



DELIBERA N. 790

7 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ladisa S.r.l. e Ministero della Giustizia - Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità - Centro per la Giustizia Minorile per la Puglia e la Basilicata - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva a ridotto impatto ambientale con preparazione pasti in centro di cottura dell'Amministrazione: lotto 1 presso l'Istituto Penale per i Minorenni/CPA di Bari (vitto ragazzi) CIG 8353549EB2; lotto 2 presso l'Istituto Penale per i Minorenni di Potenza (vitto ragazzi e mensa del personale) CIG 83536165FF - Importo a base di gara euro: 973.560,12 - S.A.: Ministero della Giustizia - Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità - Centro per la Giustizia Minorile per la Puglia e la Basilicata.

PREC 178/2020/S

Riferimenti normativi

Artt. 83 e 89 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Requisiti di capacità economica e finanziaria, avalimento, impresa di nuova costituzione.

Massima

Avalimento – impresa ausiliaria – impresa di nuova costituzione – sostituzione.

L'istituto dell'avalimento non può essere utilizzato allo scopo di eludere il necessario rispetto dei criteri di selezione fissati nella *lex specialis*. Pertanto, nel caso in cui l'impresa ausiliaria sia qualificabile come impresa di nuova costituzione, i cui requisiti messi a disposizione (essendo parziali), non sono sufficienti a soddisfare i criteri di selezione fissati nella *lex specialis*, la stazione appaltante impone al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del _____ 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 63449 del 26 agosto 2020, con la quale la società Ladisa S.r.l. ha chiesto all'Autorità di precisare se sia ammissibile l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria nei confronti di una impresa di recente costituzione e in tal caso sia applicabile la regola secondo la quale, per le imprese che abbiano iniziato la propria attività in un periodo inferiore al triennio indicato, i requisiti "devono" essere rapportati al periodo di attività; nonché l'istanza, acquisita al prot. n. 65003 del 3 settembre 2020, con la quale il Ministero della Giustizia ha rivolto all'Autorità analogo quesito;

RITENUTO che l'identità della questione di diritto sottoposta dalle due parti interessate, le quali hanno espresso la volontà di attenersi a quanto verrà stabilito nel parere di precontenzioso, consente di trattare le due istanze alla stregua di un'istanza congiunta, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 65938 dell'8 settembre 2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

PREMESSO CHE l'art. 8.3 del disciplinare di gara richiede i seguenti requisiti di capacità economica e finanziaria:

"Nel triennio 2017-2018-2019:

a) aver realizzato un fatturato medio annuo globale non inferiore ad:

- Euro 234.000,00 (IVA esclusa) per il lotto 1

- Euro 198.000,00 (IVA esclusa) per il lotto 2

b) aver realizzato un fatturato medio annuo specifico nel settore di attività oggetto dell'appalto e servizi di ristorazione collettiva analoghi a favore di soggetti pubblici e/o privati, non inferiore ad:

- Euro 163.800,00 (IVA esclusa) per il lotto 1

- Euro 138.600,00 (IVA esclusa) per il lotto 2

c) possedere in ciascuna annualità del triennio i seguenti rapporti tra costi e ricavi e tra attività e passività:

· un risultato di esercizio non negativo;

· un grado di indebitamento non superiore al coefficiente 4, calcolato con l'indice leverage: totale impieghi/ capitale proprio".

La medesima disposizione precisa altresì che: *"Ove le informazioni sui fatturati non siano disponibili, per le imprese che abbiano iniziato l'attività per un periodo inferiore al triennio indicato, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività. Ai sensi dell'art. 86, comma 4, del Codice l'operatore economico che, per fondati motivi, non è in grado di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"*;

TENUTO CONTO che la società Ladisa S.r.l. non ha contestato, sotto il profilo della proporzionalità e pertinenza con l'oggetto del presente affidamento, i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti



dalla stazione appaltante e che la funzione assolta dai predetti requisiti è quella di comprovare la solidità patrimoniale dell'operatore economico e la sua capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti all'affidamento della commessa pubblica; in tal senso, negli appalti di servizi e forniture, è stata da sempre riconosciuta ampia discrezionalità alla stazione appaltante nella previsione di requisiti di partecipazione anche più rigorosi e restrittivi di quelli stabiliti dalla legge, a condizione che gli stessi siano logici ed adeguati allo specifico oggetto della gara e rispettosi dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo da garantire l'apertura del mercato e l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti che possono ritenersi affidabili rispetto all'oggetto dell'appalto da eseguire (cfr. *ex multis* Delibere Anac 896 del 17 ottobre 2017, n. 78 del 3 febbraio 2016, n. 1068 del 14 novembre 2018);

RILEVATO che dalla documentazione in atti si evince che la concorrente Ladisa S.r.l. ha dichiarato di essere in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria *sub a* (fatturato medio annuo globale), *b* (fatturato medio annuo specifico), e *c.1* (risultato di esercizio non negativo), mentre il requisito *c.2* (grado di indebitamento non superiore al coefficiente 4, calcolato con l'indice leverage: totale impieghi/capitale proprio) è posseduto mediante istituto dell'avvalimento. Dal contratto di avvalimento, stipulato in data 28.07.2020 con la REM S.r.l., risulta che l'impresa ausiliaria si è obbligata a fornire il suddetto requisito nei confronti della società avvalente per il solo anno 2019 "*in quanto la scrivente è stata costituita nel Gennaio 2019*". Ai fini del presente parere, si tratta, pertanto, di stabilire se un operatore (che non è qualificabile come impresa di nuova costituzione) possa legittimamente ricorrere all'avvalimento nei confronti di una impresa neocostituita, la quale, in ragione della recente data di costituzione, integra solo parzialmente il requisito di capacità economica e finanziaria richiesto dalla *lex specialis*;

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale quello secondo cui i requisiti fissati nella *lex specialis* devono favorire la più ampia partecipazione alle gare, garantendo l'effettiva possibilità di partecipazione anche alle micro, piccole e medie imprese nonché a quelle di nuova costituzione. Infatti, in recepimento della normativa euro-unitaria, in particolare dell'art. 18 e dell'allegato X della direttiva 2014/24, dell'art. 36 della direttiva 2014/25, degli artt. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23, l'art. 1, comma 1, lett. ccc), della legge delega n. 11/2016 ha previsto, tra i criteri direttivi generali, quello del "*miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione*" e "*di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e media imprese*". Sulla scorta del suddetto principio, l'art. 30 del Codice ha positivamente i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, prevedendo che "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese*" (comma 7); inoltre, l'art. 83, comma 2, del Codice ha previsto che "*i requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione*" (cfr. Delibera Anac n. 711 del 23 luglio 2019). L'Autorità ha, inoltre, più volte rilevato che "*ai fini della salvaguardia del principio generale di più ampia partecipazione, il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operatività della stessa*" (cfr. Delibera dell'Autorità n. 1349 del 20 dicembre 2017; si vedano, nello stesso senso, Delibera n. 795 del 19 luglio 2017, Delibera n. 671 del 14 giugno 2017, nonché la Deliberazione dell'Autorità n. 299 del 26 luglio 2001);



RITENUTO, tuttavia, che il principio sopra richiamato sia applicabile nei soli confronti dell'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'art. 45 del Codice, che sia qualificabile come impresa di recente costituzione, la quale, per tale motivo, non può comprovare la propria capacità economica con riferimento agli anni antecedenti all'inizio della propria attività. Di converso, esso non appare applicabile nell'ipotesi in cui la qualifica di impresa di nuova costituzione è posseduta dall'impresa ausiliaria e non dal concorrente;

CONSIDERATO, infatti, che l'avvalimento è un istituto di derivazione euro-unitaria che consente all'operatore economico concorrente, privo dei requisiti necessari per la partecipazione ad una gara, di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri operatori economici. Come più volte sottolineato dall'Autorità (cfr. *ex multis* Delibera n. 578 del 26 giugno 2019), la finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione e deve essere bilanciata con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; ne consegue che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non meramente cartolare e astratto, tale cioè da risultare una cd. "scatola vuota";

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del vigente Codice "*...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*". È, dunque, necessario che l'impresa ausiliaria metta a disposizione del soggetto ausiliato i requisiti di cui è carente, così procurando a quest'ultimo la possibilità di partecipare alla gara e, se aggiudicatario, di acquisire un *curriculum* di esperienza spendibile in future gare in quel mercato;

RITENUTO che la tesi della società Ladisa S.r.l. (secondo la quale il regime speciale di *favor* per le imprese neocostituite è applicabile anche nei confronti dell'impresa ausiliaria) si pone in violazione del principio di *par condicio*, in virtù del quale è richiesta una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti. Tale principio comporta che l'istituto dell'avvalimento non può essere utilizzato allo scopo di eludere il necessario rispetto dei criteri di selezione fissati nella *lex specialis*. Accedendo a tale tesi, infatti, non si avrebbe un prestito concreto ed effettivo di tutti i requisiti di cui l'avvalso è carente, bensì un prestito solo parziale, con la conseguenza che l'operatore ausiliario rimarrebbe privo *in quota parte* dei criteri sui quali la stazione appaltante ha improntato la selezione pubblica;

CONSIDERATO, inoltre, che, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice "*la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione*". Tale disposizione, come evidenziato nell'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, del 20.3.2020, n. 2005 (con la quale è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione relativa alla compatibilità con le direttive europee della previsione di cui all'art. 89, comma 1, quarto periodo del vigente Codice relativa all'esclusione della facoltà di sostituzione dell'impresa ausiliaria nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci) è innovativa rispetto alle direttive del 2004 e al previgente Codice: "*L'art. 89, comma 3, consente ora al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche nell'ambito del rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto. Sotto questo duplice profilo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, sez. III, n. 5359/2015 e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella decisione C-223/16 del 14 settembre*



2017, Casertana costruzioni s.r.l. La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura - in deroga al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi e, per questa via, della stessa offerta) - risponde all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, di stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 10763/2017)' (sul tema cfr. Delibera Anac n. 337 del 10 aprile 2019);

RILEVATO che la facoltà di sostituzione dell'impresa ausiliaria, di cui all'art. 89, comma 3, del Codice, è applicabile (ad eccezione della ipotesi di presentazione di dichiarazione falsa, non sussistente nel caso di specie) in tutte le ipotesi in cui la stazione appaltante abbia verificato che l'impresa ausiliaria non soddisfa "i pertinenti criteri di selezione", nozione nella quale sono annoverabili anche i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) del Codice, dunque anche il requisito relativo ad un livello massimo di indebitamento, qui in contestazione;

RITENUTO, in conclusione, che nel caso in cui un concorrente abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento nei confronti di un'impresa di nuova costituzione, i cui requisiti messi a disposizione (essendo parziali), non sono sufficienti a soddisfare i criteri di selezione fissati nella *lex specialis*, la stazione appaltante impone al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'istituto dell'avvalimento non può essere utilizzato allo scopo di eludere il necessario rispetto dei criteri di selezione fissati nella *lex specialis*. Pertanto, nel caso in cui l'impresa ausiliaria sia qualificabile come impresa di nuova costituzione, i cui requisiti messi a disposizione (essendo parziali), non sono sufficienti a soddisfare i criteri di selezione fissati nella *lex specialis*, la stazione appaltante impone al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 ottobre 2020

Il Segretario Maria Esposito

(firmato digitalmente)