



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

04/2/2015

AG/1/2015/AP

Oggetto: Istanza di parere prot. n. 73789 del 01.07.2014 presentata dall'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia nell'ambito dell'affidamento in global service di servizi relativi al patrimonio immobiliare dell'Università stessa

In esito a quanto richiesto con nota prot. n. 73789 del 01.07.2014, si comunica che il Consiglio dell'ANAC – nell'adunanza del 4 febbraio 2015 – ha approvato le seguenti considerazioni.

Con l'istanza di parere in oggetto, l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia ha sottoposto all'attenzione dell'ANAC una questione concernente la possibilità di procedere alla stipula del contratto con l'operatore economico aggiudicatario Global Electric System S.r.l. risultato, successivamente all'espletamento della procedura di gara, società controllata dal subappaltatore dei cui requisiti si è avvalso in sede di partecipazione alla procedura, ricorrendo all'istituto del subappalto cd. *necessario o qualificante*.

Il contratto aggiudicato ha per oggetto l'affidamento in global service di servizi relativi al patrimonio immobiliare dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (Lotto n. 1) consistenti nell'affidamento del servizio di gestione impianti di sicurezza, di vigilanza e pronto intervento, per esigenze dell'Ateneo. In sede di gara, veniva indicata la società Coopservice Società Cooperativa per Azioni quale impresa subappaltatrice del servizio di pronto intervento e vigilanza e in possesso dei requisiti di idoneità professionale oltre che di capacità tecnica. Al fine di dimostrare il possesso del requisito di cui al punto 4 dell'Allegato A del disciplinare di gara («l'aver stipulato negli ultimi tre esercizi (2010-2011-2012): Lotto 1: (...) almeno un contratto di servizio di pronto intervento e vigilanza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

armata di importo annuo non inferiore ad € 70.000,00 iva inclusa»), l'aggiudicatario ha rinviato al requisito posseduto dalla società Coopservice indicata come subappaltatrice del servizio di pronto intervento e vigilanza armata; l'aggiudicatario si è avvalso della medesima facoltà per la dimostrazione del requisito richiesto al punto 5 dell'Allegato A («essere in possesso, ove necessaria, di idonea autorizzazione a svolgere il servizio di vigilanza armata sui territori della Provincia di Modena e Reggio Emilia»). La commissione ammetteva l'operatore economico alla procedura di gara sulla base delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza in tema di subappalto necessario che concerne le ipotesi in cui il concorrente, non possedendo in via autonoma i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara ai fini dell'esecuzione di parte delle prestazioni, indichi in sede di partecipazione alla procedura la volontà di subappaltare quei lavori, servizi o forniture ad un soggetto subappaltatore in possesso dei necessari requisiti speciali per svolgere le prestazioni (Cons. Stato, sez. VI, 5.05.2012, n. 2508; Cons. Stato, sez. V, 21.11.2012, n. 5900). La giurisprudenza ha ritenuto che, in caso di subappalto necessario, la dichiarazione che il concorrente deve rendere ai sensi dell'art. 118, comma 2, punto 1), d.lgs. 163/2006 e generalmente riferita alla sola volontà di subappaltare parte delle prestazioni oggetto del contratto, contenga anche il nominativo del subappaltatore nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultimo dei requisiti di qualificazione carenti in capo al concorrente (Cons. Stato, sent. n. 2508/2012). L'istituto è stato ritenuto applicabile oltre che nel settore dei lavori pubblici con riferimento alla partecipazione di un concorrente che intenda concludere un subappalto per categorie diverse da quella indicata come prevalente rispetto alle quali non disponga della necessaria qualificazione SOA, anche nel settore dei servizi e delle forniture (in Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5900/2012 è stata ritenuta necessaria una dichiarazione ex art. 118, comma 1, punto 1) d.lgs. 163/2006 riferita anche al nominativo del subappaltatore e al requisito posseduto per l'ipotesi di un concorrente che, privo dell'iscrizione nel registro delle imprese per una delle attività oggetto del bando di gara, indicava l'intenzione di affidare il relativo servizio in subappalto ad impresa iscritta nel registro delle imprese per l'attività da eseguire in subappalto).

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità, in sede di controlli funzionali alla stipula del contratto, è risultato che la società aggiudicataria risulta di proprietà, per un 60% della società AURUM S.p.A. che, a sua volta, risulta di proprietà, per un 100%, della Coopservice Società Cooperativa per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Azioni, subappaltatore qualificante di Electric System S.r.l. L'Università indica che si appaleserebbe una forma di controllo da parte del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore e domanda se, in ragione di tale controllo, vi siano motivi ostativi alla stipula del contratto.

L'istanza di parere veniva inoltrata anche al Ministero delle Infrastrutture che l'ha riscontrata con nota prot. 81844/2014 rimettendosi alle valutazioni dell'ANAC evidenziando che non è chiarito nell'istanza di parere se il contenzioso giurisdizionale che sarebbe intercorso tra le parti riguardi la questione relativa al subappalto qualificante o necessario. La disamina delle pronunce giurisdizionali intervenute tra le parti e richiamate nell'istanza di parere fa emergere la circostanza che il contenzioso non abbia riguardato la questione sottoposta all'attenzione dell'ANAC.

In risposta al parere richiesto, si fa presente che la circostanza che il subappaltatore, che è anche impresa che presta all'appaltatore aggiudicatario del contratto un requisito speciale di partecipazione, risulti essere in un rapporto di controllo o collegamento con l'aggiudicatario nell'ambito di un medesimo gruppo di imprese, non integra una violazione della normativa in tema di appalti pubblici.

La possibile sussistenza di tale rapporto è presupposta in tema di avvalimento all'art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale «nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo». D'altra parte, nelle prime indicazioni offerte in tema di avvalimento, la possibilità di ricorrere ai requisiti di altro operatore economico è stata da principio prevista proprio tra operatori economici appartenenti al medesimo gruppo societario (si legge nella Determinazione 2/2012: «La possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dal bando in modo indiretto, ovvero avvalendosi dei requisiti posseduti da altri, è stata affermata per la prima volta con riferimento a società di un medesimo gruppo, nella sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 1994, causa C-389/92: è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati, ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto. Con la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

successiva pronuncia del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98), la Corte di Giustizia si è spinta oltre, giungendo a teorizzare, con riferimento specifico ad un appalto di servizi, il principio generale, valido anche al di fuori dei rapporti infragruppo, secondo cui è possibile che un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, partecipi alla gara avvalendosi dei requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del legame con tali soggetti»).

Così anche per quanto concerne la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici per il subappalto, la possibilità che il subappaltatore sia in rapporto di controllo o di collegamento con l'operatore economico aggiudicatario del contratto è prevista dalla norma. Infatti, l'art. 118, comma 8, d.lgs. 163/2006 prescrive che l'affidatario si avvalga del subappalto allegando alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 c.c. con il titolare del subappalto. In tal senso, si richiama il precedente parere AG-31/09 che ha chiarito che l'autonomia delle imprese operanti in gruppo implica, da un lato, l'obbligo della stazione appaltante di procedere alla valutazione caso per caso delle posizioni dei concorrenti in situazioni di controllo o di collegamento al fine di accertare l'eventuale imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte (art. 38, comma 1, lett. *m-quater*, e comma 2, d.lgs. 163/2006), dall'altro lato consente di ritenere pienamente operante, anche nell'ipotesi di gruppo di imprese, la disciplina del subappalto.

Si ritiene, pertanto, per quanto sopra considerato, che non sussistano motivi ostativi alla stipula del contratto con il soggetto aggiudicatario.

Raffaele Cantone