



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 478

DEL 10 GIUGNO 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Eco Transfer Srl – Servizio di durata annuale per la movimentazione dei volumi nella sede dell'Archivio notarile di Napoli – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 80.000,00 – S.A.: Ministero della Giustizia-Dipartimento Affari di Giustizia-Amministrazione Archivi Notarili-Ufficio Generale Archivi Notarili.

PREC 85/2020/S

Dimostrazione requisiti tecnico-professionali – Rilevanza esclusiva dei codici ATECO o delle attività indicate nell'oggetto sociale – Attività concretamente svolta – Abilitazione al MEPA – Verifica ulteriore della Stazione appaltante – Rilevanza del CCNL applicato – Valutazione congruità dell'offerta – Obbligo del rispetto dei minimi tariffari e della stretta connessione con l'attività oggetto dell'appalto.

La classificazione ATECO ha funzione prevalentemente statistica in quanto finalizzata ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza alcun rilievo sulla connotazione quale attività prevalente o accessoria. L'attività pregressa concretamente svolta e l'abilitazione al MEPA per la categoria di servizi oggetto di affidamento possono costituire, in assenza di ulteriori previsioni da parte della *lex specialis*, dimostrazione del possesso dei requisiti di professionalità.

La scelta del contratto da applicare è rimessa alla libertà imprenditoriale del partecipante e può essere censurata solo nell'ipotesi in cui il CCNL applicato non risulti strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto oppure in caso di non congruità dell'offerta rispetto al costo del lavoro come desumibile dalle Tabelle ministeriali.

Artt. 23, comma 16; 30, comma 4; 32, comma 7; 95, comma 10; 105, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0032087 del 30.4.2020, con la quale la società Eco Transfer Srl contesta l'aggiudicazione della gara alla società New Police Security Srl in quanto l'attività effettivamente esercitata dalla stessa, risultante dal certificato camerale, ossia quella di vigilanza armata, sarebbe inidonea ai fini dell'integrazione del requisito professionale necessario per la partecipazione e l'esecuzione dell'appalto in oggetto (servizi di facchinaggio-movimentazione archivi);

CONSIDERATO che l'istante chiede parere all'Autorità sulle seguenti questioni:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- A)** se ai fini dell'ammissione alla gara e della dimostrazione del possesso del requisito tecnico-professionale sia sufficiente il riferimento all'oggetto sociale contenuto e diffusamente indicato nello Statuto oppure sia necessario considerare esclusivamente l'oggetto sociale concretamente attivato e classificato secondo i codici ATECO e risultante dall'iscrizione alla Camera di Commercio;
- B)** se la mera abilitazione al MEPA per una determinata categoria presupponga l'effettività dell'esperienza richiesta, assorbendo in sé la dimostrazione del requisito tecnico-professionale e presupponendo il suo possesso sulla base della semplice abilitazione al portale telematico, sì da esonerare la SA da qualsivoglia verifica circa la sua effettività;
- C)** se debba attribuirsi rilievo, ai fini della violazione della *par condicio* e della lesione della concorrenza, alla circostanza che l'impresa aggiudicataria applica al personale dipendente il CCNL del settore della "Vigilanza privata" invece che quello, più oneroso, che dovrebbe essere applicato considerando l'oggetto dell'appalto, ossia il CCNL del settore "Multiservizi";

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 8.5.2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO, relativamente al quesito di cui al punto **A)**, che la giurisprudenza ha ritenuto che dalla normativa dettata dal decreto legislativo n. 50 del 2016 sia possibile desumere *«la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto di appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale»* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10.11.2017, n. 5182 che richiama Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953) e che la corrispondenza contenutistica tra le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto dell'appalto deve essere verificata secondo una *«considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto»* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5170/2018; in tal senso anche parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 194 del 1° marzo 2018; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 484 del 29 maggio 2019);

CONSIDERATO che, più specificamente con riferimento ai codici ATECO richiamati più volte dall'istante, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale *«il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo irrilevante l'identificazione delle attività in base ai codici ATECO, poiché tale sistema ha funzione prevalentemente statistica in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza alcun rilievo sulla connotazione quale attività prevalente o accessoria»* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 17.1.2018, n. 262), mentre l'Autorità ha chiarito più volte che *«La necessaria corrispondenza contenutistica tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, dovendosi svolgere le necessarie valutazioni alla stregua di un criterio di rispondenza dell'idoneità professionale richiesta rispetto all'oggetto*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contrattuale, da considerarsi globalmente e nella complessità delle prestazioni contrattuali» (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 194/2018 citata);

CONSIDERATO altresì che per verificare il possesso dei requisiti di idoneità richiesti, la stazione appaltante deve tener conto anche dell'elenco dei servizi già prestati dall'operatore economico negli ultimi tre anni ivi inclusi i servizi analoghi a quelli in affidamento, considerando che l'oggetto sociale e l'attività effettivamente svolta possono non coincidere atteso che un'attività indicata in visura camerale può non essere tra le attività prevalenti compiute dall'operatore economico (v. pareri di precontenzioso n. 13 del 18 febbraio 2015 e n. 111 del 17 giugno 2015);

RITENUTO, pertanto, in merito al primo quesito, di poter concludere nel senso della non rilevanza ai fini dell'ammissibilità alla gara *de qua* della classificazione ATECO e che indipendentemente dall'oggetto sociale "effettivamente attivato" ciò che deve essere valutato dalla SA ai fini della verifica del possesso dei requisiti di professionalità richiesti per la partecipazione è se tra le attività indicate nello Statuto come oggetto sociale quella oggetto di affidamento sia stata già in passato e anche attualmente in concreto esercitata dall'operatore economico e che nel caso di specie la prova di tale circostanza è offerta tanto dall'abilitazione al MEPA per i "Servizi di Logistica, voce Gestione degli Archivi" (quantomeno al momento dello svolgimento delle procedure di gara), quanto, soprattutto, dal fatto che la società New Police Security Srl risulta che abbia già più volte svolto il servizio oggetto di affidamento per l'Amministrazione precedente;

CONSIDERATO, in merito al quesito di cui al punto **B**), che secondo le previsioni della *lex specialis* si ritenevano sufficienti i requisiti di professionalità richiesti da Consip Spa per l'abilitazione degli operatori economici ai "Servizi di Logistica, voce Gestione degli Archivi";

CONSIDERATO che in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario e che pertanto anche nelle procedure negoziate svolte facendo ricorso al MEPA si applica la previsione dell'art. 32, comma 7 del codice che dispone che "L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti" (v. da ultimo, TAR Lazio-Roma, sez. II, 1.4.2019 n. 4276).

RITENUTO, dunque, che senza dubbio spetta sempre alla Stazione appaltante procedere alla verifica dell'effettività dei requisiti posseduti dai concorrenti, ma nel caso di specie l'assenza di ulteriori previsioni in merito alla dimostrazione del requisito tecnico-professionale legittimava l'ammissione di tutti gli operatori economici con abilitazione al MEPA per la suddetta categoria di servizi e che in ogni caso la circostanza che la New Police Security Srl avesse già svolto in precedenza per la medesima Amministrazione il servizio oggetto della gara in questione costituiva una garanzia circa l'effettivo possesso del requisito tecnico-professionale richiesto;

CONSIDERATO, in relazione al quesito di cui al punto **C**), che la Stazione appaltante non argomenta nulla in merito al CCNL applicato dalla società New Police Security ai propri dipendenti impiegati nel servizio oggetto di affidamento e che quest'ultima, nelle proprie memorie controdeduttive, a parte



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contestare il fatto che l'istante non ha fornito alcuna prova delle proprie affermazioni, sostiene che la verifica del CCNL applicato dovrebbe, semmai, essere fatta dalla S.A. in sede di esecuzione dell'appalto e non in sede di valutazione dell'offerta e che, sebbene la S.A. non abbia chiesto copia dei contratti che si intendono applicare, in ogni caso *«si tratterebbe di verificare l'anomalia dei costi della manodopera che, però, la SA ha verificato e controllato senza rinvenire neanche la sussistenza del “sospetto” di anomalia dell'offerta della New Police Security»*;

CONSIDERATO che l'art. 30, comma 4 del Codice prevede che *«Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»* e che anche l'art. 105, comma 9 (sebbene nell'ambito della disciplina del subappalto) ribadisce che *«L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni»*;

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 23, comma 16 del Codice, secondo cui *«Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma»* e dall'art. 95, comma 10, secondo cui *«Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)»*, ovvero che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16;

RITENUTO che il combinato disposto di tali previsioni normative comporti che la Stazione appaltante sia sempre tenuta a verificare il costo del personale a prescindere dal fatto che venga o meno effettuato un vero procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e che pertanto l'offerta potrebbe anche non avere profili di anomalia tali da giustificare una sua verifica complessiva, ma, comunque, l'Amministrazione procedente sarà tenuta ad appurare che il costo del personale sia rispettoso dei minimi salariali riferibili al CCNL da applicare;

RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa si è consolidata nell'affermare che la scelta del Contratto Collettivo da applicare rientra nelle prerogative organizzative dell'imprenditore con il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto, per cui la Stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un CCNL e la scelta fatta da un concorrente di applicare un CCNL che consenta un forte abbattimento dei costi, e presentare, in questo modo, un'offerta più competitiva, rileva solo in sede di valutazione di congruità dell'offerta, ma non costituisce causa di non ammissibilità della stessa (v. Cons. Stato, sez. V, sent. 12.9.2019, n. 6148);

CONSIDERATO, dunque, che la scelta del contratto da applicare è rimessa alla libertà imprenditoriale del partecipante e può essere censurata solo nell'ipotesi in cui il CCNL applicato non risulti *“strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto”* (art. 30, comma 4) oppure in caso di non congruità dell'offerta rispetto al costo del lavoro come desumibile dalle Tabelle ministeriali (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 6.8.2019, n. 5575, secondo cui *«La coerenza del contratto collettivo rispetto all'oggetto dell'appalto appare esclusa nel*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

caso di specie, atteso che il C.C.N.L. "Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari" riguarda, rispettivamente, la vigilanza armata e non armata, e quindi si applica al personale cui viene richiesto di effettuare attività di vigilanza e custodia in senso stretto, mentre la procedura di gara riguarda l'affidamento del diverso servizio di prenotazione e prevendita. Detto in altri termini, l'oggetto dell'appalto attiene all'accoglienza del pubblico in senso lato, mentre il C.C.N.L. "Servizi Fiduciari" attiene alla custodia e sorveglianza dei siti. Ne consegue che le declaratorie relative al livello D del C.C.N.L. in esame risultano incongrue rispetto alle attività che i lavoratori saranno chiamati a svolgere nell'ambito dell'appalto, al quale si applicano in genere il C.C.N.L. multiservizi e quello per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi»);

RITENUTO che la libertà incondizionata nell'applicare le discipline contrattuali collettive abbia un'inevitabile ricaduta sull'offerta e, mediamente, nella prospettiva del rispetto dei presupposti di un effettivo regime concorrenziale,

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- la classificazione ATECO per una attività diversa da quella oggetto di affidamento non costituisca di per sé prova dell'assenza dei requisiti tecnico-professionali da parte della New Police Security, atteso che tali requisiti, nel caso di specie, risultano al contrario dimostrati dall'abilitazione di tale società al MEPA per i "Servizi di Logistica, voce Gestione degli Archivi" al momento dello svolgimento delle procedure di gara e dall'aver già svolto per l'Amministrazione committente il medesimo servizio oggetto di affidamento;
- tenuto conto delle previsioni della *lex specialis* e dei pregressi rapporti contrattuali tra la Stazione appaltante e la New Police Security Srl possa considerarsi esaustiva ai fini della verifica dell'effettività della professionalità richiesta l'abilitazione al MEPA nella categoria indicata;
- prima dell'aggiudicazione definitiva la Stazione appaltante debba in ogni caso accertare se, a prescindere dalla verifica dell'anomalia dell'offerta, il CCNL effettivamente applicato dalla New Police Security Srl ai dipendenti addetti all'esecuzione del servizio in esame sia congruente con l'attività oggetto di tale servizio e rispetti il costo minimo del lavoro.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente