



## DELIBERA N. 103

15 marzo 2023.

### Oggetto

Istanza presentata da Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. - Procedura negoziata (contratti sotto soglia) per i lavori di pulizia, risagomatura e ripristino di alcune briglie sul Torrente Rava. Importo a base di gara euro: 400.545,80. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Pozzilli (IS).

**UPREC-PRE 389/2023/L/PREC**

### Riferimenti normativi

Artt. 36 e 63 del d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – procedura – indagine di mercato

### Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – procedura – indagine di mercato

In ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, la dimostrazione del possesso della qualificazione del concorrente deve avvenire dopo la presentazione delle offerte e l'operatore economico, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse, salvo diversa prescrizione nella lex specialis.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 marzo 2023



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 6436 del 25.1.2023 con la quale l'impresa Appalti e Costruzioni Civili s.r.l. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti il possesso dei requisiti relativi all'impresa Abiter s.r.l., risultata aggiudicataria della "*Procedura negoziata (contratti sotto soglia) per i lavori di pulizia, risagomatura e ripristino di alcune briglie sul Torrente Rava. Importo a base di gara euro: 400.545,80. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.*" bandita dal Comune di Pozzilli;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 9964 del 6.2.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte in particolare sulla dedotta nullità del contratto di avvalimento utilizzato dall'impresa aggiudicataria – Abiter s.r.l. – al momento della manifestazione di interesse all'indagine di mercato: ad avviso dell'istante, tale contratto, indicando genericamente le risorse messe a disposizione, risulterebbe privo dei requisiti previsti dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016 con la conseguente illegittimità della partecipazione alla procedura indetta dal Comune di Pozzilli;

RILEVATO che la indagine di mercato era stata emanata ai sensi del d.l. 76/2020 e che ai sensi dell'art. 4 dell'avviso era prevista la ammissione dei "*concorrenti di cui agli artt. 3, comma 1, lett. p), e 45 del D.lgs. 50/2016, gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi, nonché le imprese che intendano avvalersi dei requisiti di altri soggetti ai sensi dell'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016*", cui sarebbe seguita l'eventuale formulazione di un'offerta;

PRESO ATTO che nella fase dell'indagine di mercato era richiesto il possesso dei requisiti di carattere generale e speciale, in particolare l'attestazione SOA per la categoria 8 – II, nonché le "*...le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto in oggetto con un adeguato standard di qualità*";

CONSIDERATO che l'o.e. Abiter s.r.l., in quanto espressamente carente della necessaria attestazione SOA, aveva depositato in sede di manifestazione di interesse un contratto di avvalimento con altra ditta (F.lli Miele s.r.l.), dichiarando di avvalersi dei requisiti della ausiliaria, tra cui la attestazione SOA richiesta;

PRESO ATTO che una volta ammessa alla procedura negoziata mediante sorteggio, l'impresa Abiter s.r.l. non continua ad avvalersi dei requisiti della medesima impresa ausiliaria, indicata in sede di indagine di mercato, ma fa riferimento a una diversa impresa ausiliaria (NR Genio Civile s.r.l.) con la quale il contratto di avvalimento presenta un maggior livello di dettaglio rispetto a quello precedente, con peculiare riferimento alla specificazione dei requisiti forniti e le risorse messe a disposizione, ex art. 89 d.lgs. 50/2016;

RILEVATO tuttavia che l'avviso di indagine di mercato stabiliva espressamente – punto 8 – "*Il presente avviso, che è finalizzato ad una indagine di mercato, non costituisce proposta contrattuale e non vincola in alcun modo l'Amministrazione che sarà libera di seguire anche altre procedure. L'Amministrazione si riserva di interrompere in qualsiasi momento, per ragioni di sua esclusiva competenza, il procedimento*



*avviato, senza che i soggetti richiedenti possano vantare alcuna pretesa. Resta inteso che la suddetta partecipazione non costituisce prova di possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per l'affidamento dell'appalto in oggetto, il quale invece dovrà essere dichiarato dall'interessato ed accertato dal Comune di Pozzilli in occasione dell'affidamento in questione";*

CONSIDERATO che la ditta Abiter s.r.l., all'esito dell'indagine di mercato e a seguito di sorteggio, veniva invitata a presentare offerta con riferimento alla " *procedura negoziata (contratti sotto soglia) per i lavori di pulizia, risagomatura e ripristino di alcune briglie sul Torrente Rava*" in cui veniva valutato dalla stazione appaltante il legittimo possesso dei requisiti generali e speciali, ivi compresi quelli posseduti mediante avvalimento;

CONSIDERATO a margine che è pacificamente ammessa la sostituzione dell'impresa ausiliaria in quanto " *l'avvalimento, che consente a qualunque operatore economico di soddisfare il possesso di taluni requisiti di partecipazione, economici, finanziari, tecnici e professionali, previsti dalla lex specialis, utilizzando risorse umane e strumentali che altre imprese si impegnano a mettere a sua disposizione (art. 89, comma 1, d.lgs. 50 del 2016) costituisce infatti un "istituto del tutto innovativo" (Cons. Stato, III, 25.11.2015, n. 5359), che consente la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 3.01.2019, n. 69; V, 26.04.2018, n. 2527; V, 21.02.2018, n. 1101)' (ex multis Cons. Stato 2580/2021).*

RILEVATO che in merito alla questione controversa questa Autorità (con la deliberazione n. 491 del 19.10.2022 e la n. 747 del 30.9.2020) ha affermato che " *in ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) e che l'operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150)";*

RILEVATO quanto sopra ed in considerazione della espressa previsione contenuta nell'avviso esplorativo che demandava la verifica dei requisiti generali e speciali al momento della gara, la stazione appaltante ha agito conformemente alla disciplina di settore;

Il Consiglio

ritiene, con riferimento alle questioni dedotte e nei limiti di cui in motivazione, che la condotta della stazione appaltante appare conforme all'ordinamento ed alla disciplina di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2023

Il Segretario, Laura Mascali

Atto firmato digitalmente