



# DELIBERA N. 489

19 ottobre 2022

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Sirio Società Cooperativa Sociale – Procedura aperta telematica per l'affidamento in appalto della gestione del servizio nidi d'infanzia del Comune di Ancona suddiviso in quattro lotti – anni educativi 2022/2023 - 2023/2024 - 2024/2025 - 2025/2026 - 2026/2027 - Lotto n. 1 - Base d'asta: importo Lotto 1 3.958.000,00 euro - S.A.: Comune di Ancona

**PREC 112/2022/S**

## Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 89

## Parole chiave

Contratto di avvalimento – Errore materiale

## Massima

**Appalto pubblico – In genere – Selezione del contraente – Requisiti – Avvalimento – Errore materiale sui requisiti oggetto del contratto – Ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti - Inammissibilità**

E' precluso alla stazione appaltante l'esercizio di una attività interpretativa volta alla ricostruzione della presunta effettiva volontà delle parti circa il requisito oggetto di avvalimento quando questo è chiaramente indicato nel contratto, anche in presenza di altri atti con esso potenzialmente contrastanti (dichiarazioni ausiliaria e ausiliata), trattandosi di atti diversi per natura, per contenuto e per finalità, che non possono supplire le eventuali carenze del contratto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 ottobre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 57401 del 12 luglio 2022, nella quale l'operatore economico Sirio Società Cooperativa Sociale ha lamentato di essere stato escluso dalla gara in epigrafe per avere indicato in maniera errata, nel contratto di avvalimento, i requisiti oggetto dello stesso. Ad avviso dell'istante, l'esclusione sarebbe illegittima perché l'amministrazione non ha tenuto conto che, a fronte del refuso a causa del quale, nel contratto di avvalimento, il requisito messo a disposizione è erroneamente indicato come "*fatturato globale riferito all'anno 2020 pari ad euro 680.000, IVA esclusa*", l'effettiva portata del contratto di avvalimento,



avrebbe dovuto essere desunta dall'insieme degli atti prodotti ai fini dell'avvalimento, ovvero, oltre che dal contratto stesso, dalle dichiarazioni rese dalle singole parti. Nella specie, sia la dichiarazione resa dall'ausiliaria di impegno alla messa a disposizione, sia la dichiarazione della concorrente ausiliata dell'intenzione di ricorrere all'avvalimento per supplire alla carenza dei requisiti di partecipazione, individuerebbero chiaramente i requisiti prestati come "*requisito di CAPACITA' TECNICA PROFESSIONALE [Disciplinare di gara, art. 7.3 (punto 7.3.1. e 7.3.2.)]; - Importo complessivo servizi di gestione nidi d'infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a euro 3.310.000,00; - Importo minimo di almeno un servizio di gestione di nidi di infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a euro 648.000,00*". La valenza contrattuale delle richiamate dichiarazioni sarebbe corroborata dall'espressa previsione contenuta nel contratto di avvalimento secondo cui "*le premesse e gli ALLEGATI formano parte integrante e sostanziale del presente contratto e costituiscono prima pattuizione tra le parti*";

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 21 luglio 2022 con nota prot. n. 59851;

Viste le obiezioni della stazione appaltante anticipate con nota acquisita al prot. n. 59133 del 19 luglio 2022 e ribadite successivamente con nota prot. n. 60649 del 25 luglio 2022. In primo luogo, secondo il Comune di Ancona, l'istanza sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g) Regolamento precontenzioso, in quanto l'istante sarebbe manifestamente mancante dell'interesse al conseguimento del parere, non avendo proposto ricorso avanti al TAR e non sussistendo pertanto alcuna controversia da risolvere tramite parere di precontenzioso. Con riferimento al merito, la stazione appaltante ritiene che il principio della *par condicio* avrebbe impedito alla stazione appaltante di interpretare e correggere il contratto di avvalimento che, nel caso di specie, reca un oggetto che non ha nulla a che fare con i requisiti richiesti dal Disciplinare di gara. Quanto alle dichiarazioni dell'ausiliaria e dell'ausiliata, secondo consolidata giurisprudenza, esse si differenziano dal contratto di avvalimento per natura, contenuto e finalità e pertanto non possono sopperire alle carenze del contratto medesimo; inoltre, nel caso in esame, non potrebbero neppure essere ritenute Allegati del contratto perché non sono state espressamente indicate come tali. Infine, quand'anche si accogliesse la ricostruzione dell'istante, il contratto, che dovrebbe realizzare un avvalimento operativo, sarebbe nullo perché non precisa in maniera puntuale le risorse concretamente messe a disposizione del concorrente per l'esecuzione del servizio;

Vista la replica dell'istante acquisita al prot. n. 61203 del 27 luglio 2022. L'operatore economico ha contestato l'eccezione di inammissibilità e ha ribadito l'esistenza di plurime concordanti evidenze documentali – DGUE, dichiarazioni di ausiliaria e ausiliata, premesse del contratto di avvalimento – che concorrerebbero a definire incontrovertibilmente l'esatto oggetto del contratto, fugando ogni dubbio al riguardo;

Ritenuto, preliminarmente, che l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla stazione appaltante sia infondata. Il "Precontenzioso" è uno strumento di conciliazione finalizzato a risolvere rapidamente le controversie insorte durante la gara, ossia le dispute insorte tra le parti, anche prima dell'adozione di un provvedimento da parte della stazione appaltante, o a fronte di un provvedimento di cui si contesta la legittimità. Si tratta di un istituto ascrivibile al *genus* delle cosiddette *alternative dispute resolutions* (ADR), ovvero uno strumento di soluzione delle liti alternativo alla tutela giurisdizionale, a cui sono riconosciuti effetti deflattivi del contenzioso giurisdizionale. La proposizione del ricorso avanti al giudice amministrativo non può pertanto rappresentare una condizione per l'attivazione del precontenzioso e anzi, ai sensi del vigente Regolamento, ne costituisce un'ipotesi di inammissibilità (art. 7, comma 1, lett.d). Quanto alla sussistenza dell'interesse dell'istante al conseguimento del parere, non pare possa essere messo in dubbio l'interesse dell'operatore economico escluso dalla gara ad ottenere un parere che induca l'amministrazione ad annullare in autotutela l'esclusione e a riammetterlo nella procedura competitiva;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Visti, in particolare,



- l'art. 7.3 del Disciplinare di gara, che prescrive, quale requisito di capacità tecnica e professionale ai fini della partecipazione al Lotto 1, lo svolgimento di servizi di gestione di nidi d'infanzia, per enti pubblici o privati, nei sette anni educativi antecedenti la data di pubblicazione del bando (ovvero nei sette anni educativi 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020, 2020/202) per un importo complessivo, al netto di IVA, di euro 3.310.000,00 e almeno un servizio (c.d. "di punta") di gestione di nidi d'infanzia, per enti pubblici o privati, sempre nei sette anni educativi antecedenti la data di pubblicazione del bando, dell'importo minimo di euro 648.000,00;
- la dichiarazione resa dall'istante circa la volontà di avvalersi dei seguenti requisiti di terze imprese ausiliarie delle quali allega le relative dichiarazioni: *"requisito di CAPACITA' TECNICA E PROFESSIONALE: [Disciplinare di gara, art. 7.3 (punto 7.3.1 e 7.3.2 in relazione al Lotto 1); - Importo complessivo servizi di gestione nidi d'infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a € 3.310.000,00 - Importo minimo di almeno un servizio di gestione di nidi d'infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a € 648.000,00 messo a disposizione dall'impresa ausiliaria: ALIANTE SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE(...) e a tale scopo: - allega in originale il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti di questa impresa concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto";*
- la dichiarazione resa dall'ausiliaria ALIANTE ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ad integrazione del DGUE, *"di possedere i seguenti requisiti di carattere economico, e di obbligarsi verso il concorrente SIRIO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto/ concessione, compresa l'eventuale proroga tecnica, le seguenti risorse necessarie possedute di cui è carente il concorrente per l'espletamento dell'appalto ed oggetto di avvalimento: Ø requisito di CAPACITA' TECNICA E PROFESSIONALE: [Disciplinare di gara, art. 7.3 (punto 7.3.1 e 7.3.2); - Importo complessivo servizi di gestione nidi d'infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a € 3.310.000,00 - Importo minimo di almeno un servizio di gestione di nidi d'infanzia nei sette anni educativi antecedenti pari a € 648.000,00";*
- il contratto di avvalimento, recante, nella premessa, il rinvio ai requisiti di capacità tecnico professionale richiesti dall'art. 7.3 del Disciplinare di gara, e, nel prosieguo, la clausola recante l'impegno dell'impresa ausiliaria *"a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, che accetta, per tutta la durata dell'appalto nonché eventuali proroghe, un fatturato globale riferito all'anno 2020 pari ad € 690.000,00 IVA esclusa, al fine di soddisfare completamente i requisiti della gara in oggetto";*

Considerato che, tramite l'avvalimento, è riconosciuta all'operatore economico la facoltà di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 50/2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, 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. La norma richiede anche al concorrente di allegare alla domanda di partecipazione *«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»* e dispone che *«A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria»*. Come evidenziato dall'Autorità già nella determinazione n. 1/2015 (anche se con riferimento alla disciplina dettata dal previgente Codice), la dichiarazione di avvalimento è elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta e anche il contratto di avvalimento è funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando, per cui l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento né può trovare applicazione il soccorso istruttorio, se non nel caso di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta. L'impossibilità di ovviare



alla indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento tramite il ricorso al soccorso istruttorio è dovuta al carattere costitutivo dell'avvalimento, che non è un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito preesistente ma il presupposto per la partecipazione alla gara, in quanto fornisce all'impresa ausiliata il requisito mancante, con conseguente impossibilità di essere integrato *ex post*, pena la violazione del principio della *par condicio* (cfr., *ex multis*, Parere di precontenzioso - delibera n. 221 del 1° marzo 2017);

Considerato che l'art. 89, comma 1, 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 che, nel caso in cui tale contenuto essenziale non sia garantito, la nullità del contratto di avvalimento per violazione dell'art. 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);

Considerato che, nel caso in esame, il contratto reca con chiarezza l'indicazione del requisito oggetto del prestito ma esso, evidentemente, non corrisponde a quelli richiesti dal disciplinare di gara ai fini della partecipazione. Ciò significa che l'accordo delle parti si è formato ed è stato sancito con riferimento ad un oggetto inidoneo a fare acquisire all'istante il possesso dei requisiti indispensabili per partecipare alla gara;

Considerato che l'indagine volta a ricostruire una diversa volontà delle parti avvalendosi di altri atti, invocata dall'istante sul presupposto di un asserito errore materiale in cui le stesse sarebbero incorse in fase di redazione del contratto, contrasta con il consolidato insegnamento della giurisprudenza in tema di emendabilità dell'errore ostativo, secondo cui l'errore materiale nell'indicazione di elementi dell'offerta può essere emendato d'ufficio tramite l'indicazione del dato corretto negli stretti limiti in cui l'errore può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 8823/2019). In particolare, ai fini della rettifica, occorre che vi si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerta (Consiglio di Stato, V, n. 7752/2020). Diversamente, la "correzione" si tradurrebbe in una inammissibile manipolazione e variazione postuma dei contenuti dell'offerta con violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti (Consiglio di Stato, V, n. 5638/2021; cfr. anche Delibera Anac n. 209 del 27 aprile 2022);

Considerato che, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza, la valutazione che la stazione appaltante è chiamata a svolgere si caratterizza per non avere bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà, proprio perché si connota di oggettività e di immediatezza e dunque, non può derivare da sforzi ricostruttivi e interpretativi, ma deve arrestarsi al riscontro di un'inesatta formulazione materiale dell'atto;

Ritenuto che esigenze di trasparenza e *par condicio*, nonché di tempestività dell'azione amministrativa, impongono di interpretare i richiamati limiti alla possibilità di correggere l'errore materiale in maniera particolarmente rigorosa quando, come nel caso in esame, l'asserito errore non ricade su un elemento di fatto o descrittivo di dettaglio ma su un elemento della domanda di partecipazione – l'oggetto del contratto di avvalimento - essenziale ai fini dell'acquisto di una condizione indispensabile ai fini della partecipazione;

Ritenuto, pertanto, che, debba essere precluso alla stazione appaltante l'esercizio di una attività interpretativa volta alla ricostruzione della presunta effettiva volontà delle parti circa il requisito oggetto di avvalimento quando questo è chiaramente indicato nel contratto, anche in presenza di altri atti con esso potenzialmente contrastanti (dichiarazioni ausiliaria e ausiliata), trattandosi di atti diversi per natura, per contenuto e per



finalità, che non possono supplire le eventuali carenze del contratto (delibera Anac n. 121 del 10 febbraio 2021);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'esclusione di Sirio Società Cooperativa Sociale conforme alla normativa di settore e ai principi della giurisprudenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente