



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1026 DEL 11 ottobre 2016

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Nordica Costruzioni di Bortone Alfonso – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di esecuzione dei lavori di manutenzione: interventi di rispristino del viadotto ILDE alla progressiva chilometrica 447+469 carr. Nord/Sud ubicato nell'Autostrada Bologna-Bari-Taranto – Importo a base di gara: euro 2.381.325,82 - S.A.: Autostrade per l'Italia S.p.A.

PREC 118/17/L

VISTA l'istanza di parere prot. n. 191955 del 28 dicembre 2016, presentata da Nordica Costruzioni di Bortone Alfonso, seconda graduata nella procedura della gara in epigrafe (bandita in data 11 maggio 2015, sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006), con la quale veniva contestata la legittimità dell'ammissione alla gara di due concorrenti, le società Micoma S.r.l. e Unirock S.r.l., posizionati sopra la soglia di anomalia, in quanto l'esclusione anche di una sola di dette imprese, in conseguenza del ricalcolo della media dei ribassi, avrebbe consentito all'odierno istante di essere il destinatario della proposta di aggiudicazione;

VISTI, nello specifico, i vizi fatti valere dall'istante, ovvero, con riferimento alla società Micoma S.r.l., la mancata indicazione nel contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria del dettaglio delle risorse messe a disposizione del concorrente, con riferimento alla società Unirock S.r.l., l'inserimento nel contratto di avvalimento, di una clausola che condiziona l'efficacia del contratto all'aggiudicazione dell'appalto e, con riferimento ad entrambi i concorrenti, la limitazione della responsabilità solidale cui è tenuta l'ausiliaria ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006 ai requisiti prestati con il contratto di avvalimento;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21 aprile 2017;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA, nello specifico, la memoria difensiva (prot. n. 59384 del 26 aprile 2017) dell'operatore economico controinteressato aggiudicatario della gara RTI Mpm S.r.l./Itineris S.r.l., che ha eccepito la carenza di interesse dell'istante all'emissione del parere poiché, in ragione del principio di immodificabilità della media e della soglia di anomalia dopo l'aggiudicazione definitiva, sancito dall'art 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006 («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 medi nella procedura,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»), Nordica Costruzioni non avrebbe la possibilità di ottenere una revisione in autotutela dell'operato della Stazione appaltante e l'aggiudicazione in suo favore, essendo nel frattempo intervenuta l'aggiudicazione definitiva;

VISTO quanto sostenuto nel merito dal controinteressato, ovvero che l'Adunanza Plenaria n. 23/2016, chiamata a pronunciarsi sul contenuto del contratto di avvalimento, ha precisato che l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010 non legittima una interpretazione volta a sancire la nullità del contratto di avvalimento a fronte di un oggetto che pur non essendo stato esplicitato in modo determinato sia comunque determinabile, che la giurisprudenza ritiene legittimo il contratto di avvalimento sottoposto a condizione di acquisire efficacia solo nel caso in cui la società ausiliata si aggiudichi la gara e che la responsabilità solidale di cui all'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 con riferimento all'ausiliaria, deve essere interpretata come limitata alle prestazioni del contratto direttamente connesse alle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, pena la configurazione di una sorta di responsabilità per fatto del terzo;

CONSIDERATO che, relativamente alla questione preliminare di ammissibilità dell'istanza di precontenzioso, il principio di immodificabilità della media dei ribassi e della soglia di anomalia, sancito dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006 comporta l'impossibilità per l'istante di conseguire l'aggiudicazione ma non pregiudica la possibilità del rimedio risarcitorio per equivalente a fronte dell'accertata illegittimità dell'intervenuta aggiudicazione;

RITENUTO, conseguentemente, sotto tale profilo, procedibile l'istanza di precontenzioso in quanto non priva di interesse concreto al conseguimento del parere;

CONSIDERATO che, pur avendo appuntato le proprie doglianze sui contratti di avvalimento stipulati dalle società Micoma S.r.l. e Unirock S.r.l., l'istante non ne ha prodotto copia;

RITENUTO conseguentemente che il parere può essere reso solo in termini di principi generali, stante l'impossibilità di vagliare le singole clausole censurate nel caso di specie;

CONSIDERATO che, per ciò che concerne la mancata indicazione nel contratto di avvalimento del dettaglio delle risorse messe a disposizione del concorrente, come ampiamente argomentato in numerosi precedenti dell'Autorità, è necessario che sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il concorrente disporrà effettivamente dei mezzi, messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, di cui non è in possesso e che sono tuttavia indispensabili per eseguire l'appalto, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare i requisiti su un piano meramente formale. Sul punto, la giurisprudenza, già sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 88, comma 1, del d.p.r. n. 207/2010, aveva precisato la necessità dell'effettiva messa a disposizione delle risorse prestate e che il contratto di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

avvalimento riportasse in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'oggetto del contratto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. La recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 4 novembre 2016 n. 23, ha precisato che, in applicazione degli artt. 1325 e 1346 c.c., l'art. 49 del d.lgs. 163/2006 e l'art. 88, d.P.R. 207/2010, non possono essere interpretati in modo tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del contratto stesso. La giurisprudenza successiva, sulla scorta della Plenaria, ha ritenuto che l'oggetto del contratto di avvalimento, anche se non deve essere puntualmente determinato nel contratto, deve comunque essere agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento contrattuale, mentre non può essere considerata, per contro, utile a detto fine eventuale altra documentazione versata negli atti di gara, diversa dal contratto e, in particolare, documentazione proveniente dal solo avvalente e non riconducibile all'impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2017 n. 1212). Ciò al fine di scongiurare il rischio che un contratto di avvalimento con oggetto non determinato e neppure determinabile si traduca, di fatto, sia nell'elusione della normativa dell'avvalimento, sia nella violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici che, pur consentendo alle imprese di avvalersi della capacità di altri operatori economici, in un'ottica di concorrenza e *favor participationis* non intendono comunque svilire né sminuire le garanzie della stazione appaltante, né ledere la *par condicio* nei confronti dei concorrenti che invece partecipano con requisiti propri (cfr. Parere di precontenzioso - delibera n. 56 del 1° febbraio 2017).

La formulazione impiegata nel contratto di avvalimento che riproduce il testo della norma va ritenuta pacificamente insufficiente ai fini dell'identificazione dei mezzi e delle risorse che giustificano l'attribuzione dei requisiti partecipativi, secondo il consolidato e univoco orientamento del Consiglio di Stato («insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione nel testo del contratto di avvalimento della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” o espressioni equivalenti » Consiglio di Stato sez. V 15 ottobre 2015 n. 4764; in termini, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 5 luglio 2017 n. 3328, Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2063, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310) e dell'Autorità (Pareri di precontenzioso n. 82 del 28 ottobre 2014 e n. 246 del 2 marzo 2016). L'indeterminabilità dei mezzi e delle risorse messi a disposizione dell'ausiliata comporta di per sé sola l'inadeguatezza del contratto a trasferire i requisiti di cui l'istante è carente, stante la sua nullità per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto.

Quanto alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, la giurisprudenza è costante nel ritenere che le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate attraverso il soccorso istruttorio, dovendo essere i detti contratti validi fin dal principio, con conseguente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

impossibilità di apportarvi integrazioni postume (Consiglio di Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456; Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346 e 22 gennaio 2014, n. 294; TAR Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016 n. 1201; TAR Campania Napoli, sez. VIII, 29 settembre 2016 n. 4484; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 aprile 2016 n. 706; TAR Toscana, sez. I, 15 luglio 2016 n. 1197). L'impossibilità di ovviare alla indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento tramite il ricorso al soccorso istruttorio deriva dal fatto che l'avvalimento non è un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito ma è il presupposto per la partecipazione alla gara in quanto fornisce all'avvalente il requisito mancante, con conseguente impossibilità di integrare *ex post* i requisiti di partecipazione richiesti, a pena della violazione del principio della *par condicio* (cfr. Parere di precontenzioso - delibera n. 221 del 1° marzo 2017);

CONSIDERATO che, per ciò che riguarda la clausola che condiziona l'efficacia del contratto di avvalimento all'aggiudicazione dell'appalto, l'Autorità si è pronunciata diffusamente in ordine alla legittimità o meno di un contratto di avvalimento che sia sottoposto a condizioni sospensive meramente potestative con pareri di precontenzioso n. 77 del 13 maggio 2015, n. 88 del 23 aprile 2014, n. 203 del 18 dicembre 2013, n. 143 dell'11 settembre 2013, nei quali è stato precisato che l'apposizione di una clausola quale «*il legale dell'impresa ausiliaria [...] potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio*» rende incerta l'operatività del contratto e dunque non certa l'assunzione dell'impegno in esso contenuto, con conseguente mancata prova del requisito di partecipazione da parte del concorrente che ne è privo e che ha fatto ricorso all'avvalimento per dimostrarlo. Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa nei termini di ritenere che una siffatta clausola come quella sopra descritta, si sostanzia in una condizione sospensiva meramente potestativa che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 413).

La giurisprudenza ha invece ritenuto legittimo il contratto di avvalimento sottoposto a condizione di acquisire efficacia solo nel caso in cui la società avvalsa avrebbe conseguito l'aggiudicazione della gara, essendo chiaro che l'evento dedotto in condizione è proprio l'aggiudicazione dell'appalto, in funzione del quale l'avvalimento è stato stipulato (Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895; Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860). Anche l'Autorità, nel parere di precontenzioso delibera n. 780 del 20 luglio 2016, «con riferimento all'apposizione di clausole ritenute "condizionanti" il contratto di avvalimento, lo stesso deve ritenersi invalido solo in presenza di una condizione, apposta all'impegno relativo, tale da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto di avvalimento»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, per ciò che attiene alla limitazione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, l'Autorità ha ritenuto che la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante ma che, non trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione tramite soccorso istruttorio del contratto di avvalimento, al fine di chiarire la piena responsabilità solidale dell'ausiliaria, in conformità all'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 (Parere di Precontenzioso - delibera n. 392 del 12 aprile 2017);

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è illegittima l'ammissione di un concorrente che, per partecipare alla procedura di gara, abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ed abbia a tal fine prodotto un contratto di avvalimento avente un oggetto non determinato e non determinabile;
- in caso di apposizione di clausole ritenute "condizionanti", il contratto di avvalimento deve ritenersi invalido solo in presenza di una condizione, apposta all'impegno relativo, tale da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto stesso;
- vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata"; non trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione del contratto di avvalimento, al fine di chiarire la piena responsabilità solidale.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017

Il segretario Maria Esposito