



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 419

DEL 2 maggio 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Mafalda Società Cooperativa sociale -- Appalto per l'individuazione di un soggetto attuatore per la gestione di servizi di accoglienza integrata per i richiedenti e i beneficiari di protezione internazionale e per i titolari del permesso umanitario da inserire nell'ambito del Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) per 50 posti a valere sui finanziamenti di cui al decreto del Ministero dell'Interno del 10 agosto 2016 – triennio 2017-2019 – Importo a base di gara: euro 1.681.470,00 - S.A. Comune di Solopaca (BN)

PREC 56/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 95875 del 27 luglio 2017 presentata da M., e relative memorie, con la quale l'istante, in qualità di seconda classificata nella gara in oggetto, contesta l'aggiudicazione disposta in favore della S., che stipulava un contratto di avvalimento con l'ausiliaria C. per la messa a disposizione dei requisiti del fatturato specifico e dell'esperienza pregressa nel settore di attività della gara. In particolare, l'istante ritiene che nel contratto di avvalimento in parola non figurino alcun obbligo di esecuzione a carico dell'ausiliaria, con conseguente violazione dell'art. 89 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a tenore del quale l'avvalimento delle esperienze professionali pertinenti è ammissibile solo se l'ausiliaria esegue direttamente il servizio stesso. Richiama a tal fine anche una faq pubblicata dal Ministero dell'Interno la quale ammette l'avvalimento per l'esperienza pregressa solamente entro i limiti di cui all'art. 89 citato;

VISTE le memorie della S.A. Provincia di Benevento – Servizio Appalti - prot. 13376 del 12 febbraio 2018 e prot. 14012 del 14 febbraio 2018, con le quali essa rappresenta che con il contratto di avvalimento in parola la ditta ausiliaria si impegna a mettere a disposizione la capacità dei propri operatori professionali, e questi «risultano essere quelli che eseguiranno direttamente i servizi». La S.A. richiama in proposito il contenuto dell'offerta tecnica prodotta dalla S., dal quale rileva che il personale impiegato nel progetto è il personale dell'ausiliaria C. La S.A. ritiene quindi che la diretta e concreta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

esecuzione da parte degli operatori professionali messi a disposizione dall'ausiliaria costituisce adempimento dell'obbligo di esecuzione diretta da parte del soggetto ausiliario; essa riferisce altresì che il contratto è in esecuzione a partire dal 1.9.2017;

VISTA la memoria dell'aggiudicataria S., con la quale essa sottolinea che l'ausiliaria si è obbligata a fornire tutte le proprie risorse aziendali, specificando che esse riguardano : il know how esperienziale; gli strumenti di modulistica gestionale; tutto l'apparato organizzativo e le proprie risorse aziendali e in particolare i responsabili delle aree di progettazione, organizzazione e fattibilità e di supporto consulenziale;

VISTO il contratto di avvalimento, a tenore del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti dei quali è carente il concorrente, a mettere a disposizione tutte le proprie risorse, il proprio apparato organizzativo, il proprio personale, le proprie risorse aziendali per tutta la durata del servizio, e poi specifica che «le risorse oggetto dell'avvalimento messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore dell'impresa concorrente e dichiarate in sede di gara dalla stessa sono le seguenti:

- know how esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara: l'impresa ausiliaria si occuperà, attraverso l'apporto di adeguate figure professionali di coordinamento, di realizzare un percorso di formazione e di accompagnamento professionale di n. 2 h mensili destinato al coordinatore del servizio;
- strumenti e modulistica gestionale facilmente compilabile [...];
- tutto l'apparato organizzativo ed in particolare i responsabili delle seguenti aree:
Progettazione, Organizzazione e Fattibilità - Il responsabile tecnico della progettazione, per l'organizzazione e la fattibilità del servizio in questione;
Supporto Consulenziale - Il supporto consulenziale per consentire la gestione del servizio oggetto dell'appalto in maniera efficace ed efficiente sarà eseguito da un referente della ditta ausiliaria».

VISTI i Pareri n. 1343 del 20 dicembre 2017 e n. 221 del 1 marzo 2017, che richiamano l'art. 89, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 secondo il quale gli operatori economici, con riguardo alle esperienze professionali pertinenti, possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. E pertanto «si deve ritenere che anche l'impegno ad eseguire direttamente i servizi debba essere



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

inequivocabilmente assunto dall'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento. In assenza dell'impegno dell'ausiliaria in tal senso, l'avvalimento non può dirsi validamente costituito, o comunque non è produttivo di effetti, con la conseguenza che l'operatore economico istante risulta privo del requisito di partecipazione. [...] Deve inoltre ritenersi preclusa la possibilità per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio giacché la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda» (pareri cit.);

VISTA la giurisprudenza secondo cui tratto essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, con conseguente obbligo di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutarne l'idoneità rispetto all'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346); «il contratto di avvalimento deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara)» (Cons. Stato, sez. V, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1506; 23 febbraio 2015, n. 864); affinché il contratto di avvalimento non si sostanzi in un adempimento cartolare e fittizio, è necessario che esso consenta ad un'impresa priva della necessaria esperienza di utilizzare le risorse anche intellettuali (direzione lavori, professionisti, maestranze specializzate e quant'altro) che nell'impresa ausiliaria hanno consentito di maturare la necessaria esperienza e che vengano a supportare la gestione dell'appalto dell'impresa priva del requisito» (T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 11 luglio 2017, n. 1746); il contratto di avvalimento che prescinde dalla cessione di manodopera qualificata ai fini del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dalla lex specialis di gara, e non dà contezza della presenza di tale manodopera, appare in parte qua avere un contenuto indeterminabile (T.A.R. Toscana Sez. I, 12 giugno 2017, n. 795);

RITENUTO che, nel caso di specie, il contratto di avvalimento specifica solamente la presenza di un responsabile tecnico della progettazione, per l'organizzazione e la fattibilità del servizio, e di un referente della ditta ausiliaria per il “supporto consulenziale”, ma non reca l'elenco del personale della ditta ausiliaria dedicato specificamente al servizio, nemmeno per qualifiche; il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contratto fa poi riferimento all'apporto di "adeguate figure professionali di coordinamento" e a "un percorso di formazione e di accompagnamento professionale di n. 2 h mensili destinato al coordinatore del servizio".

Nell'offerta tecnica prodotta dalla ditta concorrente sono invece indicate, oltre al responsabile di progetto e al coordinatore, diverse figure professionali con competenze specialistiche: mediatori culturali, amministrativi, responsabile banca dati, assistente sociale, psicologo, operatori dell'integrazione e dell'accoglienza, educatore, operatore legale, figure che avrebbero dovuto essere indicate nel contratto di avvalimento proprio al fine di dimostrare il reale trasferimento, con carattere di esclusività, delle risorse dedicate al servizio per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara.

Il contratto di avvalimento, infatti, 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. Quindi, ai fini della determinazione del contenuto del contratto di avvalimento, non può essere considerata utile altra documentazione versata negli atti di gara e, in particolare, documentazione proveniente dal solo avvalente e non riconducibile all'impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2017 n. 1212). L'apertura della busta dell'offerta tecnica, inoltre, si riferisce come noto a una fase successiva della gara, ed era pertanto inidonea a fornire un principio di prova circa il possesso del requisito stesso. Nel caso di specie, dunque, trattandosi di prestito del requisito dell'esperienza professionale riferita allo specifico servizio oggetto dell'appalto, occorre verificare, in ossequio al dettato dell'art. 89, l'impegno dell'impresa ausiliaria ad eseguire il servizio con le risorse e l'organizzazione aziendale che le avevano consentito di acquisire il requisito esperienziale;

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:

- nel caso di specie, trattandosi di avvalimento del requisito dell'esperienza professionale riferita allo specifico servizio oggetto dell'appalto, occorre verificare, in ossequio al



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- dettato dell'art. 89, l'impegno dell'impresa ausiliaria ad eseguire il servizio con le risorse e l'organizzazione aziendale che le avevano consentito di acquisire il requisito esperienziale;
- il contratto di avvalimento doveva recare l'elenco del personale della ditta ausiliaria dedicato specificamente al servizio in quanto, ai fini della determinazione del contenuto del contratto, non poteva essere considerata utile altra documentazione versata negli atti di gara e, in particolare, documentazione proveniente dal solo avvalente e non riconducibile all'impresa ausiliaria.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2018

Il segretario Valentina Angelucci