AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 14

7 gennaio 2021

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Euroscavi s.n.c. di Falcone e Figlio - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di implementazione primaria del sistema irriguo CIARLE dei Comuni di Poggio Renatico e di Terre del Reno (FE) Condotto distributore sud e impianto di sollevamento - Importo a base di gara euro: 6.032.587,45 - S.A.: Consorzio di Bonifica Pianura di Ferrara.

PREC 230/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Avvalimento, contratto di avvalimento.

Massima

Avvalimento – contratto – interpretazione sostanzialistica – valutazione sulla congruità e sufficienza delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Nell'ambito della valutazione del contratto di avvalimento (da condursi seguendo un approccio di tipo sostanziale), compete alla stazione appaltante valutare la congruità e la sufficienza delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria alla concorrente, ai fini del soddisfacimento dei requisiti di partecipazione fissati nella *lex specialis* di gara, anche nel caso in cui il contratto presenti una indicazione analitica e specifica di tali risorse. Tale giudizio spetta all'Amministrazione anche nel caso in cui l'avvalimento riguardi l'attestazione SOA, essendo onere dell'impresa ausiliaria mettere a disposizione della concorrente le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che hanno giustificato e consentito l'attribuzione del requisito di qualificazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 82991 del 4 novembre 2020, con la quale la società Euroscavi s.n.c. di Falcone e Figlio ha contestato il provvedimento di esclusione dalla gara, adottato dal Consorzio Bonifica di Pianura Padana in data 7 ottobre 2020, per inidoneità del contratto di avvalimento in quanto le risorse oggetto del contratto sono reputate "*largamente insufficienti*" e non consentono al concorrente di potere disporre della qualificazione richiesta per la categoria OG 6 classifica V;

RILEVATO che l'istante contesta la valutazione di insufficienza dei mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, affermando che a questi vanno aggiunte le attrezzature in possesso della concorrente e dei subappaltatori, che concorrono all'esecuzione dei lavori. Sostiene che il contratto di avvalimento presenta un oggetto determinato, in quanto, oltre all'attestazione SOA, l'ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione due autocarri e un miniscavatore, nonché il numero necessario di squadre tipo, composte da un operaio specializzato, un operaio qualificato e un operaio comune. Inoltre, la concorrente precisa di essere in possesso di idonea certificazione di qualità e di direttore tecnico;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 85092 dell'11 novembre 2020;

PREMESSO CHE l'art. 3 del disciplinare di gara richiede, come requisito minimo di partecipazione, il possesso dell'attestazione SOA con iscrizione in categoria OG 6 classifica minima V ("*acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione*") ed in categoria OS 21 classifica minima III ("*Opere strutturali speciali*"); gli artt. 8.2 e 9 del medesimo disciplinare stabiliscono che è ammesso l'avvalimento per la sola categoria OG 6 e che "*le modalità per usufruire di tale facoltà sono quelle contenute nell'art. 89 del Codice. In particolare il concorrente che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'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. Il concorrente 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*";

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti risulta che la Euroscavi s.n.c. ha stipulato un contratto di avvalimento con l'impresa Gugliuccielo Costruzioni S.r.l., la quale si è obbligata verso l'impresa ausiliata e nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le seguenti risorse: *i)* attestazione SOA n. 5045/66/02 rilasciata da Impresoa S.p.A. in data 03/02/2020 con scadenza 15/01/2024 Categoria OG 6 classifica VI; *ii)* un Autocarro MAN DG449WA, un Autocarro Iveco 150 EZ060VY, un Miniescavatore Kubota KX 080.3; *iii)* "*il numero necessario di squadre tipo, composte da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato*";

RILEVATO che dal verbale di gara (in atti) si evince che l'esclusione della Euroscavi dalla procedura in oggetto è stata determinata principalmente dalla inidoneità del contratto di avvalimento a soddisfare i requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara. La SA ha, infatti, motivato l'esclusione evidenziando che: "*i contenuti del contratto, in termini di oggetto dello stesso, non consentono al concorrente di poter disporre della qualificazione richiesta per la categoria OG 6 classifica V. I mezzi messi a disposizione dall'ausiliario al concorrente ausiliato sono reputati largamente insufficienti, considerato anche che il concorrente non possiede alcuna qualificazione nella categoria OG 6. Inoltre la Commissione rileva che nel contratto di avvalimento viene indicato che l'impresa ausiliaria mette a disposizione del concorrente il numero necessario di squadre tipo (con l'indicazione delle figure tecniche della squadra tipo ma senza indicare a quali lavorazioni destinate specificamente), dove quindi l'entità è astrattamente indicata lasciando in tal modo su questo punto l'oggetto del contratto generico ed indeterminato; il contratto è così reso invalido ex articolo 1346 c.c.*". Viene, inoltre, evidenziato che non è ammissibile esperire il soccorso istruttorio;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento è funzionale al trasferimento di una qualificazione non posseduta dall'ausiliata o che la stessa non ha comunque ritenuto di spendere in gara. Viene precisato 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*". Inoltre, il vigente Codice, per evitare il possibile fenomeno del cd. avvalificio e rendere effettivo il controllo della stazione appaltante su tutte le forme di avvalimento, prevede che "*in relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto*" (art. 89, comma 9);

CONSIDERATO che, secondo consolidata giurisprudenza ed in base a quanto recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in caso di avvalimento dell'attestazione SOA, è necessario: "*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*" (Cons. Stato, Ad. Plen. 16 ottobre 2020, n. 22). È stato, in particolare, affermato che, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui il concorrente sia privo, 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. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316; Id., 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 (cfr. anche T.R.G.A. Trento, 1 ottobre 2019, n. 121, ove si sottolinea che "*l'avvalimento di attestazione in questione non può risolversi in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione, ma deve essere soddisfatto concretamente e con specificazioni controllabili dalla stazione appaltante. Questa conclusione si pone in coerente continuità con il criterio direttivo che ha ispirato la previsione dell'ultimo periodo*

dell'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, enunciato quanto all'istituto dell'avvalimento dalla direttiva europea n. 2014/24/UE sulle procedure di affidamento degli appalti nei settori ordinari (art. 1, comma 1, lett. zz) secondo cui l'istituto in questione deve essere disciplinato "nel rispetto dei princìpi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto");

CONSIDERATO, dunque, che la sola indicazione dell'attestazione SOA non è sufficiente a soddisfare il requisito delle risorse e dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, che vanno indicati nella loro concretezza;

CONSIDERATO, inoltre, che è necessario adottare un approccio sostanzialistico ai fini della valutazione del contratto di avvalimento. Ciò comporta che, da un lato, non è accettabile una messa a disposizione meramente formale ed astratta delle risorse oggetto di avvalimento, dall'altro, che la stazione appaltante - anche a fronte di un'indicazione analitica e specifica di tali risorse - deve valutare la congruità e sufficienza delle stesse ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Il giudizio della stazione appaltante sulla congruità e sufficienza delle risorse e dei mezzi "prestati" ai fini del soddisfacimento dei requisiti di partecipazione fissati nella *lex specialis* di gara rappresenta, quindi, un momento centrale nell'ambito della valutazione dell'idoneità del contratto di avvalimento. Tale giudizio compete all'Amministrazione anche nel caso in cui (come nella specie) l'avvalimento riguardi l'attestazione SOA, essendo onere dell'impresa ausiliaria mettere a disposizione della concorrente le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che hanno giustificato e consentito l'attribuzione del requisito di qualificazione;

RITENUTO che il riferito giudizio sulla congruità e sufficienza delle risorse e dei mezzi oggetto di avvalimento rientri nelle valutazioni discrezionali della stazione appaltante, sindacabile solo nella misura in cui esso risulti manifestamente illogico e/o irragionevole, ad esempio perché da una interpretazione sostanziale e complessiva del contratto di avvalimento risulti che la concorrente disponga di mezzi sufficienti per eseguire le lavorazioni nella categoria e classifica richieste;

RITENUTO che, applicando i suddetti principi al caso di specie, non sussistono vizi tali da invalidare la valutazione di inidoneità del contratto *de quo* effettata dalla SA;

RILEVATO, infatti, che la società istante ha contestato solo genericamente la valutazione di insufficienza dei mezzi (di cui al verbale di gara sopra riportato), affermando che ai mezzi prestati dall'ausiliaria indicati nel contratto di avvalimento (due autocarri, un miniescavatore e tre operai) vanno aggiunti quelli già in possesso dell'ausiliata, i quali, però, non solo non si evincono dalla documentazione presentata in sede di gara, ma neppure sono stati specificati nell'ambito del presente procedimento;

RILEVATO, inoltre, che l'impresa ausiliaria non ha messo a disposizione tutte le risorse economiche e tecniche funzionali allo svolgimento di lavorazioni riconducibili all'attestazione SOA OG 6 classifica V, ma solo alcune limitate risorse che, effettivamente, risultano insufficienti a fornire alla stazione appaltante adeguate garanzie che la Euroscavi (totalmente sprovvista di una attestazione nella categoria OG 6) svolga tutte le lavorazioni che in sede gara si è impegnata ad eseguire;

CONSIDERATO, peraltro, che (come pure evidenziato dalla SA) l'oggetto del contratto di avvalimento non è integrabile in sede di soccorso istruttorio. Infatti, in più occasioni l'Autorità (Delibere n. 578 del 26 giugno 2019; n. 221 del 1° marzo 2017; n. 1332, n. 1333 e n. 1334 del 20 dicembre 2017) e la stessa giurisprudenza (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3506; Id., sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456; Id., sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346; Id., 22 gennaio 2014, n. 294), in adesione al principio per cui l'istituto del soccorso istruttorio non può essere utilizzato, a pena della violazione della *par condicio*, per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell'offerta, hanno ritenuto non attivabile il sub-procedimento del soccorso istruttorio per colmare le lacune del contratto di avvalimento ovvero per integrarne il contenuto;

RITENUTO, infine, che non appare dirimente il richiamo (operato dalla società istante) ai principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016, in ordine all'interpretazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, atteso che, nel caso di specie, l'esclusione dalla gara è stata disposta non tanto per indeterminatezza ovvero genericità dell'oggetto contrattuale (in quanto sia i mezzi che le figure professionali sono stati indicati in modo analitico nel contratto), quanto, piuttosto, per la insufficienza delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dell'impresa ausiliaria per soddisfare il possesso della qualificazione richiesta dal disciplinare di gara come requisito di partecipazione.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, non ravvisandosi margini per sindacare il giudizio di inidoneità del contratto di avvalimento stipulato dalla Euroscavi s.n.c. effettuato dalla stazione appaltante.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente