



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **PARERE N. 209 DEL 02 DICEMBRE 2015**

#### **PREC 138/15/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dalla De Cicco S.a.s. di De Cicco Roberto & C. – S.S. 694 – “Tangenziale Ovest di Lecce” al km. 4+020 – Lavori di adeguamento degli impianti tecnologici ai sensi del D.Lvo 264 del 5.10.2006 in materia di sicurezza per gallerie della rete stradale trans europea – Galleria Condò – Importo euro 6.229.635,07 S.A. ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità per la Puglia

#### **Avvalimento frazionato di qualificazione – ammissibilità**

E' ammessa la possibilità che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente in sede di gara più attestati di qualificazione per ciascuna categoria, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara.

**Art. 49, co. 6 d.lgs. 163/2006**

### **Il Consiglio**

#### *Considerato in fatto*

Con istanza di parere prot. 60263 del 14 maggio 2015, la De Cicco S.a.s. di De Cicco Roberto & C., capogruppo mandataria del costituendo RTI con mandante Edilettora S.r.l., lamenta la propria esclusione dalla gara in oggetto per violazione del divieto di utilizzo frazionato dei requisiti di qualificazione nella categoria OG10. In particolare, il bando di gara prevedeva «Categoria prevalente OG10 – Importo euro 2.164.710,86 - classifica IV, a qualificazione obbligatoria; Classifica VI con riferimento all'intero ammontare dell'appalto». L'impresa mandante Edilettora S.r.l., in possesso della categoria prevalente OG10 classifica III, si avvaleva quindi dell'impresa Campanale Giovanni & C. S.r.l., anch'essa qualificata nella categoria OG10 classifica III, al fine cumulare il proprio requisito con quello dell'ausiliaria e raggiungere la soglia richiesta dal bando.

La S.A. richiama l'art. 49, co. 6 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 laddove vieta l'utilizzo frazionato dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

#### *Ritenuto in diritto*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la possibilità di "cumulare" la qualificazione del concorrente e quella dell'ausiliario al fine di raggiungere la soglia di qualificazione richiesta dal bando di gara.

L'art. 49, co.6 d.lgs. 163/2006, come sostituito dall'art. 21, comma 1, della legge 30 ottobre 2014, n. 161, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 nella Causa C-94/12, dispone che «È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria».

Il punto 13.3. del disciplinare di gara prevede che «È consentito l'utilizzo, mediante avvalimento, di più attestati di qualificazione per ciascuna categoria per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando di gara».

Sulla questione dell'avvalimento frazionato si richiama il Comunicato del 20 marzo 2014, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n.75 del 31 marzo 2014 e consultabile sul sito dell'Anac, recante «Indicazioni alle Stazioni Appaltanti in materia di avvalimento a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 nella Causa C-94/12», con il quale si evidenzia che, alla luce della citata sentenza, è incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE una disposizione nazionale come quella dell'art. 49, comma 6, del d.lgs. 163/2006, che vieta in via generale agli operatori economici che partecipano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per la stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese. Pertanto, nel Comunicato in parola si sottolinea che è ammessa, in sede di gara, la possibilità che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria, pur restando fermo il principio espresso dalla Corte nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrà legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici. Tale esigenza tuttavia deve risultare da adeguata motivazione espressa in seno alla delibera o determina a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara, dovendo la stazione appaltante chiaramente specificare nel bando o nella lettera di invito qual è il livello minimo di capacità richiesta in termini di classifica minima posseduta dall'operatore o dagli operatori economici di cui si intenda cumulare le capacità per il raggiungimento della classifica richiesta nel bando di gara.

La giurisprudenza più recente (Cons. Stato sez. V 22 gennaio 2015 n. 277; Cons. Stato sez. V 5 dicembre 2014 n. 5987; Consiglio di Stato sez. V 28 aprile 2014 n. 2200), nel richiamare la sentenza della Corte di Giustizia, laddove sostiene che «la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto», evidenzia che è ormai principio acquisito quello della legittimità del c.d. avvalimento frazionato ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

Chiarito quanto sopra, si osserva tuttavia, a proposito dell'assunzione dei lavori della categoria prevalente da parte della mandante, che ai sensi dell'art. 37, co. 6 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 92, co. 2 e 3 d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, «Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente» mentre, nel caso di raggruppamenti di tipo orizzontale, i requisiti devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40 per cento e comunque in misura percentuale superiore rispetto alle mandanti. (cfr. Parere di precontenzioso n. 50 del 19 marzo 2014).

Sotto questo profilo, si invita pertanto la S.A. a verificare il rispetto della normativa appena richiamata da parte del RTI in questione.

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è illegittima l'esclusione del concorrente motivata dal divieto di utilizzare cumulativamente, mediante avvalimento, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria ai fini del raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 dicembre 2015

Il Segretario Maria Esposito