



DELIBERA N. 59

15 febbraio 2023

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Hunext Consulting Associazione Professionale e Consorzio 1 Toscana Nord-Ente di Bonifica – Servizio di elaborazione delle retribuzioni e dei connessi adempimenti retributivi e fiscali, di consulenza in materia di diritto del lavoro, di consulenza e assistenza in ambito fiscale e tributario e di gestione informatizzata di rilevazione delle presenze - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 549.864,60 - S.A.: Consorzio 1 Toscana Nord-Ente di Bonifica
UPREC-PRE-0102-2023-S-PREC

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 83, comma 3.

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 89.

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 105.

Parole chiave

Requisito di idoneità professionale – Avalimento - Subappalto necessario

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di idoneità professionale – Subappalto necessario - Ammissibilità

Negli appalti di servizi, il possesso del requisito di idoneità professionale richiesto per la prestazione secondaria può essere soddisfatto tramite il cosiddetto subappalto necessario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 febbraio 2023

Vista l'istanza congiunta di parere acquisita al prot. n. 3198 del 16 gennaio 2023, con la quale Hunext Consulting Associazione Professionale e il Consorzio 1 Toscana Nord-Ente di Bonifica hanno chiesto all'Autorità di esprimere parere circa l'ammissibilità alla gara in epigrafe dell'operatore economico Hunext Consulting Associazione Professionale, nonostante sia privo del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione alla Camera di Commercio richiesto per la prestazione secondaria (gestione informatizzata di rilevazione delle presenze), tenuto conto che tale requisito è posseduto dall'operatore economico Hunext Software S.r.l. incaricato dell'esecuzione della prestazione secondaria;



Vista la documentazione e la memoria allegate all'istanza;

Visto, in particolare, il paragrafo 7.2 del Disciplinare di gara, nella versione modificata, che prescrive, a pena di esclusione, il possesso del requisito di idoneità professionale dell'abilitazione allo svolgimento di attività di consulenza del lavoro ai sensi della legge n. 12/1979 relativamente alla prestazione principale e l'iscrizione nel registro CCIAA, o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, relativamente alla prestazione secondaria. Lo stesso paragrafo vieta esplicitamente il ricorso all'istituto dell'avvalimento per la soddisfazione dei richiamati requisiti di idoneità professionale;

Visto quanto argomentato da Hunext Consulting in sede di soccorso istruttorio a fronte della paventata esclusione dalla gara, e successivamente ribadito nel corso del procedimento (prot. n. 9698 del 3 febbraio 2023). Ad avviso dell'operatore economico, il divieto di avvalimento dei requisiti di idoneità professionale si porrebbe in contrasto con la direttiva comunitaria e con l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia circa l'ambito di applicazione dell'istituto, rispetto al quale va riconosciuta all'offerente la libertà di scegliere la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento e le modalità di prova dell'esistenza di tali legami. In particolare, l'istante osserva che, in un caso come quello in esame, nel quale l'offerente è impossibilitato *ex lege*, per la propria natura giuridica di associazione professionale, a possedere il requisito di iscrizione alla Camera di commercio, il divieto di avvalimento produce effetti discriminatori e restrittivi della concorrenza. In subordine, Hunext Consulting rileva che, in ogni caso, la stazione appaltante dovrebbe consentire la sua partecipazione come impresa singola che ha comprovato il requisito dell'iscrizione alla CCIAA tramite l'istituto del subappalto necessario (anche detto "qualificatorio"), poiché nel DGUE ha dichiarato la volontà di subappaltare l'intera prestazione secondaria a Hunext software S.r.l., operatore economico iscritto alla CCIAA, fornendo, unitamente alla denominazione del sub-appaltatore e alla sua qualificazione, la possibilità alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione già in fase di ammissione alla gara;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 31 gennaio 2023 con nota prot. n. 8381;

Visto l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, che, 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;

Considerato, quanto alla possibilità di avvalersi di requisiti di idoneità professionale altrui, che l'Autorità, già sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, nella Determinazione n. 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...». La medesima posizione è stata ribadita nel parere di precontenzioso n. 193 del 20 novembre 2013 e, più recentemente, con riferimento al vigente Codice dei contratti, nei pareri di precontenzioso n. 773 del 4 settembre 2019 e n. 418 del 14 settembre 2022, nonché nel Bando tipo n. 1/2021, recante lo "Schema di disciplinare di gara. Procedura aperta telematica 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. 332 del 20 luglio 2022, dove, nella sezione 7 dedicata all'avvalimento, è espressamente previsto che «Non è consentito l'avvalimento dei requisiti generali e dei requisiti di idoneità professionale di cui al punto 6.1»;



Considerato che anche la giurisprudenza più recente (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 7482/2022; n. 7037/2020; n. 1667/2020) ha ritenuto di condividere l'orientamento formatosi nel vigore del previgente d.lgs. n. 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 Consiglio di Stato, V, 5 novembre 2012, n. 5595; IV, 24 novembre 2014, n. 5805; T.A.R. Campania, 25 luglio 2017, n. 3944). In particolare, il Giudice amministrativo si è pronunciato sulla compatibilità – messa in discussione da Hunext Consulting – della disciplina nazionale in materia di avvalimento con la direttiva europea e ha rilevato che *«la disciplina nazionale di cui all'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, è compatibile con la direttiva europea 2014/24/UE, la quale (conformemente a quanto previsto dal diritto interno) all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) disciplina l'avvalimento con riferimento ai soli requisiti di "capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4 [...]", con espressa esclusione dei requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, di cui all'art. 58, paragrafi 1 e 2, della medesima direttiva»* (Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

Ritenuto, alla luce del consolidato quadro normativo e interpretativo sopra sinteticamente richiamato, che non sia revocabile in dubbio la legittimità della previsione del disciplinare di gara nella parte in cui vieta il ricorso all'avvalimento per soddisfare i requisiti di idoneità professionale e che pertanto non sarebbe utilmente invocabile, da parte di Hunext Consulting, la possibilità di supplire alla carenza di iscrizione alla CCIAA avvalendosi ai sensi dell'art. 89 del requisito di Hunext software S.r.l. Si rileva tuttavia, a conforto di quanto sostenuto da Hunext Consulting che, nel caso di specie, non v'è ragione per appellarsi all'(inapplicabile) avvalimento, perché, secondo quanto riferito nella memoria allegata all'istanza, Hunext Consulting ha dichiarato nel DGUE di volere subappaltare l'esecuzione dell'intera prestazione secondaria a Hunext software S.r.l., rendendo in tal modo necessario, e sufficiente, che il requisito dell'iscrizione alla CCIAA sia posseduto dal subappaltatore. La norma che consente all'operatore di partecipare pur non essendo in possesso della qualificazione per le lavorazioni cosiddette scorporabili è rinvenibile nell'art. 12, comma 2, lett. b), d.l. n. 74/2014, il quale, esclusa la possibilità che dette lavorazioni siano eseguite direttamente dall'affidatario qualificato nella categoria prevalente, ammette che le opere a qualificazione obbligatoria siano subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. La norma, tutt'ora vigente, volta ad assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia affidata ad un operatore economico qualificato, consente dunque il subappalto cosiddetto "necessario" - in quanto indispensabile ai fini dell'integrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente - che, sebbene non sia previsto dal d.lgs. n. 50/2016, è ritenuto dalla giurisprudenza pacificamente praticabile anche nella vigenza dell'attuale Codice, in quanto non impedito dalle norme concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici (Cfr., Consiglio di Stato, V, n. 1308/2021; V, n. 5745/2019; V, n. 3504/2020; V, n. 5030/2020), e anche applicabile estensivamente agli appalti di servizi (Consiglio di Stato, V, n. 3504/2020, *«Va premesso che non è in contestazione, nel presente giudizio, l'ammissibilità, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'istituto dell'appalto c.d. necessario o qualificatorio, la cui disciplina, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata ricostruita dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9. La validità del ricorso all'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio anche nella vigenza dell'attuale codice dei contratti pubblici, ed anche nel settore dei servizi, è stata peraltro affermata in diverse pronunce del giudice amministrativo...»*; cfr. anche TAR Lombardia, Milano, IV, n. 2641/2021 e Consiglio di Stato, V, n. 8223/2022 riferite a ipotesi di requisiti di idoneità professionale). Esso inoltre si applica anche se non è stato espressamente previsto dalla *lex specialis* (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, n. 878/2021);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che, nel caso in esame, ai fini della partecipazione di Hunext Consulting, è necessario, e sufficiente, che il requisito dell'iscrizione alla CCIAA sia posseduto dal subappaltatore Hunext



software S.r.l., a cui l'offerente Hunext Consulting ha dichiarato nel DGUE di volere subappaltare l'esecuzione della prestazione secondaria;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- il possesso del requisito di idoneità professionale, relativo alla prestazione secondaria, da parte dal subappaltatore Hunext software S.r.l. è idoneo ad integrare in capo all'offerente il possesso dei requisiti di idoneità professionali necessari per la partecipazione alla gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 febbraio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente