



DELIBERA N. 273

20 giugno 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata congiuntamente dalla Costruzioni Perrone S.r.l. e dal Consorzio di Bonifica dei Gonzaga in destra Po – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza della botte Villorresi a sifone lungo il Collettore Principale sottopassante il fiume Secchia nel comune di Quistello - Importo a base di gara euro: 5.408.281,14 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Consorzio di Bonifica dei Gonzaga in destra Po

UPREC/PRE/591/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 89 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Avvalimento parziale

Massima

Appalto pubblico – Lavori - Scelta del contraente – Qualificazione - Avvalimento parziale – Ammissibile

Ai fini della partecipazione alla procedura di gara e della soddisfazione dei criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice, deve essere riconosciuta al concorrente la facoltà di ricorrere all'avvalimento parziale, ovvero al cumulo dei requisiti posseduti in proprio con quelli dell'impresa ausiliaria.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 giugno 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 39542 del 23 maggio 2023, con cui la Costruzioni Perrone S.r.l. e il Consorzio di Bonifica dei Gonzaga in destra Po hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla correttezza dell'esclusione dell'impresa istante dalla procedura di gara in oggetto, disposta in ragione del presunto mancato possesso dei requisiti speciali di partecipazione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 39932 del 24 maggio 2023;

VISTA la comunicazione di non adesione al parere trasmessa dalla Soc. S2 Costruzioni S.r.l., collocatasi al primo posto della graduatoria, acquisita al prot. n. 39939 del 24 maggio 2023;

VISTE le memorie ed osservazioni delle parti trasmesse unitamente all'istanza di precontenzioso, la documentazione di gara e le ulteriori memorie della Soc. Costruzioni Perrone S.r.l., acquisite al prot. n. 41164 del 30 maggio 2023;

PREMESSO che, con bando pubblicato in data 8 marzo 2023, il Consorzio di Bonifica dei Gonzaga in destra Po indiceva una procedura aperta finalizzata all'affidamento dei lavori di messa in sicurezza della botte Villorosi a sifone lungo il Collettore Principale sottopassante il fiume Secchia nel comune di Quistello. Il disciplinare di gara individuava due categorie di lavorazioni: OG8, cl. V, prevalente, per un importo pari ad euro 4.284.365,61 e OS18A, cl. III-bis, scorporabile, per un importo pari ad euro 1.123.915,53, precisando che le lavorazioni scorporabili, siccome afferenti a categorie a qualificazione obbligatoria, avrebbero dovuto essere eseguite da impresa in possesso della qualificazione SOA, anche se affidate in subappalto. Per quanto concerne l'avvalimento, il disciplinare ne confermava la facoltà di ricorso alle condizioni fissate dall'art. 89 del Codice. Nella seduta del 26 aprile 2023, la Commissione di gara disponeva l'esclusione della Costruzioni Perrone S.r.l. dalla gara in quanto la società di cui si era avvalsa, Impresig S.r.l., risultava in possesso di attestazione SOA in categoria OG8, ma per la sola classifica IV-bis, abilitante all'esecuzione di lavori di importo inferiore sia all'importo complessivo posto a base di gara sia all'importo delle lavorazioni della categoria prevalente. L'impresa, inoltre, nonostante il ricorso all'avvalimento, non era in possesso della qualificazione SOA in categoria OS18A. La Costruzioni Perrone S.r.l. presentava un'istanza di riesame, sottolineando di essere in possesso in proprio dell'attestazione SOA in categoria OG8, classifica III bis e che, pertanto, ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione, le due attestazioni, quella propria e quella dell'ausiliaria, avrebbero dovuto essere sommate, raggiungendo, anche mediante l'incremento del quinto di cui all'art. 61 del D.P.R. 207/2010, un importo superiore sia all'importo della categoria OG8, sia all'importo totale dei lavori, con la precisazione che le lavorazioni scorporabili sarebbero state subappaltate al 100%. L'operazione rappresentata non troverebbe alcun ostacolo nel dettato dell'art. 89 del d.lgs 50/2016 e risulterebbe coerente con la facoltà degli operatori economici di ricorrere all'avvalimento cumulativo o frazionato di cui all'art. 89, comma 6, del d.lgs. 50/2016;

RILEVATO che la Stazione appaltante, nelle memorie procedurali, ha rappresentato che la Costruzioni Perrone S.r.l. non ha mai dichiarato espressamente la volontà di cumulare i propri requisiti con quelli dell'ausiliaria. Nelle dichiarazioni rese ai fini dell'avvalimento e nel contratto di avvalimento, l'impresa si è limitata a dichiarare la volontà di avvalersi dell'attestazione SOA, OG8, classifica IV bis, dell'ausiliaria. Inoltre, la tesi del concorrente, secondo cui l'ordinamento riconoscerebbe la possibilità di ricorso all'avvalimento parziale, non potrebbe essere accolta in quanto snaturerebbe l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese: qualora, infatti, fosse consentito al concorrente di sommare la



propria qualificazione a quella dell'ausiliaria, si creerebbe una perfetta equivalenza tra RTI (orizzontale) e avvalimento. Per mantenere distinti i due istituti, pertanto, l'art. 89, comma 6, del d.lgs. 50/2016 non può che essere interpretato come volto a consentire la somma dei requisiti di più imprese ausiliarie ma non anche la somma dei requisiti del concorrente e dell'ausiliaria;

RILEVATO che la Costruzioni Perrone S.r.l., nelle proprie memorie, ha richiamato alcune pronunce rese dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla piena facoltà degli operatori economici di cumulare più attestazioni SOA per soddisfare i requisiti di partecipazione richiesti negli atti di gara, giudicando irragionevole e viziato da disparità di trattamento il ragionamento sviluppato dalla Stazione appaltante, nella parte in cui ammetterebbe il cumulo delle attestazioni SOA di più imprese ausiliarie ma non anche il cumulo dell'attestazione SOA del concorrente con quella dell'ausiliaria. Ha inoltre rappresentato che l'art. 89 del d.lgs. 50/2016 non richiede un'espressa dichiarazione del concorrente circa la volontà di sommare la propria qualificazione a quella dell'ausiliaria e che, in ogni caso, dalle espressioni utilizzate nel contratto di avvalimento si evinceva chiaramente che l'impresa concorrente era solo parzialmente carente dei requisiti di partecipazione;

RITENUTO, alla luce dei fatti sommariamente descritti, delle memorie e delle eccezioni delle parti, che le questioni su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concernono *i)* l'ammissibilità dell'avvalimento parziale, ovvero del cumulo dei requisiti del concorrente con quelli dell'ausiliaria; *ii)* l'effettivo ricorso, nel caso di specie, all'avvalimento parziale da parte della Costruzioni Perrone S.r.l.;

CONSIDERATO, in via generale, che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, *ConISMA*). L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18 e la stessa direttiva 2014/23 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 – *SWM Costruzioni*). Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria). La giurisprudenza della Corte di Giustizia si è soffermata sui vincoli e sui limiti che i Legislatori nazionali possono legittimamente imporre in sede di disciplina positiva dell'istituto dell'avvalimento. E' stato affermato al riguardo che gli articoli 47, paragrafo 2 e 48 paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE (in tema, appunto, di avvalimento) non ostano in via assoluta a disposizioni di diritto interno volti a limitare – in casi eccezionali – la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tuttavia, in assenza di siffatte e motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei Legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – *Partner Apelski Dariusz*);

CONSIDERATO che, proprio in merito all'avvalimento cumulativo e frazionato dei requisiti di capacità economica e tecnica, ivi compresa l'attestazione SOA, la Corte di Giustizia, con sentenza del 10 dicembre



2013, causa C-94/12, ha riconosciuto che *"la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto."*, richiamando, peraltro, precedenti pronunce che hanno riconosciuto la facoltà dell'operatore economico di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi (v., in tal senso, sentenze del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, Racc. pag. I-8607, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Racc. pag. I-2549, punto 43). Pertanto, l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice può essere dimostrata sia attraverso l'avvalimento frazionato che con l'avvalimento plurimo, poiché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. La Corte non ha escluso l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in simili casi, l'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato (sulle modalità applicative di tale ultimo principio cfr. Comunicato Presidente dell'Autorità del 20.3.2014);

CONSIDERATO che nella successiva pronuncia del 2 giugno 2016, causa C-27/15, la Corte di Giustizia ha ulteriormente precisato che *"gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che autorizza un operatore economico a fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione ad una gara d'appalto che tale operatore soddisfa solo in parte"*;

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza nazionale ha riconosciuto la piena ammissibilità dell'avvalimento cumulativo e frazionato; nella recente pronuncia del 18 gennaio 2023, n. 620, il Consiglio di Stato ha affermato che *"l'avvalimento "parziale" e quello "frazionato", sono ammessi sulla base dell'orientamento della Corte di Giustizia, Sez. V, del 10 ottobre 2013, causa C94/12 e di conseguenza, a tutto concedere, non può ritenersi illegittimo il cumulo del requisito del concorrente con il requisito dell'ausiliaria ai fini del raggiungimento della "soglia" prescritta dal bando (l'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito solo con riferimento ai c.d. requisiti di punta che tuttavia nel caso in esame non sono richiesti – cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n.3364). (in senso analogo cfr. anche Cons. Stato, V, 14 giugno 2019, n. 4024; Cons. Stato, V, 17 marzo 2014, n. 1327; 5 dicembre 2014, n. 5987; 9 dicembre 2013, n. 5874);*

RILEVATO che, nel caso di specie, il disciplinare di gara, all'art.5, si limitava a stabilire che *"L'avvalimento è ammesso alle condizioni di cui all'articolo 89 D.Lgs.50/2016 con riferimento alle lavorazioni delle categorie SOA OG8 e OS18A"*;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra premesso e argomentato, che non si rinvenivano ostacoli al riconoscimento della facoltà, in capo alla Costruzioni Perrone S.r.l., di sommare la propria qualificazione a quella dell'ausiliaria al fine di soddisfare i criteri di selezione fissati dall'amministrazione negli atti di gara. Risultano inconferenti, in senso contrario, le eccezioni sollevate dalla Stazione appaltante circa la piena sovrapponibilità che si verrebbe a creare tra l'avvalimento parziale e la disciplina del raggruppamento temporaneo di imprese (orizzontale). La forma soggettiva di partecipazione alla gara



rientra, infatti, nella piena discrezionalità degli operatori economici; in particolare, una volta che il concorrente abbia garantito il possesso dei criteri di selezione fissati negli atti di gara, secondo una delle forme soggettive di partecipazione disciplinate dal Codice, deve ritenersi inammissibile un sindacato sulle modalità con cui la singola impresa intenda “spendere” i propri requisiti – se partecipando alla gara nella veste di mandante/mandatario di un raggruppamento di imprese o piuttosto mettendoli a disposizione dell’impresa ausiliata/concorrente –;

CONSIDERATO che, riconosciuta la validità dell’avvalimento parziale, occorre stabilire se l’impresa istante vi abbia effettivamente fatto ricorso nel caso di specie. La Stazione appaltante ha, infatti, eccepito che la Costruzioni Perrone S.r.l. non ha mai dichiarato di voler sommare la propria qualificazione a quella dell’impresa ausiliaria e che la completezza e chiarezza della documentazione presentata di gara non richiedeva neppure che fosse attivato un eventuale soccorso istruttorio;

VISTE, in merito alla specifica questione posta, le osservazioni formulate dalla Costruzioni Perrone S.r.l. L’impresa ha rappresentato, preliminarmente, che il disciplinare di gara al cpv 5., ultimo periodo, disponeva che: *“L’avvalimento è ammesso alle condizioni di cui all’articolo 89 D.Lgs. 50/2016 con riferimento alle lavorazioni delle categorie SOA OG 8 e OS 18A”* e la documentazione relativa da presentare, giusto cpv. 4.2.9 del disciplinare di gara., era così indicata: “documentazione indicata nell’articolo 89 D.Lgs.50/2016 (solo per concorrenti che facciano ricorso all’avvalimento).” Nessun’altra disposizione limitativa dell’istituto e/o di ulteriore dettaglio era prevista nei documenti di gara. Nell’art. 89 del d.lgs. 50/2016 non figura il dovere del concorrente di esplicitare che i requisiti avvalsi, per averne efficacia (cumulativa), si debbano intendere, o meglio dichiarare, “sommati ai propri”. In ogni caso, nel contratto di avvalimento era chiaramente indicato che l’ausiliata (PERRONE) era “carente del requisito relativo a tutte le risorse” e che intende acquisire , “i requisiti o parti di essi di cui è carente” facendo affidamento sui requisiti di carattere tecnico e mezzi e strumenti di carattere economico – finanziario, possedute dall’ ausiliaria e che l’ausiliaria (IMPRESIG) “ ha dichiarato di essere in possesso della categoria OG8 classifica IV-BIS e delle risorse mezzi e strumenti atti a completare e soddisfare il requisito di cui è parzialmente carente l’ausiliata.”. La parzialità del possesso dei requisiti era, pertanto, chiaramente espressa, come anche che lo scopo dell’avvalimento era quello di completare i requisiti di cui è parzialmente carente l’ausiliata;

CONSIDERATO che è connaturato al sistema dei contratti pubblici l’obbligo del concorrente di manifestare in modo chiaro ed esaustivo le modalità con cui intende soddisfare la qualificazione richiesta negli atti di gara, in modo da consentire alla Stazione appaltante di assumere consapevolmente la decisione di ammissione o esclusione dell’impresa dalla procedura. La mancata previsione in seno all’art. 89 del d.lgs. 50/2016 di un espresso obbligo dell’operatore economico di dichiarare la volontà di ricorrere all’avvalimento cumulativo o frazionato (giustificabile, peraltro, in ragione della natura generale ed astratta delle norme giuridiche, non recanti una disciplina *ad hoc* per ogni fattispecie che presenti connotati e specificazioni dell’istituto generale) non esonera il concorrente dal dovere di rappresentare alla Stazione appaltante che il prestito dei mezzi e delle risorse dell’ausiliaria sarà utilizzato per colmare la propria parziale carenza di qualificazione, ovvero che alla copertura dei criteri di selezione contribuirà in proprio e, solo parzialmente, mediane i requisiti dell’ausiliaria;

CONSIDERATO, pertanto, che appare necessario analizzare la documentazione amministrativa presentata in gara dalla Soc. Costruzioni Perrone S.r.l. e trasmessa dalle parti (allegato 2, DGUE-stralcio avvalimento, contratto di avvalimento e dichiarazioni impresa Impresig S.r.l.) al fine di verificare se, effettivamente, l’impresa abbia manifestato una tale intenzione;



RILEVATO che dall'esame della suddetta documentazione emerge che, nell'allegato 2 "Istanza e dichiarazioni sostitutive", l'impresa, dopo aver dichiarato di partecipare come impresa singola in avvalimento con l'impresa Impresig S.r.l., al punto 17, ha dichiarato *"di essere in possesso dell'attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA D.A.P. SOA S.p.a. n. 5473/46/01 e valida fino al 03/05/2023 (validità triennale), per le seguenti categorie: OG8, cl. III bis"*;

RILEVATO che la Costruzioni Perrone S.r.l. ha prodotto in gara copia conforme all'originale della propria attestazione SOA;

RILEVATO, altresì, che nel contratto di avvalimento l'ausiliaria ha dichiarato di *"essere in possesso della categoria OG8, classifica IV bis e delle risorse mezzi e strumenti atti a completare e soddisfare il requisito di cui è parzialmente carente l'ausiliata"*;

RITENUTO pertanto che, sebbene difetti una esplicita dichiarazione della Costruzioni Perrone S.r.l. circa la volontà di qualificarsi, per le lavorazioni della categoria prevalente, sommando la propria qualificazione a quella dell'ausiliaria, la lettura delle dichiarazioni presentate in gara e della richiamata clausola del contratto di avvalimento induce a ritenere che l'istante abbia inteso spendere in gara sia la qualificazione autonomamente posseduta sia, in avvalimento, l'attestazione SOA dell'ausiliaria, Impresig S.r.l. per la sola quota-parte di lavori che non sarebbe stata in grado di eseguire in proprio (e necessaria, ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, a coprire l'importo totale dei lavori, comprensivo degli importi della categoria scorporabile OS18A, che l'istante ha dichiarato di subappaltare per intero). Una diversa conclusione condurrebbe a privare di rilevanza sia la dichiarazione resa dal concorrente circa il possesso in proprio di attestazione SOA nella categoria OG8, classifica III bis, sia la produzione di copia conforme all'originale dell'attestazione SOA;

Il Consiglio

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

- deve essere riconosciuta al concorrente la facoltà di ricorrere all'avvalimento parziale, ovvero al cumulo dei requisiti autonomamente posseduti con quelli dell'ausiliaria, al fine di soddisfare i criteri di selezione fissati dall'amministrazione negli atti di gara;
- sebbene difetti una esplicita dichiarazione della Costruzioni Perrone S.r.l. circa la volontà di qualificarsi, per le lavorazioni della categoria prevalente, sommando la propria qualificazione a quella dell'ausiliaria, la lettura congiunta delle dichiarazioni presentate in gara e delle clausole contrattuali induce a ritenere che l'istante abbia inteso spendere in gara sia la propria attestazione SOA, per la categoria OG8, cl. III bis, sia, in avvalimento, l'attestazione SOA dell'ausiliaria, Impresig S.r.l. per la sola quota-parte di lavori che non sarebbe stata in grado di eseguire con le proprie risorse.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 giugno 2023

Il Segretario verbalizzante

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente

