DELIBERA N. 578 DEL 26 giugno 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. Sanaco s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di verifica, manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria e certificazione delle cappe di aspirazione (chimiche, biologiche e a flusso laminare) e degli armadi aspirati presenti negli edifici in uso a qualsiasi titolo all'Università degli Studi di Milano-Bicocca - Importo a base di gara: euro 694.744,00 - S.A.: Università degli Studi di Milano - Bicocca

PREC 91/19/S

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 40037 del 17 maggio 2019 con cui la Soc. Sanaco s.r.l., nel contestare l'esclusione dalla gara in oggetto, ha chiesto che sia affermato l'obbligo della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio in favore dell'operatore economico che abbia depositato un contratto di avvalimento che – in difetto di specifica richiesta della documentazione di gara – ometta di riportare il costo o la diversa utilità economica dell'ausiliaria;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. 48209 del 14 giugno 2019 e le memorie e i documenti pervenuti;

VISTO che l'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che consente all'operatore economico, privo dei requisiti necessari per la partecipazione ad una gara, di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri operatori economici;

VISTO che la finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto deve essere bilanciata con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile e che, in tal senso, il legislatore ha previsto una serie di cautele e di adempimenti cui sono tenute le ditte ausiliata ed ausiliaria: ci si riferisce, in particolare, alla previsione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, alla presentazione della dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui 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, alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria circa il possesso dei requisiti generali e dei requisiti tecnici oggetto di avvalimento e all'allegazione del contratto di avvalimento che riporti in maniera specifica i requisiti e le risorse messe a disposizione;

VISTO che la l'Autorità, nel definire l'avvalimento come il contratto con cui un operatore economico mette a disposizione di un altro i requisiti necessari per partecipare ad una procedura di evidenza pubblica "in cambio di un corrispettivo in denaro oppure di altra utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale" (cfr. art. 1 del documento di consultazione recante "Proposta al Ministero

delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento", correttamente richiamato dalla stazione appaltante) aderisce alla tesi della natura onerosa del contratto;

CONSIDERATO che è solo riconoscendo la natura onerosa al contratto di avvalimento che può, infatti, ritenersi giustificata in seno all'ordinamento l'operazione per il tramite della quale l'ausiliaria, soggetto economico potenzialmente in grado di partecipare alla gara, mette a disposizione dell'ausiliata i requisiti di cui è carente, così procurando a quest'ultima la possibilità di partecipare alla gara e, se aggiudicataria, di acquisire un *curriculum* di esperienza spendibile in future gare in quel mercato; inoltre, trattandosi di contratti stipulati tra operatori economici che perseguono lo scopo di lucro è difficilmente ipotizzabile l'assenza di un carattere di onerosità del negozio in questione, trattandosi, in ogni caso, di rapporti di impresa (cfr. C.G.A.R.S., ordinanza 19 febbraio 2016, n. 497; conferma tale natura anche Cons. St., Ad. Plen. n. 23/2016)

RILEVATO pertanto, che accedendo alla nozione di causa in concreto – intesa quale scopo pratico del contratto, sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, a prescindere dal modello negoziale utilizzato – non può essere accolta la tesi della natura gratuita del contratto, dovendo viceversa emergere dal testo della pattuizione il corrispettivo o l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha spinto l'ausiliaria a mettere a disposizione i mezzi di cui l'ausiliata è carente e ciò anche ai fini del controllo sulla meritevolezza degli interessi, che il codice espressamente prevede all'art. 1322, comma 2, c.c.;

VISTO che appare inconferente rispetto alla questione di diritto sollevata dall'istante la presunta irrilevanza per la stazione appaltante dei rapporti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale avvalso, in quanto altro è la natura giuridica dei legami tra le imprese, dal quale lo stesso art. 89 del d.lgs. 50/2016 consente di prescindere, altro è il regolamento di interessi che il contratto di avvalimento intende regolare e rispetto al quale, proprio in ragione delle guarentigie poste a presidio della corretta esecuzione della commessa pubblica, la stazione appaltante è tenuta a valutare la sussistenza di tutti gli elementi essenziali, anche al fine di scongiurare il rischio dei cd. "avvalifici" (cfr. C.G.A.R.S., sent. 21 gennaio 2015, n. 35);

CONSIDERATO peraltro, che se è vero, come afferma l'istante, che l'avvalimento è un contratto atipico assimilabile al contratto di mandato e che, in tale contesto, risulterebbe irrilevante, come afferma l'istante, la pattuizione di un compenso, è altresì vero che l'avvalimento presenta anche tratti tipici del contratto di affitto di azienda e del subappalto, per loro natura onerosi;

RILEVATO pertanto che l'assenza nel contratto di avvalimento del corrispettivo o dell'utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale conseguita dall'ausiliaria rende nullo il contratto per mancanza di uno degli elementi essenziali, ovvero della causa in concreto;

VISTO che, in più occasioni, l'Autorità (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/201749; Pareri di Precontenzioso n. 1332, n. 1333 e n. 1334 del 20/12/2017) e la stessa giurisprudenza (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 30/03/2017, n. 1456; Cons. di Stato, sez. III, 29/01/2016, n. 346 e 22/01/2014, n. 294; TAR Liguria, sez. II, 02/12/2016, n. 1201; TAR Campania – Napoli, sez. VIII, 29/09/2016, n. 4484; TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 12/04/2016, n. 706; TAR Toscana, sez. I, 15/07/2016, n. 1197), in adesione al principio per cui l'istituto del soccorso istruttorio non può essere utilizzato, a pena della violazione della *par condicio*, per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell'offerta, hanno ritenuto non attivabile il subprocedimento del soccorso istruttorio per colmare le lacune del contratto di avvalimento;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara della Soc. Sanaco s.r.l. e non attivabile il soccorso istruttorio per sanare le lacune del contratto di avvalimento che non indichi il costo o la diversa utilità economica dell'ausiliaria.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 luglio 2019
Il segretario Maria Esposito