



DELIBERA N. 419

14 settembre 2022.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da M.G.M. S.r.l. Costruzioni e Comune di Castiadas – Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per l’affidamento dei lavori denominati “realizzazione di interventi per la manutenzione ordinaria dei corsi di acqua di competenza degli enti locali D.G.R. n. 38/15 del 26/09/2019. Piano della manutenzione degli alvei e gestione dei sedimenti a Scala di Bacino nel Comune di Castiadas” – Importo a base di gara: Euro 241.001,15 - S.A.: Comune di Castiadas.

PREC 107/2022/L

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 83, 89.

Parole chiave

Requisiti di idoneità professionale, dichiarazione di avvalimento.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di idoneità professionale – Iscrizione alla Camera di Commercio – Oggetto dell’appalto – Coerenza – Necessità.

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di capacità tecnico-organizzativa – Attestazione SOA – Avvalimento – Dichiarazione di impegno – Oggetto – Specificazione delle risorse messe a disposizione dell’impresa ausiliata – Necessità.

La dimostrazione dell’iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività oggetto dell’affidamento vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente



referibile al servizio da svolgere e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti.

Ferma restando la diversità, per natura, contenuto e finalità della dichiarazione unilaterale d'impegno dell'impresa ausiliaria e del contratto di avvalimento, è legittima l'ammissione in gara di un operatore che, in caso di avvalimento di un'attestazione SOA, ha prodotto sia la dichiarazione di impegno che il contratto di avvalimento, ma che ha specificato in modo più analitico, all'interno del contratto, le risorse che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere la qualificazione e che sono messe a disposizione dell'ausiliata.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 14 settembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 56083 del 7 luglio 2022, con la quale è stato chiesto all'Autorità di pronunciarsi in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione della gara all'impresa Manca Franco Antonio, che sarebbe viziata a causa dell'asserita illegittima ammissione di altro operatore (Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s.) in quanto privo dei requisiti di partecipazione;

RILEVATO che la Società M.G.M. S.r.l. Costruzioni ha rappresentato che la mancata ammissione di tale operatore avrebbe comportato l'aggiudicazione della gara in suo favore, in quanto la SA non avrebbe dovuto calcolare la soglia di anomalia ai fini dell'esclusione automatica delle offerte, riducendosi a quattro il numero di concorrenti ammessi. La Società ha, quindi, rivolto all'Autorità tre quesiti: *i)* se la Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. doveva essere esclusa per carenza del requisito di idoneità professionale di cui all'art. 7 della lettera di invito, risultando iscritta nella C.C.I.A.A. per un'attività asseritamente diversa da quella oggetto dell'appalto; *ii)* se la concorrente Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. doveva essere esclusa per carenza del requisito dell'attestazione SOA nella categoria OG8, in quanto, ai fini del soddisfacimento del requisito, non avrebbe validamente ricorso all'avvalimento; *iii)* se, per effetto della mancata ammissione alla gara della Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s., riducendoci a quattro il numero dei concorrenti ammessi, la Stazione appaltante non deve procedere al calcolo della soglia di anomalia, aggiudicando la gara direttamente a M.G.M. S.r.l.s. Costruzioni che ha offerto il maggior ribasso;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 59103 del 18 luglio 2022;

VISTA la documentazione in atti, le memorie presentate dalle parti e la documentazione integrativa presentata in data 5 agosto 2022, in riscontro alla richiesta istruttoria dell'Autorità;

CONSIDERATO, preliminarmente, che la Stazione appaltante (con memoria acquisita al prot. n. 60400 del 22 luglio 2022, nonché con nota prot. n. 7125 del 5 agosto 2022) ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza presentata da M.G.M. come "congiunta", in quanto il modulo informatico sarebbe stato predisposto e sottoscritto solo da tale Società e trasmesso autonomamente all'Autorità, senza la preventiva acquisizione della sottoscrizione digitale da parte del legale rappresentante del Comune. La SA ha altresì contestato nel merito le doglianze dell'istanze, chiedendone il totale rigetto;



RITENUTO che, ai sensi degli artt. 4 e 5 del Regolamento di precontenzioso, l'istanza *de qua* vada considerata come singola, in quanto reca la firma digitale solo dell'Amministratore unico e legale rappresentante della società M.G.M. e la SA non ha presentato modulo di adesione al procedimento entro il termine regolamentare di 10 giorni dalla comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza; peraltro, l'istanza non riporta la rappresentazione della posizione della SA. Invero, sebbene appaia contraddittoria la condotta della SA che, prima ha chiesto alla Società di presentare un'istanza congiunta all'ANAC (a ridosso della scadenza del termine per proporre ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione), poi non ha sottoscritto il modulo predisposto dalla Società, si ritiene che vada trattata come istanza singola (con la conseguenza che il parere reso è da intendersi non vincolante) quella in cui solo una parte ha espresso la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere richiesto;

RITENUTO, sotto altro profilo, che l'istanza (trattata come singola), diversamente da quanto eccepito dalla SA e dalla controinteressata, sia tempestiva e ammissibile. È stata, infatti, presentata l'ultimo giorno utile per la contestazione del provvedimento di aggiudicazione, mentre la circostanza che la Stazione appaltante non abbia sottoscritto il modulo congiunto e non abbia presentato adesione postuma al procedimento non incide sulla sua ammissibilità e procedibilità, ma inibisce al parere reso all'esito del medesimo procedimento di produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti delle parti interessate;

RILEVATO, nel merito, che l'Autorità è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'ammissione alla gara di un operatore (Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s.), la cui sussistenza in graduatoria ha inciso sul calcolo della soglia di anomalia e sulla conseguente applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte;

CONSIDERATO, con riferimento alla prima questione sollevata da M.G.M. che, ai sensi dell'art. 83, comma 3, del Codice " *i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali*". Nel caso di specie, l'art. 7 della lettera di invito individua come requisito di idoneità professionale il possesso dell'iscrizione nel registro della C.C.I.A.A. " *per l'attività oggetto dell'appalto*" ascrivibile alla realizzazione di interventi di manutenzione ordinaria di corsi d'acqua. L'art. 7 del Disciplinare di gara precisa che " *Con la Domanda di partecipazione dovranno inoltre essere rese le dichiarazioni di seguito dettagliate: (...) 2) Iscrizione Registri. Dichiarazione in ordine alla iscrizione dell'operatore economico presso il Registro delle Imprese della Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Agricoltura, competente per territorio, precisando gli estremi di iscrizione (numero e data), l'attività per la quale l'operatore economico è iscritto, che deve corrispondere a quella oggetto del presente appalto, la forma giuridica*";

CONSIDERATO che, per pacifica giurisprudenza e per l'Autorità, la dimostrazione dell'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività (oggetto dell'affidamento) vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti (cfr. *ex multis* Delibera Anac n. 80 del 16 febbraio 2022; Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2022, n. 4474). È stato, infatti, precisato che la funzione della prescrizione della *lex specialis* della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio è finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto; " *quando tale prescrizione si specifica nel senso che occorre dimostrare l'iscrizione per una definita attività (oggetto dell'affidamento), ciò significa che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi*



il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere" (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 18 gennaio 2021, n. 508). Il che esclude la possibilità di prendere in considerazione imprese la cui attività non sia stata ancora attivata, come, peraltro, evidenziato da una giurisprudenza altrettanto uniforme che avverte, altresì, che ai fini in discussione non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, il quale esprime solo la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - invero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe in astratto operare, e che, così facendo, indica degli ambiti operativi che devono reputarsi non rilevanti ove non effettivamente attivati (cfr. Cons. di Giust. Amm., 26 marzo 2020, n. 213; Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2176; VI, 15 maggio 2015, n. 2486; III, 28 dicembre 2011, n. 6968; VI, 20 aprile 2009, n. 2380; V, 19 febbraio 2003, n. 925)' (Cons. Stato, n. 4474/2022 cit.);

RILEVATO che, nel caso di specie, dalla visura camerale della Cannoni Scavi e Costruzioni risulta che la società è di recente costituzione e che l'attività prevalente esercitata è quella di *"preparazione del cantiere edile e sistemazione del terreno"*. Dalla medesima visura si evince che nel proprio oggetto sociale rientrano anche *"scavi e movimento terra, scavi archeologici, opere d'arte nel sottosuolo, estrazione di pietra e lapidei, demolizioni civili e industriali, fornitura materiali inerti, opere murarie, opere speciali in cemento armato, pavimentazioni e sovrastrutture speciali, coperture speciali; - il trasporto di materiali di risulta e materiali edill" nonché "rilevati aereoportuali, rilevati ferroviari, di ponti e viadotti, segnaletica stradale, barriere e protezioni, acquedotti, fognature, gasdotti, oleodotti; - opere di irrigazione, dighe, opere fluviali di difesa e di sistemazione idrica e bonifica, opere marittime e lavori di dragaggio, opere di impermeabilizzazione"*;

CONSIDERATO che dall'elaborato di progetto predisposto dalla SA si evince che tra i lavori oggetto dell'appalto vi rientrano anche opere di scavo e movimenti a terra, di demolizione e ripristino attraversamenti e viabilità, oltre che protezioni spondali e corazzamento del fondo alveo. Pertanto, la valutazione effettuata dalla SA, in relazione alla "coerenza" dell'attività concretamente esercitata dall'impresa rispetto alle prestazioni oggetto di affidamento, è esente da censure, avendo quest'ultima rilevato che *"le capacità professionali minimali occorrenti per l'accesso alla gara finalizzata alla realizzazione delle opere in oggetto, devono ritenersi possedute da chi è concretamente idoneo alla realizzazione di scavi e movimento terra"*;

RITENUTO che la presente fattispecie differisce da quella oggetto della Delibera Anac n. 80/2022, nella quale sia le attività concretamente esercitate da un'impresa esclusa che quelle descritte nell'oggetto sociale (lavori stradali e pavimentazioni speciali) non presentavano alcuna coerenza o corrispondenza contenutistica con le prestazioni richieste dalla *lex specialis* di gara (manutenzione delle opere a verde);

CONSIDERATO, con riferimento alla seconda questione, che, secondo l'istante, la Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. doveva essere esclusa dalla gara in quanto priva dell'attestazione SOA nella categoria OG8 – cl. I, atteso che la dichiarazione di avalimento - presentata per supplire alla carenza in proprio di tale requisito - sarebbe carente della specificazione delle risorse concrete che l'impresa ausiliaria si obbligava a mettere a disposizione della stazione appaltante ai fini dell'esecuzione del contratto;

VISTA la documentazione in atti, da cui risulta che la Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. ha dichiarato di volere ricorrere all'avalimento dell'attestazione SOA nei confronti dell'impresa F.Ili Deidda S.n.c. A tal fine, in sede di gara, la concorrente ha presentato la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria, nella quale quest'ultima ha *inter alia* dichiarato *"di possedere i requisiti tecnici e le risorse oggetto di avalimento e di obbligarsi nei confronti dell'operatore economico Cannoni Scavi E Costruzioni S.R.L.S."*



concorrente all'appalto indicato in oggetto e di questa Stazione Appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente medesimo e precisamente: Attestazione Soa OG8 I'. Sempre in sede di gara è stato presentato il contratto di avvalimento stipulato tra le due società, nel quale si riporta testualmente che: "l'Impresa Ausiliaria, sottoscrive il presente contratto di Avvalimento in originale e si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie all'Impresa Avvalente per l'intera durata del contratto d'appalto; le parti peraltro prevedono espressamente che, in caso di proroga dello stesso contratto, l'obbligo permarrà fino all'effettiva esecuzione delle opere", "che l'Impresa Ausiliaria, (...) dichiara di disporre di idonei requisiti e capacità tecniche nel settore dei lavori pubblici ed idonea Attestazione di Qualificazione SOA - di cui è carente l'Impresa Avvalente - in corso di validità quinquennale n. 60960/10/00 rilasciata dalla Società CQOP SOA Spa in data 05/07/202021 per le seguenti categorie: categorie: OG1 classifica III BIS - OG3 classifica III BIS - OG6 classifica II - OG8 classifica II - OG11 classifica I" (cfr. premesse); "L'Impresa Ausiliaria con il presente contratto: mette a disposizione in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta e per tutta la durata dell'appalto, i propri requisiti di carattere tecnico economico-finanziario, mezzi, attrezzature, risorse materiali e immateriali: a. know how tecnologico e commerciale, a mezzo dei propri direttori tecnici e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; b. il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro quali: 1 Operai Qualificati, 2 Operai Comuni, 1 Addetto alla Qualità Aziendale e alla Sicurezza in cantiere (dietro compenso da pattuirsi con documento a parte); c. Le seguenti risorse materiali, mezzi e attrezzature: N° 1 Terna Gommata NH LB115 TARGA AFL845 - Gruppo Elettrogeno - Attrezzatura varia da cantiere; d. la certificazione SOA, ai fini della partecipazione alla gara di cui alle premesse" (art. 2);

VISTO l'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, secondo il quale "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";

CONSIDERATO che secondo costante giurisprudenza, nonché secondo il tenore letterale della richiamata disposizione, tale dichiarazione costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento per natura, contenuto e finalità. In particolare, è stato chiarito in ordine alla distinzione fra i diversi atti che essa "trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, V, 1° agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012) (Cons. Stato, n. 6551 del 2018, cit.; cfr. un passaggio in tal senso anche in Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23; Id., V, 21 maggio 2020, n. 3209; cfr. anche Id., V, 4 giugno 2020, n. 3506)" (Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5497; sulla distinzione tra i due atti cfr. Delibera Anac n. 121 del 10 febbraio 2021);

CONSIDERATO che la richiamata giurisprudenza ha altresì precisato che "la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della



stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte' (Cons. Stato, n. 5497/2022 cit.). È, pertanto, ammissibile, ai fini del valido ricorso all'istituto dell'avvalimento, secondo il Consiglio di Stato, che i contenuti della dichiarazione di impegno unilaterale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante siano riportati all'interno del contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico alla stazione appaltante;

CONSIDERATO, inoltre, che laddove l'avvalimento abbia ad oggetto l'attestazione SOA, è necessario che la messa a disposizione del requisito non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (ossia l'astratta attestazione), ma è necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, come mezzi, personale e altri elementi aziendali (cfr. *ex multis* Delibera Anac n. 14 del 7 gennaio 2021; Cons. Stato, Ad. Plen. 16 ottobre 2020, n. 22; Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2021, n.8486; TAR Sicilia – Catania, 18 maggio 2022, n. 1364);

RITENUTO che, nel caso di specie, i richiamati principi siano stati rispettati dalla controinteressata Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. Nel caso di specie, sebbene la dichiarazione d'impegno faccia riferimento solo al prestito dell'attestazione SOA, è dirimente la circostanza che l'art. 2 del contratto di avvalimento specifica le risorse che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata in modo "*pieno ed incondizionato*" per tutta la durata dell'appalto, in particolare, oltre all'attestazione SOA della categoria OG8 – classifica I, "*il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro quali: 1 Operai Qualificati, 2 Operai Comuni, 1 Addetto alla Qualità Aziendale e alla Sicurezza in cantiere (dietro compenso da pattuirsi con documento a parte)*" e "*le seguenti risorse materiali, mezzi e attrezzature: N° 1 Terna Gommata NH LB115 TARGA AFL845 – Gruppo Elettrogeno - Attrezzatura varia da cantiere*". Ferma restando la diversità, per natura, contenuto e finalità della dichiarazione unilaterale d'impegno (atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante) e del contratto di avvalimento (atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria), nel caso di specie rileva sia la produzione di entrambi i documenti da parte della concorrente sia la specificazione più analitica, all'interno del contratto, delle risorse che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere la qualificazione e che sono messe a disposizione ai fini dell'eventuale esecuzione dell'appalto;

RILEVATO, peraltro, che la giurisprudenza citata dall'istante non è pertinente con il caso in esame, in quanto non si è in presenza né di una ipotesi di assenza della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria né di un caso di indeterminatezza o genericità dell'oggetto dell'avvalimento;

RILEVATO, inoltre, che il contratto di avvalimento prodotto dalla SA (diversamente da quanto sostenuto dall'istante) risulta sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria (Sig. Alberto Deidda);

RITENUTO, infine, che dall'infondatezza dei due motivi rivolti all'esclusione della Cannoni Scavi e Costruzioni S.r.l.s. discenda l'inammissibilità del terzo quesito sollevato dall'istante, relativo al ricalcolo della soglia di anomalia.

Il Consiglio

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



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci