



DELIBERA N. 151

30 marzo 2022.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Direzione di Commissariato Militare Marittimo di Taranto e da Ale Group S.r.l. – Affidamento in concessione della gestione dei servizi dello stabilimento balneare del Circolo ricreativo dipendenti della Difesa di Taranto per l'anno 2022 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 800.000,00 - S.A.: Direzione di Commissariato Militare Marittimo di Taranto

PREC 40/2022/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Contratto di avvalimento – avvalimento di garanzia – avvalimento operativo – certificazione di qualità

Massima

Contratto di avvalimento – avvalimento di garanzia – avvalimento operativo – avvalimento certificazioni di qualità - invalidità

L'impegno a diventare garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, bensì deve tradursi in un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante.

Nell'avvalimento "operativo" è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali e le risorse specifiche messi a disposizione dell'ausiliata, o per lo meno i criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti.

La peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste nel fatto che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di



acquisire detta certificazione di qualità, e che dovrebbe consentire al concorrente di eseguire l'appalto con i medesimi standard di qualità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 30 marzo 2022

DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 12693 del 21 febbraio 2022 e reiterata a firma di soggetto legittimato il 24 febbraio 2022 con prot. n. 14042, la Direzione di Commissariato Militare Marittimo di Taranto, in veste di stazione appaltante, e l'operatore economico Ale Group S.r.l. chiedono congiuntamente un parere all'Autorità in relazione all'esclusione dell'operatore dalla gara per l'affidamento in concessione della gestione dei servizi dello stabilimento balneare del Circolo ricreativo dipendenti della Difesa di Taranto per l'anno 2022. L'esclusione era motivata dalla invalidità del contratto di avvalimento presentato da Ale Group S.r.l., in quanto la stazione appaltante, in conformità a quanto rilevato dalla Commissione di gara, riteneva che, con riferimento ai requisiti di fatturato richiesti dal bando, dal contratto di avvalimento non si potesse evincere un vincolante impegno finanziario assunto dall'ausiliaria. Inoltre, con riferimento ai requisiti dei servizi analoghi prestati, e delle certificazioni di qualità possedute, il contratto risultava generico e carente della dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria a eseguire direttamente i servizi oggetto di affidamento. Il concorrente Ale Group S.r.l., che con preavviso di ricorso contestava l'esclusione, ritiene invece che l'impegno all'esecuzione diretta da parte dell'ausiliario discenderebbe direttamente dal mettere a disposizione "in modo pieno e incondizionato senza limitazioni di sorta tutti i requisiti", fra cui il personale, le risorse, i mezzi e le attrezzature, il proprio *know how* e i protocolli organizzativi, "secondo l'occorrenza e le esigenze che si dovessero manifestare", nonché la propria complessiva solidità finanziaria, e dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, senza che vi sia necessità di indicare specificamente gli indici materiali atti a esprimere la consistenza patrimoniale. L'operatore economico osserva altresì che l'obbligo di esecuzione diretta da parte dell'ausiliario sarebbe necessario solamente nel caso di messa a disposizione dei titoli di studio e professionali, il che non si verifica nel caso di specie.

Il procedimento di precontenzioso veniva avviato con nota prot. 14984 del 1° marzo 2022.

Con proprie memorie, acquisite al prot. 15931 del 3 marzo 2022, la stazione appaltante riferiva che, in relazione all'avvalimento cd. "operativo", la Commissione di gara vinceva dal contratto solamente un generico impegno a mettere a disposizione i requisiti richiesti, comprese le proprie "esperienze professionali pertinenti", ma non un impegno a eseguire direttamente i servizi per cui tali requisiti erano richiesti. In relazione all'avvalimento di garanzia, essa eccepiva poi la mancanza di un vincolante impegno finanziario da parte dell'ausiliaria.

Ritenuto in diritto

La controversia sottoposta all'Autorità con l'istanza congiunta di parere riguarda l'asserita invalidità del contratto di avvalimento prodotto dal concorrente che, secondo la Commissione di gara, risultava



generico nell'indicazione delle risorse prestate e privo sia di un concreto impegno dell'ausiliaria a eseguire direttamente i servizi sia di un impegno finanziario vincolante. Dal verbale di gara si evince che il contratto di avvalimento, in particolare, risultava carente «di determinatezza e specificità in relazione alle risorse e ai mezzi messi a disposizione, non essendo indicato alcun elenco specifico degli stessi né le loro caratteristiche». L'avvalimento della certificazione di qualità, inoltre, avrebbe dovuto comportare il mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che le avevano consentito di acquisire la certificazione di qualità.

Ai fini del rilascio del parere occorre dunque esaminare, in concreto, il contenuto del contratto di avvalimento concluso fra i due operatori economici. L'impresa concorrente premetteva di essere di nuova costituzione e pertanto carente dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnici e professionali richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione. In particolare, i requisiti mancanti riguardavano: il fatturato globale minimo annuo (non inferiore a € 100.000,00); lo svolgimento di un servizio analogo nell'ultimo triennio; gli attestati relativi ai protocolli HACCP e le certificazioni di qualità UNI EN ISO 9001:2015, settore IAF 30, e UNI EN ISO 14001:2015 per le misure di gestione ambientale. Essendo la ditta ausiliaria in possesso di tutti i sopra elencati requisiti, essa si impegnava (art. 1) a mettere a disposizione «in modo pieno e incondizionato senza limitazione di sorta tutti i requisiti» predetti, di cui la ditta concorrente risulta carente, e, «all'occorrenza: - *know how* esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara (l'impresa ausiliaria si occuperà, attraverso l'apporto di adeguate figure professionali di coordinamento, di realizzare un percorso di formazione e di accompagnamento professionale destinato al coordinatore del servizio); - idonei protocolli organizzativi di gestione al fine di garantire un sostegno all'espletamento del servizio oggetto dell'appalto; - attrezzature, impianti, automezzi ecc., terminale delle attrezzature produttive-qualitative. [...] L'impresa ausiliaria assume inoltre la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante relativamente a tutte le prestazioni oggetto di gara». Con le dichiarazioni di avvalimento gli operatori economici ribadivano che l'ausiliaria avrebbe messo a disposizione: «la propria capacità economica e finanziaria; le proprie capacità tecniche e professionali; il proprio *know how* tecnologico e commerciale; "all'occorrenza" propri automezzi; "all'occorrenza" proprie attrezzature e beni ammortizzabili, proprio personale qualificato e staff tecnico; propria esperienza professionale maturata nel settore negli ultimi anni».

Come noto, l'art. 89, comma 1 del d.lgs. 50/2016 sanziona con la nullità l'omessa specificazione, nel contratto, dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Pertanto l'indicazione dei mezzi, del personale, del *know-how*, della prassi aziendale, ecc., risulta indispensabile per rendere determinato l'impegno dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e della ditta ausiliata, a pena di nullità strutturale del contratto ex artt. 1418, secondo comma, e 1346 c.c. per indeterminatezza del suo oggetto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68; Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243). L'Autorità ha precisato (cfr. ANAC, delibere n. 1138 del 22 dicembre 2020 e n. 419 del 2 maggio 2018) che tratto essenziale 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.

La giurisprudenza, come noto, distingue l'avvalimento c.d. di garanzia, che riguarda i requisiti di carattere economico - finanziario (fatturato globale o specifico), e ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione la sua 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, dall'avvalimento c.d. operativo, che concerne i requisiti di capacità tecnico -



professionale e ricorre quando l'ausiliaria metta a disposizione le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto (Cons. Stato Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

Riguardo all'avvalimento "di garanzia", la giurisprudenza costantemente afferma il principio secondo cui non è necessario che nel contratto siano specificamente indicati i beni o indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria (Cons. Stato, n. 68/2021 cit.; Sez. V, 21 luglio 2021, n. 5485), tale da garantire un concreto supplemento di responsabilità (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243). L'Autorità ha avuto modo di evidenziare (Parere di precontenzioso n. 501 del 23 giugno 2021) che, «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 (ANAC, delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017).

Nell'avvalimento "operativo" è invece imposto alle parti di indicare puntualmente nel contratto i mezzi aziendali e le risorse specifiche messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120), perché soltanto in questo modo può ritenersi rispettato l'articolo 89, comma 1, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui commina la nullità del contratto di avvalimento nell'ipotesi di omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7475). In proposito la giurisprudenza ha avvertito che il requisito di natura tecnico-professionale di aver svolto servizi pregressi non vale a configurare, di per sé, una "esperienza professionale pertinente", in assenza di un "quid pluris" richiesto dal disciplinare (titolo di studio o professionale) (Cons. Stato, 17 settembre 2021, n. 6347). Tuttavia «la messa a disposizione del requisito di esperienza non può essere unicamente cartolare, ma deve avere lo stigma dell'effettività. Essa comporta che il relativo contratto preveda i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata» (Cons. Stato, n. 68/2021 cit.). L'assetto negoziale deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere 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 (Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953). La valutazione, in sede di gara, della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento è infatti diretta a "porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente, e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra" (Cons. Stato, n. 1704/2020, cit.). Si tratta, in altri termini, di evitare che l'istituto sia piegato a finalità elusive, ossia che le prestazioni contrattuali siano eseguite autonomamente da un soggetto (l'impresa ausiliata) che non è in possesso dei requisiti prescritti (T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 21 febbraio 2022, n. 2012).

Con particolare riferimento alla possibilità di mettere a disposizione le certificazioni di qualità aziendali, occorre sottolineare che essa è ammessa purché siano a disposizione dell'ausiliata tutti i fattori della produzione e l'apparato organizzativo aziendale che hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità oggetto di avvalimento, poiché «in tale senso funzionale va intesa la messa a



disposizione della propria organizzazione aziendale. Di regola, perciò detti fattori della produzione devono essere specificati nel contratto di avvalimento», al fine di renderne determinato l'oggetto, secondo i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Sent. 4 novembre 2016, n. 23), in riferimento alla disciplina previgente ma tuttora applicabili all'art. 89 del d.lgs. 50/2016» (Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; 17 maggio 2018, n. 2953). La giurisprudenza ha infatti evidenziato che «La peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste piuttosto nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità. Si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito "inscindibile", nel senso che la medesima organizzazione aziendale (comprensiva, non solo del personale operativo, ma anche di quello preposto al controllo di qualità, degli *audit* periodici e delle procedure del Sistema di Gestione Qualità ISO 9001) non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria, [...] senza però che ciò ne comporti la sostituzione nell'esecuzione dei lavori. L'ausiliaria si limita a "comunicare" all'ausiliata le risorse, materiali e immateriali, che le hanno permesso di conseguire la certificazione di qualità al fine di consentire che sia l'impresa concorrente ad eseguire i lavori, secondo gli standard di qualità della certificazione oggetto del "prestito"» (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271).

Nell'applicare i principi suesposti al caso di specie, occorre rilevare che le clausole del contratto di avvalimento concluso fra gli operatori recano la clausola secondo cui l'impresa ausiliaria assume la responsabilità solidale con l'impresa ausiliata e nei confronti della Stazione Appaltante relativamente a tutte le prestazioni oggetto di gara. Inoltre essa assume il generico impegno a mettere a disposizione «in modo pieno e incondizionato» i requisiti speciali dell'ausiliaria (fatturato e servizi analoghi), le certificazioni di qualità e le attestazioni HACCP, specificando poi che il prestito riguarda «all'occorrenza: - *know how* esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara (l'impresa ausiliaria si occuperà, attraverso l'apporto di adeguate figure professionali di coordinamento, di realizzare un percorso di formazione e di accompagnamento professionale destinato al coordinatore del servizio); - idonei protocolli organizzativi di gestione al fine di garantire un sostegno all'espletamento del servizio oggetto dell'appalto; - attrezzature, impianti, automezzi ecc., terminale delle attrezzature produttive-qualitative».

Il contratto evidentemente difetta sia di un impegno a divenire garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario sia dell'elencazione dettagliata delle risorse messe a disposizione, o di criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti, che era tanto più necessaria in quanto il concorrente, essendo appena costituito, era privo di tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione. In particolare, la messa a disposizione delle certificazioni di qualità doveva comportare l'individuazione e il "prestito" dell'apparato organizzativo aziendale che aveva consentito all'ausiliaria di ottenere le certificazioni anzidette. Dal tenore letterale del contratto, invece, emerge che le risorse erano messe a disposizione "all'occorrenza", e che il prestito dei protocolli organizzativi mirava a fornire "un sostegno" all'espletamento del servizio, con l'apporto di adeguate figure professionali, non meglio qualificate, per realizzare un percorso di formazione e di accompagnamento professionale destinato al solo coordinatore del servizio. Un'interpretazione letterale e sistematica delle clausole contrattuali non consente quindi di ritenere valido il contratto di avvalimento concluso fra le parti, in quanto le risorse oggetto di avvalimento risultano non dettagliate né quantificabili e non mettono in luce l'apparato organizzativo collegato alle certificazioni di qualità.

Si ritiene pertanto che, nel caso di specie, alla luce di un'interpretazione letterale e sistematica delle clausole contrattuali e delle dichiarazioni prodotte, l'esclusione sia conforme alla normativa di settore, in



quanto non risulta possibile evincere né un impegno a divenire garante dell'esecutore né un'elencazione dettagliata delle risorse messe a disposizione per l'esecuzione, o criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti. In considerazione del prestito delle certificazioni di qualità, manca l'individuazione dell'apparato organizzativo aziendale che ha consentito all'ausiliaria di ottenere le certificazioni anzidette e che dovrebbe consentire al concorrente di eseguire l'appalto con i medesimi standard di qualità.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione dell'operatore economico è conforme alla normativa di settore, in quanto un'interpretazione letterale e sistematica delle clausole contrattuali e delle dichiarazioni prodotte non consente di evincere l'impegno a divenire garante dell'esecutore, né un'elencazione dettagliata delle risorse messe a disposizione per l'esecuzione, o di criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti. In considerazione del prestito delle certificazioni di qualità, manca l'individuazione dell'apparato organizzativo aziendale che ha consentito all'ausiliaria di ottenere le certificazioni anzidette e che dovrebbe consentire al concorrente di eseguire l'appalto con i medesimi standard di qualità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente