



DELIBERA N. 125

16 marzo 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Azienda Servizi Igiene Ambientale-ASIA Benevento – Affidamento del servizio di trattamento e recupero della frazione di rifiuti urbani (Codice CER 20.03.03) – Residui della pulizia stradale prodotti nel Comune di Benevento per mesi ventiquattro (24), eventualmente prorogabili per mesi 2 ai sensi dell'art. 106, comma 11 del Codice appalti – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 136.500,00 – S.A.: Azienda Servizi Igiene Ambientale-ASIA Benevento.

PREC 33/2022/S

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Trattamento e recupero rifiuti – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Disponibilità impianto di trattamento rifiuti – Avvalimento – Ammissibilità – Esecuzione del servizio interamente da parte dell'impresa ausiliaria – Condizioni e limiti del subappalto – Esclusione del concorrente – Legittimità

Qualora un operatore economico interessato a partecipare alla gara per l'affidamento del servizio di trattamento e recupero di una frazione di rifiuti urbani (Codice CER 20.03.03) non sia in possesso del requisito della disponibilità piena e incondizionata di un impianto necessario ad effettuare tale servizio, può ricorrere all'istituto dell'avvalimento. In questo caso, trattandosi di avvalimento c.d. tecnico operativo, il relativo contratto dovrà prevedere, a pena di nullità, la specifica indicazione di tutti i mezzi d'opera e del personale messo a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore dell'ausiliata al fine dell'esecuzione del servizio da parte di quest'ultima. In ogni caso, al di fuori del ricorso al subappalto ai sensi dell'art. 89, comma 8 o dell'art. 105 del Codice, alle condizioni e nei limiti consentiti dalle previsioni normative, non è ammesso l'affidamento a terzi dell'esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

D.lgs. n. 50 del 2016, artt. 89 e 105.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0011318 del 15.2.2022, con la quale l'Azienda Servizi Igiene Ambientale-ASIA Benevento, prima dell'eventuale esercizio del potere di autotutela, chiede parere in ordine alla legittimità del provvedimento con cui ha disposto l'esclusione dalla gara della società Marte Srl, unica offerente, sulla base di varie motivazioni sostanzialmente attinenti all'assenza dei requisiti tecnico-professionali richiesti ai fini della esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento;

CONSIDERATO, più specificamente, che all'atto della verifica della documentazione presentata dalla summenzionata società il Seggio di gara rilevava quanto di seguito:

«Premesso che l'oggetto del servizio posto a base di gara è il solo trattamento e recupero di rifiuti codice CER 20.03.03 presso impianti posti a distanza entro i km 50 dalla sede aziendale e non altri tipi di servizi, si prende atto che la impresa partecipante, Marte Srl, non possiede i requisiti di partecipazione in quanto non titolare di impianto come da innanzi. A tal uopo, per sopperire a detta carenza ha presentato un contratto di avvalimento con la ditta IPS Srl con sede in S. Martino V.C. (AV) per acquisire il requisito di partecipazione. Inoltre, la ditta MARTE Srl:

- non ha presentato dichiarazione del possesso dei requisiti in merito alla capacità tecnica;*
- non ha specificato i servizi e/o la parte dei servizi che intende subappaltare, ai sensi dell'art. 105 del Codice e che tale carenza di fatto vieta il subappalto;*
- non può subappaltare l'intera prestazione, ai sensi dell'art. 105 comma 1 del Codice, da leggersi in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 49, comma 1, del D.L. n. 77/2021 e relativa legge di conversione che statuisce come in appresso: "A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera";*
- pur nell'ipotesi di ammissione, non potrebbe eseguire il servizio, in quanto dovrebbe subappaltare l'intera prestazione all'ausiliaria, fattispecie vietata, come sopra già riferito, dall'art. 105 comma 1 del Codice, in considerazione che il contratto di avvalimento è finalizzato all'acquisizione dei requisiti di sola partecipazione e non di esecuzione della prestazione.*

Tenuto conto che tali carenze risultano essenziali e non sono suscettibili di Soccorso Istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice, il seggio di gara dispone l'esclusione dalla procedura di che trattasi per l'acclarata mancanza di requisiti previsti per la partecipazione dell'O.E. Marte Srl e, ad abundantiam, per la sostanziale impossibilità, per il predetto O.E. di assicurare, in ogni caso, lo svolgimento del servizio che viene in rilievo, stante l'assenza della titolarità di un impianto di destino dei rifiuti»;



CONSIDERATO che la società Marte Srl, in data 31.1.2022, presentava una formale richiesta di riammissione alla gara, sulla base delle motivazioni testualmente riportate dalla Stazione appaltante come di seguito:

«a) Con la stipula del contratto di avvalimento Marte diventa tutt'uno con l'ausiliaria eseguendo i lavori (cfr. servizi) direttamente presso lo stesso impianto, acquisendo i requisiti di partecipazione e di esecuzione della prestazione...(omissis) ...Tutto ciò considerato non si rende necessaria pertanto l'attuazione del subappalto;

b) Nella rilettura del nostro documento ci siamo accorti, che per puro errore di trascrizione, nel punto del contratto di avvalimento che segue, è venuta meno la parola "l'esecuzione" e pertanto è da leggere, così (cfr. art.2 terz'ultimo capoverso Contratto di Avvalimento): L'Ausiliaria si obbliga, quindi, con il presente atto a mettere ed a tenere a disposizione dell'Avvalente, a decorrere dalla sottoscrizione del presente accordo, tali requisiti sia ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alla premesse che, in caso di aggiudicazione, ALL'ESECUZIONE DEL TRATTAMENTO, per tutta la durata dell'affidamento, per i quantitativi previsti nei documenti di gara;

c) ...per quanto riguarda i requisiti di capacità tecnica precisiamo che lo stesso è soddisfatto indicando la risposta SI nel DGUE, allegando anche la certificazione ISO 9001 nei documenti amministrativi;

d) ... a conferma di quanto sopra precisato, ci permettiamo di comunicarvi alcuni esempi di gare simili alla Vs a cui Marte ha partecipato ed è stata ammessa alla fase di apertura di buste amministrative ed economiche... (omissis), ...citiamo per Vs. conoscenza alcuni casi specifici ... (omissis)...»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24.2.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 6.1 del Disciplinare di gara ("Requisiti di idoneità), alla lettera b) richiede, ai fini della partecipazione, la «*disponibilità piena e incondizionata, intesa come titolarità dell'autorizzazione all'esercizio, di almeno un impianto di trattamento ad una distanza non superiore a 50 km. da Benevento, risultante dal Servizio ATTESTAZIONE DISTANZE CHILOMETRICHE fornito da ACI come dettagliato nel successivo paragrafo 13.5. L'impianto dovrà essere in possesso di autorizzazione, ai sensi della vigente materia ambientale, ai fini del trattamento/recupero del rifiuto CODICE CER 20.03.03 RESIDUI DELLA PULIZIA STRADALE, intesa quale possesso delle necessarie autorizzazioni ai sensi dell'art.208 del D.Lgs. n.152/2006 e ss.mm.ii., in corso di validità, o analoga autorizzazione valevole ai sensi della disciplina regionale di riferimento, dalla quale risulti la possibilità di trattamento di cui all'Allegato C della Parte IV del D.Lgs 152/2006 e ss.mm.ii.»;*

CONSIDERATO, altresì, che, a seguito di espresso quesito in ordine al requisito di cui al precedente punto 6.1.b, con il quale la società interessata chiedeva, trattandosi di requisito tecnico e non di idoneità, la possibilità di dimostrarne il possesso attraverso l'istituto dell'avvalimento, la Stazione appaltante rispondeva che «*si conferma che il requisito di capacità tecnica relativo alla disponibilità piena e incondizionata, intesa come titolarità dell'autorizzazione all'esercizio, di almeno un impianto di trattamento ad una distanza non superiore a 50 km. da Benevento, in possesso di autorizzazione, ai sensi della vigente materia ambientale, ai fini del trattamento/recupero del rifiuto CODICE CER 20.03.03 RESIDUI DELLA PULIZIA STRADALE, intesa quale possesso delle necessarie autorizzazioni ai sensi dell'art.208 del D.Lgs. n.152/2006 e ss.mm.ii., in corso di validità, o analoga autorizzazione valevole ai sensi della disciplina regionale di riferimento, dalla quale risulti la possibilità di trattamento di cui*



all'Allegato C della Parte IV del D.Lgs. 152/2006 e ss.mm.ii., deve necessariamente essere posseduto e comprovato a prescindere dalla forma di partecipazione del concorrente. Si rammenta, tuttavia, che il ricorso all'istituto dell'avvalimento riguarderebbe la sola messa a disposizione del requisito e non lo svolgimento dell'attività»;

RILEVATO che, in tema di avvalimento, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216) ha elaborato e maturato, avuto riguardo alle caratteristiche ed alle modalità dell'ausilio, una distinzione tipologica tra:

a) avvalimento c.d. di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057): tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di carattere economico – finanziario* e, in particolare, il fatturato globale o specifico;

b) avvalimento c.d. tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di capacità tecnico – professionale* tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale;

RILEVATO che nel caso di specie la tipologia cui la società Marte Srl ha inteso ricorrere è senza dubbio quella dell'avvalimento operativo in quanto l'ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione il proprio impianto di trattamento rifiuti di cui all'art. 6.1.b del Disciplinare di gara, atteso che l'attività prevalente della società ausiliata consiste nella *"intermediazione mediante affidamento a terzi nella varie fasi della gestione (dei rifiuti – n.d.r.) in genere, senza detenzione e dei servizi connessi"*, risultando infatti iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali cat. 8, classe B;

CONSIDERATO che nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate, onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto;

CONSIDERATO che anche se più recentemente il Consiglio di Stato ha sostenuto che il contratto di avvalimento *«non deve necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale»*, rimane comunque fermo il principio che l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *«l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti»* (v. CdS, sez. IV, 30.06.2021, n. 4935);

RILEVATO che il contratto di avvalimento tra Marte Srl e IPS Srl non contiene i requisiti minimi sopra espressi in quanto si limita ad enunciare, peraltro in modo confuso e contraddittorio, l'obbligo della società ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliata l'impianto di smaltimento rifiuti di cui è titolare, nonché di eseguire il trattamento, per tutta la durata dell'affidamento, per i quantitativi previsti nei documenti di gara, senza alcuna indicazione in merito agli ulteriori mezzi d'opera e al numero e alle

qualifiche del personale necessario all'esecuzione del servizio e che, pertanto, tale contratto risulta nullo per indeterminatezza dell'oggetto ai sensi dell'art. 1418 c.c.;

RITENUTO, nel solco dell'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia, che le carenze presenti nel contratto d'avvalimento in discussione, non essendo di natura formale, *«non sono emendabili mediante il ricorso al c.d. soccorso istruttorio, in quanto questo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la mancanza di un requisito essenziale per la partecipazione. In altri termini le lacune presenti nel contratto d'avvalimento, che non si rivelano di ordine soltanto formale, non possono essere emendate ricorrendo all'istituto di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016»* (v. Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 20 gennaio 2021, n. 821);

RITENUTO, in ogni caso, che anche prescindendo dalla validità ed efficacia del contratto di avvalimento, l'esclusione della Marte Srl si giustifica sulla base delle regole generali vigenti in materia di appalti pubblici e delle disposizioni della *lex specialis* di gara;

CONSIDERATO, infatti, come ben evidenziato dalla Stazione appaltante, che l'istituto dell'avvalimento, consentendo agli operatori economici privi di determinati requisiti tecnico-professionali o economico-finanziari previsti per la partecipazione ad una determinata gara di avvalersi di tali requisiti provenienti da altro operatore economico che ne è in possesso, ha come fine precipuo quello dell'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti e non anche quello di accollare le prestazioni contrattuali oggetto di appalto all'impresa ausiliaria e che l'esistenza di un avvalimento c.d. tecnico od operativo, com'è peraltro quello individuato nel caso in esame, non contraddice tale finalità in quanto, la messa a disposizione dell'impresa avvalente di mezzi d'opera e di personale da parte dell'impresa ausiliaria non determina una sostituzione, totale o parziale, della prima nell'esecuzione dell'appalto, ma consente, nei casi in cui oggetto dell'avvalimento non siano i soli requisiti di carattere economico-finanziario (e, in particolare, il fatturato globale o specifico), solo la creazione di un "supporto" tecnico-logistico-formativo a favore dell'impresa avvalente che potrà così essere sostenuta nell'esecuzione diretta delle prestazioni contrattuali, mentre la Stazione appaltante avrà la garanzia che nonostante l'affidataria non abbia i requisiti tecnico-professionali che la legge di gara richiedeva questa sia comunque in grado di eseguire a regola d'arte i lavori, i servizi o le forniture oggetto di affidamento;

CONSIDERATO, quindi, che qualora l'appaltatore intendesse affidare a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto dovrebbe ricorrere al subappalto (art. 105 del Codice), che parimenti all'avvalimento ha la funzione di favorire la partecipazione alle gare anche delle piccole, medio e micro imprese ma si colloca nella fase esecutiva (e non in quella di gara) e prevede tutta una serie di limiti e condizioni specifiche che lo differenziano formalmente e sostanzialmente dall'avvalimento (anche al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare);

CONSIDERATO che la possibilità che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo del subappaltatore, purché nei limiti dei requisiti prestati, che pure è riconosciuta dall'art. 89, comma 8 del Codice, non può venire in rilievo nella fattispecie in esame, atteso che la volontà della Marte Srl, emergente dalla documentazione di gara, è unicamente quella di far eseguire le prestazioni, in caso di aggiudicazione, esclusivamente alla società ausiliaria nell'ambito stesso del contratto di avvalimento senza alcuna intenzione di innestare su quest'ultimo un rapporto di subappalto (volontà, questa, resa esplicita dalla medesima Marte Srl quando, ai fini della richiesta di riammissione alla gara, sostiene che *«Con la stipula del contratto di avvalimento Marte diventa tutt'uno con l'ausiliaria [...] acquisendo i requisiti di*

partecipazione e di esecuzione della prestazione [...] Tutto ciò considerato non si rende necessaria pertanto l'attuazione del subappalto»);

RILEVATO che, tanto l'assenza del requisito di cui al discusso punto 6.1.b del Disciplinare di gara, quanto la prevalente attività svolta (consistente nella sola intermediazione nell'ambito della gestione dei rifiuti), nonché il divieto normativo di affidare a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, impediscono oggettivamente alla società Marte Srl di eseguire tutto o parte del servizio oggetto di affidamento, rendendo formalmente non ammissibile la sua partecipazione alla gara *de qua*;

RITENUTO, pertanto, di respingere tutte le eccezioni proposte dalla Marte Srl contro il provvedimento di esclusione ai fini della riammissione alla gara perché infondate per le motivazioni sopra espresse;

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative in materia di avvalimento e subappalto e che pertanto il provvedimento di esclusione della società Marte Srl sia legittimo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Firmato digitalmente