



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 797

DEL 19 luglio 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Cooperativa sociale Solidarietà – Procedura di gara aperta mediante aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa per affidamento servizio assistenza domiciliare educativa - anno 2017 – Importo a base d'asta: euro 288.461,00 - S.A. Comune di Modugno per Ambito territoriale sociale BA/10 Comuni di Modugno, Bitetto, Bitritto

PREC 201/17/S

Valutazione elementi dell'offerta – avvalimento – costi della sicurezza

Le valutazioni delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, operate dalle commissioni di gara, sono espressione di discrezionalità tecnica, e sono quindi sindacabili solo per manifesta irragionevolezza.

Il livello di specificità dell'oggetto del contratto di avvalimento va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito.

I costi della sicurezza definiti dalla stazione appaltante nel bando non sono soggetti a ribasso, quindi costituiscono oneri a parte rispetto alla remunerazione del servizio.

Artt. 80, 89 e 97 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 29370 del 23 febbraio 2017, la Cooperativa sociale Solidarietà, seconda classificata nella graduatoria della gara in oggetto, contesta l'aggiudicazione in favore della costituenda ATI fra Gea Cooperativa sociale e Nympha Cooperativa sociale, e in particolare ritiene:

- l'attribuzione erronea del punteggio per la voce "compartecipazione da parte del soggetto erogatore in termini di costi di realizzazione, personale aggiuntivo al servizio, apporto di mezzi e strumenti utili alla realizzazione delle attività compresa la pubblicizzazione del servizio", in quanto l'istante reputa di meritare 10 punti in luogo degli 8 assegnati;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- la genericità e indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato fra le cooperative della costituenda ATI e la conseguente nullità dello stesso;
- il difetto nella dimostrazione del possesso dei requisiti generali dei componenti il Consiglio d'amministrazione della mandataria Gea Cooperativa sociale;
- la probabile anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario per incapacienza del corrispettivo offerto (euro 270.012,11) rispetto al costo minimo del lavoro, stabilito nel bando in euro 267.984,60 cui erano da aggiungere gli oneri della sicurezza stimati nel bando in euro 2885,00;

Con memoria acquisita al prot. 82487 del 19 giugno 2017, la S.A. rappresenta che: con riferimento alla summenzionata voce "compartecipazione", l'attribuzione del relativo punteggio non era automatica bensì comportava una valutazione discrezionale sulla "utilità" di mezzi e strumenti ai fini del servizio, ed entrambe le ditte ottenevano 8 punti; il contratto di avvalimento, a parere della S.A. risulta esaustivo e determinato; le dichiarazioni di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 venivano rese dal Presidente della mandataria per tutto il Consiglio d'amministrazione, con indicazione analitica di tutti i componenti, il che consentiva alla S.A. di compiere le verifiche necessarie; infine che nella lex specialis era posta una soglia minima di euro 267.984,60 per il costo del personale, comprensiva dei costi inderogabili, che veniva superata dall'ATI di ben 2.027,51 euro.

Con memoria presentata dalla mandataria Gea Cooperativa sociale, acquisita al prot. 82593 del 19 giugno 2017, essa trasmette il contratto di avvalimento e le dichiarazioni ex art. 80 d.lgs. 50/2016, evidenziando che i nominativi dei Consiglieri di Amministrazione erano agevolmente individuabili dalla visura camerale. Rileva inoltre la genericità delle doglianze sollevate, sottolinea il livello di dettaglio del contratto di avvalimento e infine evidenzia come l'offerta di una Onlus possa essere ritenuta attendibile, e quindi ammissibile, anche con un margine esiguo di utile.

Ritenuto in diritto

Con riferimento alle doglianze dell'istante, sopra evidenziate, si osserva quanto segue:

- Il disciplinare di gara (punto III.1) attribuiva un massimo di 10 punti alla voce "compartecipazione da parte del soggetto erogatore in termini di costi di realizzazione, personale aggiuntivo al servizio, apporto di mezzi e strumenti utili alla realizzazione delle attività compresa la pubblicizzazione del servizio" e prevedeva una griglia di punteggi per cui spettavano 8 punti a una compartecipazione dal 4,1 al 5% e punti 10 a una compartecipazione dal 5,1% in poi. L'orientamento consolidato della giurisprudenza è nel senso che «le valutazioni,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

operate dalle commissioni di gara, delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (Cons. Stato, sez. V 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile (Cons. Stato sez. V 23 febbraio 2015, n. 882). La S.A. ha evidenziato che l'attribuzione del punteggio per la voce in parola, nel caso di specie, non era automatica bensì comportava una valutazione discrezionale sulla "utilità" di mezzi e strumenti ai fini della realizzazione delle attività, a seguito della quale veniva attribuito il medesimo punteggio all'aggiudicataria e all'odierna istante. Essa non appare dunque sindacabile per manifesta irragionevolezza.

- Con il contratto di avvalimento fra i componenti della costituenda ATI Gea Cooperativa sociale e Nympha Cooperativa sociale si premette che quest'ultima, a causa della sua recente costituzione, risulta carente dei requisiti di capacità economico finanziaria (fatturato specifico) e tecnico professionale (esperienza pregressa) e pertanto la mandataria/ausiliaria mette a disposizione i predetti requisiti "nonché tutte le risorse necessarie". I requisiti posseduti dalla mandataria in termini di fatturato ed esperienza pregressa sono poi specificati e si prevede che l'ausiliata "potrà avvalersi del 40% dei requisiti posseduti e dichiarati dalla impresa ausiliaria". In particolare, dal contratto si evince che «l'impresa ausiliaria concretamente metterà a disposizione dell'impresa ausiliata le seguenti risorse: presterà la consulenza richiesta dall'impresa ausiliata per la risoluzione di problemi tecnici, mettendo a disposizione, ove occorra, la propria direzione tecnica e i propri responsabili operativi d'area; presterà la consulenza richiesta dall'impresa ausiliata per la gestione finanziaria dell'appalto, mettendo a disposizione, ove occorra, la propria direzione amministrativa; assicurerà il coordinamento generale dell'appalto, curando altresì il coordinamento dei servizi direttamente prestati da parte dell'impresa ausiliata; comunicherà all'impresa ausiliata gli standard operativi e le procedure di intervento elaborate per una più efficace esecuzione dei servizi affidati; metterà a disposizione la propria direzione qualità al fine di garantire l'adozione, da parte dell'impresa ausiliata, di modelli e procedure adeguati rispetto all'oggetto del servizio; fornirà supporto tecnico-organizzativo, sia in fase di start-up dell'appalto, sia in caso di necessità durante l'esecuzione dello stesso».

La giurisprudenza del T.A.R. Lazio (Sez. II, Sent. 2 gennaio 2017, n. 22), nel richiamare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 4 secondo cui non è



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

possibile invocare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c., ritiene che tale principio sia applicabile anche agli appalti di servizi e che quindi l'avvalimento di garanzia «non possa risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili, atteso che la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale impone la dimostrazione della disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata»; ulteriormente il T.A.R. Emilia-Romagna (Sez. II, Sent., 1 febbraio 2017, n. 62) specifica che «posto che il contratto di avvalimento ha carattere atipico, "il livello di "specificità" dell'oggetto del contratto (ovvero della indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria), specificità per cui, notoriamente, si rinvia al principio di determinatezza imposto dall'art. 1346 c.c. va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito, allo scopo di consentire alla medesima stazione appaltante, in caso di patologia del rapporto contrattuale oggetto di appalto, di far leva sulla diretta responsabilità solidale (T.A.R. Lazio, sez. I, 6 maggio 2015 n. 6479; Cons. di St., sez. V, 25 gennaio 2016, 242)». La giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, Sent., 14 aprile 2016, n. 1506) specifica che «l'avvalimento di un requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare... ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara)». Con particolare riferimento all'esperienza pregressa, la medesima giurisprudenza specifica che la stazione appaltante deve poter conoscere ex ante, secondo le regole dell'evidenza pubblica, quali siano i requisiti e le risorse concretamente prestate all'ausiliata, in ipotesi priva dell'esperienza pregressa richiesta dal bando, «se il know how maturato dall'impresa ausiliaria o un coordinatore o un soggetto che trasmettesse l'esperienza acquisita nei precedenti servizi (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390)». Nel caso di specie, quindi, trattandosi di RTI costituendo, dove l'ausiliaria riveste un ruolo nell'esecuzione del servizio, la S.A. appare in grado di verificare concretamente il prestito del requisiti di esperienza in termini di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

coordinamento, consulenza e trasferimento di know how così come elencati nel contratto di avvalimento.

- Con riferimento alle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016, si osserva che dagli atti trasmessi risultano prodotte le dichiarazioni del Presidente del Consiglio d'Amministrazione della Gea Cooperativa sociale, indicato nella visura C.C.I.A.A. quale "Rappresentante dell'impresa", nonché dei sindaci e dell'organismo di vigilanza, e quindi appare rispettato il dettato normativo (v. Comunicato del Presidente Anac del 26 ottobre 2016).
- Con riferimento alla "probabile" anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario per incapienza del corrispettivo rispetto al costo minimo del lavoro, si evidenzia che i costi della sicurezza definiti dalla stazione appaltante nel bando non sono soggetti a ribasso (delibera Anac n. 100 dell'8 febbraio 2017), quindi costituiscono oneri a parte rispetto alla remunerazione del servizio.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'attribuzione del punteggio per la voce "compartecipazione", comportando anche una valutazione discrezionale sulla "utilità" di mezzi e strumenti ai fini della realizzazione delle attività, non si appalesa manifestamente illogica, irrazionale o arbitraria;
- il contratto di avvalimento non appare generico, dal momento che, nell'ambito di un RTI dove l'ausiliaria assume il ruolo di mandataria, la S.A. appare in grado di verificare concretamente il possesso dei requisiti di esperienza in termini di coordinamento, consulenza e trasferimento di know how così come elencati nel contratto di avvalimento;
- i costi della sicurezza definiti dalla stazione appaltante nel bando non sono soggetti a ribasso, quindi costituiscono oneri a parte rispetto alla remunerazione del servizio.

Raffaele Cantone



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2017

Il Segretario Maria Esposito