AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 500

25 ottobre 2022.

Oggetto

Istanza congiunta per adesione presentata da Pirene s.r.l. e Unione Montana dei Comuni della Valtiberina Toscana - Affidamento della gestione del servizio "Informagiovani" del comune di Sansepolcro (AR) - Durata 3 anni CIG 929576217A - Importo a base d'asta Euro 74.100,00. S.A.: Unione Montana dei Comuni della Valtiberina Toscana.

PREC 150/2022/S

Riferimenti normativi

Articolo 36, co. 1 d.lgs. 50/2016

Articolo 45, co. 2 lett. b) d.lgs. 50/2016

Articolo 89, co.1 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – criteri – negoziata senza previa pubblicazione del bando – principio di rotazione

appalto pubblico – servizi – operatore economico – Consorzio di società cooperative di produzione e lavoro – avvalimento operativo

Massima

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – criteri – negoziata senza previa pubblicazione del bando – principio di rotazione

Ai sensi delle Linee Guida n.4, non sussiste alcuna ragione di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento. In tale fattispecie, invero, il soggetto beneficiario dell'invito, e per ipotesi dell'aggiudicazione, non coincide con l'ausiliaria, bensì con la ditta invitata.

appalto pubblico – servizi – operatore economico – Consorzio di società cooperative di produzione e lavoro – avvalimento operativo

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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 ottobre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 79197 del 5 ottobre 2022, con la quale la Pirene s.r.l. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della aggiudicazione della gara in oggetto al Consorzio COOB per la presunta violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, co. 1 del d.lgs. 50/2016 e in merito alla nullità del contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89, co.1 del d.lgs. 50/2016;

VISTA l'istanza di adesione trasmessa dalla stazione appaltante con nota prot. 80130 del 7 ottobre 2022;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 81761 del 13.10.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità della aggiudicazione disposta a favore del Consorzio COOB – Cons. di coop. soc., che sarebbe avvenuta in spregio al principio di rotazione ex art. 36 del d.lgs. 50/2016 e in quanto il contratto di avvalimento, utilizzato dalla aggiudicataria ai fini della dimostrazione dei requisiti speciali, non avrebbe contenuto la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione che l'art. 89, co.1 del Codice prevede a pena di nullità;

PRESO ATTO altresì che, come si evince dalla documentazione e dalle memorie depositate, la vicenda sorge a seguito della pubblicazione della determina a contrarre del Comune di Sansepolcro che stabiliva di affidare il servizio di gestione dello sportello "Informagiovani" per un periodo di tre anni, mediante procedura ai sensi dell'art. 36 co.2 lett. b) del d.lgs n.50/2016 e aggiudicazione secondo il criterio di cui all'art.95 co.3 lett. a) dello stesso decreto legislativo;

CONSIDERATO inoltre che alla manifestazione di interesse aderivano 5 oo.ee. tutti successivamente inviati alla procedura, tra cui l'odierna istante e il Consorzio aggiudicatario;

PRESO ATTO che con contratto di avvalimento stipulato in data 15.7.2022, il Consorzio COOB dichiarava di avvalersi dei requisiti economico finanziari e tecnico – organizzativi della consorziata "L'ALBERO E LA

RUA Società Cooperativa Sociale", designata altresì anche come impresa esecutrice e, inoltre, precedente affidataria del servizio di gestione "Informagiovani" presso il Comune di Sansepolcro;

PRESO ATTO infine che, stando a quanto dichiarato dall'istante e non contestato dalla stazione appaltante, la gara è stata affidata al summenzionato Consorzio COOB;

CONSIDERATO che con il primo quesito l'o.e. istante contesta la violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, co. 1 del d.lgs. 50/2016, giacché l'appalto è stato affidato ad un operatore economico che si è avvalso dei requisiti del precedente affidatario e, contestualmente, che il precedente affidatario è altresì consorziata esecutrice dell'appalto;

RILEVATO che ai sensi del citato art. 36 è sancito che "*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.*";

PRESO ATTO che la stazione appaltante nella propria memoria ha precisato che la manifestazione di interesse era aperta a tutti gli oo.ee. qualificati e che sono stati poi invitati tutti coloro hanno aderito alla manifestazione di interesse;

CONSIDERATO quanto sopra si osserva che, conformemente a quanto previsto dalle Linee Guida n. 4, p. 3.6., impropriamente richiamato dall'istante, "*La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.*";

RILEVATO altresì che anche la recentissima giurisprudenza, richiamando le succitate Linee Guida 4 di ANAC, ha affermato che "*Non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento. In tale fattispecie, invero, il soggetto beneficiario dell'invito, e per ipotesi dell'aggiudicazione, non coincide con l'ausiliaria, bensì con la ditta invitata*" (TAR Lombardia – Milano n. 482 del 26.2.2022), con la conseguenza che nessuna violazione del principio di rotazione possa dirsi integrata nel caso in esame;

PRESO ATTO altresì che con riferimento alla successiva questione posta dall'o.e. viene eccepita la illegittimità dell'affidamento in quanto il contratto di avvalimento stipulato tra il Consorzio aggiudicatario e l'ausiliaria fosse da ritenersi nullo ai sensi dell'art. 89, co.1 del d.lgs. 50/2016 giacché privo della necessaria "*specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*".

CONSIDERATO che nella c.d. dichiarazione resa dal soggetto ausiliato, il Consorzio dichiara che i requisiti di cui è parzialmente carente sono i seguenti: "*6.3 - Requisiti di capacità economica finanziaria- a) Un fatturato minimo maturato nelle annualità 2018-2019-2020-2021: relativo ai soli servizi nel settore specifico in oggetto di gara non inferiore a € 74.100,00 oneri esclusi. 6.4 – Requisiti di capacità tecniche e professionali – b) Essere in possesso di esperienza almeno triennale conseguita a partire dall'anno 2018 in servizi analoghi a quello in oggetto, svolti su incarico di Pubbliche Amministrazioni, di cui si dovrà indicare il committente pubblico e gli importi contrattuali (IVA esclusa)*";

PRESO ATTO che nel contratto di avvalimento è stabilito tra le parti che "*L'Albero e la Rua acconsente ed autorizza espressamente il Consorzio COOB ad avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara in premessa, dei seguenti requisiti: 6.3 - Requisiti di capacità economica finanziaria- a) Un fatturato minimo maturato nelle annualità 2018-2019-2020-2021: relativo ai soli servizi nel settore specifico in oggetto di gara non inferiore a € 74.100,00 oneri esclusi. 6.4 – Requisiti di capacità tecniche e professionali – b) Essere in possesso di esperienza almeno triennale conseguita a partire dall'anno 2018 in servizi analoghi a quello in oggetto, svolti su incarico di Pubbliche Amministrazioni, di cui si dovrà indicare il committente pubblico e gli importi contrattuali (IVA esclusa)*" quantificando ulteriormente l'importo dei servizi analoghi.

PRESO ATTO altresì che l'impresa ausiliaria è parallelamente anche la consorziata esecutrice dell'appalto per conto del Consorzio, nel prosieguo del contratto viene precisato che "*L'albero e la Rua al fine di garantire alla Stazione Appaltante l'esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto a regola d'arte, metterà a disposizione di COOB tutte le risorse, personale, mezzi, attrezzature, know- how, software gestionali, di cui essa dispone nella quantità necessaria per l'esecuzione del servizio come riportato nell'Allegato n.1 al presente contratto; L'Albero e la Rua si impegna a fornire la propria collaborazione, nonché la propria attività di assistenza e consulenza del responsabile Tecnico e l'esperienza professionale maturata da tutto il personale in relazione all'espletamento dei servizi di cui al requisito prestato*" risultando nel successivo allegato 1, che ex art. 89, co.1 del d.lgs. 50/2016, detta consorziata ausiliaria metterà a disposizione le seguenti risorse: 1 PC, 2 Telefono mobile, 3 Coordinatore del servizio, 4 Personale del servizio.

CONSIDERATO 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, rassicurando 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 sempre 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);

RILEVATA la peculiarità della vicenda in esame per effetto della qualifica di ditta esecutrice della consorziata ausiliaria, si osserva che, anche alla luce della giurisprudenza richiamata, nonché della tipologia dei servizi affidati, il contratto di avvalimento e i relativi allegati, previamente riportati nei passaggi salienti, risultano sufficientemente determinati, in quanto ai sensi dell'art. 89 co. 1 del d.lgs. 50/2016, sono espressamente specificati sia i "*requisiti forniti*", che le "*risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*", con la conseguenza di poter escludere la sussistenza della causa di nullità, anche laddove l'avvalimento dovesse qualificarsi come di tipo "operativo";

CONSIDERATO in conclusione che nel caso di specie, richiamando le motivazioni precedenti, con riferimento al primo quesito non risulta sussistere alcuna violazione del principio di rotazione, mentre con riferimento alla questione dell'avvalimento, non si rinviene nel contratto stipulato e nei relativi allegati alcuna carenza in merito alle richieste specificazioni dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'attività posta in essere dalla stazione appaltante risulti conforme alla disciplina di riferimento, in quanto non si ravvisa alcuna violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016, né la ricorrenza di cause di nullità del contratto di avvalimento previste dall'art. 89, co.1 del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente