DELIBERA N. 713

27 ottobre 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 C & C Infrastrutture S.r.l. – Lavori di rifacimento pavimentazione stradale, segnaletica e sostituzione di barriera di alcuni tratti della ex T.R. Mareneve – Importo a base di gara: euro 638.134,98 – S.A. Città Metropolitana di Catania

PREC 201/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 89 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Avvalimento – SOA - risorse

Massima

Contratto di avvalimento SOA – verifica risorse messe a disposizione

E' ammissibile il contratto di avvalimento che reca un elenco dettagliato di risorse messe a disposizione, che consenta alla stazione appaltante di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria verificando, in sede di gara, e controllando, in sede di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare ma sia basata sulla prestazione effettiva di attività e/o di mezzi.

Riferimenti normativi

Art. 95, co. 15 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Riammissione - invarianza

Massima

Riammissione in gara di un concorrente escluso – invarianza della soglia di anomalia

E' conforme alla normativa e ai principi più recentemente espressi dalla giurisprudenza l'operato di una stazione appaltante che abbia calcolato nuovamente la soglia di anomalia a seguito della legittima riammissione in gara di un concorrente che aveva contestato la propria esclusione tempestivamente, in un momento in cui non era ancora stato adottato il provvedimento di aggiudicazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 ottobre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 69757 del 27 settembre 2021 presentata dall'o. e. C & C Infrastrutture S.r.l., con la quale l'operatore economico, a favore del quale era stata inizialmente formulata la proposta di aggiudicazione della gara in oggetto, rappresenta quanto segue:

- a seguito del parere di precontenzioso reso con delibera n. 581 del 28 luglio 2021, al quale la stazione appaltante si adeguava, la concorrente Pia S.r.l.s. veniva riammessa in gara. Tuttavia l'istante lamenta che, a seguito di tale riammissione, la commissione di gara avrebbe illegittimamente ricalcolato la media e la soglia di anomalia, proponendo l'aggiudicazione a favore della Callari Costruzioni S.r.l. mentre, se essa avesse applicato il principio c.d. di invarianza di cui all'art. 95, co. 15 del d.lgs. 50/2016, l'aggiudicazione sarebbe stata disposta a proprio favore;
- l'istante contesta comunque la riammissione in gara della Pia S.r.l.s., deducendo che, avendo essa stipulato un contratto di avvalimento con il consorzio stabile GECO S.c.a r.l., la stazione appaltante avrebbe omesso di verificare l'effettiva messa a disposizione delle risorse attinenti alla SOA OG3 cl. VII, oggetto del contratto di avvalimento, risorse che il consorzio ausiliario utilizzerebbe in realtà anche in altre gare;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 5 ottobre 2021, con nota prot. n. n. 72045;

VISTO il parere di precontenzioso reso con delibera n. 581 del 28 luglio 2021, con cui era stata ritenuta ammissibile la stipula di un contratto di avvalimento fra il consorzio stabile GECO S.c.a r.l.. e la propria consorziata Pia S.r.l.s. purchè la S.A. verificasse le risorse effettivamente messe a disposizione, dal momento che oggetto del contratto di avvalimento erano l'attestazione SOA e le corrispondenti certificazioni di qualità;

VISTA la memoria della concorrente Pia S.r.l.s. acquisita al prot. 73315 dell'11 ottobre 2021 che, nell'evidenziare come il contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio stabile GECO S.c.a r.l. sia dettagliato nell'elencazione delle risorse messe a disposizione, osserva anche come il consorzio ausiliario sia in possesso di ben 29 attestazioni SOA e quindi l'argomentazione per cui l'intera struttura aziendale dovesse restare vincolata solamente alla gara in questione sarebbe contraria al principio di libera concorrenza;

VISTA la memoria prodotta dall'attuale aggiudicataria Callari Costruzioni S.r.l., acquisita al prot. 73316 dell'11 ottobre 2021, con la quale essa, da un lato, contesta la ricostruzione dell'istante, rilevando che il consorzio metteva a disposizione della Pia S.r.l.s. le risorse occorrenti in relazione alla certificazione oggetto di avvalimento. Dall'altro lato, in relazione al principio di invarianza della soglia di anomalia l'o.e. fa notare che, alla stregua della giurisprudenza più recente, il divieto di ricalcolare la soglia sarebbe applicabile solamente una volta intervenuta l'aggiudicazione "definitiva" a seguito dell'approvazione, da parte della S.A., della proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione di gara;

VISTA la memoria della stazione appaltante Città Metropolitana di Catania, acquisita al prot. 73900 del 12 ottobre 2021, con cui essa rappresenta che, al momento dell'adeguamento al parere di precontenzioso reso con delibera n. 581 del 28 luglio 2021 e della conseguente riammissione in gara della Pia S.r.l.s, sussisteva solo una proposta di aggiudicazione a favore della C & C Infrastrutture S.r.l., odierno istante, per cui la commissione procedeva a ricalcolare la soglia di anomalia in ossequio al più recente orientamento del Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 22 gennaio 2021 n. 683) secondo il quale, sussistendo solo una proposta di aggiudicazione, «deve escludersi che all'amministrazione sia impedito di rivalutare le proprie iniziali determinazioni, anche quando ciò abbia conseguenze determinanti sull'esito della procedura di gara per effetto della determinazione di una nuova soglia di anomalia»;

CONSIDERATO, con riguardo al contratto di avvalimento stipulato fra il consorzio stabile GECO S.c.ar.l. e la concorrente Pia S.r.l.s., che esso indica nel dettaglio le risorse messe a disposizione dal consorzio: mezzi di cui a un elenco allegato al contratto, attrezzature di cui a un elenco allegato al contratto, personale (n. 1 ingegnere, 1 architetto, 1 geometra) e il proprio *know how* tecnologico e commerciale attraverso un costante coordinamento. Il puntuale controllo delle risorse effettivamente utilizzate sarebbe poi spettato alla stazione appaltante in fase esecutiva, qualora la Pia S.r.l.s. avesse vinto la gara;

VISTA la giurisprudenza, e in particolare i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 23 del 4 novembre 2016, secondo cui il contratto di avvalimento deve possedere i medesimi requisiti prescritti per tutti i contratti in generale dall'art 1346 c.c., il che comporta che è sufficiente che il suo oggetto sia determinabile, non essendo necessario che esso già rigidamente determinato in tutti i suoi elementi, anche quelli di dettaglio. E' stato ritenuto quindi che «l'unico limite imposto dall'ordinamento all'avvalimento è che non si risolva nel prestito di una mera «condizione soggettiva», del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali, dovendo l'impresa ausiliaria assumere l'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 e, quindi, a seconda dei casi, i mezzi, il personale, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto; di conseguenza il limite di operatività dell'istituto è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia» (Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022). Nello stesso senso si è definitivamente orientata la giurisprudenza con riguardo all'avvalimento dell'attestazione SOA (Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 27 gennaio 2016 n. 264). Va esclusa quindi la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo» (Cons. Stato Sez. V, Sent. 30 gennaio 2019, n. 755). «Lo scopo della specificazione delle "risorse" imposta dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016 è raggiunto ogniqualvolta la stazione appaltante sia messa in grado di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare, in sede di gara, e controllare, in sede di esecuzione, che la messa a disposizione del

requisito non sia meramente cartolare ma sia basata sulla prestazione effettiva di attività e/o di mezzi dall'una impresa in favore dell'altra» (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, Sent. 10 maggio 2019, n. 5880**);**

RITENUTO pertanto che la doglianza avanzata dall'istante, allo scopo di ottenere il regresso della procedura di gara alla soglia di anomalia antecedente alla riammissione della Pia S.r.l. in gara, non sia accoglibile in quanto il contratto di avvalimento non appare generico e reca una puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione (risorse umane, mezzi e attrezzature), il cui controllo sarebbe spettato alla S.A. in fase esecutiva qualora la Pia S.r.l.s. avesse vinto la gara;

VISTO l'art. 95, co. 15 del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale «ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte», norma mira a precludere la variazione della soglia di anomalia una volta conclusasi la fase di ammissione ed esclusione delle offerte;

CONSIDERATO quanto dedotto dall'istante secondo cui, in ossequio al richiamato art. 95, co. 15 d.lgs. 50/2016, nel caso di specie non dovevano essere ricalcolate la media e la soglia di anomalia a seguito della riammissione in gara della consorziata Pia S.r.l.s. e quindi illegittimamente la commissione avrebbe proposto l'aggiudicazione a favore della Callari Costruzioni S.r.l.. In proposito l'Anac, pur rilevando (v. delibera n. 767 del 4 settembre 2019) che in giurisprudenza non vi sia stata unanimità di vedute relativamente all'ambito di applicazione temporale del principio cd. di invarianza della soglia di anomalia, in linea con larga parte della giurisprudenza aveva ritenuto in alcune delibere che il principio di invarianza della soglia operasse anche laddove fosse intervenuta la sola aggiudicazione "provvisoria", o meglio proposta di aggiudicazione (v. delibere n. 681 del 17 luglio 2019; n. 344 del 5 aprile 2018; n.1339 del 20 dicembre 2017). Ciò in considerazione della *ratio* della disposizione che, integrando un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, mira ad assicurare stabilità agli esiti dei procedimenti di gara, a semplificare le procedure e a disincentivare forme di tutela indiretta e opportunistica;

CONSIDERATO tuttavia l'orientamento più recente della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2021, n. 683 con richiamo a Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117; Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542; Sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332; T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 355), che supera l'interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 95, co. 15 del d.lgs. 50/2016 per affermare la necessità di accogliere un'interpretazione teleologica della norma, incentrata sullo scopo perseguito dal legislatore di impedire impugnazioni di carattere strumentale. In questo senso, il richiamato art. 95, co. 15 «non può essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime dirette a contestare l'ammissione alla gara o l'esclusione, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata». Dunque, secondo tale impostazione «deve escludersi che all'amministrazione sia impedito di rivalutare le proprie iniziali determinazioni, anche quando ciò abbia conseguenze determinanti sull'esito della procedura di gara per effetto della determinazione di una nuova soglia di anomalia. […] Non è pertanto possibile ritenere che fosse maturata la preclusione derivante dalla regola sancita dall'art. 95, co. 15 per il fatto che dopo l'iniziale determinazione della soglia di anomalia il seggio di gara avesse formulato la propria proposta di aggiudicazione in favore dell'impresa originaria ricorrente. Come infatti si ricava dagli artt. 32 e 33 del codice dei contratti pubblici, tale proposta costituisce atto interno alla procedura di gara, non autonomamente impugnabile (diversamente dall'aggiudicazione provvisoria propria del previgente codice dei contratti pubblici), inidoneo pertanto per un verso a consolidare posizioni giuridiche a favore dei partecipanti ad essa e per altro verso a privare il seggio di gara dei propri poteri di ammissione e valutazione delle offerte prima dell'aggiudicazione definitiva di

competenza della stazione appaltante». È stato così precisato (Cons. Stato n. 6542/2020 cit.) che «la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte di cui all'art. 95, co. 15 d.lgs. 50/2016 non può ritenersi conclusa, da un lato finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni, laddove esse immediatamente incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, immediatamente lesive per il concorrente interessato; dall'altro finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela […] sino all'aggiudicazione» (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579; V, 2 settembre 2019, n. 6013);

CONSIDERATO pertanto che, nel caso di specie, al momento della prima proposta di aggiudicazione della commissione di gara a favore dell'odierno istante C & C Infrastrutture S.r.l., la concorrente Pia S.r.l.s. tempestivamente contestava la propria esclusione e veniva successivamente riammessa in gara. Pertanto il calcolo della nuova soglia di anomalia veniva effettuato in un momento in cui un provvedimento di aggiudicazione non era ancora stato adottato, e quindi l'operato della S.A. è da ritenere conforme alla normativa di settore e al più recente orientamento della giurisprudenza;

RITENUTO che, per tutto quanto sopra considerato, l'operato della S.A. è da ritenere conforme alla normativa di settore e ai principi più recentemente espressi dalla giurisprudenza in quanto il calcolo della nuova soglia di anomalia veniva effettuato a seguito della legittima riammissione in gara di un concorrente che aveva tempestivamente contestato la propria esclusione, in un momento in cui la S.A. non aveva ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- non è accoglibile la contestazione riguardante il contratto di avvalimento in quanto esso non appare generico e reca un elenco dettagliato di risorse messe a disposizione, la puntuale verifica delle quali spetta alla stazione appaltante in fase di esecuzione;
- l'operato della S.A. è da ritenere conforme alla normativa di settore e ai principi più recentemente espressi dalla giurisprudenza in quanto il calcolo della nuova soglia di anomalia veniva effettuato a seguito della legittima riammissione in gara di un concorrente che aveva contestato la propria esclusione tempestivamente, in un momento in cui la S.A. non aveva ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2021
Per Il Segretario Valentina Angelucci
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente