



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1332 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Consorzio Parts & Services – Affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria di automezzi aziendali e fornitura di ricambi originali o di primo impianto per il periodo di 12 mesi – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 580.000,00; S.A.: Società Ecologica Area Biellese.

PREC 175/17/S

Il Consiglio

VISTA l’istanza acquisita al prot. ANAC n. 0021905 del 10.2.2017, con la quale il Consorzio Parts & Services contesta la legittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara alla società Borgo Agnello Spa per i motivi di seguito sintetizzati:

- a) violazione dell’art. 83 in combinato disposto con l’art. 86 e l’allegato XVII-Parte I del Codice, nonché dell’art. 3, lett. F) del Disciplinare di gara, in tema di requisiti di capacità economico-finanziaria del concorrente;
- b) violazione dell’art. 89 del Codice e dell’art. 3, lett. L) del Disciplinare di gara, in merito all’avvalimento;
- c) violazione dell’art. 30 (“*Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni*”) e 97 (“*Offerte anormalmente basse*”) del Codice, nonché dell’art. 6 del Disciplinare di gara;

CONSIDERATO che l’istante, più precisamente, contesta in relazione al punto **a)** l’assoluta genericità ed illegittimità delle due referenze bancarie prodotte dall’aggiudicataria per la comprova dei requisiti di capacità economica; in merito al punto **b)** la mancanza produzione da parte dell’aggiudicataria del contratto di avvalimento; relativamente al punto **c)** l’accettazione da parte della Stazione appaltante di ‘giustificativi’ dell’offerta “...(*serenamente e pacificamente*) alterati da Borgo Agnello Spa (*per sostenere un’offerta poco seria quanto inaffidabile*)”;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 24.5.2017;

VISTE le memorie controdeduttive e la relativa documentazione prodotte dalla Stazione appaltante e dalla società Borgo Agnello e acquisite al fascicolo istruttorio;

PREMESSO sotto il profilo procedurale che l’istanza in esame è da ritenere ammissibile, ai sensi del “*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso*” del 5.10.2016 e che la corretta instaurazione del contraddittorio è garantita dal formale avvio del procedimento e dal riconoscimento di un termine



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

entro cui è consentito alle parti interessate di presentare memorie e relativa documentazione a supporto;

CONSIDERATO che la legge non prevede requisiti particolari o un contenuto minimo per le referenze bancarie e, del resto, neanche la *lex specialis* richiedeva uno specifico contenuto delle dichiarazioni che la banca avrebbe dovuto rilasciare e che in assenza di adeguate specificazioni contenute nel Disciplinare le referenze prodotte dalla società Borgo Agnello non presentano profili di sindacabilità;

CONSIDERATO che l'art. 89, comma 1 del Codice, nella formulazione in vigore al momento dell'indizione della procedura di gara in esame (ovvero prima della modifica intervenuta con il correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017), già prevedeva che “[...] *L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*”;

RITENUTO che, alla luce di tali chiare prescrizioni normative, il concorrente che ricorre all'avvalimento ha l'obbligo di presentare sia una dichiarazione d'impegno nei confronti del concorrente medesimo e della Stazione appaltante sottoscritta dall'impresa ausiliaria sia il contratto di avvalimento vero e proprio e che la semplice dichiarazione dell'impresa ausiliaria depositata dalla società Borgo Agnello insieme alla domanda di partecipazione, oltre a non soddisfare i requisiti minimi indicati dalla norma per la costituzione di un impegno giuridicamente vincolante, non può in alcun modo essere considerata *“una forma atipica di contratto di avvalimento”* come sostenuto dalla Stazione appaltante, poiché completamente privo dei requisiti essenziali del contratto previsti, in via generale, dal codice civile e, specificamente per il contratto di avvalimento, dall'art. 89 (cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, sent. 30.3.2017, n. 1456);

RITENUTO che le eventuali lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate attraverso il ricorso al soccorso istruttorio *“dovendo essere detti contratti [...] validi da principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume”* (v. Cons. di Stato, sent. cit.) e tanto più nel caso di specie in cui il contratto di avvalimento è del tutto assente;

PRESO ATTO che, la Stazione appaltante, in merito alla questione relativa all'asserita alterazione e falsità dei listini prezzi di un fornitore della società Borgo Agnello, inviati da quest'ultima alla Stazione appaltante medesima a dimostrazione della serietà e sostenibilità della propria offerta, ha chiarito che *«non vi è alcun documento dal quale possa evincersi che il listino trasmesso a Borgo Agnello S.p.A. dal suo fornitore sia stato interpolato [...], non si vede dove risieda la falsità, né in cosa consisterebbe la “prova” della suddetta falsità»* e che comunque *«... i prezzi ivi indicati non erano affatto fuori mercato come asserisce il Consorzio Parts & Services e che,*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comunque, oltre ai listini “incriminati” Borgo Agnello S.p.A. aveva prodotto anche listini provenienti da altri fornitori [...], il cui contenuto era del tutto in linea con quelli contestati dal Consorzio»;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, illegittima l'ammissione della società Borgo Agnello Spa alla gara e, conseguentemente, illegittimo il provvedimento di aggiudicazione definitiva della stessa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Il Segretario Maria Esposito