



DELIBERA N. 557

30 novembre 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 società Ferraro Srl – Realizzazione della rete e collettori fognari delle zone non servite e di nuovi impianti di depurazione nelle Località Gadursello, Gadurso e Foresta. Potenziamento dell'impianto a servizio del centro abitato sito in C.da Ierise del Comune di Mottafollone – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.086.210,99 – S.A.: Comune di Mottafollone (CS).

PREC 142/2022/L

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Attestazione SOA OS22 – Avalimento – Dichiarazione dell'impresa ausiliaria e contratto – Risorse umane messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 novembre 2022



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0075080 del 21.9.2022, con la quale la società Ferraro Srl, in qualità di seconda classificata, contesta la legittimità dell'aggiudicazione della gara alla Ditta Baffa Francesco in quanto, a proprio giudizio, carente del requisito speciale di partecipazione relativo alla Attestazione SOA;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo l'istante l'aggiudicataria, priva dell'Attestazione SOA richiesta per la partecipazione alla gara (ossia Categoria prevalente OS22 - Class. III-bis), ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, ma l'impresa ausiliaria, a fronte di: un tempo di esecuzione previsto pari a 120 giorni; numerose lavorazioni; un importo di lavori pari ad oltre €1.000.000,00; un costo della manodopera stimato dalla stessa ricorrente in € 400.000,00, ha messo a disposizione della concorrente solo *"n. 1 geometra e n. 2 operai qualificati"*, ciò che confermerebbe *«l'assoluta inadeguatezza di due risorse oltre che l'impossibilità materiale di poter rispettare i tempi di esecuzione dell'appalto stimati in 120 gg [...] Considerato che la concorrente è del tutto priva dei requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione di tali categorie di lavorazioni, le stesse potranno essere eseguite solo ed esclusivamente con le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria»*; considerata, altresì, *«La mancata corrispondenza tra la dichiarazione resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante (che si è limitata ad "obbligarsi - in maniera incondizionata e irrevocabile - 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") e il contenuto del contratto di avvalimento (che prevede, appunto, la messa a disposizione di 1 geometra e di 2 operai - n.d.r.) comporta il mancato perfezionamento del paradigma normativo di cui all'art. 89 del Codice Appalti»*;

PRESO ATTO che la Stazione appaltante non ha partecipato al contraddittorio, non avendo presentato alcuna memoria controdeduttiva o prodotto alcuna documentazione relativa alla gara in contestazione e che quindi il presente parere è espresso sulla base dell'esposizione dei fatti e della documentazione prodotta dall'odierno istante, nonché delle memorie difensive della controparte;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.10.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'impresa aggiudicataria è totalmente priva dell'attestazione SOA richiesta dal bando ai fini della partecipazione e che per tale motivo l'avvalimento, nel caso di specie, non può che sostanzarsi nel prestito di risorse materiali e umane necessarie e sufficienti ad effettuare le lavorazioni oggetto di affidamento, trattandosi in effetti di un avvalimento tecnico-operativo e non certo di garanzia;

CONSIDERATO che tutti i lavori oggetto di affidamento sono ricompresi nella categoria OS22, non essendo stata individuata, dalla Stazione appaltante, una categoria di lavori scorporabili, con la evidente conseguenza che la circostanza – addotta a propria difesa dall'aggiudicataria – secondo cui nel computo metrico estimativo, facente parte del progetto esecutivo messo a disposizione dalla Stazione appaltante, *«è possibile osservare che non tutte le lavorazioni costituenti l'appalto richiedono l'esperienza e la qualificazione degli operai messi a disposizione dalla ditta ausiliaria»* e che quindi *«tali lavorazioni possono essere eseguite anche dagli operai dipendenti della scrivente»* non assume alcun rilievo ai fini della dimostrazione dell'asserita sufficienza delle risorse umane messe a disposizione dall'ausiliaria;



RITENUTO, in ogni caso, che le lavorazioni non ricomprese nell'ambito della categoria OS22 risultano di rilevanza e valore esiguo rispetto alle opere principali per cui l'Amministrazione committente ha deciso di espletare la gara in oggetto, cosicché le risorse umane prestate dall'ausiliaria risulterebbero comunque ampiamente insufficienti per eseguire le suddette opere principali;

RITENUTO del tutto infondate e in contrasto con la normativa sugli appalti pubblici le argomentazioni della ditta aggiudicataria volte a respingere le contestazioni della parte istante in base alla constatazione che ogni eventuale problematica inerente all'asserita carenza di qualificazioni per eseguire l'appalto in discussione sarebbe superabile (alternativamente) sia attraverso l'eventuale assunzione di nuovi dipendenti, sia attraverso il ricorso al subappalto e ciò per almeno due insuperabili motivazioni: l'ineludibile rispetto del principio di continuità nel possesso dei requisiti, secondo cui questi ultimi devono essere posseduti dai candidati per tutta la durata del procedimento fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità, comporta che l'eventuale assunzione di nuovi dipendenti non sanerebbe in alcun modo il vizio originario oggetto di contestazione; il ricorso al subappalto, per la parte di lavori indicati nel DGUE nella misura del 40%, non appare comunque dirimente per la controversia in esame, atteso che per l'esecuzione del 60% di quelli rimanenti, non potrebbero essere obiettivamente considerati sufficienti i 2 operai specializzati e il geometra messi a disposizione dall'ausiliaria;

CONSIDERATO che tutte le sentenze citate dalla parte resistente nelle proprie memorie a conferma della legittimità dell'operato della Stazione appaltante sono inconferenti, atteso che in esse viene trattato il diverso tema del prestito di risorse materiali e umane nel caso in cui oggetto dell'avvalimento sia la certificazione di qualità (e comunque, anche in questa ipotesi, la giurisprudenza si attesta nel senso di ritenere, ai fini di un corretto utilizzo dell'istituto, che l'ausiliaria metta a disposizione della ausiliata *«tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione»*, occorrendo dunque che *«per la validità dell'avvalimento (...) siano indicati i mezzi, il personale, il know-how, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante»*, ciò che evidentemente non è avvenuto nel caso in esame); e considerato, altresì, che parimenti inconferente appare l'argomento secondo cui *«le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria possono svolgere anche la funzione di formazione per il personale della ditta ausiliata, confermando nuovamente che l'intera mole di lavoro non debba essere esclusivamente svolta dagli operai qualificati messi a disposizione dall'impresa ausiliaria»*, posto che a prescindere anche in questo caso dall'evidente esiguità dei soggetti messi a disposizione dall'ausiliaria ai fini della possibile formazione del personale dell'ausiliata, in ogni caso, trattandosi di lavorazioni complesse che necessitano di un livello discreto di formazione e qualificazione dei professionisti e degli operai che devono eseguire le prestazioni previste da contratto, le tempistiche di esecuzione delle opere prestabilite dal bando (ossia 120 giorni) risulterebbero incompatibili con i tempi ragionevolmente necessari per trasferire il patrimonio di nozioni teoriche e per l'inevitabile periodo di addestramento utili a rendere autonomi i lavoratori dell'ausiliata tanto da poter eseguire le suddette prestazioni a regola d'arte;

RITENUTA assorbita ogni ulteriore contestazione nel vizio originario e principale afferente alle risorse messe a disposizione con il discusso avvalimento;

RITENUTO, infine, infondato l'argomento – da ultimo speso dalla parte resistente – secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela non sarebbe ammissibile, come nel caso di specie, decorsi 30 giorni dall'aggiudicazione medesima, alla luce del prevalente orientamento giurisprudenziale,



a cui l'Autorità ritiene di aderire, secondo cui «Il potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa amministrazione procedente, va quindi riconosciuto anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto» e ciò perché «il fondamento normativo del potere pubblicistico di rimozione dell'aggiudicazione è da rinvenire nelle norme vigenti in tema di esercizio dei poteri di autotutela, in specie nell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché nell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016. Quest'ultima disposizione, in parte di derivazione comunitaria contempla, ascrivendole ad ipotesi di "risoluzione", ai commi 1 e 2, fattispecie attinenti all'insussistenza (originaria o sopravvenuta) dei requisiti soggettivi dell'aggiudicatario, vale a dire fattispecie che, pur sopravvenute in corso di rapporto (o il cui accertamento sia sopravvenuto alla stipulazione del contratto), attengono all'incapacità del privato di essere parte contrattuale della pubblica amministrazione» (v. Consiglio di Stato, sez. V, 27.01.2022 n. 590),

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e nei limiti delle questioni trattate, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni in materia di avvalimento avente ad oggetto le attestazioni SOA richieste per la partecipazione alla gara e l'esecuzione dei lavori e, pertanto, illegittimo il provvedimento di aggiudicazione alla Ditta Baffa Francesco.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente