

Rassegna ragionata in tema di requisiti speciali di partecipazione negli affidamenti di servizi e forniture

a cura di Valeria Mascello, Vincenzo Russo e Claudia Alonzi¹

Indice

1. INTRODUZIONE
2. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. L'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura
 - 2.3. I codici ATECO
 - 2.4. L'iscrizione in albi professionali e in registri
 - 2.5. La licenza prefettizia
 - 2.6. L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali
3. REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA
 - 3.1. Premessa
 - 3.2. Il fatturato minimo annuo
 - 3.3. Il fatturato globale e il fatturato specifico
 - 3.4. L'importo del fatturato nelle concessioni
 - 3.5. Le referenze bancarie
 - 3.6. L'avvalimento di garanzia

¹ I paragrafi 1 e 2 sono a cura di Valeria Mascello, il paragrafo 3 è a cura di Vincenzo Russo, il paragrafo 4 è a cura di Claudia Alonzi. Gli studi pubblicati non costituiscono una posizione ufficiale dell'ANAC.

4. REQUISITI DI CAPACITA' TECNICO-PROFESSIONALE

- 4.1. Premessa
- 4.2. La discrezionalità e i servizi analoghi
- 4.3. La commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta
- 4.4. La predeterminazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale
- 4.5. La certificazione di qualità
- 4.6. Avvalimento e requisiti di capacità tecnico-professionale

1. INTRODUZIONE

Negli affidamenti di contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi e forniture, le stazioni appaltanti godono di un ampio potere discrezionale nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione comprovanti l'idoneità professionale, la capacità tecnica ed economico-finanziaria degli operatori economici, avendo facoltà di stabilirne di particolarmente rigorosi, oppure, tenuto conto della tipologia di prestazioni dedotte nel contratto, potendo anche valutare di non indicarli (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 508 del 30 maggio 2018**). Ove esercitata, però, la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara e nella fissazione dei requisiti speciali di partecipazione, risulta soggetta a limiti derivanti dalle norme di legge e dalla necessità di contemperare interessi diversi.

In continuità con l'abrogato decreto legislativo n. 163 del 2006, anche la normativa del nuovo Codice dei contratti pubblici fornisce una disciplina dei requisiti speciali di partecipazione improntando le norme a un sistema di verifica della idoneità e capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria degli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di gara secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza.

L'art. 83, d.lgs. n. 50/2016, dopo aver statuito al comma 1 che i criteri di selezione riguardano esclusivamente i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali, fissa al comma 2 (primo periodo) i limiti entro i quali la discrezionalità delle stazioni appaltanti deve essere esercitata, individuando una correlazione che deve sussistere tra i requisiti richiesti e l'oggetto del contratto e richiamando gli interessi pubblici e i principi che devono essere presi in considerazione nella predisposizione dei documenti di gara.

L'idoneità professionale, menzionata all'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, come la capacità economica e finanziaria menzionata alla lett. b) e come le capacità tecniche e professionali menzionate alla lett. c), sono soggette alla clausola generale dettata al comma 2, secondo cui requisiti e capacità devono essere «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».

Sul tema dei requisiti speciali di partecipazione, nel passaggio dalla disciplina dell'abrogato decreto legislativo n. 163/2006 al nuovo Codice dei contratti pubblici, si assiste alla conferma di orientamenti consolidati dell'Autorità, insieme a talune evoluzioni interpretative rese più agevoli sulla base delle nuove norme codicistiche e tenuto conto di un approccio meno formalistico alla disciplina di settore, nell'ottica di favorire la più ampia partecipazione alle gare degli operatori economici nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza e rotazione.

In questa breve trattazione saranno passati in rassegna gli orientamenti più significativi contenuti in delibere, pareri di precontenzioso e atti regolatori dell'Autorità per il periodo 2014-2019, con particolare approfondimento dell'ultimo biennio.

2. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE

2.1. Premessa

L'art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 specifica al primo periodo che «i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali». I periodi successivi individuano la disciplina per i concorrenti che siano cittadini di un altro Stato membro non residenti in Italia e le modalità attraverso le quali comprovare il possesso del requisito.

A differenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale disciplinati alla lett. c) del comma 1, l'idoneità professionale non attiene tanto alla competenza ed esperienza concreta dell'operatore economico dimostrata nel settore di riferimento, quanto piuttosto alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall'iscrizione in appositi registri e albi professionali. Infatti, in generale, il requisito di idoneità professionale può anche prescindere dal dato empirico dell'effettiva esperienza nel

settore di riferimento tant'è che le stazioni appaltanti possono prevederlo insieme ad altri requisiti di capacità tecnico-professionale connessi all'esperienza pregressa e al fatturato specifico.

Ai fini della comprova del requisito di idoneità professionale, nello Schema di disciplinare "Bando-tipo n. 1/2017" per i servizi e le forniture sopra soglia di rilevanza comunitaria, approvato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, l'Autorità ha evidenziato che le stazioni appaltanti devono acquisire «d'ufficio i documenti in possesso di pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'operatore economico, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti» (cfr. **bando tipo n. 1/2017, par. 1.1**).

In linea con la giurisprudenza e con il proprio orientamento consolidato, l'Autorità ha considerato che i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice, avendo carattere personale ed esprimendo uno *status* dell'operatore economico, non essendo attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone né all'obiettiva qualità dell'adempimento delle prestazioni, non possono essere oggetto di avvalimento (il **bando tipo n. 1/2017, par. 8**, specifica espressamente che «Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale»); inoltre, in caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese, l'Autorità ha espresso in generale l'orientamento secondo cui i requisiti devono essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa associata (**parere di precontenzioso n. 36 del 26 febbraio 2014; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 269 del 14 marzo 2018**). Quindi, nel bando tipo n. 1/2017, l'Autorità ha distinto tra tipologia di requisiti, indicando che il requisito relativo all'iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura o nel registro della Commissione provinciale per l'Artigianato deve essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande, consorziate/consorziande o GEIE, da ciascuna delle imprese aderenti al contratto di rete indicate come esecutrici e dalla rete stessa che abbia soggettività giuridica; invece, negli altri casi di richiesta di un requisito di idoneità professionale (es. richiesta iscrizione in albi o registri), l'Autorità ha indicato alle stazioni appaltanti di specificare nel bando quali soggetti devono possedere il requisito (**bando tipo n. 1/2017, par. 7.4**); con specifico riferimento alla partecipazione in gara dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, tra imprese artigiane e dei consorzi stabili, di cui all'art. 45, comma 2, lett. a) e b), del Codice, il requisito dell'iscrizione camerale o presso i registri delle commissioni

provinciali deve essere posseduto dal consorzio e dalle imprese consorziate indicate come esecutrici (**bando tipo n. 1/2017, par. 7.5**).

2.2. L'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura

Sul tema dell'iscrizione alla C.C.I.A.A., l'evoluzione della giurisprudenza e dell'orientamento dell'Autorità è stata nel senso di un approccio sostanziale funzionale a non restringere ingiustificatamente e irragionevolmente la partecipazione alle procedure di gara degli operatori economici, soprattutto nelle ipotesi in cui i bandi di gara non si limitino a richiedere l'iscrizione camerale riferita ad un'attività corrispondente o congruente con quella oggetto di affidamento, ma richiedano altresì requisiti di capacità tecnico-professionale basati sull'esperienza pregressa comprovabile con adeguata documentazione; un maggior rigore si renderà necessario nell'interpretazione e applicazione delle clausole del bando nell'ipotesi in cui sia prevista esclusivamente l'iscrizione camerale per una specifica attività senza che siano richiesti altri requisiti speciali di partecipazione (tra gli altri, si veda il **parere di precontenzioso n. 1382 del 21 dicembre 2016**).

Le questioni interpretative che possono sollevarsi in sede di gara riguardano sovente fattispecie in cui le clausole del bando o del disciplinare di gara richiamano l'iscrizione camerale con riferimento ad attività "analoga" o "similare", ma si pongono anche nelle ipotesi in cui la disciplina di gara richiami un'iscrizione camerale per "attività corrispondente" a quella oggetto del contratto.

Le esigenze di una corretta, adeguata e ragionevole interpretazione della *lex specialis* di gara emergono ancora più evidenti allorché il contratto in affidamento abbia un oggetto complesso e composto da attività di natura diversa. In tali casi, i principi di attinenza all'oggetto dell'appalto e proporzionalità insieme all'esigenza di salvaguardare il *favor participationis* diventano i parametri di riferimento per una corretta interpretazione ed applicazione delle clausole del disciplinare di gara al fine di non pregiudicare ingiustificatamente la partecipazione alla procedura dei concorrenti interessati e dotati delle capacità necessarie per eseguire il contratto.

La giurisprudenza ha considerato come dalla normativa dettata dal decreto legislativo n. 50 del 2016 sia possibile desumere «la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di

Commercio, e l'oggetto del contratto di appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10.11.2017, n. 5182 che richiama: Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953). Nell'ipotesi in cui la scelta compiuta dalla stazione appaltante sia stata nel senso di richiedere l'iscrizione alla Camera di Commercio per *attività similari a quelle in affidamento* e ove la stessa riguardi la globalità dell'attività contrattuale che sia inclusiva sia di lavori che di servizi, senza essere limitata ad una specifica categoria o sottocategoria di prestazioni, anche sulla base della giurisprudenza sopra richiamata, l'Autorità ha espresso l'orientamento secondo cui il requisito deve essere verificato valutando la descrizione globale dell'oggetto sociale contenuta nella visura camerale acquisita in atti dalla stazione appaltante, in relazione all'oggetto complessivo dell'affidamento e in maniera coordinata con gli altri requisiti speciali di partecipazione eventualmente previsti dalla *lex specialis* di gara (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 709 del 23 luglio 2019**).

Gli stessi principi sono stati espressi anche per le ipotesi in cui la disciplina di gara prevede l'iscrizione camerale per lo svolgimento di *attività corrispondenti* a quelle oggetto dell'appalto.

Diversi precontenziosi dell'Autorità hanno riguardato questioni attinenti a procedure di gara indette per l'affidamento di servizi socio-sanitari alla persona di natura residenziale, richiedenti l'iscrizione camerale relativa all'attività di gestione di strutture residenziali socio-sanitarie. Per tali fattispecie, l'Autorità ha considerato la necessità di applicare la clausola della legge di gara secondo ragionevolezza e proporzionalità, tenuto conto anche dei requisiti di capacità tecnico-professionale complessivamente richiesti dal bando di gara e, quindi, dell'attività effettivamente esercitata dall'operatore economico come comprovata dai richiesti elenchi o fatturati per attività analoga. In relazione a un disciplinare che prevedeva l'iscrizione camerale per attività relative a "servizi di assistenza sociale residenziale", l'Autorità riteneva non legittima l'esclusione dalla gara del concorrente con visura non completamente coincidente con l'oggetto contrattuale evidenziando la necessità che, per verificare il possesso dei requisiti di idoneità richiesti, la stazione appaltante dovesse tenere conto anche dell'elenco dei servizi già prestati dall'operatore economico negli ultimi tre anni ivi inclusi i servizi analoghi a quelli in

affidamento, evidenziando come l'oggetto sociale e l'attività effettivamente svolta possono non coincidere atteso che un'attività indicata in visura camerale può non essere tra le attività prevalenti compiute dall'operatore economico (**parere di precontenzioso n. 13 del 18 febbraio 2015; parere di precontenzioso n. 111 del 17 giugno 2015**). L'Autorità ha, altresì, considerato legittima la clausola del bando di gara che prevede la durata minima dell'iscrizione camerale per l'attività in affidamento, ritenendola non sproporzionata o illogica o irrazionale visto che afferisce a un elemento soggettivo ed è preordinata a selezionare soggetti che si presume operino da un congruo lasso di tempo e garantiscano anche sotto tale profilo una certa affidabilità dell'operatore economico (**parere di precontenzioso n. 229 del 16 dicembre 2015**).

Come indicato dalla giurisprudenza, la corrispondenza contenutistica tra le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto dell'appalto deve essere verificata secondo una «considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto» (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5170/2018; in tal senso anche: **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 194 del 1 marzo 2018; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 484 del 29 maggio 2019**).

Pertanto, l'iscrizione camerale deve essere verificata rispetto all'attività prevalente, tenuto conto degli altri requisiti di idoneità tecnico-professionale individuati nel disciplinare di gara e nell'insieme del documento camerale tenuto conto della descrizione dell'oggetto sociale in esso contenuta al fine di verificare la corrispondenza con l'oggetto del contratto pubblico in affidamento e dovendosi garantire, oltre alla qualificazione degli operatori economici partecipanti alle procedure di gara, anche la tutela dell'interesse all'apertura e ampliamento del mercato «a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale» (cfr. Cons. Stato, n. 5182/2017).

2.3. I codici ATECO

In taluni procedimenti la questione interpretativa ha riguardato anche la menzione dell'attività contenuta nel codice ATECO riportato nella visura camerale.

La giurisprudenza ha considerato che «il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo irrilevante l'identificazione delle attività in base ai codici ATECO, poiché tale sistema ha funzione prevalentemente statistica in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza alcun rilievo sulla connotazione

quale attività prevalente o accessoria (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 17/01/2018, n. 262)». In linea con la giurisprudenza, l'Autorità ha considerato che, ove i codici ATECO non corrispondano pienamente all'oggetto contrattuale, la clausola del disciplinare di gara relativa all'iscrizione camerale debba essere interpretata e applicata secondo proporzionalità e ragionevolezza senza un ingiustificato irrigidimento, soprattutto per l'ipotesi in cui l'obbligo di possedere l'iscrizione per determinati codici ATECO non risulti tra i requisiti previsti nella *lex specialis* di gara (in tal senso: **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 345 del 5 aprile 2018**).

La necessaria corrispondenza contenutistica tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, dovendosi svolgere le necessarie valutazioni alla stregua di un criterio di rispondenza dell'idoneità professionale richiesta rispetto all'oggetto contrattuale, da considerarsi globalmente e nella complessità delle prestazioni contrattuali (**delibera n. 194/2018 citata**).

Si aggiunga che, quando un bando di gara richiede l'iscrizione camerale per "attività" corrispondente o simile a quella in affidamento, la stazione appaltante dovrà, ove possibile alla luce della documentazione in atti, verificare quale sia l'attività effettivamente svolta dal concorrente per valutarla in rapporto all'oggetto del contratto e, in specie, all'attività prevalente dello stesso (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 574 del 13 giugno 2018; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 551 del 11 maggio 2016**).

Tutto ciò sempre che l'idoneità professionale possa essere comprovata anche alla luce degli altri requisiti speciali di partecipazione, in specie dei richiesti requisiti concernenti la comprova dell'attività pregressa in relazione ad un dato periodo di riferimento.

2.4. L'iscrizione in albi professionali e in registri

L'Autorità si è pronunciata sul tema dell'iscrizione in albi professionali o registri individuati dalle stazioni appaltanti tra i requisiti di idoneità professionali necessari alla partecipazione alle procedure di gara e, anche in tali fattispecie, ha dovuto talvolta valutare la richiesta del requisito avvalendosi dei parametri di proporzionalità e attinenza all'oggetto come previsti all'art. 83, comma 2, del Codice.

Ovviamente ci sono ipotesi in cui l'iscrizione all'albo professionale o al registro è condizione necessaria in quanto legittimante lo svolgimento dell'attività. Si pensi, ad esempio, all'affidamento dei servizi legali, rispetto ai quali nelle linee guida approvate con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018, l'Autorità si è espressa nel senso che «In considerazione della natura dei servizi legali, eseguiti per lo più con lavoro prevalentemente proprio del professionista, assumono specifica rilevanza i requisiti di idoneità professionale e i requisiti di capacità tecnica e professionale», considerando che in relazione ai primi le stazioni appaltanti dovranno richiedere «l'iscrizione in Albi o elenchi laddove necessaria per l'espletamento del servizio legale» (cfr. **linee guida n. 12/2018 “Affidamento dei servizi legali”, par. 3.2.4.**).

Fermo restando il principio dell'eterointegrazione dei bandi di gara da parte di norme imperative qualora riguardino l'obbligatoria iscrizione in albi o registri quale condizione per lo svolgimento dell'attività in affidamento, l'Autorità si è espressa diverse volte in tema di iscrizione al Registro Unico dei Produttori (RUP), ritenendo, sulla base di una lettura combinata delle norme legislative interessate dall'iscrizione stessa e dell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, che fosse legittima l'ammissione alla procedura di gara degli operatori economici privi dell'attestato di idoneità professionale in quanto si era dimostrato, per gli operatori interessati, che lo stesso non era di fatto conseguibile (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 210 del 1° marzo 2018**). Sempre sul tema di iscrizione al RUP, l'Autorità ha considerato il requisito di cui all'art. 12, comma 1, lett. a), della legge n. 154/2016 necessario ai fini della partecipazione alla procedura di gara soltanto nel caso in cui l'oggetto del contratto di appalto includesse, accanto all'attività di manutenzione del verde pubblico, anche la produzione e/o la fornitura, la commercializzazione e/o l'importazione «di vegetali, prodotti vegetali ed altre voci» ai sensi del d.lgs. n. 214/2005, diversamente la stazione appaltante era legittimata ad ammettere gli operatori economici privi del requisito (**parere di precontenzioso reso con delibera n. 255 del 7 marzo 2018**). Chiamata a esprimere parere sull'esclusione da una gara di un operatore economico risultato privo dell'attestato di idoneità previsto dall'art. 12 della legge 26 luglio 2016, n. 154, verificata l'oggettiva impossibilità di ottenere l'attestato stesso essendo condizionato alla previa frequentazione di corsi di formazione non ancora avviati dalla Regione, tenuto conto delle prestazioni in affidamento per le quali non appariva comunque titolo necessario, l'Autorità concludeva nel senso di valutare illegittimo il provvedimento di estromissione dalla procedura adottato dalla stazione appaltante

(**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1038 del 30 ottobre 2018**). L'Autorità valutava illegittima l'esclusione considerando che «attribuire all'articolo 12, comma 1, lettera b), una funzione eterointegrativa del bando, nonostante l'impossibilità di conseguire il requisito di idoneità ivi previsto entro il termine di scadenza delle offerte, rischia di integrare una violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di appalti, laddove si imponga il possesso un requisito di idoneità professionale non disponibile (in tal senso Tar Lazio, sentenza n. 11116/2017)».

Infine, si segnala come tema di interesse quello relativo alla possibilità di richiedere l'iscrizione in albi professionali per una durata minima come requisito di partecipazione.

L'Autorità ha valutato legittimo l'avviso esplorativo per l'acquisizione di manifestazione di interesse ad assumere incarichi legali, finalizzata a formare un elenco di professionisti, e contenente come requisito di idoneità professionale l'iscrizione all'Ordine degli avvocati da almeno 7 anni ritenendolo rientrare nell'ambito delle scelte discrezionali della S.A. specificando al contempo la necessità di una motivazione alla base di tale scelta (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 397 del 17 aprile 2018**); invece, le linee guida sui servizi legali, con riferimento all'iscrizione negli elenchi dei professionisti da pubblicare sui siti istituzionali, hanno indicato che tale iscrizione se da una parte può riguardare i soggetti interessati che siano provvisti dei requisiti richiesti e analizzati sulla base dei curricula o da sintetiche schede riepilogative della carriera professionale, dall'altra «deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative» anche se «la stazione appaltante può prevedere che l'elenco sia ristretto e limitato ai professionisti che soddisfano al meglio le proprie esigenze «sulla base di criteri di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione previsti nell'avviso» e fermo restando che «In ogni caso, l'elenco dovrà favorire un effettivo confronto concorrenziale, essere pubblicato sul sito istituzionale e ammettere la possibilità di modifiche, integrazioni e nuove iscrizioni» (cfr. **linee guida n. 12/2018, par. 3.1.3.**).

2.5. La licenza prefettizia

Nell'ambito del settore dei contratti pubblici, la licenza prefettizia *ex art.* 134 del TULPS, necessaria per lo svolgimento dell'attività di vigilanza privata, è stata qualificata dall'Autorità come provvedimento di autorizzazione *intuitu personae*, riconducibile alla categoria dei requisiti di idoneità professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 50/2016 (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n.**

269 del 14 marzo 2018; parere di precontenzioso n. 48 dell'8 aprile 2015; parere di precontenzioso n. 64 del 14 ottobre 2014; determinazione n. 9 del 22 luglio 2015 concernente “Linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata”).

Nel rispetto dei principi di cui all'art. 83, comma 2, del Codice l'Autorità ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare che richiedesse tale licenza in relazione a livelli dimensionali senza tenere conto dell'ambito territoriale della stessa, che «è a sua volta rapportato alle province in cui ciascun operatore economico associato svolgerà il servizio in caso di aggiudicazione» (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 291 del 22 marzo 2017; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 269 del 14 marzo 2018**). Sempre nell'ottica di un'applicazione ragionevole delle norme improntata al *favor participationis*, l'Autorità ha ritenuto che possono essere ammessi a partecipare i concorrenti che, al tempo della presentazione dell'offerta, siano in possesso di licenza prefettizia *ex art.* 134 del TULPS, anche ove risultino aver trasmesso nei termini l'istanza di adeguamento ai sensi dell'art. 8 del d.m. n. 269/2010, ferma restando la verifica da parte della stazione appaltante del rilascio del provvedimento conclusivo favorevole della Prefettura in occasione della stipula del contratto con l'aggiudicatario (**parere di precontenzioso n. 48 del 8 aprile 2015**).

2.6. L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali

In relazione a taluni affidamenti aventi ad oggetto contratti di servizi nel settore della raccolta, trasporto e trattamento dei rifiuti, l'Autorità è stata chiamata a valutare la natura giuridica del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (ANGA), disciplinato all'art. 212, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e regolamentato con il decreto ministeriale n. 120 del 3 giugno 2014, recante il “Regolamento per la definizione delle attribuzioni e delle modalità di organizzazione dell'Albo nazionale dei gestori ambientali, dei requisiti tecnici e finanziari delle imprese e dei responsabili tecnici, dei termini e delle modalità di iscrizione e dei relativi diritti annuali”.

In una prima fase, sotto la vigenza dell'abrogato decreto legislativo n. 163 del 2006, il requisito di iscrizione all'ANGA non fu ritenuto riconducibile nell'ambito di applicazione delle norme concernenti i requisiti speciali di partecipazione, non essendo espressamente richiamato dalla normativa di riferimento, con la conseguenza che l'Autorità riconosceva ad esso natura di titolo abilitativo all'esecuzione del contratto che poteva essere dimostrato in sede di stipula. Tale orientamento era

espresso in diversi pareri e delibere dell’Autorità che, nel ricondurre l’iscrizione all’Albo tra i requisiti di esecuzione per l’affidamento di appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti a norma dell’art. 212, d.lgs. n. 152/2006, indicava altresì la necessità che i bandi e i disciplinari di gara contenessero una specifica clausola in base alla quale non si sarebbe proceduto alla stipulazione del contratto in caso di mancanza della relativa iscrizione (**parere di precontenzioso n. 152 del 9 settembre 2015; parere di precontenzioso n. 218 del 10 dicembre 2015; parere di precontenzioso n. 221 del 22 dicembre 2015**).

Nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, considerata la giurisprudenza formatasi sulla natura giuridica di tale requisito e, in specie, la sentenza del Consiglio di Stato (sez. V) n. 1825 del 19 aprile 2017, con **Comunicato del Presidente del 28 agosto 2017**, l’Autorità ha espresso un nuovo orientamento riconoscendo all’iscrizione all’ANGA la natura di *requisito speciale di idoneità professionale*, che deve essere posseduto in sede di partecipazione alle procedure di gara alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Nelle successive delibere, l’Autorità ha considerato che l’iscrizione all’ANGA «costituisce un requisito generale o soggettivo (afferente all’idoneità professionale del candidato), collegato al dato esperienziale ed aziendale dell’idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidare» (cfr. **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 257 del 7 marzo 2018**; in tal senso, tra gli altri, il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1034 del 30 ottobre 2018**; presuppongono la natura di requisito di idoneità professionale anche **i pareri di precontenzioso di cui alla delibera n. 410 del 9 maggio 2019** e alla **delibera n. 369 del 17 aprile 2019**).

L’Autorità ha, altresì, affrontato il tema dell’avvalimento di tale requisito considerando che, diversamente da quanto accade per i requisiti speciali o oggettivi, esso non è “trasferibile” da un operatore economico all’altro (**delibera n. 257/2018 citata**), come è dimostrato dal divieto espresso di avvalimento di tale requisito previsto dall’art. 89, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (la norma, riconoscendo implicitamente la natura soggettiva del requisito, prescrive che «L’avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’articolo 212 del *decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*»).

L’Autorità ha trattato anche la questione concernente il necessario possesso di tale requisito in capo a tutti i concorrenti in raggruppamento temporaneo di imprese. A tale riguardo, in diverse occasioni,

L'Autorità ha affermato che, in quanto «requisito di ordine professionale, tecnico-qualitativo, di natura soggettiva», l'iscrizione all'ANGA deve essere richiesta a tutti i componenti dei raggruppamenti temporanei di concorrenti di tipo orizzontale (**delibera n. 257/2018 citata**). Inoltre, vista la natura di requisito di carattere soggettivo, l'Autorità ha ritenuto legittima la richiesta iscrizione anche in capo all'operatore economico ausiliario (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 575 del 13 giugno 2018**).

Infine, si segnalano taluni pareri in cui l'Autorità ha espresso un orientamento nel merito dell'iscrizione richiesta, con riferimento ai codici CER e alle classificazioni e categorie indicati nel bando, esprimendo valutazioni che tengono conto del principio di attinenza e proporzionalità di cui all'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 cosicché l'iscrizione non deve essere riferita allo svolgimento di attività sovradimensionate rispetto all'oggetto del contratto (**parere di precontenzioso n. 217 del 10 dicembre 2015**. Si veda anche il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 776 del 20 luglio 2016**).

Se con riferimento ai codici CER l'Autorità ha ritenuto la relativa indicazione necessaria nei documenti gara oltre che tassativa, trattandosi di una richiesta vincolante per gli operatori economici in quanto basata sulla tipologia di rifiuti in oggetto nel bando di gara e rispetto ai quali è necessario che i concorrenti siano autorizzati con l'iscrizione (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 369 del 17 aprile 2019**), rispetto alle indicate classificazioni e categorie, l'Autorità ha considerato la necessità che esse siano individuate preventivamente dalla stazione appaltante nel bando di gara, tenendo presente i contenuti e le esigenze espressi nel capitolato speciale d'appalto insieme agli obblighi derivanti dall'iscrizione all'Albo (**parere di precontenzioso n. 1149 del 12 dicembre 2018**).

3. REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA

3.1. Premessa

Fra i criteri di selezione degli operatori economici un aspetto particolarmente innovativo introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016 concerne la “consistenza” della capacità economica e finanziaria da attestare ai fini della partecipazione alla procedura e le modalità attraverso le quali gli operatori, in sede di ammissione, comprovano il possesso delle suddette capacità.

L'art. 83, comma 4, stabilisce che per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti attinenti alla capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti nel bando di gara possono richiedere:

- a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto;
- b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;
- c) un adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

3.2. Il fatturato minimo annuo

Un'importante novità recata dal nuovo Codice del 2016 concerne il limite quantitativo imposto in relazione all'ammontare del fatturato da attestare ai fini della partecipazione della gara.

Difatti, nel Codice del 2006 non vi era, da parte del legislatore, la predeterminazione di un preciso parametro quantitativo ma era rimessa alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, la fissazione dell'entità del fatturato richiesto, da compiersi nel rispetto del principio di proporzionalità rispetto al valore dell'appalto.

Oggi, invece, il comma 5 dell'articolo 83 individua nel doppio del valore stimato dell'appalto il limite massimo del fatturato che può essere previsto dalla *lex specialis* di gara quale requisito per la partecipazione alla procedura.

Il limite del doppio dell'importo a base d'asta è tuttavia derogabile dalla stazione appaltante che può fissare, nel bando, una soglia più rigorosa fornendo adeguata motivazione circa la sussistenza di circostanze relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento.

La valutazione della proporzionalità e ragionevolezza dei requisiti richiesti deve avvenire in concreto ed in relazione alla specificità delle prestazioni da eseguire sia al valore dell'appalto e tenendo conto dell'interesse concreto perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice (**parere di precontenzioso n. 132 del 6 giugno 2014**).

In tema di violazione dei suddetti principi di proporzionalità e ragionevolezza, l'Autorità ha ripetutamente ribadito che non è conforme alla normativa di settore la prescrizione del bando che richieda il possesso di un fatturato minimo globale, negli ultimi tre anni, pari al triplo dell'importo posto a base d'asta, in quanto appare lesiva dei principi posti a tutela della concorrenza e del mercato (si veda, tra le altre, la **delibera n. 36 del 26 febbraio 2014**). Ciò è stato ulteriormente precisato con **parere n. 146 del 9 settembre 2015** in cui l'Autorità ha dichiarato che negli appalti di servizi, la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, deve ritenersi non proporzionata e lesiva della concorrenza.

Già in precedenza, l'Autorità aveva evidenziato che i requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati ovvero illogici (**determinazione dell'ANAC n. 4 del 2012**). Difatti, l'Autorità ha precisato che la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di stabilire discrezionalmente requisiti speciali di partecipazione anche più restrittivi deve essere esercitata nei limiti della ragionevolezza, proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, 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 (**delibera n. 15 del 25 febbraio 2015**).

Pertanto, la stazione appaltante è libera di individuare requisiti minimi di partecipazione più stringenti rispetto a quelli previsti dal Codice purché coerenti, logici ed adeguati allo specifico oggetto della gara di appalto, salvo la manifesta illogicità e irragionevolezza degli stessi (*ex multis* **delibera n. 78 del 3 febbraio 2016, n. 1068 del 14 novembre 2018, parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 896 del 17 ottobre 2017**).

3.3. Il fatturato globale e il fatturato specifico

L'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 dispone che le stazioni appaltanti possono chiedere ai concorrenti un "fatturato globale" dell'impresa nonché uno specifico "relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara".

Ciò significa che mentre il fatturato "globale" concerne la dimostrazione della capacità economico-finanziaria del concorrente in termini generali, quello "specifico" attiene alla prova dello svolgimento di servizi o di forniture di beni propri di quello specifico settore cui attiene l'oggetto della gara.

Per fornire la prova del fatturato minimo rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice stabilire quali, tra le modalità elencate nel bando, siano utili nelle singole procedure di gara a seconda della natura, della quantità e dell'utilizzo dei servizi e delle forniture.

Come affermato dall'Autorità nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 501 del 5 giugno 2019** le amministrazioni possono richiedere il possesso di un fatturato (sia globale che specifico) minimo "*annuo*" (laddove il previgente codice si riferiva al fatturato complessivo del triennio considerato e non a quello annuale). Il nuovo Codice introduce due limiti espressi alla discrezionalità della stazione appaltante: il primo è di carattere quantitativo e comporta che il fatturato richiesto non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto; il secondo limite, invece, è di carattere sistematico e comporta la necessità di motivare in modo adeguato la scelta di prevedere criteri di selezione connessi al fatturato aziendale, nonché di motivare in modo ancora più rigoroso la previsione di una soglia di fatturato superiore al limite quantitativo di cui si è detto.

La stazione appaltante può richiedere nel bando un fatturato globale d'impresa per attività analoghe a quelle oggetto di affidamento pari ad un ammontare fino al doppio dell'importo posto a base di gara (**delibera n. 78 del 3 febbraio 2016**).

3.4. L'importo del fatturato nelle concessioni

In base a quanto previsto dall'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016, ai fini della determinazione del valore della concessione da porre a base di gara questo è costituito dal fatturato totale del concessionario, generato per tutta la durata del contratto stimato dall'ente concedente quale corrispettivo dei servizi o dei lavori oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie ai servizi stessi (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 245 dell'8 marzo 2017**).

L'esatto calcolo dell'importo posto a base di gara ha un rilievo centrale in quanto la sua errata individuazione ha ripercussioni sulle modalità di pubblicità, sulla quantificazione della cauzione in garanzia, nonché sui requisiti richiesti ai concorrenti, oltre a poter ridurre in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti dotati di adeguate capacità tecniche ed economiche (**delibera n. 67 del 15 febbraio 2019**). L'Autorità ha in precedenza rilevato che la valutazione del fatturato all'interno dei contratti di concessione è più complessa rispetto a quanto previsto all'interno degli appalti di servizi e forniture, perché nella nozione di importo totale pagabile è da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 104 del 17 giugno 2015**).

Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'importo totale pagabile.

Il canone a carico del concessionario potrà altresì essere computato, ove previsto, ma in quanto eventuale non può considerarsi quale unica voce indicativa della concessione.

La mancata indicazione del valore stimato dell'affidamento può rendere la formulazione di un'offerta economica consapevole più difficoltosa, scoraggiando la partecipazione di nuovo potenziali operatori a vantaggio degli *incumbents*.

Inoltre, l'erronea indicazione del valore del contratto può determinare la mancata assicurazione di un adeguato livello di pubblicità, che – in base a quanto da tempo chiarito dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 2000 sulla scorta di orientamenti costanti della Corte di Giustizia – per le concessioni di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie, consiste nella pubblicazione del relativo avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Ulteriori conseguenze della non corretta valutazione dell'importo dell'affidamento possono essere, oltre a una restrizione della platea dei partecipanti alla procedura, l'erronea commisurazione delle cauzioni previste dal Codice dei contratti pubblici, in quanto i relativi importi sono fissati proprio sulla base del predetto valore, ma anche del contributo dovuto all'Autorità.

Proprio al fine di evitare potenziali lesioni della concorrenza e del mercato e di consentire la massima partecipazione degli operatori economici l’Autorità, già con le **linee guida n. 10/2015**, relative all’affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi, ha specificato, al paragrafo 6.2, che nelle procedure a gara unica, fra i requisiti economico-finanziari di partecipazione richiesti al concessionario vi sono: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell’investimento previsto per l’intervento; b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell’investimento previsto per l’intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall’intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell’investimento previsto per l’intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall’intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell’investimento previsto dall’intervento.

3.5. Le referenze bancarie

In tema di requisiti di partecipazione l’art. 83 del Codice rinvia all’art. 86 che, a sua volta, rimanda all’allegato XVII per l’indicazione dei mezzi di prova dei criteri di selezione.

L’articolo 86, comma 4, stabilisce che la prova della capacità economica e finanziaria può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell’Allegato XVII, parte I, che fa riferimento ad «idonee referenze bancarie» o a comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali (lett. a), a bilanci o estratti di bilanci (lett. b) e a dichiarazioni concernenti il fatturato globale e il fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto (lett. c).

Il non perfetto coordinamento fra l’art. 83, comma 4, che non fa riferimento alle referenze bancarie, e l’Allegato XVII, che invece le contempla, ha indotto l’Autorità a non inserirle nel bando – tipo n. 1/2017 tra le modalità con cui la stazione appaltante può chiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria. Come più diffusamente chiarito dall’Autorità nella Nota illustrativa al bando – tipo, «Con riferimento alle cd. “idonee referenze bancarie” si rileva che esclusivamente l’allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate “idonee dichiarazioni bancarie”. Peraltro, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell’adempimento degli impegni assunti con l’istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza ha avuto modo di puntualizzare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1168). Inoltre, spesso, la richiesta del requisito in parola, in relazione all’oggetto ed al valore dell’appalto, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appariva proporzionata al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso. In considerazione di tali premesse e in

ragione della mancata previsione nel nuovo Codice all'art. 83, comma 4, si è ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto, tuttavia le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità nel definire i requisiti per l'ammissione, possono richiedere le referenze bancarie, se ritenute proporzionate, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connesse all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito».

Come puntualizzato dall'Autorità, gli istituti di credito possono rendere dichiarazioni che comunque non hanno natura fidefacente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza che offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente inerenti i rapporti in atto con le imprese nei limiti in cui tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (**parere di precontenzioso n. 18 del 5 agosto 2014**).

L'Autorità con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1068 del 14 novembre 2018** ha specificato che spesso la richiesta del requisito in parola, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appare proporzionata al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso. In considerazione di tali premesse e in ragione della mancata previsione del nuovo Codice all'art. 83, comma 4, l'Autorità ha ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto (si veda anche la **nota illustrativa al Bando tipo n. 1 approvato con deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017**), riconoscendo tuttavia che le stazioni appaltanti nell'esercizio della propria discrezionalità nella definizione dei requisiti per l'ammissione alle gare, possono richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito (*ex multis*: TAR Lecce, 29 aprile 2015 n. 1423).

Peraltro, il requisito delle idonee referenze bancarie non va interpretato in modo rigido, ma deve consentire al concorrente la più ampia facoltà di scelta tra i possibili mezzi di prova previsti per la dimostrazione della propria capacità economica e finanziaria (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1102 del 25 ottobre 2017**).

Anche con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1042 del 11 novembre 2017**, l'Autorità ha precisato che l'espressione "idonee referenze bancarie" prevista nei bandi di gara non può considerarsi quale requisito rigido, stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate.

Posizione che conferma, dunque, l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi sul punto e che aveva precisato, altresì, che tra i motivi che determinano l'impossibilità di esibire il duplice documento può esserci anche semplicemente la circostanza che l'operatore economico partecipante alla gara

intrattenga rapporti professionali con un solo istituto bancario pur essendo dotato di tutti i requisiti economico finanziari richiesti per partecipare alla gara.

3.6. L'avvalimento di garanzia

Con riferimento all'avvalimento fra la mandataria e la mandante del medesimo raggruppamento, si osserva preliminarmente che l'avvalimento può essere esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al R.T.I e in favore di un suo membro) o interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa). Tuttavia, «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.».

Con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017**, l'Autorità ha stabilito che in tema di raggruppamenti è un principio fermo quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolge, 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, l'Autorità ha ribadito 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.

La giurisprudenza amministrativa, con specifico riferimento al cd. "avvalimento di garanzia", relativo al possesso del requisito del fatturato, ha stabilito che «non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o a indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere e individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga, con certezza ed in modo circostanziato, l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperenziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità» (Cons. Stato, 22 novembre 2017 n. 5429).». Ne deriva che l'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve diventare, di fatto, una garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento cd. "tecnico" od "operativo" (che quindi abbia a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse.

Tuttavia, tale impegno a diventare una garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o quantomeno determinabile poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante.

4. REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICO-PROFESSIONALE

4.1. Premessa

Come precisato anche dalla giurisprudenza in tempi recenti, «le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità» (Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza del 23 luglio 2018, n. 8327), e il concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, a pena di esclusione, atteso che «i requisiti individuati dalla stazione appaltante come necessari per l'ammissione alla procedura costituiscono elementi essenziali in mancanza dei quali è inibita la partecipazione alla gara» (Tar Piemonte, Torino, sentenza del 3 maggio 2018, n. 514).

Anche a livello comunitario la direttiva 2014/24/UE prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che «le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità» (art. 58, paragrafo 4), così confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione, nel perseguimento del pubblico interesse, ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, con un bagaglio di conoscenze tecniche tali da poter svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.

La *ratio* sottesa alla previsione di specifici criteri di selezione è stata di recente delineata dall'Autorità, la quale ha precisato la funzionalità di tale sistema nella valutazione dell'idoneità dell'offerente ad effettuare a regola d'arte e con buon esito, quella data attività che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico. Ai fini della predetta dimostrazione, l'operatore economico può esibire l'elenco dei principali servizi, quali risultanti dai certificati di regolare esecuzione, o di atti similari idonei ad attestare inequivocabilmente il buon esito degli appalti precedentemente eseguiti, costituendo questi ultimi una

sorta di “prova di resistenza” in merito all’effettiva sussistenza della capacità richiesta ai fini di gara. In altri termini, ciò che assume rilevanza non è tanto l’elemento soggettivo relativo alla numerosità dei committenti quanto, invece, il dato oggettivo della pluralità e della “consistenza” dei contratti relativi ai servizi analoghi svolti (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 260 del 26 marzo 2019**).

4.2. La discrezionalità e i servizi analoghi

La stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara (circa la rilevanza del “vaglio in concreto” di tali presupposti cfr. **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 99 del 10 giugno 2015**).

La discrezionalità della stazione appaltante può esplicitarsi in vario modo, ad esempio, nella previsione di clausole con le quali sancisce che i requisiti di capacità debbano essere posseduti, nel caso di RTI o consorzi, da tutti i concorrenti riuniti o consorziati, anziché dal solo concorrente del gruppo deputato a svolgere la parte di servizio per la quale tale certificazione abbia ragione di essere. L’intento, in casi siffatti, è quello non solo di prevedere requisiti più stringenti ma anche di coniugare l’importanza del requisito con il soggetto deputato a svolgerlo.

Rispetto a tale ipotesi, l’Autorità, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 608 del 31 maggio 2017** – nell’ambito di una procedura per l’affidamento di servizi di sviluppo, manutenzione e gestione di sistemi informativi – si è pronunciata sulla legittimità di un disciplinare di gara indicante, tra i requisiti di partecipazione, il possesso di una specifica certificazione (“essere partner certificati Oracle di livello non inferiore a Gold”) da parte di tutti i concorrenti riuniti in RTI o consorziati.

Tale previsione è stata ritenuta ragionevole e proporzionale rispetto al servizio oggetto di affidamento, sulla base della motivazione fornita dall’Amministrazione dalla quale emergeva l’elevato indice di complessità tecnica dell’affidamento, concernente una serie di attività riferibili ad un sistema informatico per il quale risultava necessario avvalersi di personale adeguatamente qualificato, idoneo a garantire i massimi livelli di efficacia, qualità e tempestività.

A tal proposito, si evidenzia che il procedimento di valutazione dei requisiti, di competenza specifica della stazione appaltante, è sindacabile solo nella misura in cui appaia fondato su un *iter* logico viziato da illogicità, irrazionalità e irragionevolezza (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 794 del 19 luglio 2017**).

L'Autorità, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 830 del 27 luglio 2017**, ha stabilito che «I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge».

Nel caso di specie, il bando di gara prevedeva, ai fini della partecipazione, l'attestazione dello svolgimento di un servizio analogo a quello oggetto di gara – servizio di organizzazione e gestione dei soggiorni climatici marini per la terza età – di durata triennale, senza soluzione di continuità, e per un valore economico specifico. Tale previsione, parametrata all'oggetto complessivo del contratto e alle sue peculiarità, è stata considerata da questa Autorità adeguata e congrua, ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque nell'interesse della buona amministrazione, tanto più nella misura in cui la limitazione della concorrenza, paventata dal soggetto non aggiudicatario, risultava scongiurata in quanto alla procedura avevano partecipato sette concorrenti, in possesso dei requisiti richiesti.

Un caso di illogicità è stato ravvisato, a titolo esemplificativo, in relazione ad un bando di gara che imponeva ai concorrenti, per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica, la condizione che la durata contrattuale almeno triennale delle prestazioni rese in servizi analoghi fosse ancora in corso di svolgimento al momento della presentazione della documentazione per partecipare alla gara, in contrasto con una scelta del legislatore volta a valorizzare il “dato sostanziale” relativo alla concreta esecuzione del rapporto e non meramente formale del momento genetico della stipulazione del contratto (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 185 del 28 ottobre 2015**).

Dalle pronunce di cui sopra emerge, quindi, il principio generale in virtù del quale la previsione nella *lex specialis* di gara di credenziali e qualificazioni pregresse in capo all'operatore risponde alla *ratio* di scongiurare il rischio che il contratto venga eseguito da soggetti privi delle capacità ritenute necessarie dalla stazione appaltante per la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito.

Come accennato, la *lex specialis* richiede, di norma, il pregresso svolgimento di servizi o forniture “analoghi” a quelli oggetto di affidamento. In relazione a tale definizione, la giurisprudenza, nel precisare la differenza tra i concetti di servizio “analogo” e servizio “identico”, ha chiarito che, in chiave di *favor participationis*, deve ritenersi che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a base di gara «se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo» (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 18 dicembre 2017 n. 5944) e che «la *ratio* di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche» (TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, sentenza 18 novembre 2014, n. 2892) (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 758 del 5 settembre 2018**).

Sul punto vale ricordare che, in un parere di precontenzioso (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 688 del 18 luglio 2018**) relativo ad una procedura negoziata per l'affidamento della gestione di un centro polivalente comunale per anziani, l'Autorità ha qualificato l'esclusione dell'operatore contraria alla normativa di settore dal momento che, rispetto alle caratteristiche del servizio descritte nel disciplinare di gara, tra cui vi rientravano i servizi socio-assistenziali, il concorrente aveva indicato, ai fini della comprova del requisito esperienziale, lo svolgimento di un numero consistente di servizi “similari” - quattro servizi di gestione di centro polivalente per anziani e almeno otto servizi di assistenza domiciliare agli anziani - in modo pienamente conforme alle prescrizioni della legge di gara.

L'Autorità, con la citata **delibera n. 688/2018**, aderendo a un consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex plurimis* Consiglio di Stato n. 695/2016), ha stabilito che quando il bando di gara richiede quale requisito il pregresso svolgimento di servizi analoghi, tale nozione non può, se non con grave forzatura interpretativa, essere assimilata a quella di servizi identici, dovendo dunque ritenersi soddisfatta la prescrizione ove il concorrente abbia comunque dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale al quale afferisce l'appalto.

Con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 751 del 5 settembre 2018** l'Autorità ha altresì stabilito che una volta scelto il requisito ne deve essere data un'interpretazione ampia per non creare un'eccessiva compressione della concorrenza, soprattutto ove sorgano dubbi in ordine alla portata di una regola.

Il servizio analogo richiesto dalla stazione appaltante nel bando di gara va inteso, quindi, non come identità, bensì come similitudine tra le prestazioni richieste, considerando che l'interesse pubblico

sottostante non è la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato, ma l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.

Occorre tuttavia precisare che in determinati casi le stazioni appaltanti possono richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi strettamente analoghi e addirittura "identici" a quello oggetto dell'appalto, purché il requisito della stretta analogia risponda ad un precipuo interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara, in ragione della discrezionalità che compete all'amministrazione circa la migliore determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente (*ex multis*, cfr. **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 140 del 20 giugno 2014**).

In merito, l'Autorità, in una procedura negoziata per la concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali ed interventi eseguiti in situazioni di emergenza, ha ritenuto che, in considerazione delle specifiche peculiarità dell'affidamento oggetto della concessione – quali essenzialmente la capacità effettiva di eseguire il ripristino delle normali condizioni stradali a seguito di incidenti, le diverse tipologie di possibili rifiuti generati, anche inquinanti o pericolosi e i rischi per la sicurezza derivanti dalla non corretta esecuzione delle operazioni necessarie – fosse ragionevole richiedere ai partecipanti un'esperienza documentata nel settore di riferimento sotto forma di avvenuta esecuzione di due servizi "identici" a quelli della procedura in parola (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 421 del 2 maggio 2018**).

Nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 3 dell'11 gennaio 2017**, si è posta anche la questione relativa al triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale. Nel caso di specie, a fronte della previsione, tra gli altri, di requisiti di carattere tecnico-professionale relativamente «alla presentazione dell'elenco delle principali forniture e servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, pari almeno all'importo posto a base di gara, prestati negli ultimi tre anni con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari», è emerso il dubbio se per la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati negli ultimi tre anni dovesse farsi riferimento al "triennio precedente" ovvero "agli ultimi tre esercizi".

L'Autorità, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha precisato che, mentre per la dimostrazione della capacità economico-finanziaria il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni

solari antecedenti la data del bando, diversamente, per la capacità tecnica e professionale, il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria.

4.3. La commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta

Sul tema della commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione, l'Autorità ha offerto una ricognizione dei principi espressi dalla normativa e nei precedenti della giurisprudenza e dell'Autorità stessa nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 679 del 17 luglio 2019**. Richiamate dall'Autorità nella delibera citata, in linea con la giurisprudenza, le linee guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", aggiornate da ultimo con Delibera n. 424 del 2 maggio 2018, hanno fornito indicazioni alle stazioni appaltanti sull'applicazione dell'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 considerando che, con l'elenco dei criteri di aggiudicazione dettato all'art. 95 del Codice dei contratti pubblici, è stata superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione poiché nella valutazione delle offerte tecniche «possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli». L'Autorità ha precisato che «i profili di carattere soggettivo eventualmente introdotti dalle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione». Sempre secondo le linee guida n. 2, come anche evidenziato nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 472 del 23 maggio 2018**, i criteri possono ritenersi connessi all'oggetto dell'appalto in quanto siano «idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante».

Nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 712 del 24 luglio 2018**, l'Autorità ha espresso il proprio parere sulla legittimità dei criteri di valutazione dell'offerta basati sulle esperienze pregresse del concorrente, con particolare riferimento ai lavori nel settore dei beni culturali.

Nel caso di specie, relativo all'affidamento dei lavori di completamento e restauro architettonico, si è posta la problematica della previsione nel bando di gara – tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica

– di un elemento riferito alle esperienze pregresse, nella misura in cui poteva rappresentare un requisito soggettivo di qualificazione degli offerenti.

Per costante giurisprudenza, la previsione di profili di valutazione dei requisiti soggettivi dell'offerente sono ammissibili soltanto laddove ci si riferisca al personale direttamente utilizzato nell'esecuzione dell'appalto e soltanto negli appalti di servizi, non nel caso dei lavori, dove il possesso dei requisiti di capacità tecnica è dimostrato obbligatoriamente ed unicamente attraverso l'attestazione SOA e non può essere oggetto di ulteriore valutazione in fase di aggiudicazione, attraverso l'indicazione di precedenti lavori analoghi (c.d. "principio di sufficienza della SOA" richiamato nella delibera n. 679/2019 e nella delibera n. 712/2018 sopra citate).

L'Autorità, sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, ha affermato che nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa, anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri di valutazione dell'offerta, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato e in applicazione del canone della *par condicio*, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo. In ogni caso, la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda soprattutto gli appalti di servizi e comunque al ricorrere di determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta (Consiglio di Stato, sentenza 17 gennaio 2018, n. 279).

Nella procedura *de quo*, il bando di gara includeva tra i criteri di valutazione dell'offerta l'assegnazione di un punteggio a precedenti progetti di restauro analoghi ed esposizioni all'interno di edifici monumentali, quale referenza generale dell'impresa, senza alcun aggancio alle caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intendeva fornire nell'esecuzione dell'appalto (cfr. altresì **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 70 del 24 gennaio 2018; delibera n. 472/2018 citata**) e, di conseguenza, è stato ritenuto non conforme alla normativa di settore.

4.4. La predeterminazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale

La predeterminazione dei requisiti speciali di capacità tecnico-professionali nella *lex specialis* appare di fondamentale importanza in quanto pone i concorrenti, a monte della procedura di gara, nella consapevolezza di individuare il ventaglio delle qualifiche richieste.

L'Autorità, al riguardo, ha sostenuto la conformità a legge dell'ipotesi in cui l'avviso di manifestazione di interesse preveda, rispetto al capitolato e al disciplinare di gara, una modalità differente di formulazione della clausola relativa ai requisiti di capacità qualora, nella sostanza, non sia ravvisabile una discrasia concettuale – sussistendo, al contrario, una “identità di contenuto” (**delibera n. 900 del 17 ottobre 2018**). Similmente, in un caso specifico attinente ad un concorso di idee, l'Autorità ha precisato che qualora il concorso sia finalizzato all'affidamento delle successive fasi di progettazione al vincitore, con procedura negoziata senza bando, la previsione di tale possibilità deve essere esplicitata nel bando ed inoltre tale documento deve espressamente indicare i requisiti tecnico-professionali richiesti per lo svolgimento di tale prestazione.

Trattasi di una precisazione di non scarso rilievo se solo si considera che l'indicazione nel bando di tali elementi incide in maniera determinante sulla platea dei potenziali partecipanti alla procedura di gara (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 414 dell'8 maggio 2019**).

4.5. La certificazione di qualità

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica la stazione appaltante può chiedere, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, specifici requisiti tecnici e di qualità a garanzia del corretto svolgimento dell'attività oggetto di gara.

La previsione di una determinata certificazione di qualità riflette la scelta dell'amministrazione di assicurare che l'impresa affidataria sia idonea a effettuare la prestazione oggetto del contratto, secondo un livello minimo di aspettative, accertato da un organismo qualificato secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'organizzazione ed il livello complessivo dell'attività nell'intero suo svolgimento (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 179 del 21 febbraio 2018**).

Risulta, quindi, pienamente legittima la prescrizione nella *lex specialis* di gara del possesso di uno specifico requisito di qualità, in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa, purché

risultati coerente con le finalità perseguite e le caratteristiche dell'attività da affidarsi. Nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 335 del 10 aprile 2019**, l'Autorità, in ambito di servizi di refezione scolastica e pasti caldi al domicilio di anziani e indigenti, ha statuito la “non pertinenza” del requisito richiesto dal bando – certificazione di qualità UNI EN ISO 9001/2000 riferita al settore di accreditamento n. 29 relativo allo scopo di certificazione piattaforme acquisti e distribuzione di beni alimentari – in quanto sproporzionato rispetto all'oggetto della gara e tale da restringere indebitamente la concorrenza.

In materia di certificazioni di qualità, occorre segnalare la distinzione che opera tra quelle in capo all'operatore economico rilevanti in sede di partecipazione da quelle richieste nel bando ai fini della predisposizione dell'offerta tecnica. Su tale seconda categoria, è sufficiente accennare che, sulla base della Relazione illustrativa al Bando-tipo n. 1, secondo il quale le attestazioni di conformità devono essere pertinenti sia al settore di attività nel quale l'organismo/laboratorio rilascia la certificazione che al c.d. “campo di applicazione” – nel caso di specie la gestione del servizio biblioteca – è stata ritenuta conforme alla normativa di settore l'esclusione di un operatore economico che, in sede di gara, aveva dichiarato una certificazione di qualità “non pertinente” al servizio oggetto di affidamento (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 199 del 13 marzo 2019**), così come è stato rilevato, sulla base del principio normativo di equipollenza, che non possa essere escluso l'offerente che possieda una “certificazione equivalente” e dimostri che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti allo specifico standard richiesto (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 333 del 28 marzo 2018**).

In merito alla possibilità per l'operatore economico di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza della certificazione di qualità richiesta ai fini della partecipazione alle gare, l'Autorità, tenendo conto delle posizioni assunte in giurisprudenza, ne ha confermato l'ammissibilità, valorizzandolo, in presenza di una serie di condizioni.

In particolare, e al fine di non svuotare di significato l'essenza dell'istituto, la giurisprudenza amministrativa consente siffatto avvalimento a condizione che «L'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale con tutte le risorse che le hanno concesso di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione». Sulla base di tale principio, è stata ribadita l'importanza di verificare – onere gravante sulla stazione appaltante – che la messa a disposizione da

parte dell'ausiliaria dei mezzi del personale, del *know how*, e di tutti gli elementi aziendali qualificanti sia effettiva e non fittizia (**delibera n. 707 del 24 luglio 2018**).

Quanto, invece, alla ammissibilità di integrare carenze documentali con il soccorso istruttorio, l'Autorità, sul solco di una giurisprudenza consolidata, ha ritenuto legittima l'esclusione di un operatore economico che non aveva allegato nella busta 1, denominata "documentazione", la certificazione di qualità, come precisato nella lettera di invito alla procedura, laddove la certificazione fosse mancante in capo all'operatore economico, sulla base del principio per cui «i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente» a tutela della par condicio tra i concorrenti in gara (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 755 del 5 settembre 2018**; con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 398 del 17 aprile 2018**, l'Autorità ha ritenuto l'incompletezza della dichiarazione relativa al possesso della certificazione del sistema di qualità ISO 9001:2008 regolarizzabile attraverso il procedimento di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice, in quanto in possesso dell'operatore economico).

4.6. Avvalimento e requisiti di capacità tecnico-professionale

Al fine di incentivare il *favor participationis* mediante istituti pro-concorrenziali, evitando al contempo l'aggiramento del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare, per ciò che concerne l'avvalimento dei requisiti di capacità tecnico-professionali (c.d. "avvalimento operativo"), l'Autorità, sul solco di una giurisprudenza consolidata, in molteplici occasioni ha ribadito le condizioni necessarie per il corretto funzionamento dell'istituto in questione.

L'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo che «per quanto riguarda i criteri relativi all'(..) o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste», si pone nell'ottica di implementare le esigenze di concretezza ed effettività del requisito esperienziale oggetto di avvalimento, consentendo agli operatori economici privi di determinati requisiti di partecipare, seppure attraverso l'imposizione, all'impresa ausiliaria, dell'obbligo di eseguire direttamente i servizi o i lavori per le quali sono richieste le capacità professionali.

Una problematica ha riguardato l'ammissibilità di un contratto di avvalimento, prodotto in sede di gara, che non recava il dettaglio delle risorse (economiche, mezzi, personale) messe a disposizione dell'impresa ausiliata ai fini del possesso dei requisiti né l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali erano richieste le capacità connesse ai c.d. "servizi di punta" e che prevedeva, inoltre, la possibilità per la parte ausiliaria di assumere il ruolo di "consulente" nei limiti dei requisiti prestati.

L'Autorità ha ritenuto che «In disparte ogni considerazione circa il fatto che la "consulenza" di ausilio alla progettazione di opere pubbliche non è contemplata neppure nel nuovo quadro normativo in ragione del principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista (cfr. Linee guida n. 1 di attuazione del d.lgs. n. 50/2016 recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"), la possibile attribuzione del ruolo di consulente all'impresa ausiliaria sembra escludere in radice l'esecuzione diretta del contratto da parte dell'ausiliaria stessa. Ciò posto, appare del tutto irrilevante l'eventuale sovrabbondanza dei requisiti oggetto di avvalimento rispetto a quelli richiesti. Ciò che rileva nel caso di specie è che, mancando l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali è richiesta la capacità connessa ai servizi di punta, non può dirsi soddisfatta la condizione dell'art. 89, comma 1, e dunque l'avvalimento non è efficace» (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 221 del 1 marzo 2017**).

In altra occasione, l'Autorità, facendo sempre leva su un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale i servizi di punta non sono frazionabili, soprattutto a proposito dei raggruppamenti temporanei di concorrenti – nel senso che il requisito debba essere posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento medesimo – rilevava la legittimità dell'esclusione di un operatore economico dalla gara il quale, carente dei requisiti di capacità tecnico-professionali richiesti, aveva dichiarato di aver svolto nell'ultimo triennio un servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani per un determinato importo, e di voler coprire la parte mancante del requisito richiesto avvalendosi di una parte del requisito posseduto dall'operatore economico indicato quale ausiliario. Infatti, il contratto di avvalimento presentato risultava inidoneo a dimostrare il requisito richiesto, in quanto con tale contratto il concorrente non acquisiva l'intera capacità tecnica necessaria ma solo la quota residua di cui era carente, mediante la sommatoria di due servizi diversi, con ciò ponendosi, tra l'altro, in contrasto

anche con il principio sopra richiamato della non frazionabilità del servizio di punta (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 817 del 26 settembre 2018**).

Con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 477 del 23 maggio 2018**, l'Autorità, dopo aver ribadito, in considerazione del principio della massima partecipazione alla gara, la legittimità della posizione dell'operatore economico che partecipa a una procedura facendo affidamento sui requisiti e le referenze di altro soggetto sulla scorta di un contratto di affitto di ramo di azienda e/o cessione – e dunque, in sostanza, la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale attraverso l'esperienza professionale dell'azienda cedente – ha precisato che, in ossequio al principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, la circostanza della dichiarazione di fallimento della società cedente, con cessazione di attività di impresa da parte di quest'ultima, comporta in capo alla cessionaria la perdita dei requisiti acquisiti per effetto del contratto di affitto di ramo di azienda.

Elenco delle delibere citate in relazione ai requisiti di idoneità professionale:

Parere n. 36 del 26 febbraio 2014
Parere n. 64 del 14 ottobre 2014
Parere n. 13 del 18 febbraio 2015
Parere n. 48 dell'8 aprile 2015
Parere n. 111 del 17 giugno 2015
Determinazione n. 9 del 22 luglio 2015
Parere n. 152 del 9 settembre 2015
Parere n. 217 del 10 dicembre 2015
Parere n. 218 del 10 dicembre 2015
Parere n. 229 del 16 dicembre 2015
Delibera n. 551 del 11 maggio 2016
Delibera n. 776 del 20 luglio 2016
Parere n. 1382 del 21 dicembre 2016
Delibera n. 291 del 22 marzo 2017
Delibera n. 498 del 10 maggio 2017
Comunicato del Presidente del 28 agosto 2017
Delibera n. 1228 del 22 novembre 2017
Delibera n. 194 del 1 marzo 2018
Delibera n. 210 del 1 marzo 2018
Parere n. 76 del 6 marzo 2008
Delibera n. 255 del 7 marzo 2018
Delibera n. 257 del 7 marzo 2018
Delibera n. 269 del 14 marzo 2018
Delibera n. 345 del 5 aprile 2018
Delibera n. 397 del 17 aprile 2018

Delibera n. 508 del 30 maggio 2018
Delibera n. 574 del 13 giugno 2018
Delibera n. 575 del 13 giugno 2018
Delibera n. 907 del 24 ottobre 2018
Delibera n. 1034 del 30 ottobre 2018
Delibera n. 1038 del 30 ottobre 2018
Parere n. 1149 del 12 dicembre 2018
Delibera n. 369 del 17 aprile 2019
Delibera n. 410 del 9 maggio 2019
Delibera n. 484 del 29 maggio 2019
Delibera n. 709 del 23 luglio 2019

Elenco delle delibere citate in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria:

Determinazione dell'ANAC n. 4 del 2012
Delibera n. 36 del 26 febbraio 2014
Delibera n. 132 del 6 giugno 2014
Delibera n. 18 del 5 agosto 2014
Delibera n. 15 del 25 febbraio 2015
Delibera n. 104 del 17 giugno 2015
Parere n. 146 del 9 settembre 2015
Delibera n. 78 del 3 febbraio 2016
Delibera n. 245 dell'8 marzo 2017
Delibera n. 896 del 17 ottobre 2017
Delibera n. 1102 del 25 ottobre 2017
Delibera n. 1042 del 11 novembre 2017
Delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017
Delibera n. 688 del 18 luglio 2018
Delibera n. 751 del 5 settembre 2018
Delibera n. 1068 del 14 novembre 2018
Delibera n. 67 del 15 febbraio 2019
Delibera n. 501 del 5 giugno 2019

Elenco delle delibere in relazione ai requisiti di capacità tecnico professionale:

Delibera n. 140 del 20 giugno 2014
Delibera n. 99 del 10 giugno 2015
Delibera n. 185 del 28 ottobre 2015
Delibera n. 3 dell'11 gennaio 2017
Delibera n. 221 del 1 marzo 2017
Delibera n. 608 del 31 maggio 2017
Delibera n. 794 del 19 luglio 2017
Delibera n. 830 del 27 luglio 2017
Delibera n. 179 del 21 febbraio 2018
Delibera n. 328 del 28 marzo 2018
Delibera n. 333 del 28 marzo 2018
Delibera n. 398 del 17 aprile 2018
Delibera n. 421 del 2 maggio 2018
Delibera n. 424 del 2 maggio 2018

Delibera n. 472 del 23 maggio 2018
Delibera n. 477 del 23 maggio 2018
Delibera n. 688 del 18 luglio 2018
Delibera n. 712 del 24 luglio 2018
Delibera n. 707 del 24 luglio 2018
Delibera n. 758 del 5 settembre 2018
Delibera n. 755 del 5 settembre 2018
Delibera n. 900 del 17 ottobre 2018
Delibera n. 199 del 13 marzo 2019
Delibera n. 260 del 26 marzo 2019
Delibera n. 335 del 10 aprile 2019
Delibera n. 414 dell'8 maggio 2019
Delibera n. 679 del 17 luglio 2019

Anac, 14 ottobre 2019

www.anticorruzione.it