



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1343 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dalla costituenda ATI Consorzio Leonardo “Consorzio Europeo per l’Ingegneria e l’Architettura” e Coopprogetti Società Cooperativa – Procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l’affidamento ad un unico operatore dei servizi di supporto specialistico e assistenza tecnica alla Sogesid S.p.a. per la realizzazione di attività di cooperazione internazionale in materia di tutela ambientale e gestione sostenibile delle risorse. LOTTO 1: assistenza tecnico-specialistica in materia di ambiente, annualità 2017-2019, nei settori della gestione dei rifiuti e bonifica dei siti contaminati, della tutela delle acque e gestione integrata delle risorse idriche e della difesa del territorio e delle coste – Importo a base di gara: euro 2.625.000,00 - S.A. SOGESID S.p.a.

PREC 342/17/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 59770 del 27 aprile 2017, la costituenda ATI formata da Consorzio Leonardo “Consorzio Europeo per l’Ingegneria e l’Architettura” e da Coopprogetti Società Cooperativa rappresenta di essere stata esclusa dalla gara in oggetto in quanto la S.A. riteneva che i tre contratti di avvalimento prodotti dalla mandataria Consorzio Stabile Leonardo fossero «carenti del dettaglio delle risorse e/o dei mezzi messi a disposizione dagli operatori ausiliari», e che non fosse possibile ricorrere al soccorso istruttorio.

In particolare, l’istante riferisce che la mandataria Consorzio Stabile Leonardo produceva tre contratti di avvalimento, di cui: il primo concluso con lo Studio FC&RR Associati, socio del consorzio stabile stesso, che prestava il requisito del fatturato e il requisito relativo a un servizio svolto; il secondo concluso con la mandante Coopprogetti, per il requisito del fatturato; il terzo stipulato con il professionista ing. Giovanni Semeraro per il requisito dell’esperienza relativa a un servizio svolto.

L’istante richiama, a sostegno della propria posizione, la distinzione di carattere generale fra avvalimento “di garanzia”, riferito ai requisiti economico-finanziari, e avvalimento “operativo”



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

riferito ai requisiti tecnico-organizzativi, ed evidenzia che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sarebbe ammessa per l'avvalimento "di garanzia" la formula della "messa a disposizione" del requisito del fatturato.

Rileva poi che non vi sarebbe indeterminatezza dell'avvalimento per il requisito tecnico-organizzativo (esperienza relativa a un servizio svolto) prestato dallo Studio FC&RR Associati, in quanto esso è socio del Consorzio stabile stesso e svolgerà le attività previste in contratto. Osserva altresì che, nel caso di avvalimento concluso con un singolo professionista, avente ad oggetto l'esperienza di un servizio svolto, vi è coincidenza fra esperienza prestata e persona fisica.

L'istante evidenzia infine che tutti i soggetti ausiliari citati sono in realtà componenti del gruppo di lavoro da indicare nell'offerta tecnica, ma che ciò non era stato evidenziato specificamente nei contratti di avvalimento avendo la S.A. preteso, a pena di esclusione, l'anonimato dei curricula inseriti nella busta B dell'offerta tecnica.

Chiede quindi parere all'Autorità sulla correttezza della propria esclusione e sulla possibilità di esperire il soccorso istruttorio nel caso di specie.

La S.A. replicava ai rilievi dell'operatore economico escluso sottolineando che, per consolidata giurisprudenza, nel contratto di avvalimento devono essere indicati le risorse ovvero i mezzi concreti che l'impresa ausiliaria mette a disposizione, e che l'indeterminatezza dell'oggetto comporta in particolare la nullità dei contratti conclusi con la mandante e con il professionista singolo, che non è sanabile con il soccorso istruttorio. A tal proposito, la S.A. ritiene che andassero indicate nel contratto le specifiche risorse fornite, almeno per numero e professionalità, mentre l'indicazione del gruppo di lavoro nell'offerta tecnica riguardava la diversa fase procedurale di attribuzione del punteggio tecnico.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dell'esclusione dell'ATI istante, motivata dalla indeterminatezza dei contratti di avvalimento prodotti in gara dalla mandataria della costituenda ATI, Consorzio Stabile Leonardo.

Occorre premettere che, come chiarito dalla giurisprudenza, i requisiti del fatturato d'impresa e dell'esperienza pregressa rappresentano, negli appalti di servizi, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa: tale parallelismo non può che valere anche per la dimostrazione, mediante avvalimento, del possesso



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dei requisiti di capacità economica e tecnica negli appalti di servizi, attraverso la dettagliata indicazione delle risorse aziendali messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1589). L'Autorità ha in proposito affermato che nel caso di requisiti caratterizzati da un elevato grado di astrattezza (fatturato aziendale, capitale sociale, certificazioni, etc.) la messa a disposizione deve a fortiori essere reale e non formale (cfr. Pareri n.36 del 2 settembre 2014 e n. 139 del 30 luglio 2013).

In ordine ai tre contratti di avvalimento in questione, si rappresenta quanto segue.

In relazione al contratto di avvalimento stipulato fra consorzio stabile e impresa consorziata esecutrice, è sufficiente richiamare il Parere di precontenzioso n.17 del 5 agosto 2014 il quale, nel citare la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 10 maggio 2013, n. 2563), rammenta che «il modulo del consorzio stabile [...] realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati [...] consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento [...]». Ai fini della qualificazione il rapporto fra consorzio stabile e consorziato – e, specificamente, con il consorziato indicato in sede di gara come esecutore dei lavori – pur nella formale alterità soggettiva, non rappresenta a rigore un avvalimento (Parere di precontenzioso n.125 del 17 luglio 2013), pertanto il consorzio, nel momento in cui si qualifica tramite i requisiti dei consorziati, non si configura quale impresa ausiliata in senso tecnico (Parere n. 225 del 2 marzo 2016). Nel caso di specie, dunque, il contratto di avvalimento concluso fra il consorzio stabile e il socio consorziato non appare, alla luce delle precedenti considerazioni, quale avvalimento in senso tecnico.

Con riferimento all'avvalimento fra la mandataria e la mandante del medesimo raggruppamento, si osserva preliminarmente che l'avvalimento può essere esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al R.T.I. e in favore di un suo membro) o interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa). Tuttavia, «è necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta. Infine, si ribadisce la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento» (Determinazione n. 2 del primo agosto 2012; Parere n. 62 del 7 aprile 2011).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, con specifico riferimento al c.d. avvalimento di garanzia, relativo al possesso del requisito del fatturato, ha stabilito che «non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o a indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga, con certezza ed in modo circostanziato, l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità» (Cons. Stato Sez. V, 22 novembre 2017, n. 5429; Sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

Ne deriva che «l'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve diventare, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che quindi abbia ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse». Tuttavia, «tale impegno a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o, quantomeno, determinabile, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante». Pertanto, dall'assunzione della generica obbligazione di "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" «non si evince in alcun modo un impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria di mettere a disposizione il fatturato e le risorse eventualmente necessarie con il contestuale vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante» (sent. cit.).

Nel caso di specie, si osserva che l'impegno dell'ausiliaria Coopprogetti di «mettere a disposizione dell'impresa avvalente i seguenti requisiti: Fatturato specifico maturato nell'esercizio 2014 nel



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

settore di attività oggetto del Lotto 1, per l'intera durata dell'appalto» non sembra costituire un vincolante impegno finanziario nei termini sopra indicati.

In relazione, infine, al terzo contratto di avvalimento, stipulato fra la mandataria dell'ATI e il professionista ing. Giovanni Semeraro, l'Autorità ha rammentato (Parere n. 221 del 1 marzo 2017) che, già nel regime previgente, per l'avvalimento dei requisiti di capacità tecnica e professionale (c.d. avvalimento operativo), era necessario che l'ausiliario deducesse nel contratto la messa a disposizione del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti - mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti - che giustificavano l'attribuzione del requisito.

Il citato parere ha poi evidenziato che, ai sensi dell'art. 89, comma 1 d.lgs. n. 50/2016, gli operatori economici, con riguardo alle esperienze professionali pertinenti, possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Dunque, «in assenza dell'impegno dell'ausiliaria in tal senso, l'avvalimento non può dirsi validamente costituito, o comunque non è produttivo di effetti, con la conseguenza che l'operatore economico istante risulta privo del requisito di partecipazione. [...] Deve inoltre ritenersi preclusa la possibilità per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio giacché la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda» (parere cit.). Pertanto, nel caso di specie, dove il singolo professionista si impegna a «mettere a disposizione dell'impresa avvalente i seguenti requisiti: a) Servizio analogo a quelli oggetto dell'affidamento, per l'intera durata dell'appalto», manca l'impegno dell'ausiliario ad eseguire direttamente i servizi. Si osserva inoltre che l'art. 15 del disciplinare di gara prescriveva che il contratto di avvalimento dovesse dettagliare «le risorse, le attrezzature e il personale che verranno messi a disposizione».

Gli elementi suindicati dunque, alla luce delle precedenti considerazioni, dovevano emergere dai contratti di avvalimento, mentre l'apertura della busta B dell'offerta tecnica, recante l'indicazione del gruppo di lavoro, si riferiva comunque a una fase successiva della gara, ed era pertanto inidonea a fornire un principio di prova circa il possesso del requisito.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che appare legittima l'esclusione dell'istante in quanto:

- il contratto di avvalimento concluso fra il consorzio stabile e il socio consorziato non appare quale avvalimento in senso tecnico;
- tuttavia l'avvalimento del requisito del fatturato doveva recare con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria solidità finanziaria e contenere un vincolante impegno finanziario dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante;
- l'avvalimento dell'esperienza professionale doveva recare l'impegno del professionista a eseguire direttamente i servizi.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Il Segretario Rosetta Greco