



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 3 DEL 11 gennaio 2017**

Oggetto: istanza di parere congiunta per la soluzione delle questioni controverse ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Bitella S.r.l. e dal Comune di Laterza – Procedura di acquisizione mediante R.D.O. su piattaforma MEPA per l'affidamento dell'appalto di servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria del verde pubblico. Importo a base d'asta euro: 38.725,63. S.A.: Comune di Laterza (TA).

**PREC 138/16/S**

#### **Requisiti di idoneità professionale – Avvalimento**

Il requisito richiesto dalla stazione appaltante dell'iscrizione al Registro ufficiale dei produttori ovvero dell'iscrizione presso il Registro delle imprese che abbiano conseguito un attestato di idoneità comprovante le adeguate competenze, di cui all'art. 12, legge 28.7.2016, n. 154, deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento.

**Art. 83, d.lgs. 50/2016; Art. 89, d.lgs. 50/2016.**

#### **Capacità economica-finanziaria – Capacità tecniche-professionali – Periodo di riferimento Esercizio finanziario – Triennio antecedente.**

Per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincidente necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria da intendersi come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare.

**Art. 83, d.lgs. 50/2016.**

### **Il Consiglio**

#### *Considerato in fatto*

Con istanza di parere congiunta acquisita al prot. Anac n. 179320 del 2.12.2016 la società Bitella S.r.l. e il Comune di Laterza hanno chiesto all'Autorità di formulare un'ipotesi di soluzione della questione insorta tra le parti relativamente alla procedura di acquisizione mediante R.D.O. su piattaforma MEPA per l'affidamento dell'appalto di servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria del verde pubblico.

Le parti avanzano diversi quesiti in ordine sia all'ammissibilità dell'avvalimento in relazione al possesso dei requisiti di cui all'art. 12 della legge 154/2016 (*Deleghe al Governo e*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale*), sia in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale così come richiesti dal disciplinare di gara (aver eseguito servizi analoghi nel triennio precedente, da ottobre 2013 a ottobre 2016 per un importo pari a euro 41.153,23).

In particolare, l'impresa concorrente Bitella S.r.l., seconda in graduatoria, sostiene che, l'aggiudicatario provvisorio abbia fatto illegittimamente ricorso all'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito previsto dall'art. 12 della legge 154/2016 - Esercizio dell'attività di manutenzione del verde, ciò in quanto ritiene che esso sia riconducibile ai criteri di selezione di cui all'art. 83, comma 1, lettera a) d.lgs. 50/2016 (criteri di selezione che riguardano i requisiti di capacità professionale) e pertanto non possa essere oggetto di avvalimento.

Viceversa, la stazione appaltante ritiene che il predetto requisito sia riferibile a quelli contemplati dall'art. 83, comma 1, lettera c) d.lgs. 50/2016 (criteri di selezione che riguardano le capacità tecniche -professionali).

Inoltre, la società istante ritiene che l'aggiudicatario sia sprovvisto anche della capacità tecnico-professionale come richiesta a pag. 5 del disciplinare di gara relativamente "*all'elenco delle principali forniture e servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, pari almeno all'importo posto a base di gara, prestati negli ultimi tre anni con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari*", in quanto risulta aver indicato un importo pari a euro 58.200,48 per l'intero anno 2013 di cui dovrebbe tenersi conto solamente con riferimento all'ultimo trimestre e per la quota imputabile alla sola manutenzione del verde essendo riferibile a un appalto multi servizi. Sul punto, la stazione appaltante rileva che vada comunque considerato il fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari (anni 2013-2014-2015).

Infine, l'impresa istante lamenta che l'aggiudicataria, avendo indicato nel contratto di avvalimento l'impegno di ricorrere alla manodopera dell'ausiliaria, trovi applicazione anche la previsione dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 con riferimento al subappalto ma senza aver espressamente manifestato la volontà di ricorrervi, precludendo così alla stazione appaltante di poter verificare il possesso dei requisiti in capo al subappaltatore ai sensi del comma 7 dell'art. 105. A tale riguardo, la stazione appaltante evidenzia che l'art. 89 d.lgs. 50/2016 richiede all'ausiliaria di dichiarare il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento rilevando che per la concorrente risultata aggiudicataria, il requisito oggetto di avvalimento è l'iscrizione presso il R.U.P. di cui all'art. 20 del d.lgs. 214/2005.

All'esito dell'avvio dell'istruttoria, non risultano pervenute ulteriori osservazioni da parte delle parti istanti.

*Ritenuto in diritto*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Il quesito sottoposto al vaglio dell'Autorità concerne la legittimità o meno dell'aggiudicazione disposta in favore della Soc. Coop. Global Multiservice, concorrente che ha dimostrato il possesso del requisito di iscrizione al Registro Ufficiale dei Produttori (R.U.P.) mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Preliminarmente, al fine di verificare se la stazione appaltante abbia correttamente operato è opportuno analizzare la *lex specialis* di gara nonché il quadro normativo di riferimento.

Risulta, infatti, che il disciplinare di gara abbia richiesto all'art. 2 – Requisiti di ammissione, tra i requisiti di ordine generale, alla lettera b): *«essere iscritta al Registro Ufficiale dei Produttori (R.U.P.) di cui all'art. 20, comma 1, lettere a) e c) del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 214, e/o essere impresa agricola, artigiana, industriale o cooperativa, iscritta al registro delle imprese che abbia conseguito un attestato di idoneità che accerti il possesso di adeguate competenze, così come previsto dall'art. 12, legge 28.7.2016, n. 154»*. Risulta, poi aver distinto i requisiti di carattere economico-finanziario con riferimento *«all'aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2015-2014-2013) un fatturato globale di impresa che non sia inferiore a tre volte l'importo a base di gara»*, dai requisiti di carattere tecnico-professionale relativamente *«alla presentazione dell'elenco delle principali forniture e servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, pari almeno all'importo posto a base di gara, prestati negli ultimi tre anni con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari»*. Oltre al *«possesso della strumentazione tecnica necessaria per la fornitura, l'installazione e il collaudo e il personale necessario per lo svolgimento dei servizi quale assistenza tecnica»*. Infine, l'art. 8 del disciplinare di gara prevede la possibilità di ricorrere allo strumento dell'avvalimento secondo quanto previsto dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016.

L'attuale quadro normativo di riferimento, prevede, nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, all'art. 83 rubricato – Criteri di selezione e soccorso istruttorio – la definizione dei criteri e delle modalità in base ai quali le stazioni appaltanti procedono alla selezione qualitativa dei concorrenti alle procedure, stabilendo che i requisiti ivi previsti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenuto conto che l'interesse pubblico da perseguire è quello della più ampia possibile partecipazione alla gara.

In particolare, il comma 1 del suddetto articolo prevede che i criteri di selezione riguardino esclusivamente: a) requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali.

Risultano, pertanto proiettate nella disposizione in analisi i principi già contenuti dalle singole norme che nel previgente Codice disciplinavano i requisiti speciali di partecipazione: articolo 39 - idoneità professionale; articolo 41 - capacità economico/finanziaria e articolo 42 - capacità tecnica/professionale. Il successivo comma 3 si dedica ai requisiti di idoneità professionale, richiedendo ai concorrenti, ai fini della sussistenza del suddetto requisito, l'iscrizione presso la CCIAA, nel Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato o



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

presso i competenti ordini professionali. Il suddetto comma distingue poi le ipotesi del cittadino di altro Stato membro non residente in Italia.

Inoltre, l'art. 89 del d.lgs. 50/2016 recante la disciplina dell'istituto dell'avvalimento prevede al comma 1 che: *«L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonchè il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. 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, nonchè 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. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto 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 ».*

Orbene, dalla definizione della *lex specialis* di gara appare chiaro che la stazione appaltante abbia richiesto, quali condizioni di partecipazione, il possesso dell'iscrizione al Registro Ufficiale dei Produttori di cui all'art. 20, comma 1, lettere a) e c) del d.lgs. 214/2005 ovvero il conseguimento dell'attestato di idoneità circa il possesso di adeguate competenze, così come previsto dall'art. 12 della l. 154/2016, prevedendole tra i requisiti di ordine generale rispetto a quelli di carattere tecnico-professionale.

È proprio quest'ultima norma che disciplina l'esercizio dell'attività di manutenzione del verde, laddove al comma 1 stabilisce che l'attività di costruzione, sistemazione e manutenzione del verde pubblico o privato affidato a terzi può essere esercitata: dagli iscritti al Registro ufficiale dei produttori ovvero da imprese agricole, artigiane, industriali o in forma cooperativa, iscritte



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

nel registro delle imprese che abbiano conseguito un attestato di idoneità comprovante le adeguate competenze.

Appare chiaro che la disposizione sopra richiamata richiede all'operatore economico che svolga attività di manutenzione del verde pubblico/privato una specifica e definita idoneità professionale, riconosciutagli mediante le due modalità ivi indicate: dell'iscrizione al Registro ufficiale dei produttori ovvero dell'iscrizione presso il registro delle imprese con relativa attestazione delle adeguate competenze. Tale requisito risulta pertanto strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibile da esso, con la conseguenza che non possa formare oggetto di avvalimento.

Pertanto, la principale doglianza sollevata dall'impresa Bitella S.r.l. sembra trovare soluzione non solo nel dettato della disciplina di gara così come sopra descritta, ma soprattutto nel quadro normativo di riferimento.

Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 89 d.lgs. 50/2016, è riconosciuto al concorrente la possibilità di soddisfare, mediante ricorso allo strumento dell'avvalimento, tra l'altro il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-professionale di cui all'art. 83, comma 1, lettere b) e c), d.lgs. 50/2016, non risultando contemplate le ipotesi di cui alla lettera a) del suddetto articolo (requisiti di idoneità professionale).

Ciò appare in linea con quanto già affermato dall'Autorità (Determinazione 2/2012), in ordine al dibattuto argomento attinente la possibilità di ricorrere all'avvalimento, seppur riferibile ai requisiti di cui all'art. 39 del previgente Codice dei Contratti pubblici, ha ritenuto che gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno "status" e non possano essere oggetto di avvalimento. In particolare, nella Determinazione sopra richiamata l'Autorità ha stabilito che « ... con riguardo all'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, si osserva che essa rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma. Per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc. Da tutto quanto sopra, si deve concludere che l'avvalimento non possa riguardare, ad esempio, il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali».*

Con riferimento, invece, all'eccezione relativa al presunto mancato possesso dei requisiti di carattere tecnico-professionale, così come indicati nel disciplinare di gara (punto 1, pag. 5) e, in particolare al dubbio sollevato dalle parti istanti se debba farsi riferimento al "triennio precedente" ovvero "agli ultimi tre esercizi finanziari", occorre tenere presente quanto previsto dall'art. 86, comma 5 del d.lgs. 50/2016 in ordine alle capacità tecniche degli operatori economici che possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, delle quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi. Precisamente, la suddetta parte II, individua alla lettera: « *ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima*».

Sull'argomento giova comunque ricordare, in generale, quanto già precisato dall'Autorità ad esempio nel Parere n. 201 del 18 dicembre 2013 laddove ha affermato che: "*ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, l'art. 41, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mostra un evidente riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Allo stesso modo, riguardo la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, nel caso in cui l'amministrazione richieda, per la dimostrazione del requisito, l'elenco dei principali servizi prestati, questi devono essere dimostrati con riferimento agli ultimi tre anni. Le stazioni appaltanti godono di ampi margini di autonomia nella fissazione di requisiti tecnico-economici per la partecipazione alle gare d'appalto, e la discrezionalità dell'Amministrazione fa salvo il solo limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto, e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito*" (Parere di Precontenzioso n. 198/2012) ».

Occorre, sul punto, richiamare quanto affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Con. Stato, Sez. 3, sentenza 2 luglio 2015, n. 3285) che ha stabilito che « *solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n.163/2006 il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 "il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico finanziaria” (Cons. Stato, VI, 6.5.2014 n.2306) ».*

In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il requisito richiesto dalla stazione appaltante dell'iscrizione al Registro ufficiale dei produttori ovvero dell'iscrizione presso il Registro delle imprese che abbiano conseguito un attestato di idoneità comprovante le adeguate competenze, di cui all'art. 12, legge 28.7.2016, n. 154, deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento;
- per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincidente necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria da intendersi come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 gennaio 2017  
Il segretario, Rosetta Greco