

FAQ - AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE, MEDIANTE PROCEDURA APERTA, DELLA GESTIONE DEI CANONI IDRICI, DELLA GESTIONE DEL CANONE UNICO PATRIMONIALE, DELLE ATTIVITA' DI ACCERTAMENTO IMU/TASI/TARI E DELLA RISCOSSIONE COATTIVA DELLE ENTRATE COMUNALI

Domanda

Si pone all'attenzione della spett.le S.A. che il riscontro, in termini positivi, alla FAQ 14 pubblicata in data 17.03.2022 nella quale un operatore chiedeva: 1) Si chiede conferma che sia ammesso l'avvalimento premiale al fine di acquisire da altra società la ISO 27701 richiesta per ottenere 5 punti di punteggio tecnico, così come previsto dalla V Sezione del Consiglio di Stato, n. 2526 del 25 marzo 2021 e con sentenza III Sezione del T.A.R. Lazio, Roma, con sentenza n. 3929 del 1 aprile 2021, si rivela in contrasto con quanto indicato a pag.7/14 del disciplinare di gara dove è previsto che: In ordine all'offerta tecnica non sarà utilizzabile l'avvalimento, che è un istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, n. 478). Trattandosi pertanto di una modifica dei documenti di gara, che va ad impattare sulla valutazione ed attribuzione del punteggio tecnico, si richiede un congruo rinvio della scadenza e dei termini di gara.

Risposta

Richiamando la FAQ 14 del 17.03.2022 e la sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato (Sentenza n. 2526 del 25 marzo 2021) si evidenzia che non è ravvisabile una modifica degli atti di gara.

Nella suddetta sentenza, infatti, viene precisato che “La problematica dell'avvalimento c.d. premiale (che evoca, in buona sostanza, la praticabilità del suo utilizzato anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato) postula, alla luce della diffusa e non sempre inequivoca elaborazione giurisprudenziale, di essere ricondotta ai suoi esatti termini...”...omissis... “Come è noto, la funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, nella prospettiva pro concorrenziale del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto. La complessiva logica 'economica' sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano 'giuridico', nella valorizzazione - in un contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei "legami" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (cfr. art. 89, comma 1 D.Lgs. n. 50 del 2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata ad utrasque) - di una effettiva 'messa a disposizione' di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti al c.d. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti

criteri di selezione delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5). Per tal via, la (concreta) funzione dell'avvalimento si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara". Sta in ciò il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta. Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi - potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti - miri esclusivamente alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, propter tenorem rationis, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria. Appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto. Deve, per contro, ritenersi precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima ciò che, appunto, deve segnatamente dirsi nella ipotesi in cui il concorrente possenga già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta.”

Il Dirigente

Dott. Antonello Incani