



DELIBERA N. 686

13 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 DEPACO S.r.l. – Avviso per manifestazione di interesse per l'espletamento della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per la sistemazione e l'ammodernamento della strada comunale di collegamento tra le strade provinciali SP36/B e SP305 Loc. Madonna delle Grazie – Fontana – Salici – Canne Secche e altre. Importo a base di gara euro: 1.815.370,55. S.A.: Comune di Palomonte.
PREC 193/21/L

Riferimenti normativi

Art. 89 d.lgs. 50/2016 e s.m.i

Parole chiave

Qualificazione - Attestazione SOA – Avvalimento
Requisiti di partecipazione – Dimostrazione

Massima

L'avvalimento dell'attestazione di qualificazione SOA 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.

Ai fini della partecipazione ad una procedura di selezione per l'affidamento di contratti pubblici, gli operatori economici devono dimostrare di essere in possesso di precisi requisiti, idonei a comprovare il possesso di capacità adeguate, secondo quanto previsto dal Codice dei Contratti. Questi devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 13 ottobre 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 65630 del 9 settembre 2021 relativamente all' avviso per manifestazione di interesse per l'espletamento della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara da parte del Comune di Palomonte per la sistemazione e l'ammodernamento della strada comunale di collegamento tra le strade provinciali SP36/B e SP305 Loc. Madonna delle Grazie – Fontana – Salici – Canne Secche e altre;

VISTE in particolare le censure sollevate da parte istante in ordine alla presunta illegittima esclusione disposta a proprio carico in quanto ritenuta sprovvista del requisito di partecipazione così come richiesto dalla stazione appaltante in ordine al possesso della necessaria qualificazione SOA, nella categoria OG3, classifica IV nonché per l'assenza della dichiarazione di avalimento da parte dell'impresa ausiliaria. Inoltre, la società istante in sede di richiesta di riammissione alla procedura *de qua* ha evidenziato di poter soddisfare il requisito richiesto della attestazione SOA per effetto dell'incremento premiale del 20% ex art. 61, d.P.R. 207/2010 e dell'avalimento dichiarato in sede di partecipazione. La suddetta istanza veniva respinta dalla stazione appaltante nel senso di affermare la propria discrezionalità nella definizione della disciplina di gara in ordine alla categoria e classifica necessaria per le prestazioni oggetto dell'affidamento in questione nonché che fosse assente la dichiarazione di avalimento della SOA e che, in ogni caso, l'impresa ausiliaria non fosse in possesso del requisito richiesto.

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21.09.2021;

CONSIDERATO in generale che, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, il contratto di avalimento 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 avalimento. 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 avalimento, 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'avalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto" (art. 89, comma 9) (cfr. Delibera n. 14 del 7.01.2021);

RILEVATO che, nel caso in esame dagli atti di gara risulta che l'esclusione della società istante dalla procedura in oggetto sia stata determinata principalmente dalla inidoneità del contratto di avalimento a soddisfare i requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara, *rectius* assenza della dichiarazione di avalimento da parte dell'ausiliaria nonché comunque dalla carenza del requisito richiesto in capo a quest'ultima; CONSIDERATO che, secondo consolidata giurisprudenza e in base a quanto recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in caso di avalimento 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 avalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avalimento, 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 4 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 principi 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;

RILEVATO che per stessa ammissione della società istante la stessa è in possesso della attestazione SOA nella categoria OG3, classifica III bis e ha dichiarato in sede di partecipazione di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento (cumulativo) al fine di compensare quanto necessario per dimostrare il possesso della classifica IV. Inoltre, la DEPACO S.r.l. rappresenta che, anche a non voler considerare valido il contratto di avvalimento definito con l'impresa ausiliaria, la concorrente sarebbe in ogni caso in possesso del requisito di qualificazione richiesto in base all'incremento premiale del 20% della categoria prevista ex art. 61 del d.P.R. 207/2010 (da euro 1.500.000,00 fino a euro 1.800.000,00) con la specificazione che i restanti euro 15.000,00 avrebbe potuto coprirli mediante ricorso al subappalto;

RILEVATO che, dagli atti e documenti emerge che: 1) la concorrente DEPACO S.r.l. da sola non riesca a soddisfare il requisito di partecipazione richiesto in ordine alla necessaria qualificazione SOA (categoria OG3, class. IV); 2) anche mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento lo stesso non possa essere considerato efficace in assenza della necessaria dichiarazione da parte dell'impresa ausiliaria; 3) anche facendo ricorso all'applicazione della disposizione contenuta nell'art. 61, comma 2 del d.P.R. 207/2010 circa l'incremento di un quinto della propria qualificazione nella categoria prevista per l'esecuzione dei lavori richiesti, per ammissione della stessa DEPACO S.r.l. essa stessa non riuscirebbe a coprire comunque l'importo necessario pari a euro 1.815.370,55 dovendo eventualmente prevedere di ricorrere allo strumento del subappalto per la quota di euro 15.370,55. Peraltro, la suddetta necessità non risulta essere stata manifestata in sede di partecipazione, non avendo l'impresa dichiarato nulla al riguardo;

RITENUTO, quindi che, al fine della partecipazione ad una procedura di selezione per l'affidamento di contratti pubblici, gli operatori economici devono dimostrare di essere in possesso di precisi requisiti, idonei a dimostrare il possesso di capacità adeguate, secondo quanto previsto dal Codice dei Contratti. Questi devono



essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato posto in essere dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 ottobre 2021
Per Il Segretario Valentina Angelucci
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente