DELIBERA N. 121 del 10 febbraio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da GEOTER S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Studio Speri Società di Ingegneria S.r.l. e IN.TEC. Soc. Coop. - Accordo quadro triennale per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria, indagini geognostiche e strutturali, saggi e ripristini, finalizzati alla valutazione della sicurezza, ai sensi del DM 17.01.2018 e in ottemperanza all'OPCM 3274/2003, del patrimonio di edilizia scolastica di Roma Capitale, suddiviso in n. 4 lotti - Importo complessivo a base di gara: € 5.400.851,21 - Lotto 1 "Asili nido" € 1.387.794,53; Lotto 2 "Scuola dell'infanzia" € 1.488.642,73; Lotto 3 "Scuole elementari" € 1.272.859,19; Lotto 4 "Scuole medie" € 1251.554,76 – S.A.: Roma Capitale

PREC 18/2021/LS

Riferimenti normativi

Art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto misto di lavori e servizi – Qualificazione SOA – Avvalimento operativo – Contratto di avvalimento - Dichiarazione di impegno – Nullità – Soccorso istruttorio

Massime

Attestazione SOA – Contratto di avvalimento - Dichiarazione di impegno – Nullità - Soccorso istruttorio

La nullità del contratto di avvalimento per mancata specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria secondo le prescrizioni dell'art. 89, comma 1, del Codice non è sanabile attraverso l'acquisizione, mediante soccorso istruttorio, della dichiarazione di impegno resa dall'impresa ausiliaria nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante contenente l'indicazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione, anche se di data antecedente il termine di presentazione delle offerte.

Art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 febbraio 2021

DELIBERA

VISTE le istanze prot. nn. 1434, 1436, 1438, 1439 del 09/01/2021, presentate da GEOTER S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Studio Speri Società di Ingegneria S.r.l. e IN.TEC. Soc. Coop. con le quali l'operatore economico istante contesta la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei propri confronti dal Comune di Roma con Determinazione dirigenziale del 09/12/2020, comunicata in data 11/12/2020, nell'ambito della procedura in oggetto e con riferimento ai quattro lotti per i quali presentava offerta; la determinazione dirigenziale del 09/12/2020, prendendo atto del verbale di gara prot. SU/19569 del 01/12/2020, escludeva il costituendo RTI per mancata indicazione, nel contratto di avvalimento avente ad oggetto l'attestazione SOA per la categoria OG1, delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dalla società ausiliaria e nullità del contratto ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016; con la richiesta di parere l'operatore economico istante contesta la legittimità del provvedimento di esclusione domandando se, nel caso di avvalimento relativo alla SOA per la categoria OG1, fosse necessaria l'indicazione delle specifiche risorse messe a disposizione dall'ausiliaria e se, in ogni caso, l'amministrazione fosse tenuta ad avviare il soccorso istruttorio in presenza di una dichiarazione resa dall'ausiliaria all'ausiliata, avente data certa, ma non trasmessa con l'offerta, recante analiticamente l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse e i mezzi specificamente elencati nella dichiarazione stessa;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 4615 del 20/01/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

VISTO il bando e il disciplinare di gara che, con riferimento all'oggetto di ciascuno dei lotti in affidamento, richiedevano, oltre alla qualificazione SOA per la categoria prevalente, l'attestazione di qualificazione per la categoria scorporabile e a qualificazione obbligatoria, OG1, classifica I;

VISTO l'art. 7 del disciplinare di gara che, prescriveva, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, che il contratto di avvalimento eventualmente presentato dai concorrenti contenesse «a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria», specificando sul concorso istruttorio: «E' sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta. La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dell'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento»;

CONSIDERATO che l'operatore economico istante, non essendo qualificato per la categoria OG1, produceva un contratto di avvalimento sottoscritto con una società terza titolare di attestazione SOA per la categoria richiesta dal bando, datato 13/10/2020, che in ordine alle risorse e ai mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata riportava la seguente dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria: «*si impegna a mettere a disposizione dell'impresa ausiliaria le seguenti risorse di cui è carente il concorrente: OG1 e dei relativi mezzi e delle relative risorse*»;

CONSIDERATO che il seggio di gara, nel verbale prot. SU/19569 del 01/12/2020 allegato alla determinazione dirigenziale del 09/12/2020, valutava non idonea la predetta dichiarazione resa nel contratto di avvalimento poiché non specificava i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata come richiesto a pena di nullità del contratto dall'art. 89 comma 1 del Codice e dal disciplinare di gara; inoltre, il seggio di gara riteneva che il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA, non accompagnato da un contratto che indicasse specificamente quali mezzi e risorse vengano messi a disposizione dell'ausiliata, non consentisse alla stazione appaltante di «confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona esecuzione della prestazione» e riteneva che tali lacune non potessero essere colmate «mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 6 ottobre 2017 n. 2338; Consiglio di Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456»); la stazione appaltante adottava l'esclusione senza procedere ad attivare il soccorso istruttorio nei confronti dell'operatore economico che, con atto stragiudiziale del 17/12/2020, chiedeva il riesame del provvedimento anche sulla base di una dichiarazione di impegno dell'ausiliaria che per mero errore non era stata trasmessa con la domanda di partecipazione;

CONSIDERATO che l'operatore economico istante sostiene la idoneità del contratto di avvalimento presentato con la documentazione amministrativa in quanto avrebbe ad oggetto la categoria OG1 (Edifici civili e industriali) che non presupporrebbe la messa a disposizione di elementi aziendali complessi e che dovrebbe essere valutato sulla base del tenore complessivo del documento tenuto conto degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. (cita, tra le altre pronunce, la sentenza del TAR Campania, Napoli, 04/11/2020, n. 5021); in ogni caso, sostiene l'istante, ausiliaria e ausiliata avevano dettagliatamente indicato le risorse messe a disposizione nella dichiarazione resa dalla prima, che per mero errore materiale, non veniva allegata alla documentazione amministrativa e che, avendo data certa anteriore al bando in quanto sottoscritta digitalmente, poteva sanare le lacune riscontrate rispetto al contratto di avvalimento in conformità alle stesse previsioni del disciplinare di gara che condizionavano l'esperimento del soccorso istruttorio alla presentazione di una dichiarazione avente data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta (richiama TAR Lazio, 12/12/2020, n. 13391); dall'altra parte, nella memoria trasmessa, l'amministrazione aggiudicatrice ha espresso un diverso avviso, sostenendo la nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza e genericità dell'oggetto ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 in combinato disposto con l'art. 88, d.P.R. n. 207/2010 per assenza della specificazione delle risorse e dei mezzi come prescritto dalla normativa citando in particolare la giurisprudenza in tema di avvalimento della SOA (tra le altre, TRGA Trento, sez. I, 01/10/2019, n. 211; Cons. Stato, nn. 4973/2017; 2316/2017; 2226/2017; 852/2017; 2384/2016; 264/2016; TAR Lazio, n. 13391/2020 e n. 2253/2020); per quanto concerne il mancato avvio del soccorso istruttorio, l'amministrazione sostiene che la mancata indicazione delle risorse e dei mezzi nel contratto di avvalimento non sia sanabile stando alle previsioni della norma e del disciplinare di gara, tenuto anche conto del fatto che il contratto non contiene alcun richiamo alla dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria e non trasmessa in atti;

CONSIDERATO che la giurisprudenza richiamata dalle parti nelle rispettive memorie non appare risolutiva rispetto al caso concreto in esame; in particolare, le sentenze richiamate dall'operatore economico istante concernono fattispecie in cui il contratto di avvalimento contestato in giudizio riportava le risorse e i mezzi messi a disposizione dell'operatore economico, anche se contestati in giudizio nella loro idoneità a consentire l'avvalimento;

CONSIDERATO che l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 detta la disciplina dell'avvalimento distinguendo chiaramente la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso l'impresa ausiliata e verso la stazione appaltante dal contratto di avvalimento tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata; l'art. 89, comma 1, del Codice prescrive che «*L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*»; quindi, sempre l'art. 89 del Codice richiede al concorrente di allegare alla domanda di partecipazione «*il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*» e dispone che «*A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*»;

CONSIDERATO che la previsione normativa che sanziona con la nullità il contratto di avvalimento, privo dell'indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata da parte dell'impresa ausiliaria, configura una fattispecie normativa che attiene alla teorica della "forma-contenuto" piuttosto che alla teorica della determinatezza o determinabilità dell'oggetto ex art. 1346 c.c. e 1418 c.c. (secondo le osservazioni contenute nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016 che però si pronunciava sull'abrogato art. 88, d.P.R. n. 207/2010 escludendo che tale norma prevedesse una forma-contenuto non sancendo espressamente la nullità del contratto);

CONSIDERATO che l'art. 89, comma 1, del Codice prescrive un contenuto essenziale del contratto di avvalimento a pena di nullità dello stesso e che, in tema di avvalimento di attestazione SOA, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 16/10/2020, n. 22 ha evidenziato l'importanza che il contratto riporti la specificazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione, non potendo valere formule generiche, considerando che: « *… per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il favor partecipationis che permea l'istituto dell'avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.*»; l'Adunanza Plenaria ha, altresì, precisato: «*È stato così affermato che, in materia di gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità*»;

RITENUTO che, sulla base delle norme richiamate, la commissione di gara abbia correttamente valutato la nullità del contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice e del disciplinare di gara, dal momento che nello stesso non risultavano specificate le risorse e i mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria; in tema di avvalimento di SOA;

RITENUTO, altresì, che la nullità del contratto non fosse sanabile attraverso l'acquisizione della dichiarazione di impegno, pur essendo quest'ultima dotata di data certa riscontrabile grazie alla sottoscrizione con firma digitale in quanto, come evidenziato in talune pronunce giurisprudenziali, i due atti sono diversi per natura, per contenuto e per finalità (Cons. Stato, sez. IV, 26/07/20217, n. 3682; TAR Lazio, sez. II bis, 09/09/2020, n. 9408); in particolare, la dichiarazione di impegno è rivolta non soltanto al concorrente, ma anche alla stazione appaltante cui tra l'altro non risulta pervenuta nei termini (art. 1324 c.c., 1334 c.c.);

RITENUTO, pertanto, che l'acquisizione tardiva della dichiarazione di impegno agli atti della gara non consentirebbe di sanare la nullità del contratto prevista dalla legge per mancanza di un contenuto essenziale ai fini della sua validità, con conseguente legittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante;

Sulla base delle considerazioni sopra espresse,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione sia conforme all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 17 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente