



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**Parere n.1 del 8/1/2015**

**PREC 232/14/S**

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentate dalla Cooperativa Sociale Alliance e dalla T.H.E.A. soc. Coop. Sociale - “Affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica” – Importo a base di gara euro 1.320.000,00 - S.A.: Comune di Fondi (LT).

**Requisiti di partecipazione – referenze bancarie – impresa neocostituita - contratto di avvalimento sottoposto a condizione – non conformità – requisiti di carattere generale - completezza delle dichiarazioni**

Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l’inizio dell’attività da meno di tre anni, di presentare i requisiti richiesti, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, la durata ed ogni altro utile elemento, il che necessariamente presuppone un contratto valido ed immediatamente efficace, in ragione della funzione probatoria che è chiamato a svolgere.

La dichiarazione sostitutiva deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo ex post da parte della stazione appaltante.

**Artt. 38, 41 e 49 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.**

### **Il Consiglio**

VISTA l’istanza prot. n.73834 del 1° luglio 2014 presentata dalla Cooperativa Sociale Alliance, con la quale si chiede parere in ordine alla legittimità dell’esclusione dell’istante dalla procedura in oggetto per carenza delle referenze bancarie richieste e nella quale si evidenzia che, essendo la Cooperativa Alliance di nuova costituzione, ai fini della partecipazione produceva contratto di avvalimento con il quale la società ausiliaria metteva a disposizione le proprie capacità tecniche ed economiche;

VISTA l’istanza prot. n.107456 del 2 ottobre 2014 presentata dalla T.H.E.A. soc. Coop. Sociale nell’ambito della medesima procedura di gara, con la quale si chiede parere in ordine alla legittimità dell’esclusione della cooperativa istante, partecipante in RTI con la Ninfea Cooperativa, per carenza delle dichiarazioni di cui all’art. 38 d.lgs. 163/2006 e nella quale si sostiene che il disciplinare e il modello



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

predisposto dalla S.A. avrebbero indotto in errore i partecipanti e che la S.A. avrebbe potuto chiedere l'integrazione documentale;

VISTE le note di avvio dell'istruttoria in data 16 settembre e 12 novembre 2014, con cui si comunicava anche la riunione dei procedimenti;

VISTA la data di pubblicazione del bando di gara, 30 aprile 2014;

TENUTO CONTO della disciplina normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame;

VISTA la memoria della stazione appaltante prot. n. 103898 del 25 settembre 2014, con la quale si evidenzia che la Cooperativa Alliance è stata esclusa in quanto non produceva le referenze bancarie né, essendo di nuova costituzione, alcun bilancio o dichiarazioni sul proprio fatturato globale o sui servizi resi e che, pur avendo ricevuto assicurazioni sulla possibilità di ricorrere all'avvalimento per il requisito delle referenze bancarie, la ditta ausiliaria non produceva a sua volta il predetto requisito, non metteva in concreto a disposizione le risorse prestate né si costituiva quale fideiussore della concorrente ausiliata;

VISTA la memoria della stazione appaltante prot. n. 131290 del 24 novembre 2014, con la quale si evidenzia che la T.H.E.A. soc. Coop. Sociale, in RTI con la Ninfea Cooperativa, è stata esclusa in quanto i legali rappresentanti della cooperativa istante rendevano le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 in maniera parziale e incompleta;

RILEVATO che sulle questioni poste può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 in quanto esse sono state ampiamente esaminate dall'Autorità e dalla giurisprudenza;

CONSIDERATO che il punto 10) del bando di gara richiedeva ai concorrenti di dichiarare di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, rinviando poi al disciplinare, e richiedeva, quali requisiti di capacità economica e finanziaria, «fatturato globale di impresa di importo non inferiore a euro 1.500.000 nel periodo 2010-2011-2012 e dichiarazioni di n. 2 istituti bancari attestanti la capacità economica e finanziaria del concorrente e facenti riferimento alla presente gara», ribaditi poi dal disciplinare;

CONSIDERATO che l'articolo 3 del disciplinare di gara ribadiva al punto 1) i requisiti di carattere generale, riproducendo l'art. 38 d.lgs. 163/2006 e chiarendo nei «Nota bene» i soggetti a cui avrebbero dovuto riferirsi le dichiarazioni da rendere; il successivo articolo 5 riportava nuovamente il contenuto delle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 163/2006 specificando che i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38 potessero utilizzare il modello B («è preferibile l'uso dell'allegato modello B»); predisponeva quindi un modello A recante le dichiarazioni da rendere ex art. 38, eccetto quelle contenute nelle lettere b) e c) del medesimo articolo;

RILEVATO che, nel caso di specie, la Cooperativa Alliance precisava di essere di nuova costituzione, quindi priva del requisito delle referenze bancarie, e dichiarava di fare ricorso all'avvalimento; tuttavia il contratto di avvalimento prodotto aveva ad oggetto il requisito del fatturato, del numero medio di dipendenti e dell'esperienza pregressa, ma non quello delle referenze bancarie; inoltre le obbligazioni assunte dall'impresa ausiliaria erano condizionate alla verifica delle gare e dei capitolati d'appalto da parte del rappresentante legale dell'ausiliaria stessa; la concorrente ausiliata, inoltre, era chiamata a predisporre apposite fidejussioni assicurative a favore dell'impresa ausiliaria, nel caso in cui a quest'ultima fossero richieste garanzie finanziarie; infine l'impresa concorrente, «ove mai dovesse richiedere all'ausiliaria di fornire risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto, dovrà preventivamente erogarne il costo»;

RILEVATO che la Cooperativa Alliance risultava quindi carente del requisito delle referenze bancarie; inoltre un contratto di avvalimento sottoposto alle condizioni sopra descritte non è conforme al modello delineato dall'art. 49 d.lgs. 163/2006 e dall'art. 88 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, secondo cui il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, la durata e ogni altro utile elemento, il che necessariamente presuppone un contratto valido ed immediatamente efficace, in ragione della funzione probatoria che è chiamato a svolgere. Esso, unitamente agli altri documenti elencati nell'art. 49, deve infatti garantire alla stazione appaltante che il concorrente che si avvale di un requisito di altro soggetto dispone effettivamente di quest'ultimo sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione, a tutela della *par condicio* dei concorrenti e della stazione appaltante, che non può essere esposta al rischio che il concorrente non acquisisca la piena disponibilità del requisito oggetto dell'avvalimento come conseguenza del mancato avveramento della condizione dedotta in contratto o dell'invalidità dell'obbligazione assunta dall'ausiliaria (Parere di precontenzioso n. 203 del 18 dicembre 2013);

RILEVATO che, nel caso di specie, la T.H.E.A. soc. Coop. Sociale e la Ninfea Cooperativa compilavano il modello A, predisposto dalla S.A., recante le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, eccetto le lettere b) e c), contenute invece nel modello B, che risulta però compilato solo dal Vicepresidente della Ninfea Cooperativa, e rendevano quindi autodichiarazioni incomplete;

RILEVATO che il bando e il disciplinare di gara erano chiari nel richiedere le predette dichiarazioni, specificando i modelli da utilizzare, comunque “preferibilmente” e non in via tassativa. Come anche



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

evidenziato con determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante «BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici», «a norma del comma 2 dell'art. 38, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La dichiarazione deve essere completa»; la parte III, paragrafo 3, «Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive» specifica «Quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo ex post da parte della stazione appaltante»; pertanto l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti comporta l'esclusione del concorrente senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (Parere n.144 del 20 giugno 2014);

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- legittimo il provvedimento di esclusione della Cooperativa Sociale Alliance adottato dalla stazione appaltante per carenza del requisito delle referenze bancarie;
- non conforme alla normativa di settore il contratto di avvalimento prodotto dalla Cooperativa Sociale Alliance;
- legittimo il provvedimento di esclusione della T.H.E.A. soc. Coop. Sociale, in RTI con la Ninfea Cooperativa, per carenza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, co. 1 lett. b) e c), richieste a pena di esclusione.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 gennaio 2015

Il Segretario Maria Esposito