

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di “avvalimento” e “soccorso istruttorio” anno 2017

Indice

1. AVVALIMENTO

Premessa

- 1. Contratto di avvalimento**
- 2. Possesso dei requisiti di carattere generale da parte dell'impresa ausiliaria**
- 3. Requisiti di carattere speciale oggetto del contratto di avvalimento**
- 4. Limitazioni dell'ambito applicativo dell'istituto**
- 5. Sostituzione dell'impresa ausiliaria**
- 6. Rapporto tra avvalimento, consorzio stabile e RTI**

2. SOCCORSO ISTRUTTORIO

Premessa

- 1. Cause tassative di esclusione**
- 2. Sanzione pecuniaria**
- 3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica**
 - 3.1 Integrazione del contenuto dell'offerta**
 - 3.2 Mancata sottoscrizione dell'offerta**
 - 3.3 Oneri di sicurezza aziendali**
- 4. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale**
- 5. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale**
- 6. Avvalimento**
- 7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione**
- 8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità**

1. AVVALIMENTO

Premessa

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. La finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione. Tale obiettivo deve essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; ne consegue che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non meramente cartolare e astratto¹.

1. Contratto di avvalimento

Uno dei profili di maggiore rilevanza relativi all'istituto *de quo*, oggetto di numerosi pareri da parte dell'Autorità, è quello della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento.

Il dato normativo di riferimento, l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti, nulla aggiungendo rispetto a quanto previsto dall'art. 49 del previgente d.lgs. n. 163/2006, stabilisce che il concorrente debba allegare alla domanda di partecipazione, tra gli altri documenti², una dichiarazione sottoscritta dall'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 e il contratto, in originale o copia autentica, 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.

Ciò detto, in via preliminare, si evidenzia che l'Autorità ha sottolineato che la semplice dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, essendo completamente priva dei requisiti essenziali del contratto previsti, in via generale dal codice civile e, in maniera specifica, dall'art. 89 del Codice, non può in alcun modo essere considerata come una forma atipica di contratto di avvalimento (Parere di Precontenzioso n. 1332 del 20/12/2017) e che risulta legittima l'esclusione del concorrente nel caso in cui nella dichiarazione di impegno non siano

¹ Ad evitare ciò che in dottrina è stato definito "avvalificio".

² L'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria e una dichiarazione sottoscritta dall'ausiliaria stessa che attesti il possesso, in capo a quest'ultima, dei requisiti di ordine generale nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

specificamente indicati i requisiti tecnici e le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria (Parere di Precontenzioso n. 1333 del 20/12/2017).

La necessità che nel contratto di avvalimento siano indicati chiaramente i requisiti prestati e le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata, già sancita dall'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 (che precisa che il contratto di avvalimento «deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto, cioè le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento»), è stata ribadita e rafforzata dalla novella apportata al comma 1 dell'art. 89, del Codice dal d.lgs. n. 57/2017 recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” (di seguito, anche decreto correttivo), con l'introduzione, nell'ultimo periodo, della previsione della nullità del contratto di avvalimento che non contiene la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Alla luce del richiamato quadro normativo di riferimento, è stato ritenuto conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante nei confronti di un concorrente che, per partecipare alla procedura di gara, abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ed abbia a tal fine prodotto un contratto di avvalimento avente un oggetto non determinato e non determinabile (Parere di Precontenzioso n. 56 del 01/02/2017). Tale parere si colloca in linea con le pronunce di questi ultimi anni sia dell'Autorità (P. Prec. n. 34 del 13/03/2013; P. Prec. n. 139 del 30/07/2013; P. Prec. n. 82 del 28/10/2014; P. Prec. n. 24 del 12/03/2015; P. Prec. n. 246 del 02/03/2016) che della giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, sez. III, 22/01/2014, n. 294; 17/06/2014, n. 3058; Cons. di Stato, sez. IV, 09/02/2015, n. 662; Cons. di Stato, sez. V, 22/10/2015, n. 4860).

Sul punto, recentemente, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4/11/2016, n. 23), che ha statuito che l'articolo 88 del d.p.r. 207/2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento deve riportare “in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”, deve essere interpretato nel senso che esso osta a configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile³. La giurisprudenza successiva

³ Si evidenzia, a tal riguardo, che anche la proposta, attualmente in consultazione, che l'Autorità ha effettuato, ex art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in relazione ai casi e alle modalità di avvalimento si muove in questa direzione, stabilendo, all'art. 2, comma 3, che «le risorse oggetto di avvalimento sono determinate o determinabili e dettagliatamente individuate nel contratto di avvalimento».

ha ulteriormente precisato che comunque non può essere considerata utile a detto fine eventuale altra documentazione proveniente dal solo avvalente e non riconducibile all'impresa ausiliaria (Cons. di Stato, sez. III, 17/02/2017, n. 1212).

Sull'argomento, con Parere di Precontenzioso n. 797 del 19/07/2017, l'Autorità ha puntualizzato, richiamando giurisprudenza recente⁴, che il livello di specificità del contratto di avvalimento va modulato alla luce della funzione cui il requisito di determinatezza è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito. Nel caso di specie, infatti, il contratto di avvalimento non è stato ritenuto generico, dal momento che ha permesso alla stazione appaltante di verificare concretamente il prestito dei requisiti. In altri termini, come ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza⁵ e dall'Autorità (Parere di Precontenzioso n. 434 del 27/04/2017), sebbene il dettato normativo relativo all'avvalimento riconosca la possibilità per il concorrente di partecipare ad una gara facendo affidamento sulle capacità di un altro soggetto, è purtuttavia necessario che sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che l'offerente disporrà effettivamente dei mezzi messi a disposizione dell'ausiliaria, di cui non è in possesso e che sono tuttavia indispensabili per eseguire l'appalto, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare i requisiti su un piano meramente formale.

Sempre con riferimento al contratto di avvalimento, l'Autorità, con Parere di Precontenzioso n. 392 del 12/04/2017, ha ritenuto che vizia il suddetto contratto, e il conseguente impegno verso la stazione appaltante, la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata". Tale limitazione si pone, infatti, in contrasto con quanto previsto dall'art. 49, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 (oggi trasfuso nell'art. 89, comma 5), che postula una piena responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione a tutte le prestazioni contrattuali (restando il riparto di responsabilità questione interna relativa ai rapporti contrattuali tra le parti) (Cons. di Stato, sez. VI, 13/10/2015, n. 4703). In altra occasione (Parere di Precontenzioso n. 1026 del 11/10/2017), l'Autorità ha altresì ritenuto che, in caso di apposizione di clausole ritenute condizionanti, il contratto di avvalimento deve ritenersi invalido solo in presenza di condizioni di tipo meramente potestativo, tali da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto stesso, mentre non rileva ai fini della legittimità del contratto la

⁴ Cfr. TAR Emilia-Romagna, sez. II, 01/02/2017, n. 62.

⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. VI, 19/06/2017, n. 2977; Cons. di Stato, sez. V, 16/05/2017, n. 2316; TAR Campania-Napoli, sez. VII, 16/05/2017, n. 2643; Cons. di Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2226; Cons. di Stato, sez. III, 17/02/2017, n. 1212; TAR Veneto, sez. I, 08/02/2017, n. 141; TAR Sicilia-Catania, sez. IV, 20/01/2017, n. 122; TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 11/01/2017, n. 36.

presenza di una clausola che ne condiziona l'efficacia all'aggiudicazione della gara a favore della società avvalsa.

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

Con Parere di Precontenzioso n. 52 del 01/02/2017 l'Autorità ha ritenuto conforme alla normativa vigente (nel caso di specie, *ratione temporis*, l'art. 38, comma 1, lett. g) del d.lgs. 163/2006) l'operato della stazione appaltante che, in presenza di grave irregolarità fiscale definitivamente accertata nei confronti dell'impresa ausiliaria, ha revocato l'aggiudicazione disposta a favore dell'impresa concorrente in rapporto di "avvalimento permanente" ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 163/2006. L'Autorità ha evidenziato che la fattispecie di avvalimento in questione non può considerarsi disgiunta da quella prevista dall'art. 49. Lo stesso art. 50, infatti, disciplina tale fattispecie "nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 49", il quale richiama esplicitamente, a sua volta, l'articolo 38. L'ausiliaria "permanente", quindi, non può considerarsi esente dal necessario possesso dei requisiti di ordine generale (nel caso specifico la regolarità fiscale). Tale conclusione è conforme a quanto affermato dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo il quale tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono a pubblici appalti, quindi anche l'impresa ausiliaria (non rilevando alcuna distinzione in merito alla fattispecie dell'avvalimento), devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale richiesti dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del Codice) e dichiararli, assumendosi le relative responsabilità (Cons. di Stato, sez. V, 23/5/2011, n. 3077; 15/6/2010, n. 3759; Ad. Plen., 15/04/2010, n. 2155). A tal proposito, è stato sottolineato che lo stesso art. 49, comma 2, lett. c), del d.lgs. 163/2006, prevedendo che il concorrente allegghi, tra le altre, "una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38...", sancisce una totale equiparazione tra operatore economico offerente e operatore economico in rapporto di avvalimento, in omaggio ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle clausole di esclusione di cui all'art. 38 (Cons. di Stato, sez. V, 15/11/2012, n. 5780). Tra questi interessi rientra, evidentemente, il requisito della regolarità fiscale, che mira a soddisfare l'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica in ordine alla solvibilità e alla solidità finanziaria del soggetto con il quale contrae (Cons. di Stato, Ad. Plen., 20/08/2013, n. 20; Cons. di Stato, sez. III, 26/09/2014, n. 4854). Tale requisito, inoltre, al pari di tutti gli altri requisiti di ordine generale e speciale, deve essere posseduto dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva

ed alla stipula del contratto (circostanza non verificatasi nel caso di specie), nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. di Stato, sez. III, 13/01/2016, n. 76; Ad .Plen., 20/07/2015, n. 8).

Sempre con riferimento al cosiddetto "avvalimento permanente", occorre rammentare che esso non è più contemplato dal quadro normativo vigente giacché l'art. 50 del d.lgs. 163/2006⁶ non è stato riproposto espressamente nel nuovo Codice e il decreto correttivo ha soppresso la possibilità di ricorrere all'avvalimento ai fini del possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84⁷. Tuttavia, tenendo conto anche di quanto stabilito nel Comunicato del Presidente del 3 agosto 2016, nelle more dell'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 ed in ossequio alla necessità di una interpretazione sistematica delle disposizioni tesa ad evitare situazioni di *vacatio legis*, è stato ritenuto *medio tempore* applicabile (quantomeno ai bandi pubblicati in data anteriore all'entrata in vigore del correttivo) quanto previsto dall'art. 50 del d.lgs. 163/2006, in quanto richiamato dall'art. 88 del d.p.r. 207/2010, ancora vigente (Parere di Precontenzioso n. 832 del 27/07/2017).

Conformemente al consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale sussiste una totale equiparazione tra operatore economico offerente e operatore economico in rapporto di avvalimento in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale, e considerando anche quanto evidenziato dalla Delibera A.NAC n. 1293 del 16/11/20168, con Parere di Precontenzioso n. 213 del 01/03/2017 l'Autorità ha considerato operanti anche nei confronti dell'impresa ausiliaria le disposizioni di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice relative alla commissione di gravi illeciti professionali, tali da renderne dubbia l'integrità o l'affidabilità come pure la clausola di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, relativa alle violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

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 (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l'Autorità ha stabilito che il requisito richiesto dalle

⁶ Rubricato "Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione".

⁷ L'art. 56 del decreto "correttivo" ha, infatti, soppresso l'inciso "nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84" presente al comma 1 dell'art. 89.

⁸ Le Linee Guida n. 6, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del Codice", al punto 1.3 precisano che i motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), rilevano anche in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento.

stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi (il Registro ufficiale dei produttori⁹ ovvero il Registro delle imprese che abbiano conseguito un attestato di idoneità comprovante le adeguate competenze¹⁰, nel caso del Parere di Precontenzioso n. 3 del 11/01/2017, e l'albo delle imprese di pulizia¹¹, nel caso di Parere di Precontenzioso n. 1235 del 29/11/2017) deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento. Ciò appare in linea con quanto affermato in precedenti occasioni dall'Autorità (Determinazione n. 2 del 01/08/2012; P. Prec. n. 64 del 23/04/2013; P. Prec. n. 218 del 1/12/2013; P. Prec. n. 776 del 20/07/2016 in riferimento all'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali; punto 8 del Bando – tipo n. 1 e n. 2 del 2017), ad avviso della quale i requisiti di idoneità professionale, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di soggettività, configurano uno status e non possono essere oggetto di avvalimento, e appare altresì conforme al quadro normativo di riferimento, che, all'art. 83, comma 3, del nuovo Codice, prevede, ai fini della sussistenza dei predetti requisiti, l'iscrizione dei concorrenti in appositi registri o presso i competenti ordini professionali e che, all'art. 89, comma 1, contempla tra i requisiti ottenibili tramite avvalimento solamente quelli di cui alle lettere b) e c) del comma 1 del suddetto articolo 83¹².

Rimanendo in tema di requisiti connotati da un'implicita soggettività, l'Autorità ha dapprima sancito l'inammissibilità dell'istituto dell'avvalimento per le certificazioni di qualità, ribadendo il proprio orientamento più volte espresso¹³ (Parere di Precontenzioso n. 837 del 27/07/2017). E' stato infatti ritenuto che la certificazione di qualità, essendo intimamente correlata alla capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse conformemente a standard riconosciuti ottimali, non è cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità. Sulla scorta di giurisprudenza recente (Cons. di Stato, sez. V, 27/07/2017, n. 3710), il richiamato orientamento dell'Autorità si è in seguito evoluto nel senso di considerare ammissibile l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che le hanno consentito di acquisire la

⁹ Di cui all'art. 20, comma 1, lett. a) e c), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 214.

¹⁰ Di cui all'art. 12 della legge 28 luglio 2016, n. 154.

¹¹ Ai sensi della legge 25 gennaio 1994, n. 82, e del decreto del Ministro dell'Industria del 7 luglio 1997, n. 274.

¹² Cfr. anche Cons. di Stato, sez. IV, 24/11/2014, n. 5802; Cons. di Stato, sez. VI, 15/05/2015, n. 2486; Cons. di Stato, sez. V, 28/07/2015, n. 3698.

¹³ Cfr., *ex multis*, la Determinazione n. 2 del 1/08/2012, la Delibera n. 120 del 10/02/2016 e la proposta al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento.

certificazione di qualità da mettere a disposizione (Parere di Precontenzioso n. 1085 del 25/10/2017)¹⁴.

In riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria, pur richiamando l'orientamento del giudice amministrativo¹⁵ in base alla quale il c.d. "avvalimento di garanzia", cioè l'avvalimento che si sostanzia nel prestito di strumenti immateriali come il fatturato e il bilancio, non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, con la conseguenza che risulta possibile che essi non siano specificati nel contratto di avvalimento e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, a meno che non siano rispondenti ad un interesse concreto della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso¹⁶, l'Autorità ha tuttavia ritenuto che, al fine di evitare che il prestito di tali requisiti rimanga su un piano meramente astratto e cartolare, è necessario che dal contratto di avvalimento emerga, in modo determinato o determinabile e non quale semplice forma di stile, l'impegno dell'avvalsa sia a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario sia a vincolarsi finanziariamente nei confronti della stazione appaltante (Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017).

In un'altra circostanza (Parere di Precontenzioso n. 617 del 7/06/2017), è stata presa in esame la questione relativa alla mancata intestazione della polizza fideiussoria all'impresa ausiliaria. L'Autorità, supportata anche da recente giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, sez. IV, 02/12/2016, n. 5052; Cons. di Stato, Ad. Plen., 25/02/2014, n. 9), ha chiarito che, dal momento che le attuali disposizioni codicistiche non prevedono nulla in merito all'obbligo di intestazione della garanzia fideiussoria anche all'impresa ausiliaria, in mancanza di apposita previsione di *lex specialis*, è sufficiente l'intestazione della ditta principale in quanto l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto¹⁷.

4. Limitazioni dell'ambito applicativo dell'istituto

A differenza di quanto previsto dal d.lgs. 163/2006 in tema di requisiti di capacità tecnico-professionale, il nuovo Codice, utilizzando la tecnica del cosiddetto *copy-out*, riporta all'art. 89,

¹⁴ Tale cambiamento di orientamento trova anche conferma nel bando-tipo n. 2 del 2018, approvato con Deliberazione n. 2 del 10/01/2018, che al punto 8, dedicato all'avvalimento, così recita: « Il ricorso all'avvalimento per la certificazione... comporta che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'organizzazione aziendale in coerenza col requisito prestato, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente, le hanno consentito di acquisire la certificazione prestata».

¹⁵ Cons. di Stato, sez. V, 22/12/2016, n. 5423; Cons. di Stato, sez. V, 22/11/2017, n. 5429.

¹⁶ Sul punto cfr. anche l'art. 2, comma 4, della già citata proposta al MIT di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

¹⁷ La precedentemente citata proposta ANAC, attualmente in consultazione, relativa ai casi e alle modalità di avvalimento si muove in tale direzione, sottolineando, all'art. 4, comma 4, che «in caso di avvalimento, la garanzia fideiussoria di cui all'art. 93, comma 1, del Codice, deve riguardare unicamente il concorrente».

comma 1, esattamente quanto previsto dall'art. 63, comma 1, della direttiva 2014/24/UE, ovvero la possibilità per l'operatore economico di avvalersi delle capacità di altri soggetti in relazione alle "esperienze professionali pertinenti", a condizione, però, che siano questi ultimi a eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste¹⁸. Da tale condizionamento particolarmente stringente sembra evincersi come l'intento del legislatore sia quello di fare un passo ulteriore in termini di concretezza ed effettività del requisito esperienziale oggetto di avvalimento. Alla stregua di tale disposizione, l'Autorità non ha ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento di requisiti rappresentati da "esperienze professionali pertinenti" quando il contratto di avvalimento non reca l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017; Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017). È stato ritenuto, infatti, che il contratto debba contenere tale impegno analogamente alla necessaria specifica indicazione delle risorse messe a disposizione che dà concretezza all'obbligo dell'ausiliaria di fornire all'ausiliata i mezzi necessari.

Un'ulteriore novità, prevista dall'art. 63, comma 2, della direttiva 2014/24/UE e introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 89, comma 4, del Codice dei contratti, ha riguardato la possibilità in capo alle stazioni appaltanti di prevedere nei documenti di gara che, in caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel caso di un appalto di fornitura, taluni "compiti essenziali" siano direttamente svolti dall'offerente o, in caso di raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento. Della valutazione di controversie riguardanti tale fattispecie è stata investita l'Autorità. In una prima occasione, con Parere di Precontenzioso n. 94 del 08/02/2017, è stata ritenuta legittima l'esclusione di un'impresa che, non possedendo in proprio i requisiti, abbia manifestato l'intenzione di avvalersi del prestito da parte di ausiliaria qualificata per lavorazioni dichiarate "compiti essenziali" e riservate dalle disposizioni del bando all'esecuzione dell'offerente. Gravando sul concorrente tale onere, infatti, si presuppone che quest'ultimo sia in possesso in proprio dei requisiti necessari allo svolgimento dei compiti richiesti, senza che sia possibile fare ricorso all'istituto dell'avvalimento. In una seconda occasione, con Parere di Precontenzioso n. 1240 del 6 dicembre 2017, l'Autorità, richiamando la già citata proposta ANAC al MIT¹⁹, ha precisato che tale facoltà riconosciuta alle stazioni

¹⁸ Lo stesso articolo 89, co. 1, contempla la stessa possibilità anche con riferimento ai "criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f)" del Codice.

¹⁹ Il documento in consultazione così recita all'art. 4, comma 2: "La facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'art. 89, comma 4, del codice può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati, fermo restando il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a

appaltanti di prevedere negli atti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente, comportando una limitazione del favor participationis e riservando ai committenti un'ampia discrezionalità tecnica, può essere esercitata previa idonea motivazione da cui si evinca l'essenzialità delle prestazioni stesse.

Allo stesso modo, è stato ritenuto che rientri nella discrezionalità della stazione appaltante la possibilità di limitare il ricorso all'avvalimento "frazionato", ovvero ripartito tra più imprese ausiliarie, qualora l'appalto presenti peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, esigendo che il livello minimo della capacità sia raggiunto da un operatore economico unico (Parere di Precontenzioso n. 830 del 27/07/2017). Trattandosi di una fattispecie limitativa della concorrenza, stante anche quanto previsto dall'art. 89, comma 6²⁰, si è affermata l'opportunità che la stazione appaltante ne fornisca adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre oppure nel bando di gara²¹.

Rimanendo in tema di limitazioni all'istituto de quo, il nuovo Codice dei contratti ha introdotto, rispetto alla disciplina previgente, il divieto²² di fare ricorso all'avvalimento in riferimento alle categorie cd. superspecialistiche, ovvero in riferimento alle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, qualora il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori (art. 89, comma 11). Al riguardo si evidenzia che, con il decreto correttivo, il legislatore ha eliminato dal comma 11 dell'art. 89 l'inciso "oltre ai lavori prevalenti" con l'intento di precisare la portata del divieto, che va, quindi, inteso come applicabile indipendentemente dal fatto che le superspecialistiche rientrino o meno nella categoria prevalente dell'appalto. Fermo restando che l'elenco delle opere per le quali non è ammesso l'avvalimento è dettato da apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti²³ e che per il periodo precedente all'entrata in vigore del suddetto decreto occorre fare riferimento al d.P.R. 2017/2010, l'Autorità, con Parere di Precontenzioso n. 1093 del 25/10/2017, ha sottolineato che, data l'esigenza, a cui l'istituto dell'avvalimento si ispira, di favorire la massima partecipazione, il suddetto divieto va ritenuto applicabile unicamente alle categorie superspecialistiche di importo superiore al 10% e non anche alla categoria

fronte dello scopo perseguito. L'essenzialità deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto". Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2008, n. 3655.

²⁰ Che ammette l'avvalimento di più imprese ausiliarie.

²¹ Cfr. anche l'art. 5 della suddetta proposta ANAC al MIT.

²² Che, quindi, non viene più rimesso alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, come accadeva in vigore del quadro normativo previgente.

²³ Trattasi del decreto 10 novembre 2016, n. 248, adottato ai sensi dell'art. 89, comma 11, del Codice.

prevalente (nel caso di specie OG1) nel caso in cui una superspecialistica rientri nell'oggetto del contratto. Con successivo Parere di Precontenzioso n. 1334 del 20/12/2017, l'Autorità ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante che ha escluso il concorrente che ha fatto ricorso all'avvalimento per la dimostrazione dell'attestazione SOA nella categoria OG11 ("impianti tecnologici"), in quanto categoria superspecialistica ai sensi dell'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 prevista, nel caso di specie, in misura superiore al 10%.

5. Sostituzione dell'impresa ausiliaria

Altra novità introdotta dal nuovo Codice, all'art. 89, comma 3, è rappresentata dall'obbligo, in capo all'operatore economico, di sostituire il soggetto ausiliario per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione ex art. 80 accertati dalla stazione appaltante. A tal riguardo, con Parere di Precontenzioso n. 899 del 6/09/2017, è stata ritenuta legittima la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche in una gara bandita sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, facendo leva sulla specificità del caso in esame (nel quale la perdita del requisito in capo all'ausiliaria dell'aggiudicataria era avvenuta solo dopo che la gara era stata aggiudicata in un primo momento ad altro operatore economico e, solo successivamente, in forza di una pronuncia giurisdizionale, al secondo in graduatoria) e sull'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui tra aggiudicazione e riapertura con scorrimento della graduatoria vi è una netta cesura, per cui «sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione»²⁴.

6. Rapporto tra avvalimento, consorzio stabile e RTI

In varie occasioni l'Autorità ha avuto modo di occuparsi anche del rapporto intercorrente tra istituto dell'avvalimento e modulo organizzativo del consorzio stabile. I Pareri di Precontenzioso n. 242 del 08/03/2017 e n. 401 del 12/04/2017, uno riguardante una gara rientrante sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, l'altro sotto quella del d.lgs. 50/2016, hanno avuto ad oggetto il caso di un consorzio stabile che ha prestato, in qualità di impresa ausiliaria, i requisiti di cui il concorrente era sprovvisto. Fermo restando il riconoscimento al consorzio stabile della possibilità di prestare requisiti in qualità di impresa ausiliaria come già affermato in precedenti occasioni (P. Prec. n. 780 del 20/07/2016; P. Prec. n. 198 del 20/11/2013), l'Autorità, in linea con precedenti decisioni (P. Prec. n. 1379 del 21/12/2016; P.

²⁴ Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 6/03/2017, n. 1050; Cons. di Stato, sez. VI, 25/09/2017, n. 4470.

Prec. n. 17 del 05/08/2014; Determinazioni n. 11 del 09/06/2004, n. 18 del 29/10/2003 e n. 6 del 08/02/2001), ha ritenuto che non integri un cd. “avvalimento a cascata”, in violazione del dettato normativo (oggi articolo 89, comma 6, del nuovo Codice)²⁵, il caso in cui il consorzio stabile, in qualità di ausiliaria, abbia indicato che i mezzi necessari per l'esecuzione della prestazione siano messi a disposizione da parte delle imprese consorziate, in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile²⁶. Ciò in considerazione del dettato normativo (art. 36, comma 7, del previgente d.lgs. n. 163/2006, oggi comunque rinvenibile nelle disposizioni dell'art. 47 del Codice dei contratti e art. 94, comma 2, del d.p.r. 207/2010) e di consolidata giurisprudenza amministrativa che afferma che il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e, in quanto tale, può avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento²⁷.

Inoltre l'Autorità, proprio sulla scorta della suddetta giurisprudenza e di precedenti pronunce (P. Prec n. 125 del 17/07/2013; P. Prec n. 225 del 02/03/2017), ha ritenuto non configurato un avvalimento in senso tecnico nel caso in cui il contratto di avvalimento sia concluso tra il consorzio stabile e il socio consorziato (Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017).

Infine, con Parere di Precontenzioso n. 4 del 11/01/2017, l'Autorità ha trattato il caso relativo all'avvalimento di un'unica ausiliaria per l'intera ATI, prevedendo che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma 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. Già la Determinazione n. 2 del 01/08/2012 (richiamata anche dal Parere di Precontenzioso n. 90 del 07/05/2014), infatti, aveva chiarito, al punto 7, come il raggruppamento possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono in quanto non soggetto unitario, ma frutto dell'unione di soggetti distinti (cfr. anche TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, 18/09/2013, n. 8322).

²⁵ Sotto la vigenza del precedente Codice tale pratica, pur non essendo espressamente vietata, era stata considerata tale, anche in virtù di un orientamento giurisprudenziale, già nella Determinazione AVCP n. 2 del 01/08/2012.

²⁶ Come conferma “in negativo” di ciò cfr. l'art. 6, comma 1, della già citata proposta ANAC relativa ai casi e alle modalità di avvalimento, a norma del quale “rientra tra le fattispecie dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio”.

²⁷ Cons. di Stato, sez. VI, 10/05/2013, n. 2563; Cons. di Stato, sez. III, 18/11/2014, n. 5689; TAR Campania-Salerno, sez. I, 25/05/2016, n. 1296; TAR Veneto, sez. I, 08/04/2016, n. 362; Id, 12/02/2016, n. 138.

2. SOCCORSO ISTRUTTORIO

Premessa

L'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ha riproposto nel nuovo Codice, seppure con una formulazione in parte differente, l'istituto del soccorso istruttorio cosiddetto "rinforzato", introdotto con il comma 2- bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dal d.l. n. 90/2014, confermando dunque la scelta del legislatore di privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese. L'istituto rende possibile la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché 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 da quest'ultima, comunque non superiore ai dieci giorni.

L'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione dell'operatore economico che abbia invocato il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza ab origine di requisiti di partecipazione, ancorché rigorosi, richiesti dalla stazione appaltante (Parere di Precontenzioso n. 1087 del 25/10/2017), mentre, anche in un'ottica di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, con Parere di Precontenzioso n. 879 del 01/08/2017, ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che, a fronte di tre mancate risposte da parte dei concorrenti, ha provveduto ad acquisire e verificare d'ufficio una dichiarazione già in proprio possesso, sebbene per altra gara, consentendo la massima partecipazione.

1. Cause tassative di esclusione

La portata applicativa dell'istituto, come anche sottolineato dall'Autorità nella Determinazione n. 1 del 08/01/2015²⁸, va inevitabilmente ad intrecciarsi con le cause tassative di esclusione, nel senso che opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione a valle del procedimento di soccorso istruttorio: ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'essenzialità – da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non può più procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma deve prima avviare il procedimento volto alla sanatoria delle irregolarità rilevate. Alla

²⁸ "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* e dell'art. 46, comma 1-*ter* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

luce di tale considerazione l'Autorità ha ritenuto 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 prevedeva e comminava espressamente l'esclusione dalla gara (Parere di Precontenzioso n. 606 del 31/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 1340 del 20/12/2017).

2. Sanzione pecuniaria

Il decreto correttivo, ha introdotto un'importante novità in tema di soccorso istruttorio, rendendolo, di fatto, gratuito con la soppressione della sanzione pecuniaria²⁹. Con riferimento alle gare bandite sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 e fino alla novella apportata dal richiamato correttivo, sono venute in rilievo questioni riguardanti la natura essenziale delle irregolarità ai fini della valutazione della legittimità dell'irrogazione della sanzione pecuniaria e la quantificazione del suo importo nei bandi di gara. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, l'Autorità ha ritenuto che, trattandosi di obbligazione pecuniaria, prerequisite per la sua legittima applicazione, come anche chiarito nella Determinazione n. 1/2015 e dalla giurisprudenza, sia la quantificazione del suo importo negli atti di gara. Ciò al fine di autovincolare la condotta delle stazioni appaltanti a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese (Pareri di Precontenzioso n. 838 del 27/07/2017 e n. 1344 del 20/12/2017³⁰).

Altro aspetto controverso sempre riguardante le gare bandite prima del decreto correttivo è risultato quello dell'applicazione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'operatore economico, invitato a sanare la documentazione presentata, decida di non regolarizzare. L'Autorità, nella Determinazione n. 1 del 08/01/2015, in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa e contabile allora prevalente, ha sostenuto la tesi del pagamento della sanzione solo in caso di regolarizzazione. Sul punto è intervenuto il nuovo Codice con la specifica previsione che la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione.

L'Autorità ha quindi ritenuto, in linea con la giurisprudenza amministrativa più recente (Tar Lazio, sez. III, 12/09/2016, n. 9656; Cons. di Stato, sez. V, 16/01/2017, n. 92) ed in virtù del

²⁹ Come strumento di deterrenza, al fine di evitare un utilizzo indiscriminato dell'istituto e di incentivare gli operatori economici ad avere un atteggiamento virtuoso, assume oggi rilevanza l'influenza che il mancato utilizzo del soccorso istruttorio ha, in positivo, sul rating di impresa (art. 83, comma 10). Sembra, quindi, essere stato accolto quanto suggerito dal Consiglio di Stato in occasione dei due pareri forniti, prima, sullo schema di d.lgs. 50/2016 (parere n. 855 del 2016) e, successivamente, sullo schema di correttivo (parere n. 782 del 2017).

³⁰ Nel caso di specie l'Autorità ha altresì precisato che, con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre.

principio di proporzionalità, che la sanzione deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa, qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, tale corrispettivo non è dovuto, non essendoci un aggravio procedimentale in capo alla stazione appaltante (Pareri di Precontenzioso n. 319 e n. 320 del 29/03/2017).

E' stato inoltre ritenuto che ciò che rileva, ai fini dell'applicazione della sanzione, non è tanto la semplice dichiarazione di voler aderire al soccorso istruttorio (Parere di Precontenzioso n. 399 del 05/04/2017) quanto la messa in atto da parte del concorrente di un comportamento che manifesti l'effettiva volontà di proseguire nella gara avvalendosi dell'istituto (Parere di Precontenzioso n. 325 del 29/04/2017), indipendentemente dal fatto che produca documentazione integrativa non rispondente alle esigenze della stazione appaltante o che non provveda all'integrazione documentale nel termine stabilito (Parere di Precontenzioso n. 528 del 17/05/2017).

La soppressione della sanzione pecuniaria, insieme all'eliminazione dell'obbligo di regolarizzare le dichiarazioni non essenziali e le irregolarità meramente formali, sembrerebbe rendere irrilevante la categoria di irregolarità definite dall'Autorità come *tertium genus*³¹ e rappresentate dai casi di irregolarità non essenziali, e in quanto tali sanabili senza il pagamento della sanzione, ma che tuttavia afferiscono ad elementi indispensabili, come ad esempio il caso di un operatore economico che, pur avendo dichiarato il possesso della certificazione di qualità UNI ISO 9001:2008 all'interno dell'istanza di partecipazione, ha contestualmente prodotto copia di certificato scaduto (Parere di Precontenzioso n. 289 del 22/03/2017) oppure il caso della stazione appaltante che nutre dubbi circa l'effettiva riconducibilità dei servizi, appositamente autocertificati dall'operatore economico secondo il modello predisposto, alla categoria richiesta dal bando di gara (Parere di precontenzioso n. 884 del 01/08/2017). In questi casi è stato ritenuto che la richiesta di chiarimenti non integri un'ipotesi di soccorso istruttorio in senso proprio ma sia riconducibile all'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, a sua volta discendente dal principio generale di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica

3.1 Integrazione del contenuto dell'offerta

³¹ Cfr. la Determinazione ANAC n. 1 del 2015, p. 7 ss.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto non si estende alle irregolarità afferenti all'offerta tecnico-economica. L'Autorità, in linea con il dettato normativo (art. 83, comma 9, secondo periodo, del Codice dei contratti) e con quanto già affermato nella Determinazione n. 1 del 2015, ha precisato che non è consentito esperire il soccorso istruttorio per precisare o integrare elementi dell'offerta tecnico-economica (Parere di Precontenzioso n. 488 del 3/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 792 del 19/07/2017 concernente la mancata indicazione della percentuale di solfato di bario, come invece richiesto dalla legge di gara; Parere di Precontenzioso n. 900 del 06/09/2017 relativo a lacune sulla indicazione del marchio nelle specifiche tecniche allegate all'offerta) e che non è possibile acquisire dichiarazioni integrative dell'offerente al fine di rettificare l'offerta errata (Parere di Precontenzioso n. 26 del 18/01/2017). Il completamento o l'integrazione dell'offerta, infatti, si porrebbe in contrasto con la par condicio, il libero gioco della concorrenza, il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura e con la violazione del principio di segretezza dell'offerta. Ciò premesso, restano fermi il principio secondo cui in presenza di incertezza interpretativa della legge di gara l'obiettivo regola dell'imparzialità (a cui consegue l'esclusione) cede al principio generale del *favor participationis*, per cui è stato ritenuto non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che ha presentato un'offerta tecnica calcolata sul triennio di durata complessiva dell'affidamento, piuttosto che sulla durata di un anno, a fronte di una clausola del bando di dubbia interpretazione (Parere di Precontenzioso n. 1086 del 25/10/2017), e il principio giurisprudenziale³² in base al quale le offerte di gara sono suscettibili di essere interpretate, ed eventualmente rettificate, dalla stazione appaltante alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (Parere di Precontenzioso n. 882 del 01/08/2017).³³

3.2 Mancata sottoscrizione dell'offerta

In diverse occasioni l'Autorità ha avuto modo di affrontare il caso della mancata sottoscrizione dell'offerta. Nella Determinazione n. 1 del 2015, affermato che la sottoscrizione

³² Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 27/03/2014, n. 1487.

³³ Pare opportuno ricordare che il Consiglio di Stato, nei due pareri forniti rispettivamente sullo schema del d.lgs. 50/2016 e sullo schema del correttivo (Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855; Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782), ha sottolineato l'opportunità di conservare un "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in virtù del quale la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente, ribadendo comunque il divieto di integrazione dell'offerta tecnico-economica.

dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza costituisce un elemento essenziale, avendo la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto e di assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa, l'Autorità si è espressa a favore della sanabilità della carenza della sottoscrizione dell'offerta, con pagamento della sanzione (cfr. anche P. Prec. n. 24 del 05/08/2014; P. Prec. n. 10 del 04/02/2015; P. Prec. n. 953 del 07/09/2016). Il richiamato orientamento, già espresso dal Consiglio di Stato³⁴, è stato ribadito in numerosi pareri, ferma restando la necessità che l'offerta sia riconducibile al concorrente in modo da escluderne l'incertezza assoluta circa la provenienza³⁵(Pareri di Precontenzioso n. 432 e n. 433 del 27/04/2017; Pareri di Precontenzioso n. 1177 e n. 1179 del 15/11/2017; Parere di Precontenzioso n. 1298 del 12/12/2017). Tale approdo ermeneutico non è tuttavia condiviso da parte della giurisprudenza amministrativa, sulla base della considerazione che la mancata sottoscrizione inficerebbe irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta³⁶. E' comunque ritenuto applicabile il soccorso istruttorio in caso di incompleta sottoscrizione³⁷, come nel caso di sottoscrizione dei soli rappresentanti legali e non di tutti gli associati del raggruppamento.

3.3 Oneri di sicurezza aziendali

Rimanendo in tema di offerta, l'Autorità ha avuto occasione di occuparsi di questioni riguardanti gli oneri di sicurezza aziendale, con particolare riferimento alla possibilità di sanare tramite soccorso istruttorio la mancata indicazione degli stessi nell'offerta economica. In vigore del vecchio Codice, l'orientamento dell'Autorità (cfr., *ex multis*, Parere di Precontenzioso n. 122 del 15/07/2015) e della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 20/03/2015, n. 3; Cons. di Stato, Ad. Plen., 02/11/2015, n. 9) era quello di considerare legittima l'esclusione del concorrente che non avesse indicato, come voce di costo distinta e separata all'interno dell'offerta economica, i costi della sicurezza, pur se non

³⁴ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 15/12/2010, n. 8933; Cons. di Stato, sez. V, 27/04/2015, n. 2063 e 03/05/2016, n. 1687, in base al quale «nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara».

³⁵ Non può considerarsi di incertezza assoluta circa la provenienza, ad esempio, il caso in cui l'offerta sia presentata in plico debitamente sigillato e controfirmato contenente le buste A, B e C, a loro volta debitamente sigillate e controfirmate e contenenti la documentazione e le offerte, fra le quali l'offerta della busta B risulti priva di sottoscrizione.

³⁶ Cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 13/07/2015, n. 1629; TAR Lazio – Roma, sez. III-Ter, 22/12/2015, n. 14451; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 07/06/2016, n. 954.

³⁷ Cfr. TAR Toscana, sez. I, 31/03/2017, n. 496; Cons. di Stato, sez. V, 10/09/2014, n. 4595; TAR Lazio – Roma, sez. I, 16/06/2016, n. 6923.

espressamente richiesti dalla *lex specialis*. Tuttavia, anche sulla scorta di un recente orientamento giurisprudenziale³⁸, l'Autorità ha ritenuto che in una gara indetta in vigore del d.lgs. 50/2016 la cui *lex specialis* non contempli l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, in caso di mancata esplicita indicazione di detti oneri da parte di un concorrente, l'amministrazione è tenuta ad applicare il soccorso istruttorio, previa verifica della natura formale dell'integrazione. Il soccorso istruttorio è infatti considerato esperibile solo se il concorrente abbia indicato un prezzo comprensivo degli oneri della sicurezza senza tuttavia chiarirne l'importo, perché in tale caso la successiva esplicitazione degli oneri si traduce in una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente mentre il soccorso istruttorio non è ritenuto attivabile quando il concorrente ha formulato un'offerta economica senza considerare 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 (Parere di Precontenzioso n. 2 del 11/01/2017; Parere di Precontenzioso n. 226 del 01/03/2017³⁹; Parere di Precontenzioso n. 423 del 12/04/2017; Parere di Precontenzioso n. 1081 del 25/10/2017).

In altre due occasioni (Parere di Precontenzioso n. 440 del 27/04/2017; Parere di Precontenzioso n. 616 del 07/06/2017) l'Autorità ha sostenuto l'illegittimità dell'esclusione, senza previo esperimento dell'istituto, in danno al concorrente che abbia indicato oneri della sicurezza pari a zero facendo affidamento su disposizioni fuorvianti della disciplina di gara. In presenza di espressa previsione nella *lex specialis*, invece, è stata ritenuta legittima l'esclusione, senza applicazione del soccorso istruttorio, del concorrente che abbia quantificato tali oneri pari a zero (Pareri di Precontenzioso n. 283 del 22/03/2017 e n. 435 del 27/04/2017) ed è stata, altresì, ritenuta illegittima la mancata esclusione dell'operatore economico che non abbia indicato separatamente gli oneri di sicurezza aziendale (Parere di Precontenzioso n. 1098 del 25/10/2017⁴⁰). In tal caso, infatti, il principio per cui devono ritenersi insanabili i difetti dell'offerta prevale sui principi sottesi al soccorso istruttorio, dal momento che la mancata specificazione nel dettaglio di tali oneri o la loro quantificazione pari a zero equivale a presentare un'offerta priva di un elemento essenziale (Cons. di Stato, sez. V, 14/04/2016, n. 1481; TAR Campania – Salerno, sez. I, 05/01/2017, n. 34).

³⁸ Cfr. Cons. di Stato, Adunanze Plenarie n. 19 e n. 20 del 2016. Giurisprudenza successiva (TAR Sicilia – Catania, sez. III, 12/12/2016, n. 3217; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 14/07/2017, n. 912) ha ritenuto applicabili anche alle gare indette dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice le conclusioni emerse nelle citate Plenarie, alla luce dei principi enunciati e ribaditi dalla Corte di Giustizia dell'UE (sez. VI, ordinanza del 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16).

³⁹ In tale occasione l'Autorità ha avuto modo di sottolineare che la disposizione di cui all'art. 95, comma 10, trova applicazione anche alle concessioni di servizi.

⁴⁰ Nel caso di specie, a rilevare è stato anche il fatto che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale ha influito sul calcolo della soglia di anomalia.

La modifica apportata all'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti, dal decreto correttivo ha ridisegnato l'ambito di applicazione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, escludendone le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a). In applicazione della novella, l'Autorità ha ritenuto illegittima l'esclusione del concorrente da una gara di forniture senza posa in opera per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale (Parere di Precontenzioso n. 1016 del 25/10/2017).

4. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale

Risultano essenziali, e pur tuttavia sanabili (non più con pagamento della sanzione dopo l'entrata in vigore del decreto correttivo al d.lgs. 50/2016), le irregolarità concernenti le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del Codice dei contratti). In particolare, è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti di ordine generale stabiliti dall'art. 38, comma 1, che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso, dai soggetti specificatamente indicati (nelle lett. b), c) e m-ter) del comma 1 dell'art. 38) (Pareri di Precontenzioso n. 215 e n. 218 del 01/03/2017, il primo dei quali riferito alla mancata produzione della dichiarazione del possesso dei requisiti di cui alle predette lettere da parte del Responsabile Tecnico ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e Parere di Precontenzioso n. 489 del 03/05/2017, riferito alla carenza della dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) del Codice da parte del direttore tecnico). In altra circostanza (Parere di Precontenzioso n. 605 del 31/05/2017), l'Autorità ha confermato, sulla base di quanto precisato dal Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016⁴¹, che i membri del collegio sindacale rientrano tra i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sui requisiti di carattere generale di cui all'art. 80, comma 1, del Codice dei contratti e che la mancanza in merito a tale obbligo deve ritenersi essenziale ma sanabile. Con Parere di Precontenzioso n. 95 del 08/02/2017, l'Autorità ha affermato che le dichiarazioni sulle assenze di cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice devono ritenersi essenziali, e le eventuali carenze in ordine alle stesse sanabili, anche in riferimento alla ditta subappaltatrice nel caso in cui ci si trovi nella circostanza di cui al comma 6 dell'art.

⁴¹ Recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del DGUE".

105, ovvero quando risulta obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta^{42, 43}.

Sempre con riferimento al subappalto, con Pareri di Precontenzioso n. 487 del 03/05/2017 e n. 973 del 27 settembre 2017, è stato ritenuto ammissibile, anche facendo leva su recente giurisprudenza (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 29/12/2016, n. 1790), il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori. Nel primo caso l’Autorità ha altresì condiviso l’interpretazione comunitariamente orientata espressa dal Consiglio di Stato (Comm. Spec., 3/11/2016, n. 2286), in base alla quale, per cercare di coordinare le disposizioni dei commi 1 e 5 dell’art. 80 con quelle del comma 12 dell’art. 105⁴⁴, quando risulta obbligatoria l’indicazione della terna dei subappaltatori occorre che almeno uno di essi abbia i requisiti per eseguire la prestazione. Nel secondo caso, anche sulla scorta di un consolidato indirizzo giurisprudenziale⁴⁵, è stato precisato che è illegittima l’esclusione del concorrente che, in sede di soccorso istruttorio, rinuncia al subappalto dichiarando di voler eseguire in proprio la prestazione, qualora sia in possesso dei requisiti di partecipazione.

5. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale

Venendo ai requisiti di carattere speciale, l’Autorità, richiamando il Parere di Precontenzioso n. 617 del 08/06/2016, ha stabilito che non è legittima l’esclusione dell’operatore economico che non ha compilato il campo del DGUE relativo ai requisiti di idoneità professionale senza la previa attivazione del soccorso istruttorio (Pareri di Precontenzioso n. 685 del 28/06/2017 e n. 695 del 05/07/2017) e che è legittimo il ricorso all’istituto per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis*, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti medesimi deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara quale termine per la presentazione dell’offerta⁴⁶ (Parere di Precontenzioso n. 54 del 01/02/2017).

⁴² Il legislatore, con il d.lgs. 50/2016, ha introdotto tale obbligo che, successivamente al correttivo, sussiste non più solo in caso di appalti di importo pari o superiore alle soglie indicate all’art. 35 ma anche, indipendentemente dall’importo, qualora gli appalti riguardino attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

⁴³ Resta ferma la disposizione di cui al comma 7 dell’art. 105, in base alla quale al momento del deposito del contratto di subappalto, cioè successivamente all’aggiudicazione, l’affidatario trasmette alla stazione appaltante la dichiarazione del subappaltatore attestante l’assenza in capo ad esso dei motivi di esclusione di cui all’art. 80.

⁴⁴ I primi due, infatti, comportano, nel caso in cui sia obbligatoria l’indicazione della terna dei subappaltatori in gara, l’esclusione del concorrente principale anche se le cause di esclusione sono riferite al subappaltatore, il secondo invece prevede l’obbligo di sostituzione del subappaltatore in capo al quale si sia verificata la sussistenza di motivi di esclusione.

⁴⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 26/03/2012, n. 1726; Cons. di Stato, sez. IV, 13/03/2014, n. 1224.

⁴⁶ Sull’ammissibilità di utilizzare il soccorso istruttorio per sanare lacune di produzione documentale, purché il concorrente sia in possesso dei relativi requisiti, cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 08/07/2016, n. 1383; Cons. Stato sez. V, 19/05/2016, n. 2106; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 22/03/2016, n. 434.

Il Parere di Precontenzioso n. 1205 del 22/11/2017 ha trattato il caso riguardante la presentazione da parte di un operatore economico di una attestazione SOA riportante la certificazione del sistema di qualità scaduta. L'Autorità ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante che ha ritenuto tale irregolarità essenziale, costituendo il possesso della certificazione un requisito tecnico-organizzativo necessario ai fini della partecipazione alla gara, e, in quanto tale, sanabile, *ratione temporis* dietro pagamento di sanzione, dimostrando di aver richiesto l'aggiornamento dell'attestato entro e non oltre il termine di presentazione delle offerte.

Con Parere di Precontenzioso n. 602 del 31/05/2017 è stato ritenuto non applicabile il soccorso istruttorio "rinforzato" in sede di comprova ex art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006 dei requisiti di capacità tecnica (in tale circostanza quelli relativi all'art. 42, comma 1, lett. a), al fine di consentire all'aggiudicataria di produrre nuova documentazione probatoria in sostituzione di quella rivelatasi inidonea alla dimostrazione del requisito. Infatti, data la natura perentoria del termine entro cui l'aggiudicataria è tenuta a fornire la dimostrazione del possesso del requisito (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 25/02/2014, n. 10; Cons. di Stato, sez. V, 10/01/2017, n. 40), l'ammissione di quest'ultima al beneficio del soccorso istruttorio comporterebbe la violazione del principio della *par condicio* (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 31/08/2016, n. 3753). Il principio espresso con riferimento ad una gara bandita sotto la vigenza del precedente codice può trovare applicazione anche ad impianto normativo vigente, dal momento che, pur in assenza di specifiche indicazioni del nuovo Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di ordine generale e speciale⁴⁷, dal combinato disposto degli artt. 83, comma 8, 85, comma 5, 86, comma 1, del Codice e dell'art. 71 del d.P.R. n. 445/2000 si evince che le stazioni appaltanti, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione, possono procedere al controllo, anche a campione, sull'effettivo possesso da parte dei restanti concorrenti dei requisiti richiesti e autodichiarati⁴⁸.

6. Avvalimento

Strettamente connessi 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/domanda sono i pareri resi

⁴⁷ L'art. 48 del d.lgs. 163/2006 non trova, infatti, corrispondenza nel d.lgs. 50/2016.

⁴⁸ Cfr. il paragrafo 4 del suddetto Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016 .

dall'Autorità in materia di soccorso istruttorio applicato all'avvalimento. In più occasioni (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017⁴⁹; Pareri di Precontenzioso n. 1332, n. 1333 e n. 1334 del 20/12/2017), supportata anche da costante giurisprudenza⁵⁰, l'Autorità ha ritenuto inapplicabile il soccorso istruttorio per colmare le lacune del contratto di avvalimento apportandovi integrazioni postume, posto che tale documento rappresenta il presupposto per la partecipazione alla gara fornendo all'avvalente il requisito mancante. E' stata, invece, ritenuta ammissibile, non essendo inficiato il possesso dei requisiti, l'integrazione del contratto di avvalimento al fine di chiarire la piena responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria (Pareri di Precontenzioso n. 392 del 12/04/2017 e n. 1026 del 11/10/2016).

Con Parere di Precontenzioso n. 617 del 07/06/2017, l'Autorità ha precisato che, qualora l'obbligo di cointestazione della polizza fideiussoria sia previsto dalla *lex specialis*, è da ritenersi, altresì, sanabile (gratuitamente) la mancata intestazione della garanzia anche all'impresa ausiliaria, poiché, stante la sua natura meramente accessoria, non determina l'incertezza assoluta dell'offerta. È stato, infatti, ricordato, con il supporto anche di recente giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, sez. IV, 02/12/2016, n. 5052) che, non prevedendo le attuali disposizioni codicistiche nulla in merito all'obbligo di cointestazione della polizza fideiussoria anche all'impresa ausiliaria, in mancanza di apposita previsione della legge di gara è sufficiente l'intestazione della sola ditta principale⁵¹.

7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione

Alcuni Pareri hanno riguardato la fattispecie del soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione. Non trattandosi di integrazione o regolarizzazione di documentazione prodotta a comprova del possesso dei requisiti già dichiarati, bensì della produzione di una dichiarazione sostitutiva mancante, la cui assenza non sia stata tempestivamente rilevata dalla stazione appaltante nella fase di verifica della documentazione amministrativa, l'Autorità, in accordo con parte della giurisprudenza amministrativa⁵², ha ritenuto legittima la riattivazione del soccorso istruttorio al fine di completare il processo di emendamento di

⁴⁹ Nel caso di specie, il contratto di avvalimento era mancante dell'impegno dell'impresa ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi indicati dal bando come "esperienze professionali pertinenti" (art. 89, comma 1).

⁵⁰ 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).

⁵¹ La succitata proposta ANAC, attualmente in consultazione, relativa ai casi e alle modalità di avvalimento, si muove in tale direzione, così recitando, all'art. 4, comma 4: «in caso di avvalimento, la garanzia fideiussoria di cui all'art. 93, comma 1, del Codice, deve riguardare unicamente il concorrente».

⁵² Cfr. TAR Puglia – Lecce, sez. III, 29/04/2016, n. 712; TAR Lombardia, sez. IV, 24/06/2016, n. 1276; TAR Puglia – Bari, sez. I, 20/07/2016, n. 948; TAR Roma, sez. II, 15/03/2017, n. 3541.

ulteriori e diverse irregolarità formali (Pareri di Precontenzioso n. 50 del 01/02/2017 e n. 946 del 13/09/2017).

8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità

Nella Determinazione n. 1 del 2015, l'Autorità ha ritenuto che il soccorso istruttorio trovi applicazione anche in caso di irregolarità relative alla cauzione provvisoria (art. 75 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 93 del Codice dei contratti), a condizione che essa sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta. Ciò posto, con Parere di Precontenzioso n. 531 del 17/05/2017 è stata considerata legittima l'esclusione dalla gara nel caso in cui, nel termine concesso dalla stazione appaltante, il concorrente abbia prodotto, invece dell'originale richiestogli, una copia non autenticata della polizza fideiussoria stipulata a titolo di garanzia provvisoria. Tale adempimento, richiesto infatti in funzione dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla serietà dell'offerta che riveste la cauzione provvisoria, non viola il principio di proporzionalità e trova fondamento in previsioni di legge. Anche la mancanza della dichiarazione d'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva, da produrre unitamente alla cauzione provvisoria, è suscettibile di soccorso istruttorio (Parere di Precontenzioso n. 93 del 08/02/2017). Infine, è stata ritenuta sanabile anche la mancanza di allegazione della certificazione ISO 9001:2008, al fine di ottenere la dimidiazione della cauzione, nel caso in cui la società sia in possesso della suddetta certificazione (Parere di Precontenzioso n. 57 del 01/02/2017).

L'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto si estende anche alle carenze relative al versamento del contributo integrativo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 266/2005. L'Autorità, infatti, ha ritenuto sanabile, dietro pagamento della sanzione fino al decreto correttivo, la mancata allegazione alla domanda di partecipazione della ricevuta di pagamento del suddetto contributo, purché il versamento, come precisato anche dalla Determinazione n. 1/2015, sia stato disposto in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (Pareri di Precontenzioso n. 326 del 29/03/2017 e n. 838 del 27/07/2017).

