende partecipare in favore di pubblica amministrazioni, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche o private*” per un valore almeno pari a quello del lotto cui si intende partecipare.” In particolare, il contratto di avvalimento non soddisfa i requisiti di determinatezza e specificità imposti dall'articolo 88 del d.p.r. n. 207/2010;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO il contratto di avvalimento prodotto in sede di partecipazione dal quale si evince che la società ausiliaria “*si impegna a mettere a disposizione dell’impresa Gaser Società Cooperativa, ai fini della partecipazione alla gara, per l’affidamento di detto appalto, nonché per l’esecuzione dei relativi lavori, la propria capacità tecnica per tutta la durata dell’appalto, del contratto e comunque fino alla data del certificato di regolare esecuzione*”

VISTA la memoria dell’istante in cui si ribadisce l’illegittimità del provvedimento adottato ed, in particolare, si rappresenta che trattandosi di avvalimento di garanzia avente ad oggetto requisiti di carattere immateriale, nella fattispecie l’esperienza pregressa, il contratto di avvalimento prodotto debba essere ritenuto valido in quanto ad oggetto determinato o comunque determinabile;

VISTA la memoria di controdeduzioni della stazione appaltante, con la quale si rappresenta, invece, la legittimità del provvedimento adottato, stante il tenore letterale delle disposizioni di cui agli articoli 49 del d.lgs. n. 163/2006 e 88 del d.p.r. n. 207/2010, nonché degli orientamenti interpretativi inerenti l’avvalimento sostenuti sia dall’Autorità che dalla giurisprudenza amministrativa;

CONSIDERATO che la questione giuridica controversa prospettata dall’istante attiene alla legittimità o meno del provvedimento di esclusione adottato per genericità del contratto di avvalimento e che sulla stessa, stante l’esistenza di un consolidato orientamento di questa Autorità, può decidersi ai sensi dell’articolo 8 del *Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all’articolo 6, comma 7, lettera n) del d. lgs. n. 163/2006*;

CONSIDERATO che l’Autorità ha più volte ribadito, da ultimo nei *pareri n. 82 del 28 ottobre 2014 e n. 51 del 19 marzo 2014, nonché nella determinazione n. 2 del 1 agosto 2012*, che per espressa previsione di legge, oggetto di avvalimento non è solo il requisito mancante, ma anche le risorse che l’avvalsa si impegna a mettere a disposizione dell’avvalente e della stazione appaltante, per tutta la durata del contratto. Tali risorse, in ragione del combinato disposto dell’articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 e dell’articolo 88 del d.p.r. n. 207/2010, devono essere specificate sia nella dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria, sia nel contratto di avvalimento. È dunque necessario che la stazione appaltante disponga di un contratto di avvalimento puntuale e completo: infatti, nel caso di avvalimento di requisiti caratterizzati dall’elevato grado di astrattezza, la messa a disposizione dell’impresa avvalsa deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente prestare il requisito mancante, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell’istituto, con il conseguente pericolo che una siffatta messa a disposizione dei requisiti, svincolata in qualsivoglia collegamento con le risorse materiali o immateriali possa piegare l’istituto dell’avvalimento ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti dal bando di gara;

CONSIDERATO, altresì, che anche la giurisprudenza amministrativa (*cf.*, da ultimo, *Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 662 del 9 febbraio 2015, sez. III, sentenza n. 294 del 22 gennaio 2014 e sentenza n. 3058 del 17 giugno 2014*) ha sostenuto un’interpretazione dei requisiti contenutistici del contratto di avvalimento in maniera rigida ed ha evidenziato la centralità della messa a disposizione delle risorse nell’ambito del contratto di avvalimento. In particolare, con riferimento all’avvalimento di garanzia, in cui l’ausiliaria mette a disposizione dell’ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, l’avvalimento non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

snaturerebbe l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale. La sufficiente determinazione dell'oggetto del contratto è peraltro funzionale alle esigenze di certezza dell'amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliata volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario;

RITENUTO, pertanto, che nel caso di specie sia possibile confermare il ricostruito orientamento interpretativo in ordine alla genericità del contratto di avvalimento

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato per genericità del contratto di avvalimento sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2015
Il Segretario Maria Esposito