



DELIBERA N. 582

28 luglio 2021.

Oggetto

Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da T.R. Costruzioni S.r.l. – Realizzazione di un impianto sportivo con copertura pressostatica - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 237.287,39 - S.A.: Comune di Santo Stefano di Rogliano (CS)

PREC 164/2021/L

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Avvalimento – infragruppo - contratto

Massima

Avvalimento infragruppo – contratto di avvalimento – necessità

Anche nell'ipotesi di avvalimento infragruppo occorre produrre, unitamente alla domanda di partecipazione, idoneo contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021



DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 51969 del 30 giugno 2021, e relative memorie, l'operatore economico T.R. Costruzioni S.r.l. chiede un parere all'Autorità in ordine alla propria esclusione dalla gara in oggetto, motivata dalla carenza di un contratto di avvalimento infragruppo. In particolare, l'operatore economico istante espone che, avendo la Commissione di gara constatato nei propri confronti "l'incongruità dei CEL presentati in quanto gli stessi sono riferiti ad altro soggetto giuridico" (Eurocostruzioni Group S.c.ar.l.), avviava il soccorso istruttorio, all'esito del quale T.R. Costruzioni S.r.l. dichiarava di partecipare in avvalimento stabile, appunto, con la Eurocostruzioni Group S.c.ar.l. (titolare al 51% della T.R. Costruzioni S.r.l.). La Commissione di gara, dopo aver inizialmente escluso il concorrente, accoglieva la richiesta di riammissione in gara, a cui seguiva la proposta di aggiudicazione a favore dell'o.e. istante. Tuttavia la stazione appaltante riteneva di non poter confermare l'aggiudicazione e adottava il provvedimento di esclusione oggi in contestazione, motivato dalla carenza del contratto di avvalimento, procedendo poi all'aggiudicazione a favore della Kostring S.n.c. di Lo Presti Vito e C.. La ditta odierna istante rappresenta in proposito che, nell'ipotesi di avvalimento infragruppo, non sussisterebbe l'obbligo di stipulare un contratto di avvalimento, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

La stazione appaltante Comune di Santo Stefano di Rogliano manifestava la propria adesione all'istanza di parere con nota acquisita al prot. 53785 del 9 luglio 2021.

Il procedimento di precontenzioso veniva avviato con nota prot. 54951 del 14 luglio 2021.

Con memorie acquisite al prot. 56297 del 19 luglio 2021 la stazione appaltante osserva che le affermazioni dell'istante, a tenore delle quali la prova dell'avvalimento infragruppo potrebbe essere fornita con minor rigore, si baserebbero sull'orientamento formatosi in vigenza dell'art. 49, co. 2 lett. g) del precedente codice dei contratti d.lgs. 163/2006, mentre l'attuale art. 89 d.lgs. 50/2016 richiede, in ogni caso, la produzione del contratto di avvalimento, non essendo stata riprodotta, nel nuovo codice, la disposizione che ammetteva una eccezione per gli avvalimenti infragruppo. La S.A., nel richiamare idonea giurisprudenza e delibere Anac sull'argomento, sottolinea comunque che, nel caso di specie, oltre alla mancanza del contratto di avvalimento, non veniva prodotta neppure la dichiarazione unilaterale di impegno da parte dell'ausiliario. Pertanto essa ribadisce la correttezza del proprio operato nel non confermare la proposta di aggiudicazione.

Produceva memorie, acquisite al prot. 56089 del 19 luglio 2021 e al prot. 56451 del 20 luglio 2021, anche la controinteressata Kostring S.n.c. di Lo Presti Vito e C., attuale aggiudicataria, la quale rileva l'illegittimità della riammissione in gara della T.R. Costruzioni S.r.l. da parte della Commissione di gara, dal momento che la ditta non aveva prodotto, neppure in sede di soccorso istruttorio, né il contratto di avvalimento né la relativa dichiarazione di impegno della Eurocostruzioni Group S.c.a r.l.. Anche l'aggiudicataria ribadisce che la giurisprudenza formatasi in relazione all'attuale art. 89 d.lgs. 50/2016 richiede necessariamente, anche negli avvalimenti infragruppo, la stipula del relativo contratto e rileva che, nella domanda di partecipazione, la T.R. Costruzioni solamente in fase di soccorso istruttorio dichiarava l'avvalimento con la Eurocostruzioni Group S.c.a r.l., senza peraltro produrre alcuna dichiarazione di impegno.



Ritenuto in diritto

La controversia sottoposta all'Autorità con l'istanza congiunta di parere, presentata dalla T.R. Costruzioni S.r.l. e dalla stazione appaltante Comune di Santo Stefano di Rogliano, riguarda la conformità alla normativa di settore dell'esclusione dell'operatore economico, che intendeva partecipare alla gara tramite avvalimento infragruppo, in particolare dimostrando il requisito dei servizi svolti attraverso i certificati di esecuzione lavori della propria socia di maggioranza Eurocostruzioni Group S.c.a r.l.. Come sopra esposto, la S.A. riteneva di non confermare la proposta di aggiudicazione a favore dell'istante, formulata dalla Commissione di gara, in quanto l'o.e. non produceva idoneo contratto di avvalimento né idonea dichiarazione di impegno dell'ausiliaria.

In ordine alla questione controversa, occorre preliminarmente richiamare l'art. 89 del d.lgs. 50/2016, che certamente consente all'operatore economico, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di avvalersi della capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Tuttavia, come sottolineato dalla S.A. e dalla controinteressata, all'interno della norma non è stata riprodotta la disposizione che, nel precedente art. 49 co. 2 lett. g) del d.lgs. 163/2006, consentiva espressamente di dimostrare l'avvalimento "infragruppo" in maniera semplificata tramite una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo. L'attuale art. 89, infatti, richiede che, in ogni caso, venga prodotto il contratto di avvalimento unitamente alla domanda di partecipazione e alla dichiarazione di impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione le risorse di cui il concorrente è carente.

Ed effettivamente, l'orientamento giurisprudenziale formatosi a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice d.lgs. 50/2016 (T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent. 21 aprile 2021, n. 4686; Cons. giust. amm. Sicilia, Sent. 1° febbraio 2021, n. 69; Cons. Stato Sez. VI, Sent. 13 febbraio 2018, n. 907 richiamata nella delibera Anac n. 766 del 4 settembre 2019), ha evidenziato che «l'art. 89 d.lgs. 50/2016 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato d.lgs. 163/2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo), e quindi anche in caso di appartenenza ad un medesimo gruppo societario, la concorrente, pena l'esclusione dalla gara, è, comunque, tenuta a produrre un contratto di avvalimento nel quale devono essere cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall'ausiliaria cd. infragruppo (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1841; Cons. Stato sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 907; T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 maggio 2017, n. 5545)». La medesima giurisprudenza ha anche affermato che il rimedio del soccorso istruttorio è volto esclusivamente a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque preesistenti alla presentazione dell'offerta e non già a colmare la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione, come nel caso di comprovata sottoscrizione postuma del contratto di avvalimento (v. Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68; 19 giugno 2017, n. 2985; Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396; 28 settembre 2015, n. 4507; 30.3.2017, n. 1456; Sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346)».

In tema di soccorso istruttorio, poi, già con determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 l'Anac aveva affermato che, in tema di avvalimento, «l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento. La dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta. Anche il contratto di avvalimento è evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l'istituto del soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del



contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta» (v. anche T.A.R. Lazio, 19 luglio 2017, n. 8704; T.A.R. Toscana, 15 luglio 2016, n. 1197; parere n. 130 del 22 luglio 2015).

La prospettazione dell'operatore economico istante non può pertanto essere condivisa. E' infatti evidente che il diverso tenore letterale dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 rispetto al precedente art. 49 d.lgs. 163/2006 non consente di accogliere la tesi per cui nel caso di avvalimento infragruppo non occorrerebbe produrre alcun contratto di avvalimento. Inoltre, nel caso di specie, era da escludere la possibilità di attivare il soccorso istruttorio al fine di sanare la totale carenza di tale elemento, e di qualsivoglia dichiarazione di impegno, all'interno della domanda di partecipazione.

Si ritiene pertanto che, nel caso di specie, l'esclusione sia conforme alla normativa di settore, in quanto anche nell'ipotesi di avvalimento infragruppo occorre produrre, unitamente alla domanda di partecipazione, idoneo contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione dell'operatore economico è conforme alla normativa di settore, in quanto anche nell'ipotesi di avvalimento infragruppo occorre produrre, unitamente alla domanda di partecipazione, idoneo contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente