



*AZIENDA PUBBLICA DI SERVIZI ALLA PERSONA
"GIUSEPPE VEGNI"
CASTEL DEL PIANO*

**DETERMINA DEL COORDINATORE AMMINISTRATIVO
N. 11 DEL 08.03.2022**

OGGETTO: PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIO ASSISTENZIALI, GENERALI E DI RISTORAZIONE A FAVORE DI PERSONE ANZIANE PER CINQUE ANNI, CON OPZIONE DI PROSECUZIONE BIENNALE (CIG: 9044904AE). ESCLUSIONE

Il Responsabile del Procedimento,

Dato atto che con deliberazione del CdA n. 27 del 30 dicembre 2021 è stata indetta la procedura di gara indicata in oggetto;

Dato atto che il bando è stato pubblicato sulla GUUE in data 27 gennaio 2022;

Dato atto che il bando è stato pubblicato sulla GURI in data 4 febbraio 2022;

Dato atto che il bando prevedeva come termine di scadenza di presentazione delle offerte la data del 3 marzo 2022 ore 16:00 e che, entro tale data, sono pervenute n. sette offerte;

Dato atto che il bando prevedeva come data di apertura delle offerte il 4 marzo 2022 ore 10:00, sulla piattaforma telematica START, senza presenza dei concorrenti e secondo quanto previsto nel Disciplinare di gara;

Visto il verbale n. 1 del 4 marzo 2022 assunto dal RUP, nel quale sono riportate le operazioni relative all'esame della documentazione amministrativa (**doc. a**);

Considerato che, come indicato nel suddetto verbale, l'USCITA DI SICUREZZA COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, mandataria dell'RTI costituito con la QUADRIFOGLIO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE (mandante), al fine di soddisfare i requisiti di cui al paragrafo 7.2. lett. e) ed f) del bando di gara, ha prodotto:

- a) il contratto di avvalimento sottoscritto con la MELOGRANO Società Cooperativa Sociale;
- b) il DGUE della MELOGRANO;
- c) la dichiarazione di conformità delle certificazioni presentata;

Considerato che l'art. 89 del D.lgs 50 del 2016 prevede che *“L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. 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”*;

Rilevata l'assenza della 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;

Dato atto che la giurisprudenza amministrativa, in merito alla mancanza della dichiarazione sopra menzionata, ha affermato quanto segue:

- *“Lungi dal costituire un mero formalismo tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente. Il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del solo concorrente. Benché formalmente indirizzata anche nei confronti di Rete Ferroviaria Italiana – come sottolinea il Consorzio Research nelle proprie difese - la dichiarazione di messa a disposizione in esso contenuta produce dunque effetti nei confronti del solo concorrente che con l'ausiliario sottoscrive il contratto di avvalimento (in questi termini, con riguardo al previgente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante una disciplina in continuità normativa con quella del codice oggi in vigore: Cons. Stato, V, 1 agosto 2018, n. 4765). Si tratta dunque di una dichiarazione di impegno che non attribuisce all'amministrazione un corrispondente diritto azionabile e su cui la stessa possa fare affidamento per l'esecuzione del contratto. Sotto il profilo evidenziato emerge la rilevanza sul piano sostanziale della dichiarazione di impegno previsto dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 e in conformità ad esso richiesta dal disciplinare di gara, che il Consorzio ReseArch pacificamente non ha reso in sede di domanda di partecipazione alla procedura di affidamento oggetto del presente giudizio. Va al riguardo sottolineato che sul piano del diritto comune di contratti è ammessa «la stipulazione a favore di un terzo», attraverso il contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 – 1413 del codice civile. Effetto tipico della stipulazione a favore del terzo è l'acquisto immediato da parte di quest'ultimo del diritto nascente dal contratto, ma la medesima stipulazione può tuttavia «essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare» (art. 1411, comma 2, cod. civ.). Inoltre in base all'art. 1413 il promittente, ovvero nel caso di avvalimento il concorrente ausiliato «può opporre al terzo*

le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto». Le conseguenze così descritte rendono evidente che **l'impegno assunto dall'ausiliario nell'ambito del contratto di avvalimento a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest'ultima, la quale ai sensi dell'art. 1334 cod. civ. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irretrattabile, oltre che insuscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti**” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019 n. 7188);

- **“la dichiarazione dell'ausiliaria prescritta dall'art. 89 assume cruciale rilievo tanto nell'avvalimento c.d. operativo quanto in quello c.d. di garanzia e ciò in quanto, come chiarito dall'univoca giurisprudenza (il che esime da citazioni specifiche), la dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento sono atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, mentre il contratto di avvalimento integra 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”** (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I 2020 n. 9408);
- **“Ai fini dell'avvalimento vanno tenuti distinti i documenti che l'art. 89 del Codice dei contratti pubblici prescrive debbano essere prodotti dal concorrente che vi fa ricorso, in quanto il contratto ha un'efficacia inter partes; con lo stesso l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente ausiliato a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. L'impresa ausiliaria si obbliga, invece, nei confronti della stazione appaltante con separata dichiarazione, mediante la quale mette a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Tale distinzione discende proprio dalla previsione dell'art. 89, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, che richiede di tenere distinto il contratto di avvalimento dalla dichiarazione; lungi dal costituire un mero formalismo, tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente”** (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I bis, 26 ottobre 2020 n. 10912);
- **“La totale mancanza della dichiarazione d'obbligo dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e la sua essenzialità, quindi insostituibilità con l'attestazione sul possesso dei requisiti e con l'assunzione delle obbligazioni contenute nel contratto di avvalimento, comportano l'impossibilità di sanare l'omissione col soccorso istruttorio”** (Consiglio di Stato, Sezione V, 4 giugno 2020 n. 3506, vedi anche T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 13 luglio 2020 n. 1706).

Dato altresì atto che il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara ha natura meramente cartolare, poiché non indica le risorse ed i mezzi messi a disposizione da parte della ausiliaria;

Considerato sul punto quanto affermato dalla giurisprudenza, secondo la quale:

- “Il Collegio di dover confermare il precedente di Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710, che non solo espressamente riconosce **la possibilità di ricorrere all’istituto dell’avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità** di cui trattasi, ma precisa che, a tal fine, **l’ausiliaria deve mettere a disposizione dell’ausiliata “tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione”** (in tal senso funzionale va intesa la messa a disposizione della propria organizzazione aziendale)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953);
- “con diversi precedenti, tra cui, di recente, Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710 e id. V, 17 maggio 2018, n. 2953, si è espressamente riconosciuta detta possibilità e **si è precisato che, in riferimento a tale requisito, l’ausiliaria deve mettere a disposizione dell’ausiliata tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità, poiché “in tale senso funzionale va intesa la messa a disposizione della propria organizzazione aziendale”**. In sintesi, il contratto di avvalimento relativo ad una certificazione di qualità deve mettere a disposizione (anche) l’apparato organizzativo aziendale che ha consentito all’impresa ausiliaria di conseguire l’attribuzione del requisito di qualità. Di regola, perciò detti fattori della produzione devono essere specificati nel contratto di avvalimento, alla stregua di quanto necessario per renderne determinato l’oggetto, secondo i noti principi enunciati dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 4 novembre 2016, n. 23, in riferimento alla disciplina vigente prima dell’entrata in vigore del codice dei contratti, tuttora applicabili all’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 (anche dopo l’inserimento dell’ultimo inciso del comma 1 di cui al d.lgs. n. 56 del 2017)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 marzo 2019 n. 1730);
- “L’avvalimento per non essere considerato generico deve rispondere ai seguenti requisiti: **indicazione delle risorse umane messe a disposizione, con specificazione delle qualifiche; elenco dei mezzi strumentali e delle attrezzature funzionali all’esecuzione** dei lavori appaltati; previsione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante; corrispettivo previsto per l’obbligazione nascente dalla sottoscrizione del predetto contratto di avvalimento” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 aprile 2021 n. 2313).

Dato atto, alla luce di quanto sopra, che nel contratto l’impresa ausiliaria non mette a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità.;

Considerato, pertanto, che non sussistono i presupposti per attivare il soccorso istruttorio il quale, ove fosse attivato, costituirebbe una non ammissibile integrazione della documentazione prodotta, in violazione del principio della parità di trattamento tra concorrenti;

DISPONE

l’**esclusione** del **RTI USCITA DI SICUREZZA SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS - Il Quadrifoglio Società Cooperativa Sociale** dalla procedura di gara in corso indicata in oggetto, per le motivazioni sopra indicate;

la trasmissione tramite PEC del presente provvedimento unitamente al verbale n. 1 (**doc. a**).

AVVERTE

che avverso il presente provvedimento è ammesso ricorso al TAR Toscana nel termine di trenta giorni, ai sensi del D.lgs 104 del 2010.

Il RUP
Cristina Bruni

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

la sottoscritta Bruni Cristina, Coordinatore amm.vo, certifica che copia della presente determinazione è stata pubblicata integralmente sul sito istituzionale dell'azienda www.aspvegni.it sezione "Albo on line" **il 08.03.2022** e che vi rimarrà per 15 gg. consecutivi e nessun reclamo è stato presentato a questo ufficio contro la medesima.

Il coordinatore amm.vo
Cristina Bruni