



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 773 DEL 4 settembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. Boschetti a r.l. – Procedure aperte per la conclusione di accordi quadro biennali per l'affidamento dei servizi di gestione di centri di accoglienza costituiti da singole unità abitative sino a 50 posti complessivi (CIG: 7810588D1B), di centri collettivi di accoglienza con capacità ricettiva massima di 50 posti (CIG:7810591F94) e di centri collettivi di accoglienza con capacità ricettiva compresa tra 51 e 300 posti (CIG: 78105963B8) – Importo a base di gara: rispettivamente euro 15.239.390,00 – 4.815.125,00 – 8.859.072,00 - S.A.: Prefettura di Brescia

PREC 123/19/S PB

VISTE le istanze di parere acquisite ai prot. nn. 56943, 56944 e 56945 del 18 giugno 2019 con cui la Soc. Boschetti a r.l. contesta la legittimità dell'esclusione dalle procedure di gara in oggetto, disposta dalla Stazione Appaltante a seguito della riscontrata mancanza del requisito di idoneità professionale relativo all'iscrizione presso il Registro tenuto dalla C.C.I.A.A. *“per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara”*;

VISTO, in particolare, che a seguito del soccorso istruttorio attivato dall'Amministrazione per ottenere chiarimenti, spiegazioni ed ulteriore documentazione in merito a quanto emerso dalla visura camerale, l'istante ha dichiarato di voler soddisfare la richiesta del possesso del suddetto requisito attraverso l'istituto all'avvalimento, senza allegare, tuttavia, il contratto stipulato con l'Impresa ausiliaria e che la S.A., non solo ha rilevato la tardività della dichiarazione e la divergenza con quanto precedentemente indicato nel DGUE in merito alla partecipazione in proprio alla gara, ma ha ritenuto che la mancata allegazione del contratto di avvalimento non consentisse di ritenerne provata la sottoscrizione in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

RILEVATO che l'istante chiede, pertanto, all'Autorità di esprimersi sulla possibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio per sanare anche la mancanza – e non solo l'incompletezza ed ogni altra irregolarità - degli elementi essenziali e del DGUE e di accertare che, nel caso di specie, la Stazione appaltante, lungi dal disporre la sua esclusione dalla gara, avrebbe dovuto ammetterlo a provare che il contratto di avvalimento era stato sottoscritto in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, assegnando un termine perentorio per la sua trasmissione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 62714 dell'1 agosto 2019 e le memorie e i documenti pervenuti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO che i disciplinari delle procedure di gara in oggetto richiedono all'art. 7.1. "Requisiti di idoneità professionale" l'iscrizione delle imprese presso il Registro tenuto dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure nel Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato "*per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*";

VISTO che dai verbali di gara e dalla lettera di esclusione si evince che l'istante, regolarmente iscritto al Registro della C.C.I.A.A. di Brescia, ha come oggetto sociale la "*gestione di ristoranti, alberghi, self service, mense aziendali, club enologici*", dunque attività non coerenti con quelle delle procedure di gara e che tale circostanza non risulta in alcun modo contestata;

VISTO che l'art. 89 del d.lgs. 50/2016, nel consentire il ricorso all'avvalimento per soddisfare la richiesta dei requisiti di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) (capacità economica/finanziaria e tecnica/professionale), non richiama anche la lett. a) (requisiti di idoneità professionale) del Codice e che la stessa Autorità, già nella Determinazione 2/2012, ha ritenuto che i requisiti di idoneità professionale, inerendo alla disciplina pubblicistica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurano uno "status" e, pertanto, non possono 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...*» (cfr. anche Delibera n. 3 dell'11 gennaio 2017);

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza più recente ha ritenuto di condividere l'orientamento formatosi nel vigore del previgente D.lgs. 163/2006 secondo cui "*non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale, prescritti dagli articoli 38 e 39 del medesimo Codice, avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiramento di presupposti indefettibili per detta partecipazione*" (cfr. in tal senso Cons. Stato, V, 5 novembre 2012, n. 5595; IV, 24 novembre 2014, n. 5805; T.A.R. Campania, 25 luglio 2017, n. 3944);

VISTO che anche nel bando tipo n. 1, recante lo "Schema di disciplinare di gara. Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, nella sezione dedicata all'avvalimento è espressamente previsto che "*Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale [ad esempio: iscrizione alla CCLAA oppure a specifici Albi]*";



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che, coerentemente con la disciplina normativa e con l'orientamento costante dell'Autorità e della giurisprudenza, i disciplinari delle procedure di gara in oggetto, all'art. 8, vietano espressamente il ricorso all'avvalimento per soddisfare la richiesta dei requisiti di idoneità professionale e che, pertanto, anche nell'eventualità in cui la Stazione appaltante avesse ammesso il concorrente a fornire la prova che il contratto di avvalimento era stato stipulato in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sarebbe stata in ogni caso doverosa l'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara per carenza del requisito di idoneità professionale;

TENUTO CONTO, infine, del noto principio per cui il bando e il disciplinare costituiscono la *lex specialis* di gara, vincolante non solo per i concorrenti ma anche per la stessa Amministrazione aggiudicatrice, e di quanto prescritto dal citato art. 8 del disciplinare, la circostanza, rappresentata incidentalmente dall'istante, che l'affidando servizio è attualmente svolto in regime di avvalimento del requisito di idoneità professionale dell'Impresa indicata come ausiliaria in sede di soccorso istruttorio, appare giuridicamente irrilevante ai fini della decisione sull'ammissione/esclusione dalla gara in oggetto;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, conforme alla normativa di settore l'esclusione dell'operatore economico per carenza del requisito di idoneità professionale.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2019

Il segretario Maria Esposito