Avvalimento e soccorso istruttorio, il vademecum dell'ANAC

4 Giugno 2018

L'Autorità nazionale anticorruzione, Anac, ha pubblicato una guida ragionata redatta come ausilio a professionisti, imprese e Stazioni Appaltanti sulle possibili cause di esclusione dalle gare.

Il documento, di seguito analizzato nei principali aspetti, offre in particolare una rappresentazione del percorso interpretativo della disciplina in materia di avvalimento e soccorso istruttorio.

A. AVVALIMENTO

1. Contratto di avvalimento

L'Anac spiega anzitutto 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.

Tra i profili di maggiore rilevanza relativi all'istituto, vi è il contratto di avvalimento, con riferimento al quale è stato ritenuto che:

1. **la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante:**
   non può in alcun modo essere equiparata al contratto di avvalimento;
   deve specificamente indicare i requisiti tecnici e le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria;
2. **i requisiti prestati:**
   devono essere specificatamente indicati, oppure essere quantomeno determinabili;
   devono essere effettivamente messi a disposizione dell'ausiliaria, non essendo sufficiente un impegno meramente;
3. **il contratto di avvalimento:**
   comporta la piena responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria in relazione a tutte le prestazioni contrattuali, restando il riparto di responsabilità questione interna;
   non deve contenere condizioni di tipo meramente potestativo.

2. Possesso dei requisiti di carattere generale da parte dell'impresa ausiliaria

L'ausiliaria deve possedere i requisiti di ordine generale e speciale dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Tra le cause di esclusione, rilevano sicuramente nei confronti dell'impresa ausiliaria la **grave irregolarità fiscale** definitivamente accertata di cui all'art. 80, co. 4 del Codice e l'**illecito professionale** di cui all'art. 80, co. 5, lett. "c" del Codice.

La lettura data dalla raccolta al cd. "**avvalimento permanente**" o "stabile" non appare pienamente condivisibile, in quanto poco chiara. Viene infatti stabilita l'applicabilità di tale forma di qualificazione SOA "quantomeno" ai bandi pubblicati in data anteriore all'entrata in vigore del correttivo (nel parere n. 832 del 27/07/2017, citato nel documento, non è presente tale precisazione). Diventa pertanto auspicabile una più chiara specifica indicazione in merito, pena l'insorgere di contenzioso.

3. Requisiti di carattere speciale oggetto del contratto di avvalimento

Con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice, l'Autorità ha stabilito che:

· non può formare oggetto di avvalimentoil requisito richiesto dalle l'**iscrizione a specifici albi**,

perché strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico;

· **è ammissibile l'avvalimento della certificazione di qualità** a condizione che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale;

· il c.d. "**avvalimento di garanzia**" – che si sostanzia nel prestito di strumenti immateriali come il fatturato e il bilancio – deve esplicarsi in un impegno dell'avvalsa a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario nonché a vincolarsi finanziariamente nei confronti della stazione appaltante;

· è sufficiente **l'intestazione della garanzia fideiussoria alla ditta principale** in quanto l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto.

4. Limitazioni dell'ambito applicativo dell'istituto

L'Autorità chiarisce che l'avvalimento di requisiti rappresentati da '**esperienze professionali pertinenti**' è condizionato all'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste e non può riguardare lavorazioni dichiarate '**compiti essenziali**', riservate all'esecuzione dell'offerente.

La stazione appaltante deve fornire adeguata motivazione (delibera o determina a contrarre oppure nel bando) del **divieto per il ricorso all'avvalimento "frazionato"**, ovvero ripartito tra più imprese ausiliarie, previsto qualora l'appalto presenti peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più.

Il divieto di **avvalimento delle SIOS** va ritenuto applicabile unicamente alle categorie superspecialistiche di importo superiore al 10%.

5. Sostituzione dell'impresa ausiliaria

È legittima, per ANAC, la sostituzione dell'impresa ausiliaria tra aggiudicazione e riapertura con scorrimento della graduatoria.

6. Rapporto tra avvalimento, consorzio stabile e RTI

Per ANAC, lo specifico **modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile** consente di ritenere i mezzi prestati all'ausiliata delle imprese consorziate un caso non rientrante nel cd. '*avvalimento a cascata*' o di qualificare il rapporto tra consorzio o consorziato come un avvalimento in senso tecnico.

Il raggruppamento di imprese, inteso quale unione di soggetti distinti, deve soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono.

B. SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'Autorità riafferma che, con il soccorso istruttorio, **si premia l'aspetto sostanziale** dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara, **rispetto alla forma**, ossia alla correttezza documentale delle dichiarazioni rese.

La possibilità di sanatoria degli elementi o delle dichiarazioni essenziali, mancanti, o irregolari presuppone che l'operatore economico, da un lato, sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato.

1. Cause tassative di esclusione

La portata applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio, per ANAC, opera uno **spostamento dell'operatività delle cause tassative di esclusione "a valle" di detto procedimento.**

Peraltro, è legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare la documentazione e le dichiarazioni mancanti relative ai requisiti di partecipazione anche nei casi in cui la *lex specialis* non lo prevede e commina espressamente l'esclusione.

2. Sanzione pecuniaria

L'ANAC si sofferma nella guida sull'applicazione della sanzione prevista per l'attivazione del soccorso istruttorio nelle gare bandite sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 e fino alla novella apportata dal correttivo al Codice, prendendo ad esempio alcuni casi in cui vi era stata integrazione documentale senza tale sanzione.

3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica

3.1 Integrazione del contenuto dell'offerta

Il soccorso istruttorio, non estendendosi alle **irregolarità afferenti all'offerta tecnico-economica**, non può essere utilizzato neppure per:

- **precisarne o integrarne i diversi elementi costitutivi** (ad es., la percentuale di solfato di bario, richiesto dalla gara, o il marchio nelle specifiche tecniche),
- acquisire dichiarazioni integrative dell'offerente, al fine di **rettificare l'offerta errata**.

Infatti, ad avviso dell'ANAC, l'eventuale completamento/integrazione dell'offerta si porrebbe in contrasto con la *par condicio* dei concorrenti, il libero gioco della concorrenza, il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa.

A parziale mitigazione di tali principi, è stato specificato che a fronte di **clausole del bando di dubbia interpretazione**, prevale principio generale del *favor partecipationis* (è il caso dell'offerta tecnica calcolata, anziché sull'anno, sul triennio), principio in forza del quale la stazione appaltante può **interpretare, ed eventualmente rettificare, le offerte** alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima.

3.2 Mancata sottoscrizione dell'offerta

Ferma restando la necessità che l'offerta sia riconducibile al concorrente in modo da escluderne l'incertezza assoluta circa la provenienza, l'Autorità si è espressa a favore della **sanabilità della carenza della sottoscrizione della stessa**.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è stata in alcuni casi avversa a tale possibilità, perché inficerebbe irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta.

Tuttavia, l'ANAC sottolinea come anche in questi casi è sta ritenuta sanabile l'**incompleta sottoscrizione**, comunque riconducibile al soggetto, per la mera carenza della sottoscrizione dei soli rappresentanti legali e non di tutti gli associati del raggruppamento.

3.3 Oneri di sicurezza aziendali

Secondo il documento in esame, il punto di partenza è che il soccorso istruttorio non può interessare gli oneri di sicurezza, perché in tale ipotesi la sanatoria apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici.

Perciò viene fatto discendere che la mancata **specificazione nel dettaglio di tali oneri** (da indicare separatamente) **o la loro quantificazione pari a zero equivale a presentare un'offerta priva di un elemento essenziale.**

Tuttavia, in caso di disposizioni fuorvianti della disciplina di gara ovvero in mancanza di una espressa previsione nella *lex specialis*, è sta ritenuta sanabile la quantificazione pari a zero degli oneri della sicurezza.

4. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale

Risultano sanabili, per ANAC, le irregolarità concernenti le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale da parte del Responsabile Tecnico (ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali) del direttore tecnico, dei membri del collegio sindacale; ciò, anche in riferimento alle dichiarazioni della ditta subappaltatrice appartenente alla terna ovvero "***quando risulta obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta***".

Sempre con riferimento al subappalto, è stato ritenuto **ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori.**

Più specificatamente, seguendo un'interpretazione comunitariamente orientata, espressa dal Consiglio di Stato (Comm. Spec., 3/11/2016, n. 2286), è stato valutato che, nel caso di terna di

subappaltatori occorre che **almeno uno di essi abbia i requisiti per eseguire la prestazione**; ciò fata salva la possibilità dell'appaltatore, qualora sia in possesso dei requisiti di partecipazione [*rectius* esecuzione], di rinunciare al subappalto in sede di soccorso istruttorio, dichiarando di voler eseguire in proprio la prestazione.

5. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale

E' stata ritenuta sanabile la **SOA riportante la certificazione del sistema di qualità scaduta**, dimostrando la richiesta di aggiornamento dell'attestato entro e non oltre il termine di presentazione delle offerte.

Fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti al termine previsto per la presentazione dell'offerta, è legittimo il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per:

· per l'**operatore economico che non ha compilato il campo del DGUE** relativo ai requisiti di idoneità professionale;

· per **regolarizzare della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica** previsti dalla *lex specialis*.

L'aggiudicataria non può invece di produrre nuova documentazione probatoria in sostituzione di quella rivelatasi inidonea alla dimostrazione del requisito.

6. Avvalimento

Per l'ANAC, l'istituto del soccorso istruttorio, in linea generale, non può essere utilizzato per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell'offerta/domanda. Conseguentemente, viene affermato che tale strumento non può essere utilizzato per colmare le **lacune del contratto di avvalimento,** apportandovi integrazioni ex post. Tale documento rappresenta, infatti, il presupposto per la partecipazione alla gara fornendo all'avvalente il requisito mancante.

Ciò posto, in seguito alla richiesta dell'amministrazione, a parere dell'ANAC, il concorrente può sempre intervenire sul contratto di avvalimento, al fine di chiarire la responsabilità solidale con l'ausiliaria sull'esecuzione dell'appalto.

7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione

Al fine di completare il processo di emendamento di ulteriori e diverse irregolarità formali, è ritenuta legittima la riattivazione del **soccorso istruttorio successivamente all'aggiudicazione** per la produzione, da parte dell'aggiudicatario, di una dichiarazione sostitutiva mancante, la cui assenza non sia stata tempestivamente rilevata dalla stazione appaltante nella fase di verifica della documentazione amministrativa.

8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità

Nel caso in cui la cauzione provvisoria sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta, sono ritenute sanabili le eventuali irregolarità rilevate dalla stazione appaltante; ciò non accade laddove il concorrente abbia prodotto, invece dell'originale richiestogli, una **copia non autenticata della polizza fideiussoria** stipulata a titolo di garanzia provvisoria.

Infine, sono state ritenute sanabili:

· la mancata **dichiarazione d'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva**, da produrre unitamente alla cauzione provvisoria;

· la mancata **allegazione della certificazione ISO 9001:2008**, al fine di ottenere la diminuzione della cauzione;

· le carenze relative al **versamento del contributo integrativo** dovuto all'Autorità, purché il versamento sia stato disposto in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

32851-Rassegna.massime.2017.pdfApri