



DELIBERA N. 501

Del 23 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da PARK SIGNAL S.R.L.U.– Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento sul territorio comunale - Periodo 2021-2023 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 510.000,00 – S.A.: Centrale di committenza dell'Unione dei Comuni "Terre di Acaya e di Roca - Comune di Melendugno.

PREC 120/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Contratto di avvalimento – specificità e determinatezza del contratto – reale messa a disposizione delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto

Contratto di avvalimento – natura onerosa

Contratto di avvalimento – nullità – soccorso istruttorio – non esperibilità

Avvalimento c.d. sovrabbondante – condizioni di operatività

Massima

Tratto essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara. Nel caso di avvalimento di garanzia, avente ad oggetto i requisiti economico-finanziari, sebbene non sia necessario che l'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, ma sia sufficiente che emerga l'impegno a prestare e mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, tuttavia è in ogni caso indispensabile che dal contratto di avvalimento emerga, in modo determinato o determinabile e non quale semplice forma di stile, l'impegno dell'avvalsa a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario e a vincolarsi finanziariamente nei confronti della stazione appaltante. Diversamente, in caso di avvalimento tecnico o operativo, avente ad oggetto i requisiti tecnico-professionali, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate, con conseguente necessità che nel contratto di avvalimento sia fatta indicazione con precisione dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto. Qualora tali indicazioni non siano previste nel contratto lo stesso è nullo ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Il contratto di avvalimento ha necessariamente natura onerosa, pertanto nell'accordo tra le parti, qualora non sia stabilito espressamente un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque poter



emergere un interesse, di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale, che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità, pena la nullità del contratto stesso per mancanza di uno degli elementi essenziali.

La nullità del contratto di avvalimento per violazione dell'articolo 89, comma 1 che ne descrive il contenuto essenziale opera *ab origine* e comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità oggetto di avvalimento sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il che ne impone l'esclusione dalla procedura medesima. Tale nullità non è sanabile mediante soccorso istruttorio, costituendo diversamente un *vulnus* al principio di *par condicio*.

Il c.d. avvalimento sovrabbondante non è invocabile nel caso in cui l'operatore economico abbia inequivocabilmente dichiarato, con dichiarazione resa unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione, in tutto o in parte, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, producendone la documentazione, e voglia poi, in corso di procedura e men che meno all'esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l'intenzione di soddisfare in proprio la richiesta relativa al possesso dei requisiti, anche quando risulti dai servizi già dichiarati che il concorrente avrebbe potuto fare a meno dell'avvalimento, ostandovi i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di *par condicio* dei concorrenti, nonché i principi in base ai quali non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 giugno 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 35534 del 30 aprile 2021, presentata dalla PARK SIGNAL S.R.L.U. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione e fondato sulla asserita nullità del contratto di avvalimento utilizzato dal concorrente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione e chiedeva all'Autorità di pronunciarsi in merito alla possibilità che l'avvalimento proposto in gara costituisca un'ipotesi di avvalimento sovrabbondante, essendo l'istante in grado di soddisfare per proprio conto il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti e conseguentemente di non essere esclusa dalla procedura;

CONSIDERATO che l'istante partecipava alla procedura e, ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dal disciplinare, faceva ricorso all'avvalimento della società Spano Signal s.r.l., indicando altresì nella domanda di partecipazione «*di aver effettuato servizi di gestione parcheggi nel triennio considerato per un complessivo importo di € 1.380.000,00*»;

VISTA la *lex specialis* e, nello specifico, il disciplinare di gara che, alla sezione 7, e specificamente all'articolo 7.2 prevedeva: «*REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA: a. fatturato globale medio annuo riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili (2017 – 2018 – 2019) non inferiore a € 500.000,00 iva esclusa; b. fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili (2017 – 2018 – 2019) non inferiore a € 150.000,00 iva esclusa relativo ai servizi di gestione di parcheggi pubblici*» e all'articolo 7.3 stabiliva: «*REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE: a. dichiarazione di aver svolto almeno n. 3 servizi di gestione parcheggi per enti pubblici*»



ognuno per l'importo contrattuale minimo di € 150.000,00 nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando (2017 - 2018 – 2019), con l'indicazione degli importi, date e destinatari pubblici della prestazione stessa, tutti svolti regolarmente e con buon esito (ovvero senza contestazioni per inadempienze ed applicazioni di penali);

VISTO l'articolo 8 del disciplinare di gara che, richiamando le disposizioni di cui all'articolo 89, comma 1, sanciva: *«il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria. Il concorrente e l'ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. [...] La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento»;*

VISTO il verbale di gara n. 2 del 7 aprile 2021, nel quale, con riferimento alla documentazione della PARKSIGNAL S.R.L.U., la Commissione ne disponeva l'esclusione per le seguenti motivazioni: *«a) Il concorrente, in mancanza di tutti i requisiti richiesti dal bando di gara e relativi allegati si avvale della ditta ausiliaria Spano Signal s.r.l. producendo il contratto di avvalimento che attiene requisiti di 'capacità economica - finanziaria' e requisiti di 'capacità tecnico professionali'. [...] Mentre i primi rientrano nel cosiddetto 'avvalimento di garanzia' i secondi rientrano nell' 'avvalimento tecnico o operativo' e ciò comporta, per questi ultimi, la necessità, da parte dell'ausiliaria, di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse 'determinate' affinché il suo impegno possa dirsi effettivo, risorse che non risultano determinate nel contratto. [...] La mancata indicazione rende il contratto nullo come indicato nell'articolo 89 e nel paragrafo 8 del disciplinare di gara; b) Si riscontra ancora che il contratto di avvalimento (contratto tipicamente oneroso) non prevede alcun corrispettivo a favore dell'ausiliaria. [...] Mancando quindi un riferimento alla utilità dell'ausiliario, l'avvalimento deve ritenersi nullo per mancanza di uno degli elementi essenziali; c) la nullità del contratto di avvalimento per quanto sopra indicato rende non ammissibile il soccorso istruttorio integrativo a pena di violazione della par condicio non essendo ammissibile il recupero dei requisiti non posseduti oltre il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta»;*

VISTO il provvedimento di esclusione, comunicato il 20 aprile 2021;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 13 maggio 2021, con nota prot. n. 39067;

VISTA la memoria dell'amministrazione, depositata con nota prot. n. 40952 del 20 maggio 2021 che, ribadendo la legittimità del proprio operato, chiariva che il concorrente, sulla base delle dichiarazioni prodotte, non possedeva i requisiti di ammissione in proprio e, conseguentemente, necessitava di ricorrere all'avvalimento per partecipare alla procedura. Tuttavia il contratto prodotto era nullo ai sensi dell'articolo 89, legittimandone l'esclusione e la non operatività del soccorso istruttorio.

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità di un provvedimento di esclusione adottato per nullità del contratto di avvalimento, in quanto carente dell'indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione e privo del corrispettivo economico, la possibile esperibilità del soccorso istruttorio e la eventuale riconducibilità della fattispecie all'avvalimento sovrabbondante;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016;

RILEVATO che, in generale, rispetto all'istituto dell'avvalimento, in linea con l'orientamento giurisprudenziale, l'Autorità ha precisato (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 1138 del 22 dicembre 2020;



delibera n. 419 del 2 maggio 2018) che tratto essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, con conseguente obbligo di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso tecnico-organizzativo offerto in prestito dall'ausiliaria e di valutarne l'idoneità rispetto all'esecuzione dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346). Conseguentemente, il contratto di avvalimento deve comportare il trasferimento esclusivo, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze per tutto il periodo necessario (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1506; 23 febbraio 2015, n. 864);

CONSIDERATO altresì che, nella medesima linea interpretativa, l'Autorità (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 1138 del 22 dicembre 2020) ha anche specificato che affinché il contratto di avvalimento non si sostanzi in un adempimento cartolare e fittizio, è necessario che esso consenta ad un'impresa priva della richiesta esperienza di utilizzare le risorse anche intellettuali (direzione lavori, professionisti, maestranze specializzate e quant'altro) che nell'impresa ausiliaria hanno consentito di maturare la necessaria esperienza e che vengano a supportare la gestione dell'appalto dell'impresa priva del requisito (TAR Sicilia, Catania, sez. III, 11 luglio 2017, n. 1746). Il contratto di avvalimento, infatti, non è un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, ma è il presupposto per la partecipazione alla gara, in quanto fornisce all'avvalente il requisito mancante. Quindi, ai fini della determinazione del contenuto del contratto di avvalimento, non può essere considerata utile altra documentazione versata negli atti di gara e, in particolare, documentazione proveniente dal solo avvalente e non riconducibile all'impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2017 n. 1212);

CONSIDERATO altresì che, nelle gare pubbliche, si distingue tra avvalimento di garanzia, che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico e avvalimento tecnico o operativo, che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale. Si configura dunque avvalimento di garanzia 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; ricorre, invece, l'ipotesi di avvalimento tecnico o operativo 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216);

CONSIDERATO che la differente operatività dei due istituti rileva in merito al contenuto contrattuale in quanto, nel caso di avvalimento di garanzia, poiché l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, non è, in via di principio, necessario che l'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216; sez. III, 11 luglio 2017 n. 3422; sez. V, 15 marzo 2016 n. 1032). In tal caso, l'Autorità, ha precisato che al fine di evitare che il prestito di tali requisiti rimanga su un piano meramente astratto e cartolare, è in ogni caso necessario che dal contratto di avvalimento emerga, in modo determinato o determinabile e non quale semplice forma di stile, l'impegno dell'avvalsa sia a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario sia a vincolarsi finanziariamente nei confronti della stazione appaltante (ANAC, delibera n.



1343 del 20 dicembre 2017). Diversamente, in caso di avvalimento tecnico o operativo, avente ad oggetto requisiti tecnico-professionali, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate, con conseguente necessità che nel contratto di avvalimento sia fatta indicazione con precisione dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Consiglio di Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; sez. V, 2 agosto 2018, n. 4775; Sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396; Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339; sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216; Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953);

RISCONTRATO inoltre che anche la giurisprudenza amministrativa, da ultimo espressa nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2020 n. 2953, richiamando il contenuto dispositivo dell'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016, ha precisato che la stessa Adunanza Plenaria (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito come l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, in particolare, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.). Pertanto, il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi, 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, tuttavia, 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; 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. In mancanza di criteri di determinabilità appare infatti concreto il rischio di un uso strumentale del contratto (cfr. anche, Consiglio di Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682);

RILEVATO che, con riferimento alla natura del contratto di avvalimento, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità è consolidato nel ritenere la necessaria onerosità del contratto e, conseguentemente, nel definire che laddove l'accordo tra le parti non stabilisca espressamente un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque poter emergere un interesse, di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale, che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23): ciò in quanto l'onerosità del contratto è ritenuta indice della effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente e per questo idoneo, unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale, a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente (così, Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 806; 12 febbraio 2020, n. 1074). Conseguentemente, qualora il contratto sia privo di un corrispettivo o di un'utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale conseguita dall'ausiliaria lo stesso è nullo per mancanza di uno degli elementi essenziali, ovvero della causa in concreto (cfr., da ultimo, ANAC delibera n. 578 del 26 giugno 2019);

RILEVATO che l'articolo 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 prescrive un contenuto essenziale del contratto di avvalimento a pena di nullità e che la sanzione della nullità prevista si configura quale fattispecie normativa che attiene alla teorica della "forma-contenuto" piuttosto che alla teorica della determinatezza o determinabilità dell'oggetto ex art. 1346 c.c. e 1418 c.c. (cfr., *ex multis*, da ultimo, ANAC delibera n. 121 del 10 febbraio 2021);



CONSIDERATO dunque che, nel caso in cui tale contenuto essenziale non sia garantito, in ragione della diversa natura di avvalimento di garanzia o avvalimento operativo, la nullità del contratto di avvalimento per violazione dell'articolo 89, comma 1, opera *ab origine* e comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità oggetto di avvalimento sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il che ne impone l'esclusione (cfr., da ultimo, TAR Lazio, Roma, 6 aprile 2021, n. 4051; Consiglio di Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2985);

RILEVATO che, con specifico riferimento alla possibilità di esperire il soccorso istruttorio, un recente approdo giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68), in linea con l'orientamento ormai consolidato, richiamando la sopra indicata distinzione tra tipologie di avvalimento, di garanzia e operativo, ha chiarito che «le lacune del contratto di avvalimento, tali da determinarne la nullità, non possono essere colmate con il soccorso istruttorio, dovendo il predetto contratto, necessario per consentire al concorrente di partecipare alla gara, essere valido sin da principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (Consiglio di Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456; sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346, 17 dicembre 2015, n. 5703 e 22 gennaio 2014, n. 294). Invero, non può consentirsi alla stazione appaltante, in violazione della *par condicio*, di supplire al requisito indispensabile della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il cd. soccorso istruttorio, che è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è quindi applicabile quando, in sede di gara, si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione (Consiglio di Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2985; sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396; 28 settembre 2015, n. 4507)». Ciò, anche in considerazione del fatto che l'istituto del soccorso istruttorio, se riferito al contenuto ed all'oggetto del contratto di avvalimento, non sarebbe più diretto a colmare unicamente una carenza degli elementi dimostrativi dell'esistenza e del possesso del requisito, ma finirebbe con l'essere strumentale alla formazione del titolo contrattuale da cui vorrebbe derivare il possesso del requisito, titolo del quale verrebbe consentita la formazione *ex post* e su impulso della stazione appaltante». Conseguentemente, una volta accertata la nullità del contratto di avvalimento la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente dalla gara, non potendo trovare applicazione il principio del soccorso istruttorio, né il principio del *favor participationis*, che comporterebbe un'alterazione del bilanciamento con il principio di *par condicio* tra i concorrenti (cfr., anche, TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 821 del 20 gennaio 2021; *ex multis*, ANAC delibera n. 121 del 10 febbraio 2021);

RILEVATO che, con riferimento alla possibilità che la fattispecie oggetto della controversia sia riconducibile al c.d. avvalimento sovrabbondante, l'orientamento giurisprudenziale più recente, espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 1 giugno 2021, n. 4208, ha al riguardo chiarito che, sebbene una parte della giurisprudenza abbia ammesso eccezionalmente il c.d. avvalimento sovrabbondante «nella sola ipotesi in cui dalla dichiarazione resa in sede di presentazione della domanda di partecipazione risulti che l'impresa abbia in proprio i requisiti di partecipazione, ma abbia scelto e dichiarato di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4301)», tale orientamento è stato superato da una posizione più rigorosa secondo la quale «qualora l'operatore economico abbia inequivocabilmente dichiarato, con dichiarazione resa unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione, in tutto o in parte, avvalendosi delle capacità di altri soggetti (producendo altresì tutta la documentazione all'uopo richiesta dall'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016), non possa poi, in corso di procedura e men che meno all'esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l'intenzione di soddisfare in proprio la richiesta relativa al possesso dei requisiti, anche quando risulti dai servizi già dichiarati che il concorrente avrebbe potuto fare a meno dell'avvalimento, ostandovi i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di *par condicio* dei concorrenti (Consiglio di Stato, V, 15 gennaio 2020, n.



386), nonché i principi in base ai quali non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030)»;

RITENUTO che, sulla base della disciplina richiamata e degli indirizzi interpretativi sopra ricostruiti, nel caso di specie, la stazione appaltante abbia correttamente operato ritenendo che il contratto di avvalimento prodotto fosse nullo ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto, da un lato, privo delle specifiche indicazioni necessarie a garantire l'effettiva messa a disposizione delle risorse da parte dell'ausiliaria, con riferimento sia alla capacità economico-finanziaria (avvalimento di garanzia) sia alla capacità tecnico-professionale (avvalimento operativo) e, dall'altro, mancante della previsione di un corrispettivo o comunque di un interesse direttamente o indirettamente patrimoniale;

RITENUTO che la stazione appaltante abbia altresì correttamente operato nel non esperire il procedimento di soccorso istruttorio per sanare tale nullità;

RITENUTO inoltre che, con riferimento alla questione della riconducibilità del caso alla fattispecie dell'avvalimento sovrabbondante, in considerazione dei limiti di operatività definiti dalla giurisprudenza sopra richiamata, pur ipotizzando che il concorrente fosse in proprio in grado di dimostrare i requisiti di partecipazione – sebbene la valutazione svolta dall'amministrazione non operi in tal senso – non potrebbe in ogni caso ritenersi applicabile alla controversia in discussione l'istituto dell'avvalimento sovrabbondante dal momento che non solo si ammetterebbe di poter modificare in esito alla procedura stessa la propria dichiarazione di partecipazione, ma che una tale applicazione sarebbe volta ad evitare specificamente il provvedimento di esclusione disposto dall'amministrazione, in chiara violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici;

RITENUTE, pertanto infondate le contestazioni dell'odierno istante e legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante sia conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e agli orientamenti interpretativi concernenti l'istituto dell'avvalimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 luglio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente