



DELIBERA N. 558

29 novembre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dal Comune di Montevarchi - Procedura aperta per l'appalto dei lavori per la realizzazione del polo interscambio ferro-gomma di Montevarchi denominato "Memorario" – Importo a base di gara: euro 2.321.850,72 - S.A.: Provincia di Arezzo quale stazione unica appaltante per conto del Comune di Montevarchi

UPREC/PRE/795/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 67, comma 7, d.lgs. 36/2023

Art. 104, comma 5, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Consorzio stabile – avvalimento – sostituzione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente -- Consorzio stabile – Avvalimento – Ammissibile - Condizioni

Qualora un Consorzio stabile partecipi ad una procedura di gara in veste di impresa ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avvalimento possono essere solo quelli maturati dal Consorzio per effetto dell'esecuzione in proprio di precedenti contratti di appalto.

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Ausiliaria – False dichiarazioni- Sostituzione – Limiti



In caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria in ordine al possesso di requisiti di ordine generale o speciale, il rimedio della sostituzione può trovare ingresso solo quando il difetto dei requisiti non potesse essere conosciuto dal concorrente-ausiliato, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale in capo a questi esigibile.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 29 novembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 97449 del 2 novembre 2023, con cui il Comune di Montevarchi ha domandato all'Autorità di esprimere un parere in merito all'esatta interpretazione dell'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, a mente del quale "*Possano essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso Consorzio*", nonché dell'art. 104, comma 5, del Codice, chiarendo, in particolare se la sostituzione dell'ausiliaria che abbia reso dichiarazioni mendaci debba essere consentita in ogni caso o solo quando la falsità o la mancanza originaria del requisito non potesse essere conosciuta dal concorrente secondo il criterio di responsabilità ed il ragionevole grado di diligenza professionale richiesti;

VISTO quanto rappresentato dalla Stazione appaltante in merito allo svolgimento delle operazioni di gara e al contesto nel quale è sorta la necessità di avanzare gli anzidetti quesiti. Aperte le offerte economiche e stilata la graduatoria (la gara era soggetta ad inversione procedimentale), l'Amministrazione, in forza del citato art. 67, comma 7, del Codice, attivava il soccorso istruttorio, chiedendo all'impresa E.D.C. Costruzioni, che si era avvalsa del Consorzio Stabile Appaltitalia per soddisfare la qualificazione nelle categorie OG3 e OG11 richiesta dal disciplinare, di fornire le certificazioni di esecuzione lavori (CEL) maturati dallo stesso Consorzio Stabile. Il Consorzio, senza trasmettere le certificazioni richieste dalla stazione appaltante, rilevava che "*il requisito oggetto di avvalimento, promana dall'attestato di qualificazione rilasciato da un apposito Organismo dotato di funzioni pubblico – amministrative. Da tanto consegue che il riconosciuto conseguimento di qualificazione è attribuito di per sé stesso al Consorzio...*". Nella seduta del 19 ottobre la Commissione disponeva l'esclusione di E.D.C. Costruzioni S.r.l. Con memoria del 23 ottobre 2023 l'impresa chiedeva la riammissione in gara, rappresentando che "*anche a voler ritenere che la dichiarazione dell'ausiliaria fosse mendace o comunque non riesce a dimostrare i requisiti di qualificazione, a ciò non sarebbe conseguito l'esclusione della concorrente ausiliata, ma solo la sostituzione dell'ausiliaria priva del requisito di partecipazione*". Con provvedimento del 27 ottobre 2023 il RUP sospendeva ogni decisione fino al rilascio del parere richiesto all'Autorità;

VISTE le argomentazioni sviluppate dal Comune di Montevarchi nella memoria trasmessa. Quanto all'art. 67, comma 7, del Codice, l'Ente, nel sottolineare l'assoluta novità della previsione ivi recata, ritiene che si tratti di norma volta a contrastare il fenomeno degli avvalifici e che, pertanto, l'unica interpretazione possibile sia quella per cui il Consorzio stabile, quando rivesta il ruolo di ausiliario, possa spendere esclusivamente i requisiti maturati in proprio ovvero in forza di contratti eseguiti direttamente con la propria struttura d'impresa, non potendo invece sfruttare le qualificazioni maturate per effetto del cumulo alla rinfusa. In merito all'art. 104, comma 5, del Codice la Stazione appaltante ritiene che la sostituzione dell'ausiliaria, in caso di dichiarazioni mendaci o di mancanza di requisiti, sia ammissibile solo quando il falso o l'assenza del requisito non potessero essere conosciuti dal concorrente secondo



un criterio di ordinaria diligenza e che, nel caso di specie, l'impresa E.D.C. Costruzioni S.r.l. era in grado di accertare che il consorzio stabile Appaltitalia aveva conseguito le attestazioni SOA nelle categorie OG3 e OG11 richieste dal disciplinare di gara non per effetto dell'esecuzione dei lavori in proprio, ma grazie al cumulo alla rinfusa delle consorziate, dal momento che detto consorzio stabile è dichiaratamente un consorzio di servizi e, comunque, avrebbe dovuto esigere i certificati di esecuzione lavori realizzati dal consorzio alla luce della previsione introdotta dall'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36 del 2023;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 99347 del 8 novembre 2023 e la documentazione trasmessa dalla Stazione appaltante, acquisita al prot. n. 100019 del 9 novembre 2023;

VISTA la memoria del Consorzio Stabile Appaltitalia, acquisita al prot. n. 101062 del 14 ottobre 2023. Il Consorzio sviluppa due ordini di censure avverso la lettura restrittiva dell'art. 67, comma 7, del Codice condivisa dalla Stazione appaltante: *in primis*, richiama l'attenzione sul sistema di qualificazione degli operatori economici per gli appalti di lavori superiori a 150.000,00 euro, fondato sul rilascio dell'attestazione SOA da parte di un soggetto (la Società organismo di attestazione) che verifica la sussistenza di una serie di requisiti, tra i quali l'esecuzione di lavori in determinate categorie e per certi importi. Atteso che l'attestazione SOA è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici e che il Consorzio è in possesso dell'attestazione SOA, i certificati di esecuzione lavori erano stati già acquisiti a monte dall'Organismo di attestazione. Il Consorzio ripercorre, poi, la normativa introdotta dal d.lgs. 36/2023 in tema di qualificazione dei Consorzi stabili che chiarirebbe, senza margini di opinabilità, l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa, sia ai fini del rilascio dell'attestazione SOA sia per la qualificazione nella specifica gara, di talché non vi sarebbero ragioni per negare al Consorzio la possibilità di rivestire il ruolo di ausiliaria anche quando la propria attestazione SOA promani dai requisiti di capacità tecnica e finanziaria posseduti dalle singole imprese consorziate. Infine, il consorzio contesta la ricostruzione della Stazione appaltante in merito alla presunta sussistenza di una dichiarazione mendace " *non foss'altro per il giusto parametro dell'homo medio eiusdem condicionis et professionis, che pone – nel rapporto con l'obbligo di conoscere (e applicare) la norma – la scriminante di essere al cospetto di una nuova disciplina, peraltro avvalorata (nei prospettati termini) dalla giurisprudenza*";

VISTA la memoria del Consorzio Stabile Argo, aggiudicatario della procedura per effetto dell'esclusione di E.D.C. Costruzioni S.r.l., acquisita al prot. n. 101096 del 14 novembre 2023, che ha condiviso, con plurime argomentazioni, l'interpretazione dell'art. 67, comma 7 e dell'art. 104, comma 5, del d.lgs. 36/2023 sposata dall'Amministrazione, ritenendo, pertanto, legittima e doverosa l'esclusione della dell'impresa dalla gara in oggetto;

CONSIDERATO, in merito alla prima questione sollevata dal Comune di Montevarchi, che, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, " *Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*". Nell'attività di interpretazione di una disposizione, deve essere pertanto privilegiata la c.d. interpretazione letterale (c.d. *vox iuris*), volta ad attribuire alla norma il significato che si evince immediatamente dalle parole utilizzate; soccorre, in via sussidiaria, la c.d. interpretazione logica che, superando il significato immediato della disposizione, mira a stabilire il suo vero contenuto ossia lo scopo che il legislatore ha inteso realizzare. Come chiarito dalla Suprema Corte di Cassazione " *Nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della mens legis, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della*



norma si come inequivocabilmente espressa dal legislatore. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, sì che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa" (Cass. Civ., sent. n. 5128/2001);

CONSIDERATO che, seguendo il criterio di interpretazione letterale, l'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che *"Possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso Consorzio"*, non può che essere interpretato nel senso che qualora il Consorzio stabile assuma il ruolo di impresa ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avalimento possono essere solo quelli maturati in proprio dal Consorzio, ovvero quelli conseguiti dal Consorzio a seguito dell'effettivo svolgimento, con la propria struttura d'impresa, di precedenti contratti di appalto. Si comprende che, così interpretata, la norma introduce una deroga al "cumulo alla rinfusa", principio generale valevole tanto per il rilascio o il rinnovo dell'attestazione SOA (art. 67, comma 8, del Codice) quanto per la qualificazione dei Consorzi stabili nella specifica procedura di gara (art. 67, comma 2, lett. d) per gli appalti di lavori). Tuttavia, l'utilizzo del verbo "maturare" – che, nel settore dei contratti pubblici, costituisce un concetto in movimento e legato ad un *facere* –, in luogo del "possedere", posto accanto alla locuzione "dallo stesso Consorzio", impedisce di ritenere valido tanto il contratto di avalimento avente ad oggetto requisiti di qualificazione posseduti da una delle imprese consorziate quanto quello in cui oggetto di avalimento siano requisiti posseduti dal Consorzio ma dallo stesso acquisiti attraverso il cumulo delle qualificazioni delle imprese consorziate (come nel caso dell'Attestazione SOA);

CONSIDERATO che, sebbene nella relazione illustrativa al d.lgs. 36/2023 non vi siano indicazioni delle ragioni che hanno determinato il legislatore all'inserimento di tale disposizione, nondimeno si ritiene di poter trarre elementi idonei a supportare l'interpretazione letterale testé proposta dai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di avalimento operativo. Relativamente all'avalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, la giurisprudenza amministrativa ne ha infatti affermato l'ammissibilità, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543). La correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e la capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto e che si impegna, tramite avalimento, a recuperare la capacità mancante; ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169). Ora, affinché risulti rispettato il principio della personalità dei requisiti di partecipazione – profilo strettamente collegato alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria (come sottolineato da Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 13/2020) – il Consorzio stabile non può che "prestare" requisiti (risorse, apparato organizzativo, oltre al *know how*) maturate in proprio. Letto in tal modo, l'art. 67 comma 7 del



d.lgs. 36/2023 appare una disposizione volta a bilanciare il carattere generalizzato dell'avvalimento, strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività della concorrenza, con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto;

RITENUTO, pertanto, che, seguendo un criterio di interpretazione letterale e logico-sistematico, l'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023 si interpreta nel senso che quando il Consorzio stabile partecipi ad una procedura di gara in veste di ausiliaria, le risorse oggetto del contratto di avvalimento possono essere esclusivamente quelle maturate in proprio dal Consorzio;

CONSIDERATO, in merito al secondo quesito sollevato, che l'art. 104, comma 5, del Codice, secondo il quale *"In caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico"* recepisce i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20. Con tale pronuncia, la Corte ha ritenuto incompatibile con i principi e le norme di cui agli articoli 57 ("motivi di esclusione") e 63 ("affidamento sulle capacità di altri soggetti") della direttiva 2014/24/UE, l'art. 89 comma 1 del d.lgs 50/2016 se interpretato nel senso che, in caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria, l'Amministrazione debba escludere automaticamente il concorrente, senza consentire la sostituzione dell'ausiliaria. La Corte di giustizia ha effettuato un'interpretazione della normativa nazionale coerente con il principio di proporzionalità, ricordando come le norme interne non possano andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato dal diritto dell'Unione e optando sempre per la scelta meno restrittiva della concorrenza. In tale ottica, la Stazione appaltante è tenuta a valutare attentamente l'atteggiamento del concorrente alla gara, tenendo conto dei mezzi di cui lo stesso disponeva per verificare l'esistenza di una violazione riconducibile all'impresa ausiliaria. Pertanto, qualora si accerti che l'operatore economico abbia operato con diligenza, l'esclusione automatica risulterebbe palesemente in contrasto con il principio di proporzionalità, afflittiva e contraria ai principi della direttiva 2014/24/UE;

CONSIDERATO che il principio espresso dalla Corte di Giustizia è stato ripreso e applicato in diverse pronunce dalla giurisprudenza nazionale (Cons. St, sez. III, 2 dicembre 2021, n. 8043; T.a.r. per il Lazio-Latina, 17 gennaio 2022, n. 15; Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2022, n. 506), afferenti false dichiarazioni rese dall'ausiliaria in merito al possesso di requisiti di ordine generale. Particolarmente interessante per il complesso motivazionale che ha supportato la decisione assunta è la recente sentenza n. 580 del 17 gennaio 2023 con cui il Consiglio di Stato ha esteso la portata dei principi espressi dalla Corte di Giustizia anche all'ipotesi in cui l'ausiliaria, pur senza rendere false dichiarazioni, risulti sprovvista di un requisito speciale richiesto dal bando di gara. Il Collegio, muovendo dalla considerazione che il concorrente-ausiliato non avesse confidato nel possesso di requisiti di cui in seguito l'ausiliaria si era dimostrata carente, bensì aveva erratamente ritenuto che i requisiti in possesso dell'ausiliaria fossero idonei ad integrare le previsioni del disciplinare, ha negato che potesse operare il meccanismo della sostituzione, difettando, in particolare, il presupposto dell'assenza di poteri di verifica in capo al concorrente. La discrasia tra i requisiti posseduti dall'ausiliaria e quelli richiesti dal bando non è stata, infatti, ritenuta *"riconducibile ad una condizione dell'ausiliaria, di cui l'ausiliata in base alle norme suddette non dovrebbe sopportare le conseguenze, bensì ad una erronea interpretazione del disciplinare, alla luce della normativa vigente, dei cui effetti negativi [il concorrente] deve farsi carico, non esistendo alcuna norma*



che in tali casi (come per qualsiasi altro errore, non meramente ostantivo, che investa le consapevoli scelte strategiche aziendali nella partecipazione alla gara e nella presentazione delle offerte) consenta di sanare l'errore":

RITENUTO, pertanto, che l'art. 104, comma 5, del Codice deve essere interpretato nel senso che in caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria in ordine al possesso di requisiti di ordine generale o speciale, il rimedio della sostituzione possa trovare ingresso solo quando il difetto dei requisiti non potesse essere conosciuto dal concorrente-ausiliato, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale in capo a questi esigibile;

RILEVATO che la Stazione appaltante non ha indicato quale sarebbe la dichiarazione mendace resa dal Consorzio stabile, né la stessa risulta di agevole individuazione, atteso che non appare revocabile in dubbio il possesso da parte del Consorzio Appaltitalia dell'attestazione SOA per le categorie richieste dal disciplinare di gara;

TENUTO CONTO, tuttavia, che i limiti alla sostituibilità trovano applicazione anche all'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria, senza rendere una dichiarazione mendace, risulti sprovvista dei requisiti di ordine generale o speciale fissati dalla *lex specialis*. Invero, l'art. 104, comma 6, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che *"La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione"*. Anche in una simile circostanza, come chiarito dal Consiglio di Stato nella citata pronuncia n. 580 del 17 gennaio 2023, la Stazione appaltante è tenuta a verificare se la mancanza del requisito potesse essere conosciuta, secondo un criterio di diligenza professionale, dal concorrente-ausiliato;

RITENUTO, in aderenza ai citati principi, che, nel caso di specie, la sostituzione dell'ausiliaria appare una misura proporzionata, tenuto conto del grado di responsabilità e della diligenza professionale esigibile in capo alla E.D.C. Costruzioni S.r.l., in ragione dei seguenti elementi:

- a) Il bando di gara è stato pubblicato l'8 settembre 2023, a distanza di poco più di due mesi dall'acquisizione di piena efficacia del d.lgs. 36/2023;
- b) L'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023 è una disposizione innovativa, di non agevole interpretazione e che non trova rispondenza in principi consolidati nella giurisprudenza; va dato atto, infatti, che diverse pronunce, emesse sotto la vigenza d.lgs. 50/2016, hanno riconosciuto la piena facoltà del Consorzio stabile di fungere da ausiliario, senza porre questioni preliminari sulle modalità attraverso le quali il Consorzio abbia maturato il requisito oggetto di avvalimento ed anzi ritenendo ammissibile anche il "prestito" di requisiti delle consorziate (Tar Campania, Napoli, Sez. I, 28/07/2023, n. 4585; Tar Salerno, Sez. I, 15 luglio 2020, n. 892; TAR Bologna, 29.11.2021 n. 975; Cons. Stato, sez. V, n. 6212 del 2021; T.A.R. Emilia Romagna n. 767 del 2017);
- c) L'art. 67, comma 7, non era richiamato nel disciplinare, né nel DGUE o in altri modelli era prevista alcuna specifica dichiarazione del Consorzio stabile sulla condizione di aver maturato in proprio il requisito oggetto di avvalimento;
- d) Considerato che l'art. 100, comma 4, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che *"Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto"* e che, allo stato attuale, l'attestazione SOA



non specifica quali dei requisiti attestati siano stati maturati in proprio dal Consorzio, non esisteva un mezzo di prova valido ed efficace *erga omnes* che il concorrente E.D.C. potesse consultare per verificare il soddisfacimento della condizione di cui all'art. 67, comma 7, del Codice;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- 1) L'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023 si interpreta nel senso che quando il Consorzio stabile partecipi ad una procedura di gara in veste di ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avvalimento possono essere solo quelli maturati dal Consorzio per effetto dell'esecuzione in proprio di precedenti contratti di appalto;
- 2) L'art. 104, comma 5, del Codice deve essere interpretato nel senso che in caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria in ordine al possesso di requisiti di ordine generale o speciale, il rimedio della sostituzione possa trovare ingresso solo quando il difetto dei requisiti non potesse essere conosciuto dal concorrente-ausiliato, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale in capo a questi esigibile;
- 3) La sostituzione dell'ausiliaria costituisce una misura proporzionata per le ragioni evidenziate alle precitate lett. a)-d).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2023

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente