

Parere n.82 del 28/10/2014

PREC 111/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Eurofor S.r.l. – Procedura aperta finalizzata alla stipula di un accordo quadro ex art. 59, comma 4, d.lgs. 163/26 per la fornitura di dispositivi di protezione individuale per attività forestali – Importo a base di gara: euro 373.250,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Ente Foreste della Sardegna – Direzione Generale – Servizio Tecnico

Contratto di avvalimento. Art. 49, d.lgs. 163/2006. Art. 88, comma 1, d.p.r. 207/2010.

In un contratto di avvalimento avente ad oggetto la prestazione di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, 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'art. 1346 c.c. ai sensi del quale l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile a pena di nullità (art. 1418, comma 2, c.c.).

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere del 23 aprile 2014 la Eurofor S.r.l. chiede se sia legittimo il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti dall'Ente Foreste della Sardegna nell'ambito della procedura aperta finalizzata alla stipula di un accordo quadro ex art. 59, comma 4, d.lgs. 163/26 per la fornitura di dispositivi di protezione individuale per attività forestali.

Il provvedimento di esclusione del 31 marzo 2014 è stato adottato in quanto la ditta ha presentato un contratto di avvalimento ritenuto con oggetto non determinato o determinabile. Inoltre, il requisito di capacità tecnica non sarebbe stato dimostrato dall'impresa ausiliaria, la quale ha indicato forniture analoghe effettuate nel 2010 senza specificare la data.

Con riferimento ai requisiti speciali di partecipazione alla procedura richiesti dalla *lex specialis* di gara, l'art. 7, lett. b) del disciplinare di gara prescrive in ordine alla richiesta capacità economico-finanziaria: «Le imprese partecipanti alla gara dovranno presentare dichiarazione sostitutiva in conformità al D.P.R. 445/2000 in cui dichiarano di aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2012, 2011, 2010): - un fatturato globale di impresa di ammontare almeno corrispondente a 1,5 volte dell'importo posto a base di gara del lotto per cui si partecipa; - un importo relativo a forniture del settore oggetto della gara pari o superiore all'importo a base di gara. Per quanto riguarda il fatturato specifico (importo relativo a forniture del settore oggetto della gara), si precisa che il partecipante dovrà dichiarare di aver effettuato forniture nel settore dei dispositivi di protezione individuale, ricomprendente qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore per proteggerne la salute e la sicurezza durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo». Con riferimento alla capacità tecnica richiesta, l'art. 7, lett. c) del disciplinare di gara prescrive: «Al fine della verifica del possesso dei requisiti di capacità tecnica, i concorrenti dovranno presentare dichiarazione sostitutiva in conformità al D.P.R. 445/2000 in cui dichiarano di aver eseguito, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, forniture analoghe a quelle oggetto dell'appalto, le quali complessivamente dovranno essere di ammontare pari o superiore all'importo posto a base di gara. Tale dichiarazione (...) dovrà contenere altresì l'elenco delle principali forniture analoghe eseguite con indicazione dell'oggetto, degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle stesse».

Il contratto di appalto oggetto dell'affidamento in gara prevede come prestazione contrattuale la fornitura di dispositivi di protezione individuale per attività forestali costituita da 2 lotti rispetto ai quali l'impresa aggiudicataria assume l'impegno di evadere gli ordinativi di fornitura che successivamente saranno richiesti entro il limite massimo di importo previsto dagli atti di gara ed entro il periodo di validità dell'accordo quadro concluso.

Il procedimento è stato avviato in data 29 aprile 2014.

La stazione appaltante ha riscontrato la comunicazione di avvio del procedimento con nota del 9 maggio 2014.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto, la Eurofor S.r.l. domanda se sia legittimo il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti e motivato in ragione della presentazione di un contratto di avvalimento ritenuto con oggetto indeterminato e indeterminabile, non essendo state indicate le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico conformemente alle previsioni di cui all'art. 88, d.p.r. 207/2010, e in ragione della mancata dimostrazione, in capo all'ausiliaria, del requisito di capacità tecnica risultando indicate forniture analoghe effettuate nel 2010 senza specificazione di una data di riferimento.

Con il contratto di avvalimento trasmesso ai fini della partecipazione alla procedura, l'impresa concorrente ha dichiarato di avvalersi dei requisiti speciali di partecipazione in possesso dell'ausiliaria.

L'ente aggiudicatore, nel provvedimento di esclusione, lamenta il «generico riferimento ai requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica che vengono messi a disposizione del concorrente senza dimostrare l'effettivo dispiegarsi degli stessi». Con riferimento all'avvalimento di garanzia, dove l'impresa ausiliaria mette a disposizione, in favore dell'ausiliata, la propria solidità economica e finanziaria, il provvedimento motiva l'esclusione indicando che tale solidità può essere ammessa «solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari» cosicché «la messa a disposizione di requisiti soggettivi e astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara». Inoltre, con riferimento al requisito di capacità tecnica, l'ente aggiudicatore non lo ritiene comprovato alla luce del contratto di avvalimento, ove si è fatto riferimento generico all'annualità 2010 senza indicare specificamente il periodo delle forniture come invece si sarebbe dovuto fare, visto che il bando era stato pubblicato in data 29.11.2013 e si sarebbe dovuto dimostrare il requisito con riferimento al triennio in considerazione, dato dal periodo 29.11.2013-29.11.2010.

Per rispondere alla richiesta di parere occorre esaminare il contenuto del contratto di avvalimento sottoscritto tra le parti e trasmesso alla stazione appaltante.

Il contratto di avvalimento prevede che l'impresa ausiliaria «si impegna a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata i mezzi e risorse di cui quest'ultima è carente, sottoelencati in modo determinato e specifico: - un volume di fatturato specifico, negli ultimi tre anni 2010-2011-2012, per forniture del settore oggetto della gara di importo superiore all'importo a base di gara pari a € 418.064,52 – di avere svolto negli ultimi tre anni le seguenti forniture analoghe all'oggetto dell'appalto, per un ammontare complessivo superiore all'importo a base di gara: (...)».

L'impegno contrattuale, così come assunto dall'impresa ausiliaria e limitato al richiamo al possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui l'impresa concorrente è carente, appare inidoneo a conferire validità al contratto di avvalimento in esame.

Il contratto che le parti hanno sottoscritto avrebbe dovuto indicare la prestazione contrattuale prevista a carico dell'ausiliaria tale da giustificare la capacità di esecuzione del contratto oggetto dell'appalto in affidamento e la conseguente assunzione di responsabilità solidale con l'impresa concorrente *ex art. 49, comma 4, del Codice* nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, non potendosi riconoscere valore contrattuale al mero impegno di mettere a disposizione “requisiti” di partecipazione collegati al fatturato maturato negli anni

antecedenti la pubblicazione del bando e all'esperienza pregressa.

Infatti, la disciplina dettata all'art. 49 del d.lgs. 163/2006 non si limita a richiamare l'avvalimento dei requisiti speciali di partecipazione, ma prescrive la necessità che l'impresa ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'impresa concorrente le risorse necessarie all'esecuzione del contratto. In tal senso si esprime l'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti pubblici che prescrive che il concorrente allegghi, ai fini dell'avvalimento: «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» (lett. d); «in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto» (lett. f). Ancora, l'art. 88, comma 1, d.p.r. 207/2010 prescrive che «Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro elemento ai fini dell'avvalimento». Trattasi di norma regolamentare che, pur essendo collocata all'interno della disciplina della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, è ritenuta espressione di principi immanenti nel sistema che trovano applicazione anche per la qualificazione negli appalti di servizi e forniture (Cons. Stato, Sez. V, 6.08.2012, n. 4510).

L'orientamento espresso appare in linea con la più recente giurisprudenza amministrativa espressasi sul tema. Il Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza 22 gennaio 2014, n. 294 ha espresso le seguenti valutazioni in merito ad una fattispecie concreta analoga a quella oggetto di esame: «il dato testuale desumibile dall'art. 49, codice appalti, avvalora l'interpretazione secondo cui è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. III, 03/09/2013, n. 4386; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310) [...] Ergo, è da escludere che oggetto di avvalimento sia una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestatati». In tema di avvalimento di garanzia, cui la fattispecie in esame può in parte ricondursi, il Consiglio di Stato, nella sentenza citata, ha rilevato: «Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi (Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; cfr. anche V, n.4510 del 6 agosto 2012)».

Pertanto, in un contratto di avvalimento come quello in esame, l'ausiliaria non può limitarsi a dichiarare di prestare, in linea astratta, i requisiti speciali di partecipazione di cui è carente l'impresa concorrente, essendo invece tenuta ad assumere un impegno contrattuale in ordine alla messa a disposizione delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto in affidamento specificando, altresì, quali risorse si impegna a mettere a disposizione. 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 (art. 1418, comma 2, c.c.).

Nel caso di specie, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti speciali relativi alla capacità economico-finanziaria e all'esperienza pregressa, in

assenza dell'assunzione di un impegno contrattuale in ordine alla prestazione delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto, con specificazione degli eventuali fattori della produzione, risorse umane, organizzative, tecnologiche e/o di altro genere messi a disposizione della concorrente ausiliaria, non appare idonea a conferire determinabilità all'oggetto del contratto di avvalimento in esame, che si ritiene, conseguentemente, nullo.

Da ultimo, con riferimento alla contestata mancata dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica in capo all'ausiliaria per aver indicato genericamente forniture analoghe effettuate nel 2010 senza specificazione di una data di riferimento che, ad avviso dell'ente aggiudicatore, deve ritenersi riferita ai tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di gara sulla GURI, sul punto si ritiene di dover evidenziare, invece, l'oggettiva ambiguità del disciplinare di gara e del modulo allegato che richiedono ai concorrenti di dichiarare di avere svolto negli ultimi tre anni forniture analoghe senza far riferimento ad alcuna data o periodo specifici.

In conclusione, ritenuto quanto sopra esposto esaustivo rispetto a quanto richiesto in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia legittimo il provvedimento di esclusione adottato dall'ente aggiudicatore nella parte in cui ha ritenuto che il contratto di avvalimento trasmesso in sede di partecipazione alla procedura sia ad oggetto non determinato o determinabile.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2014
Il Segretario Maria Esposito