



DELIBERA N. 592

19 dicembre 2023

Oggetto Istanza presentata dalla Airam S.R.L. - Procedura a evidenza pubblica per l'affidamento in locazione dell'immobile di proprietà del Comune di Cerchiara di Calabria, denominato "Chandra" a destinazione vincolata "casa famiglia per disabili mentali" canone annuo euro 10.000,00 S.A.: Cm Cerchiara di Calabria.

UPREC - PRE 0782 -2023-S (FASC. 5102/2023)

Riferimenti normativi

Art. 4, d.lgs. 50/2016

Art. 17, d.lgs. 50/2016

Art. 89, d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Contratti pubblici esclusi – principi – disciplina applicabile – avvalimento – avvalimento premiale.

Massima

L'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice, avviene *"nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"*. A questi è applicabile anche l'istituto dell'avvalimento in quanto ritenuto *di immediata e generale applicazione secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale ed essendo mutuato dalla analoga struttura comunitaria, proprio perché finalizzato a consentire una reale e concreta concorrenza e favorire gli operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo a questi di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese.*

L'avvalimento è un istituto di carattere generale ammesso per finalità proconcorrenziali di matrice europea ed è dunque legittimo farvi ricorso pur se non espressamente previsto nel bando di gara.

Il concorrente non può avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli possenga già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 dicembre 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 94221 del 23.10.2023 presentata dalla AIRAM S.R.L. relativamente alla procedura a evidenza pubblica per l'affidamento in locazione dell'immobile di proprietà del Comune di Cerchiara di Calabria, denominato "Chandra" a destinazione vincolata "casa famiglia per disabili mentali" con canone annuo pari a euro 10.000,00;

VISTA, in particolare, la richiesta avanzata da parte istante circa la presunta errata impostazione seguita dalla stazione appaltante nella definizione e gestione dell'affidamento *de quo*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.11.2023;

VISTE le memorie inoltrate dalla stazione appaltante con le quali la stessa evidenza come l'oggetto della procedura in questione ricada nell'ambito dei contratti esclusi con la conseguenza che la disciplina codicistica ex d.lgs. n. 50/2016 non sia ad essa applicabile, salvo il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Con riferimento alla specifica obiezione circa l'utilizzo da parte dell'impresa affidataria dell'istituto dell'avvalimento, la stazione appaltante precisa che lo stesso sia stato possibile nell'ambito della valutazione dell'offerta presentata in quanto l'operatore economico era privo, in proprio, del requisito di partecipazione e non, come rappresentato dall'istante inteso quale avvalimento "premiante".

VISTE le controdeduzioni inoltrate dall'operatore economico istante con le quali egli replica a quanto dedotto dalla stazione appaltante, precisando come questa non avrebbe potuto consentire il ricorso allo strumento dell'avvalimento in quanto non previsto nei propri atti di gara e pertanto era da ritenersi vietato.

CONSIDERATO in generale che si rende necessario preliminarmente ricordare quanto previsto dal d.lgs. 50/2016, titolo II (*Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione*) della parte I (*Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni*) contenente la disciplina applicabile ai c.d. contratti esclusi, quale tipologia contrattuale che, pur sottratta dall'ambito di applicazione della disciplina generale dettata dal codice, è tuttavia da questo espressamente considerata e regolamentata. Utile, al riguardo, richiamare il parere n. 1241 del 10.5.2018 reso da Consiglio di Stato laddove si precisa, tra l'altro, che "*Il legislatore nazionale, nel recepire le corrispondenti disposizioni delle direttive comunitarie, ha introdotto principi e norme applicabili in via generale a tutti i contratti c.d. esclusi, nonché norme di dettaglio applicabili in ragione dell'oggetto ai singoli contratti dei settori esclusi e dei settori special*".

Considerata altresì la previsione contenuta nell'art. 4 (*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*) che richiama i principi generali dell'attività amministrativa, prevedendo che l'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice, avvenga "*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*".

VISTO inoltre l'art. 17 (*Esclusioni specifiche per i contratti di appalto e concessione di servizi*) in seno al quale si prevedono diverse specifiche esclusioni dall'applicazione del codice; vista in particolare, per quel che qui rileva, la lett. a), secondo cui le disposizioni del codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi "*aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni*".

RILEVATO, dunque che le disposizioni e i principi enunciati dal sopra citato articolo, così come modificato dall'art. 5 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), vadano rispettati per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice.

CONSIDERATO inoltre, in generale che la locazione in oggetto ad uso non abitativo comporta un'entrata per la pubblica amministrazione derivante dalla corresponsione del canone di locazione ed è riconducibile



nell'ambito dei "contratti attivi" della pubblica amministrazione, i quali sono assoggettati alla normativa speciale per essi prevista e ai principi generali di cui alla normativa sulla contabilità di Stato e dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici secondo quanto sopra ricostruito;

RILEVATO che nei contratti di locazione attiva, pertanto, per l'individuazione del conduttore è necessario lo svolgimento di una procedura di valutazione tramite l'espletamento quantomeno di una gara informale, previa pubblicazione di un avviso pubblico o manifestazione di interesse, idonea a rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (cfr. Delibera n. 155 del 30.3.2022).

RILEVATO che al fine di poter corrispondere all'operatore istante un'adeguata risposta alle criticità evidenziate, occorre in via preliminare accertare se per i contratti esclusi possa trovare applicazione l'istituto dell'avvalimento, anche in assenza di uno specifico richiamo da parte della stazione appaltante nei propri atti e documenti definiti per l'individuazione del conduttore e, in caso affermativo, al contempo verificare nel caso di specie se nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica del concorrente siano stati premiati aspetti e/o requisiti oggettivi non posseduti dall'operatore in proprio ma dall'ausiliaria che li abbia prestati.

RITENUTO che nel caso di specie, emerge in via generale come la stazione appaltante, ai fini della selezione del soggetto cui affidare il contratto di locazione in questione, abbia proceduto secondo le coordinate sopra descritte nel rispetto di quei principi espressamente indicati all'art. 4 d.lsg. 50/2016 e s.m.i. e al contempo abbia definito un avviso pubblico scegliendo un criterio di aggiudicazione quale quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

CONSIDERATO che giova richiamare quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'istituto dell'avvalimento si applica anche agli appalti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice Appalti: *"L'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011 e sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066) ed è mutuato dalla analoga struttura comunitaria, proprio perché finalizzato a consentire una reale e concreta concorrenza e favorire gli operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo a questi di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese, come indicato negli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE (i suddetti articoli, rubricati rispettivamente "Capacità economica e finanziaria" e "Capacità tecniche e professionali" individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la p.a. e stabiliscono che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (cfr. TAR Veneto, 128/2014).*

CONSIDERATO, altresì, che "sull'avvalimento", tra l'altro, si è formato un consolidato orientamento giurisprudenziale che lo riconosce *"quale istituto di carattere generale ammesso per finalità proconcorrenziali di matrice europea ed è dunque legittimo farvi ricorso pur se non espressamente previsto nel bando di gara, anche nella forma dell'avvalimento plurimo o frazionato (cfr. Corte di Giustizia Ue 10 ottobre 2013, in causa C-94/12)" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2184, 11 maggio 2017). E ancora, "ne consegue che, quindi, in mancanza come nel caso di specie, di alcuna indicazioni (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'istituto in esame, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa connessa alla sua diretta matrice comunitaria, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo, di tal che siffatta assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (Cfr. TAR Campania, sez. VIII, 2852 del 22 maggio 2009).*

RITENUTO, pertanto, che si possa aderire a quell'orientamento che riconosce anche per i contratti esclusi la possibilità di vedere applicato l'istituto dell'avvalimento.



CONSIDERATO che si può rispondere in senso positivo alla possibilità di riconoscere l'applicazione e l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento anche nel silenzio della legge di gara come nel caso in esame.

RILEVATO che residua infine accertare se nel caso di specie la concorrente aggiudicataria abbia ricevuto un punteggio valutativo aggiuntivo nella propria offerta sulla base dei requisiti prestati dall'ausiliaria mediante apposito contratto di avvalimento e se ciò sia conforme e coerente con la normativa di settore.

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha chiarito nella propria memoria come l'aggiudicatario non fosse in possesso in proprio, ai fini partecipativi, dei requisiti e/o esperienze pregresse detenute dall'ausiliaria, con la conseguenza che il ricorso allo strumento dell'avvalimento è stato ritenuto legittimo anche ritenendo possibile valutare positivamente parte dei requisiti prestati dall'ausiliaria nell'ambito della offerta tecnica presentata sulla scorta di quell'orientamento giurisprudenziale che riconosce: *"... è legittima la situazione in cui l'avvalimento è utilizzato per il suo scopo tipico, cioè quello di fare conseguire all'impresa concorrente il requisito di partecipazione di cui è priva, ma tale utilizzazione non può andare disgiunta da quella valevole anche per ottenere punteggi addizionali per la qualità dell'offerta tecnica "giacché le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente" (come testualmente affermato già da C.G.A. 15 aprile 2016, n. 109, ma più chiaramente esplicitato da Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2526, alla cui motivazione è qui sufficiente fare integrale rinvio, specie nella parte in cui qualifica come fisiologica "l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempra nell'ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel quale caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono essere apprezzati e valutati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di un'effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto"* (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449);

VISTO altresì il parere ANAC n. 348 del 20 luglio 2022 che conferma come il concorrente non possa avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli posseda già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara;

Pertanto, dalle considerazioni che precedono, constatato che l'operatore economico abbia ricevuto una valutazione positiva con conseguente attribuzione di un maggior punteggio su taluni requisiti e aspetti posseduti da parte dell'impresa ausiliaria e non in proprio dall'aggiudicataria,

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione che, l'operato della stazione appaltante appare conforme e coerente con il quadro normativo di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente