



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 246 DEL 2 marzo 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla società Recuperi Industriali S.r.l. – *Affidamento del servizio integrato di igiene urbana* - Importo a base di gara: euro 8.613.684,30 - S.A.: Comune di Itri

PREC 286/15/S

Avvalimento – portata generale – dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa – clausola della *lex specialis* che ne limita l’operatività va interpretata conformemente all’articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006.

L’istituto dell’avvalimento ha una portata generale ed è pertanto applicabile ai requisiti di partecipazione attinenti alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, secondo quanto disposto dall’articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006. Resta, invece, salva l’infungibilità dei requisiti ex articoli 38 e 39 del d.lgs. n. 163/2016, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l’Amministrazione.

Avvalimento - requisiti di capacità economico-finanziaria - contratto di avvalimento - messa a disposizione delle risorse di cui sia carente l’impresa concorrente - necessità di oggetto determinato o determinabile ex art. 1346 c.c.

In un contratto di avvalimento avente ad oggetto la prestazione di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, l’ausiliaria non può limitarsi a dichiarare di prestare, in linea astratta, i requisiti di cui la concorrente sia carente, dovendo assumere un impegno contrattuale in ordine alla messa a disposizione delle risorse necessarie all’esecuzione del contratto in affidamento, specificando quali risorse metterà a disposizione del concorrente. In tal modo, il contratto di avvalimento può ritenersi conforme, oltre che alle norme e ai principi contenuti nella normativa di settore, anche all’articolo 1346 c.c. ai sensi del quale l’oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile a pena di nullità (articolo 1418, comma 2, c.c.).

Articolo 49, d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 147927 del 5 novembre 2015 presentata dalla società Recuperi Industriali S.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe;

VISTA, in particolare, la doglianza sollevata dall’istante in ordine alla presunta illegittimità del bando di gara nella parte in cui limita il ricorso all’istituto dell’avvalimento ai soli requisiti di capacità tecnica indicati nella *lex specialis*;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTE, nello specifico, le clausole del disciplinare di gara che, da un lato, al punto 3.1.4, lettera f), indica quali dichiarazioni devono essere prodotte dagli offerenti che ricorrono all'avvalimento, specificando altresì che lo stesso è ammesso per i requisiti di cui all'articolo 3.2.3. lettera a) del disciplinare medesimo e per il possesso della sistema di qualità ISO 9001:2008 e, dall'altro, nella successiva sezione 3.2.2, elenca i requisiti di ordine speciale di capacità economico-finanziaria e alla sezione 3.2.3 indica dalle lettere a) ad h) i requisiti di capacità tecnico-professionale;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30 dicembre 2015;

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

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006*;

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha precisato di aver pubblicato dei chiarimenti al bando di gara in questione, nei quali è stato specificato che *“in linea generale potrebbe ammettersi l'astratta operatività dell'avvalimento per i richiamati requisiti [i requisiti speciali] ma occorre sul piano pratico che l'impresa concorrente dimostri, in concreto, l'effettiva disponibilità di requisiti che, per le proprie caratteristiche, sono collegati all'intera organizzazione dell'impresa. In questo contesto è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” i requisiti richiesti, quale mero valore astratto, ma assume 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 [...] Le richieste di avvalimento saranno opportunamente valutate in sede di gara”* (risposta al quesito n. 1); ed ancora, *“Si conferma che l'avvalimento è ammissibile in conformità con quanto previsto dalla normativa vigente”* (risposta al quesito n. 13).

CONSIDERATO che è unanime e costante l'orientamento, sostenuto da questa Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'istituto dell'avvalimento ha una portata generale tale da riconoscerne, in linea con quanto disposto dall'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006, l'operatività ai requisiti di partecipazione attinenti alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Resta, invece, salva l'infungibilità dei requisiti ex articoli 38 e 39 del d.lgs. n. 163/2016, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione (*cf.*, in tal senso, *determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 aprile 2015 n. 2191; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 6 novembre 2015 n. 5045*);

CONSIDERATO, altresì, che fermo restando l'ampio ambito di applicazione dell'avvalimento, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e l'effettività della concorrenza secondo i principi di derivazione europea, tale istituto va tuttavia temperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione dei lavori e dei servizi: in tal senso depone quanto prescritto all'articolo 49 in ordine alla documentazione che deve essere prodotta dal concorrente e dall'impresa ausiliaria, atta a dimostrare l'effettiva messa a disposizione dei requisiti. In un contratto di avvalimento, infatti, l'ausiliaria non può limitarsi a dichiarare di prestare, in linea astratta, i requisiti di cui la concorrente sia carente, dovendo assumere un impegno contrattuale in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ordine alla messa a disposizione delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto in affidamento specificando quali risorse metterà a disposizione del concorrente. In tal modo, il contratto di avvalimento può ritenersi conforme, oltre che alle norme e ai principi contenuti nella normativa di settore, anche all'art. 1346 c.c. ai sensi del quale l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile a pena di nullità, ex articolo 1418, comma 2, c.c. (*cf.*, in tal senso, *parere n. 82 del 28 ottobre 2014; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 ottobre 2015 n. 4860*);

RILEVATO che, nel caso di specie, sebbene la *lex specialis* limiti il ricorso all'avvalimento solo ad alcuni requisiti di partecipazione, la stazione appaltante, nell'ambito dei chiarimenti forniti al mercato e pubblicati sul proprio sito, abbia poi specificato che l'avvalimento possa essere utilizzato anche per gli altri requisiti speciali necessari ai fini della partecipazione, ferma restando la dimostrazione dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti prestati;

RITENUTO, pertanto, che tali chiarimenti costituiscano parte integrante della *lex specialis* ed indichino il criterio interpretativo delle specifiche clausole in essa contenute che la stazione appaltante utilizzerà ai fini delle proprie valutazioni;

RITENUTO, altresì, che nell'esercizio del proprio potere la stazione appaltante dovrà pertanto interpretare la clausola del bando oggetto di contestazione in maniera conforme al disposto normativo di cui all'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 e ad ai canoni ermeneutici definiti dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, anche con riferimento all'effettiva disponibilità dei requisiti prestati;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola oggetto di contestazione relativa all'operatività dell'istituto dell'avvalimento debba essere interpretata in maniera conforme al disposto dell'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 ed ai canoni ermeneutici definiti in materia dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2016

Il segretario Maria Esposito