



# DELIBERA N. 1140

22 dicembre 2020.

## Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Orpheo Italia S.r.l. e da Istituto Luce Cinecittà S.r.l. – Procedura aperta, di cui agli artt. 60 e 95, comma 3, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento dei servizi educativi e di mediazione culturale per Cinecittà si Mostra ed il Museo Italiano - Importo a base di gara euro: 2.542.100,00 – Istituto Luce Cinecittà S.r.l.

**PREC 251/2020/S**

## Riferimenti normativi

Artt. 83 comma 8, e 89 del d.lgs. 50/2016.

## Parole chiave

Avvalimento interno o infragruppo, raggruppamento temporaneo di imprese, possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria.

## Massima

**Avvalimento interno o infragruppo – possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria – limite – interpretazione.**

La regola codificata nell'art. 83, comma 8, del Codice (secondo la quale la mandataria "*in ogni caso*" deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria) non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto euro-unitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative a tale istituto e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese e, in tal caso, sia mediante avvalimento interno sia mediante avvalimento esterno.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 dicembre 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. Anac n. 88546 del 20 novembre 2020, con la quale la società Orpheo Italia S.r.l. (in qualità di mandataria di un RTI) ha contestato il provvedimento di esclusione disposto dalla SA per la ritenuta violazione della regola prevista nell'art. 83, comma 8, del Codice secondo cui *"la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*. Tale principio (secondo la SA), in caso di avvalimento interno o infragruppo, non consentirebbe alla mandataria di avvalersi integralmente dei requisiti di capacità tecnica e professionale di una mandante indicata come impresa ausiliaria;

RILEVATO che la società istante contesta la motivazione del provvedimento di esclusione, chiedendo all'Autorità se la mandataria di un RTI possa avvalersi integralmente di un requisito di capacità tecnica e professionale posseduto da un'impresa ausiliaria nonché mandante del medesimo raggruppamento;

VISTA la comunicazione di adesione all'istanza (di cui al prot. n. 91275 del 30 novembre 2020), con la quale l'Istituto Luce Cinecittà S.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere parere nel senso della legittimità dell'esclusione, sottolineando che l'istante Orpheo Italia S.r.l., avvalendosi della totalità del requisito di capacità tecnica e professionale della mandante, non possa assolvere all'obbligo di cui all'art. 83, comma 8, del Codice e che, anche nel caso di avvalimento infragruppo, l'impresa capogruppo deve essere il soggetto più qualificato e l'affidataria preponderante dell'appalto (CGARS, 18 febbraio 2019, n. 147; Id., 23 luglio 2020, n. 663; TAR Campania, Napoli, 8 aprile 2019, n. 1929);

VISTA la nota di avvio del procedimento del 2 dicembre 2020, prot. n. 91881;

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

CONSIDERATO che, come noto, l'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che consente all'operatore economico 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. La finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione. Tale obiettivo deve essere bilanciato 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;

CONSIDERATO che, nel caso in cui partecipi alla gara un operatore economico sotto forma di raggruppamento temporaneo di imprese, è consentito sia l'avvalimento esterno (vale a dire il prestito dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali da parte di un'impresa esterna al raggruppamento e in favore di un suo membro) che quello interno o infragruppo (vale a dire il prestito dei requisiti tra imprese del medesimo raggruppamento temporaneo). L'ammissibilità del cd. avvalimento interno, pur in mancanza di una esplicita previsione normativa, era predicata dalla giurisprudenza anche sotto la vigenza dell'abrogato Codice, ritenendo tale istituto conforme all'interpretazione dell'art. 48, commi 3 e 4, della direttiva 2004/18/CE (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5687; Id., sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 18; id., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 965). L'ammissibilità di tale istituto è oggi espressamente sancita dall'art.



89, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 che, al primo periodo, consente all'operatore economico in raggruppamento di *"soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (...) avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei legami con questi ultimi"* (prescrizione, peraltro, conforme al disposto di cui all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, secondo la quale: *"alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 19, paragrafo 2, può fare valere la capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti"*);

VISTO l'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 secondo cui *"Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*;

CONSIDERATO che la *ratio* della regola secondo cui la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria è quella *"di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante"* (Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2020, n. 4206; sull'interpretazione di tale disposizione si veda anche Delibera Anac n. 1207 del 18 dicembre 2019);

VISTE le pronunce citate dalla stazione appaltante ed in particolare la sentenza del CGARS del 18 febbraio 2019, n. 147 ove si afferma che va *"ricercata una formula, e dunque una soluzione, che renda compatibili le due regole, altrimenti in apparente contraddizione, in antinomia, l'una con l'altra (da un lato l'art. 83, co. 8; dall'altro l'art. 89, co. 1). E questa compatibilità non può che essere trovata riconoscendo che l'avvalimento infragruppo o interno è (certamente) possibile (ma) a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*;

TENUTO CONTO che, con ordinanza del 24 novembre 2020, n. 1106, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ha prospettato l'eventualità che la disciplina di cui al richiamato art. 83, comma 8, del Codice possa incidere e condizionare il ricorso all'avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE, che all'art. 63 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l'operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all'avvalimento. Con la citata ordinanza, il CGARS ha, pertanto, rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione di diritto oggetto della presente istanza di precontenzioso, formulando il seguente quesito: *"Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*;

RITENUTO che, pur essendo pendente il procedimento di rinvio pregiudiziale dinanzi alla CGUE, è possibile risolvere la questione sulla base dei principi enunciati *in subiecta materia* dalla Corte di Giustizia fornendo



una interpretazione della regola codificata nell'art. 83, comma 8, del Codice compatibile con le direttive europee;

CONSIDERATO, infatti, che il diritto europeo e l'interpretazione delle direttive fornita dalla Corte di Giustizia non prevedono limiti al ricorso dell'avvalimento. La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che il diritto dell'Unione Europea non impone che l'impresa concorrente sia in grado di realizzare direttamente, con mezzi propri, la prestazione convenuta (sentenza 23 dicembre 2009, C 305/08, *Conisma*). La direttiva 2004/18/CE, nonché la successiva direttiva 2014/24/UE, non vieta che un concorrente possa avvalersi delle capacità di una o più imprese ausiliarie, in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri di qualificazione posti dal bando di gara, secondo lo schema del cosiddetto avvalimento "cumulativo" o "frazionato" (CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, *Swm Costruzioni*; per una ricostruzione dell'istituto cfr. TAR Piemonte, 2 gennaio 2018, n. 1, nonché Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183). Secondo questa stessa giurisprudenza, le direttive europee riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" e purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che l'offerente disporrà dei mezzi di tali soggetti necessari per l'esecuzione della prestazione (CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, *Ostas Celtnieks*). In quest'ottica sia la direttiva 2004/18/CE che la successiva direttiva 2014/24/UE hanno consentito senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che l'appaltatore che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. Tale interpretazione risponde all'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici. In tal modo, inoltre, si agevola l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, principio enunciato dalla direttiva 2004/18/CE e rafforzato, come noto, dalla citata direttiva 2014/24/UE;

CONSIDERATO che la necessità di fornire un'interpretazione ampia dell'istituto dell'avvalimento è stata di recente evidenziata dalla Commissione Europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata nei confronti dello Stato italiano e tutt'ora pendente, laddove (pur non essendo stata sollevata la questione specifica di cui si controverte) è stata contestata la compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale in tema di: a) divieto di avvalimento a cascata (ex art. 89, comma 6, del Codice); b) divieto incondizionato per i concorrenti di avvalersi della stessa impresa ausiliaria e di partecipazione alla medesima gara dell'impresa ausiliata e dell'ausiliaria (ex art. 89, comma 7, del Codice); c) divieto di avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto vi rientrano opere superspecialistiche (art. 89, comma 11, del Codice);

CONSIDERATO che la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto espressione del principio generale di neutralità della forma dell'operatore economico (e quindi della necessità di garantire l'accesso agli appalti pubblici favorendo la cooperazione tra imprese) non può essere intesa come un limite all'avvalimento. La regola codificata nell'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 (che, peraltro, non trova riscontro nelle direttive europee) va quindi intesa nel senso che anche la quota maggioritaria di requisiti che la mandataria di un raggruppamento deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento, anche interno. D'altra parte, una diversa interpretazione finirebbe con lo svilire la stessa figura dell'avvalimento e il suo significato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922, ove si sottolinea che: "l'integrazione mediante avvalimento interno del requisito tecnico-professionale consistente nel precedente espletamento di servizi analoghi non vale di per sé a denegare il corretto



*soddisfacimento dei requisiti di gara e la capacità professionale del concorrente, pena l'obliterazione della stessa figura dell'avvalimento e del suo significato");*

RILEVATO, inoltre, che l'interpretazione della regola di cui all'art. 83, comma 8, del Codice come "limite" all'avvalimento è suscettibile di determinare una ingiustificata disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui la mandataria di un RTI ricorra all'avvalimento esterno (per il quale gli artt. 83 e 89 del Codice non pongono restrizioni quantitative) e l'ipotesi di utilizzo di avvalimento interno. Ciò, pur a fronte del rilievo che, l'avvalimento infragruppo offre maggiori garanzie alla stazione appaltante in termini di responsabilità solidale tra le imprese. In questo caso, infatti, alla garanzia di solidarietà di cui all'art. 89, comma 5, del Codice (circostritta alle sole prestazioni oggetto del contratto di avvalimento), si aggiunge il regime rafforzato dei RTI (ex art. 48, comma 5, del Codice) che prevede la responsabilità solidale di tutte le imprese raggruppate nei confronti della stazione appaltante, nonché dei subappaltatori e dei fornitori, con riferimento all'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto di gara (in caso di RTI orizzontali, come nella specie);

RITENUTO, dunque, che la regola codificata nel richiamato art. 83, comma 8, del Codice non può essere intesa come "limite" o "condizione" all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto euro-unitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese e, in tal caso, sia mediante avvalimento interno sia mediante avvalimento esterno. Dunque, all'interno di un RTI, anche tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale della mandataria possono essere dimostrati mediante ricorso all'avvalimento (anche interno);

RILEVATO che, nel caso di specie, l'art. 11 del Disciplinare di gara prevede che *"Ai fini della partecipazione alla gara è richiesto il seguente requisito speciale di capacità tecnica e professionale: Esperienza di almeno tre anni continuativi in servizi analoghi a quelli della gara svolti per un unico committente per un importo non inferiore a € 900.000,00 IVA esclusa. Per servizio analogo si intende: - servizi educativi e di mediazione culturale per un soggetto committente avente un patrimonio culturale afferente al cinema; - servizi educativi e di mediazione culturale per un sistema museale diffuso e articolato in più sedi"*; l'art. 15 del Disciplinare (*"avvalimento"*) dispone che *"Ai sensi dell'art. 89 del Codice, l'operatore economico, singolo o associato ai sensi dell'art. 45 del Codice, può dimostrare il possesso del requisito di carattere tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento"*;

CONSIDERATO che la legge di gara ammette espressamente l'avvalimento interno anche del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 11 del Disciplinare, senza indicare le eventuali percentuali minime di possesso dei requisiti da parte della mandataria o delle mandanti. Inoltre, la legge di gara, in relazione al requisito oggetto di contestazione, non opera differenziazioni tra imprese partecipanti al raggruppamento, per cui va applicata la regola generale in tema di raggruppamenti orizzontali in base alla quale il requisito dell'esperienza pregressa per un unico committente (ferma restando la sua non frazionabilità), deve essere posseduto sia dalla mandataria sia dalle mandanti e, per tutti gli operatori raggruppati, esso può essere soddisfatto mediante avvalimento;

TENUTO CONTO che dal DGUE della mandataria (prodotto dalla SA) si evince che tale operatore ha partecipato alla gara come RTI costituendo con Fondazione Cineteca Italiana e Civita Mostre e Musei S.p.A. (mandanti) e che la mandataria ha dichiarato di avvalersi dei seguenti requisiti di capacità tecnica e professionale di Civita Mostre e Musei S.p.A.: servizi educativi e di mediazione culturale per un sistema museale diffuso, presso Museo Zevallos in Napoli, Gallerie d'Italia presso La Scala in Milano e Gallerie di Palazzo Leoni Montanari in Vicenza in favore di Intesa S.p.A. per l'importo di € 986.195,00 nell'anno



2017, di € 994.768,00 nell'anno 2018 e di € 1.004.352,00 nell'anno 2019. Dalla documentazione allegata non si evincono, però, le quote di partecipazione al raggruppamento né la dichiarazione di avvalimento e il contratto di avvalimento ex art. 89, comma 1, del Codice;

CONSIDERATO che, in caso di avvalimento interno o infragruppo "è necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta. Infine, si ribadisce la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento" (Determinazione n. 2 del 1 agosto 2012; Delibera ANAC n. 62 del 7 aprile 2011, nonché Delibera n. 1343 del 20 giugno 2017; sull'ammissibilità dell'avvalimento interno cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339; Id., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5687; Id., sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 18; Id., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 965);

RITENUTO, dunque, che ferma l'illegittimità della motivazione del provvedimento di esclusione adottata dalla stazione appaltante, ai fini dell'ammissione alla gara del RTI odierno istante spetti alla medesima stazione appaltante accertare: *i/* la completezza della documentazione di avvalimento richiesta dall'art. 89 del Codice, la specificità dell'oggetto del contratto di avvalimento (non allegato agli atti), dunque l'effettività e concretezza del prestito dei requisiti da parte dell'impresa mandante del RTI nonché ausiliaria; *ii/* se la mandataria Orpheo Italia S.r.l. possiede i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, considerando anche i requisiti oggetto di avvalimento interno; *iii/* se l'impresa ausiliaria Civita Mostre e Musei S.p.A. possiede i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione come mandante del RTI e come impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo RTI (non potendo gli stessi requisiti essere computati due volte).

Tutto ciò considerato e ritenuto

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'esclusione disposta dalla stazione appaltante, per asserita violazione della regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, non sia conforme alla normativa di settore, pur essendo rimesse alla stazione appaltante le verifiche (indicate in motivazione) ai fini dell'eventuale ammissione in gara del RTI istante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente