

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

“Problematiche e prospettive applicative”

I REQUISITI DI IDONEITA' DELLE IMPRESE E L'AVVALIMENTO

Roberto Travaglini

Associazione Industriali Vicenza

VERONAFIERE - 5 GIUGNO 2006

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 44 (Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti)

*“L’aggiudicazione degli appalti avviene [...] previo accertamento dell’idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente a criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 [...].”**

* In precedenza, analoga disposizione era contenuta nell’art. 18 della direttiva 93/37 (lavori), nell’art. 23 della direttiva 92/50 (servizi) e nell’art. 15 della direttiva 93/36 (forniture)

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 45 → elenca le cause di esclusione dalla partecipazione ad un appalto pubblico (condanne per particolari reati; fallimento ed altre situazioni di accertato dissesto; pendenza di procedure concorsuali; errore grave nell'esercizio dell'attività professionale; irregolarità in materia di contributi sociali e di tasse, false dichiarazioni)

Art. 46 → delinea il requisito “generale” dell’iscrizione dell’operatore economico nell’albo professionale o nel registro commerciale

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 47 → si occupa dei requisiti di capacità economica e finanziaria, indicandone le relative referenze (dichiarazioni bancarie; bilanci; fatturato globale e, se del caso, nel settore di attività oggetto dell'appalto)

Art. 48 → si occupa delle capacità tecniche e professionali, indicandone i relativi mezzi di prova (elenco dei lavori/servizi/forniture effettuati; elenco di quelli principali e certificazioni dei relativi committenti; elenco dei tecnici di cui disporrà l'imprenditore; descrizione dell'attrezzatura tecnica e delle misure per la garanzia della qualità, titoli di studio e professionali; organico medio annuo; ...)

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 49 → modalità di attestazione del rispetto delle norme in materia di garanzia della qualità (certificazione dei sistemi della qualità basati sulla serie delle norme europee)

Art. 50 → modalità di attestazione del rispetto delle norme di gestione ambientale (certificazione del sistema comunitario di ecogestione e audit – EMAS)

Art. 51 → possibilità di invito degli operatori economici ad integrare o chiarire i certificati ed i documenti presentati a norma degli artt. da 45 a 50

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 52 (*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*)*

- “1. *Gli Stati membri possono instaurare elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori, o di prestatori di servizi riconosciuti oppure una certificazione da parte di organismi pubblici o privati.*
- 2. *Gli Stati membri adeguano le condizioni di iscrizione su tali elenchi nonché quelle del rilascio di certificati da parte degli organismi di certificazione all’articolo 45 [...] 46 [...] 47 [...] 48 [...] 49 e, se del caso, 50.*”

* In precedenza, analoga disposizione era contenuta nell’art. 29 della direttiva 93/37 (lavori), nell’art. 35 della direttiva 92/50 (servizi) e nell’art. 25 della direttiva 93/36 (forniture)

.... segue

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 52 (*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*) segue

“3. *L’iscrizione in un elenco ufficiale, certificata dalle autorità competenti o il certificato rilasciato dall’organismo di certificazione, costituisce per le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri una presunzione di idoneità ai soli fini dell’articolo 45 [...] 47 [...] 48.*

4. *I dati risultanti dall’iscrizione negli elenchi ufficiali o dalla certificazione non possono essere contestati senza giustificazione. Per quanto riguarda il pagamento dei contributi [...] e [...] delle imposte e tasse, per ogni appalto può essere richiesta un’attestazione supplementare [...].”*

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 38 (*Requisiti di ordine generale*)

“1. Sono esclusi dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti [...].”



La norma sostanzialmente ripropone il contenuto dell'art. 75 del DPR 554/1999, integrato con alcune fattispecie d'illecito previste dall'art. 45 della direttiva 18/2004

Art. 39 (*Requisiti di idoneità professionale*)

“1. I concorrenti alle gare [...] possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio [...] o presso i competenti ordini professionali [...].”

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 40 (*Qualificazione per eseguire lavori pubblici*)

- “1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza [...].
- 2. Con il regolamento [...] viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro [...].
- 3. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati [...]. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di:
 - a) certificazione di sistema di qualità [...];
 - b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici [...] da parte delle stazioni appaltanti [...].

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 41 (*Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*)

- “1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:
 - a) idonee dichiarazioni bancarie;
 - b) bilanci o estratti dei bilanci dell’impresa;
 - c) dichiarazione concernente il fatturato globale dell’impresa e l’importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.
- 2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere [...].

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 42 (*Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi*)

- “1. Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi [...]:
- a) [...] elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni [...];
 - b) [...] tecnici e organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente [...];
 - c) [...] attrezzature tecniche tali da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità [...];
 - d) controllo [...] sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure [...] per il controllo della qualità;
 - e) [...] titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell’impresa concorrente [...],”

segue

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 42 (*Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi*) ... segue

- “ f) [...] per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, le misure di gestione ambientale [...];
 - g) per gli appalti di servizi, [...] numero medio annuo di dipendenti [...] e numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;
 - h) per gli appalti di servizi, [...] l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;
 - i) [...] quota di subappalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;
 - l) nel caso di forniture [...] campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire [...]
 - m) nel caso di forniture [...] certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo di qualità [...].
2. La stazione appaltante precisa [...] quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.”

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 43 (*Norme di garanzia della qualità*)

“1. Qualora richiedano la presentazione di certificati [...] le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulla serie di norme europee [...] certificati da organismi conformi [...].”

Art. 44 (*Norme di gestione ambientale*)

“1. Qualora, per gli appalti di lavori e servizi, e unicamente nei casi appropriati, le stazioni appaltanti chiedano l'indicazione delle misure di gestione ambientale [...] esse fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria [...].”

I REQUISITI DI IDONEITA' NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 45 (*Elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi*)

- “1. I concorrenti iscritti in elenchi ufficiali di prestatori di servizi o di fornitori possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d’iscrizione indicante le referenze [...] e la relativa classificazione.
- 2. L’iscrizione [...] in uno degli elenchi [...] costituisce, per le stazioni appaltanti, presunzione d’idoneità alla prestazione, corrispondente alla classificazione del concorrente iscritto, limitatamente a quanto previsto: dall’articolo 38 [...] 39 [...] 41 [...] 42 [...].
- 4. L’iscrizione in elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi non può essere imposta agli operatori economici in vista della partecipazione ad un pubblico appalto.
- 5. Gli elenchi sono soggetti a pubblicazione sul profilo del committente e sul casellario informatico dell’Autorità.”

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLE DUE FONTI NORMATIVE

Sia la direttiva comunitaria, sia il codice dei contratti pubblici prevedono l'articolazione in:

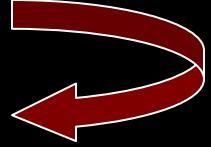
- requisiti generali (in negativo sono le cause di esclusione)
- requisiti speciali (di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-organizzativa).

Sempre entrambe le fonti delineano due sistemi di qualificazione:

- qualificazione “gara per gara”, effettuata dalla stazione appaltante
- qualificazione “periodica”, effettuata da organismi pubblici o privati di certificazione/attestazione

I REQUISITI DI IDONEITA' NELLE DUE FONTI NORMATIVE

La direttiva comunitaria pone i due sistemi di qualificazione perfettamente alternativi – e non concorrenti - tra loro (una volta determinata l'istituzione dell'elenco ufficiale, l'iscrizione in esso diventa condizione necessaria per l'ammissione alle gare, salvo che per l'impresa di altro Stato UE  art. 52, paragr. 4).

Il codice dei contratti adotta lo stesso schema solo per i lavori pubblici (sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo  art. 40, comma 2), mentre per le forniture ed i servizi (nei settori tradizionali) l'iscrizione in elenchi ufficiali non può essere imposta quale condizione per partecipare ad un pubblico appalto 
(art. 45, comma 4)

LE ORIGINI GIURISPRUDENZIALI DELL'AVVALIMENTO

Corte di Giustizia, 14.04.1994, causa C-389/92 – Ballast

“La direttiva 71/304 [...] e la direttiva 71/305 (riguardante gli appalti di lavori pubblici) [...] vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all’atto dell’esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l’esecuzione degli appalti.”*

LE ORIGINI GIURISPRUDENZIALI DELL'AVVALIMENTO

Corte di Giustizia, 2.12.1999, causa C-176/98, Holst Italia Spa

“La direttiva 92/50 va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto.”

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.03.2002, n. 1695

“Costituisce valido requisito, ai fini della partecipazione alle gare per pubblici appalti, l’iscrizione in un albo (nella specie, l’Albo delle imprese di gestione dei rifiuti) posseduta da una società controllata al 100% del capitale, atteso che la partecipazione totalitaria al capitale è idonea a tutelare l’interesse sostanziale garantito dalla normativa, ossia che l’opera sia eseguita dal soggetto adeguatamente qualificato.”*

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Consiglio di Stato, Sez. VI, 17.09.2003, n. 5287

“La giurisprudenza comunitaria è chiara [...] la direttiva del consiglio 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti.”

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.02.2005, n. 435

“Il sistema comunitario (nella specie quello degli appalti pubblici di servizi, disciplinato dalla direttiva 92/50/Cee) : a) ripudia automatismi ostativi all’ammissibilità del ricorso a soggetti terzi; b) di conseguenza non impone l’uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui; c) tiene ferma l’esigenza di un rigoroso riscontro della effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi.*

In definitiva sollecita una analisi casistica da parte delle amministrazioni e dei giudici circa la sussistenza dei requisiti di capacità.”

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.09.2005, n. 5194

“La potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale [...]. Tanto premesso, è da ritenere che il principio dell’avvalimento debba operare anche con riguardo alle attestazioni SOA. Queste sostituiscono, infatti, per ciò che concerne gli appalti di lavori, ogni altra dichiarazione [...] in merito alla documentazione dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria [...]. Ne consegue che l’impresa che dichiari di avvalersi delle capacità [...] di altra impresa può anche avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara e dell’espletamento dei lavori previsti, delle prestazioni di quella stessa impresa, da rendersi in forza delle attestazioni SOA di cui essa è dotata.”

... segue

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

... segue

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.09.2005, n. 5194

“ Premesso che, come dianzi precisato, l'avvalimento può essere invocato dall'imprenditore che concorra all'appalto anche per la realizzazione di quei lavori per i quali il medesimo non è in possesso della prescritta attestazione SOA, deve anche ritenersi che ad esso possa fare ricorso non soltanto la ‘società madre’ del gruppo che partecipi all'appalto, ma anche una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società al gruppo medesimo facente capo.”

L'AVVALIMENTO NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 47 (*Capacità economica e finanziaria*)

- “2. *Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante prestazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.*
- 3. *Alle stesse condizioni un raggruppamento temporaneo di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.”*

L'AVVALIMENTO NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 48 (*Capacità tecniche e professionali*)

- “3. *Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare alla amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.*
4. *Alle stesse condizioni un raggruppamento temporaneo di operatori economici [...] può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.”*

L'AVVALIMENTO NELLA DIRETTIVA 18/2004

Art. 52 (*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*)

“ [...] Gli stati membri [...] adeguano (* le condizioni di iscrizione su tali elenchi) [...] all’articolo 47, paragrafo 2 (* avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria) e all’articolo 48, paragrafo 3 (* avvalimento dei requisiti di capacità tecniche e professionali), per le domande di iscrizione presentate da operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongano di mezzi forniti dalle altre società del gruppo. Detti operatori devono in tal caso dimostrare all’autorità che stabilisce l’elenco ufficiale o all’organismo di certificazione che disporranno di tali mezzi per tutta la durata di validità del certificato che attesta la loro iscrizione all’elenco [...] e che tali società continueranno a soddisfare, durante detta durata, i requisiti [...] di cui gli operatori si avvalgono ai fini della loro iscrizione.”

L'AVVALIMENTO NELLA DIRETTIVA 18/2004

Specularmente a quanto visto in ordine ai sistemi di qualificazione (“gara per gara”, con accertamento dei requisiti da parte della stazione appaltante, oppure “unico” e “di durata”, con accertamento “una tantum” da parte di un organismo di certificazione/attestazione), anche per l'avvalimento la direttiva 18/2004 configura:

- l'utilizzo, da parte di un operatore economico, dei requisiti di altro operatore, “per un determinato appalto”  (avvalimento “gara per gara”)
- l'utilizzo, da parte di un operatore economico, dei requisiti di altro operatore, al fine di ottenere l'iscrizione nell'elenco ufficiale degli operatori abilitati  (avvalimento nel “sistema di qualificazione”)

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Nel dibattito che ha preceduto ed accompagnato il recepimento della direttiva 18/2004 e l'emanazione del codice si è sottolineato che nella direttiva :

- l'avvalimento “gara per gara” è configurato come facoltà del concorrente, senza che lo Stato membro possa precluderne l'utilizzo (** il Consiglio di Stato – Sez. VI, 11.04.2006, n. 2010, ha ritenuto direttamente applicabile, dal 1° febbraio 2006, la norma comunitaria anche in assenza di un suo recepimento formale*)
- l'avvalimento nel “sistema di qualificazione” è, invece, rimesso alla scelta degli Stati membri, peraltro solo nel senso che è facoltativa la costituzione di elenchi ufficiali di esecutori di lavori/forniture/servizi, mentre una volta proceduto a tale costituzione, la previsione dell'avvalimento dei requisiti per l'iscrizione negli elenchi ha natura obbligata.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Si è concluso che il codice dei contratti dovesse prevedere e disciplinare sia l'avvalimento “gara per gara”, sia l'avvalimento nel “sistema di qualificazione”, configurandoli entrambi con riguardo a tutti gli ambiti di disciplina del codice:

- lavori pubblici
- forniture
- servizi.

Tutto ciò non si dimostra coerente con la scelta che lo stesso codice ha operato riguardo alle modalità di qualificazione dei soggetti che operano in tali, distinti, ambiti.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Infatti la qualificazione “gara per gara” è prevista per gli appalti di forniture e di servizi (artt. 41 e 42) (** nei settori tradizionali l’iscrizione in elenchi ufficiali non può configurarsi quale condizione necessaria per la partecipazione all’appalto* ➡ art. 45, comma 4), mentre la qualificazione attraverso un “sistema unico” è prevista come obbligatoria solo per gli appalti di lavori pubblici (art. 40).

Ne consegue una grave “asimmetria” tra le caratteristiche della qualificazione e le modalità dell’avalimento, con particolare riferimento all’ambito dei lavori pubblici, ove si vorrebbe far “convivere” un “sistema unico” di qualificazione con il riconoscimento della facoltà di avalimento “gara per gara”.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Problematicità

“Che senso avrebbe consentire agli Stati membri di prevedere sistemi di qualificazione in via generale e al contempo consentire, in un ordinamento statale che contempla tale sistema, che sia i partecipanti a una gara che i concreti esecutori dei lavori possano prescindere dalla qualificazione stessa ?” (A. Bottio, “Con le nuove direttive a rischio il sistema SOA: in gara anche imprese non qualificate”, *Edilizia e Territorio* 23/2005)

“Il fenomeno dell'avvalimento comporta una modifica radicale dei caratteri tipici del rapporto tra stazione appaltante e appaltatore e rischia di avere un impatto travolgente sul sistema complessivo che regola l'esecuzione dei lavori pubblici.” (R. Mangani, “L'avvalimento già ammesso a colpi di sentenze Ue e italiane, *Edilizia e Territorio* 23/2005)

L'AVVALIMENTO "GARA PER GARA" NEL CODICE (art.49)

"1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato [...], in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto."



- a) l'avvalimento "gara per gara" è consentito in ogni ambito di appalto (servizi, forniture ed anche lavori pubblici)
- b) lo possono utilizzare sia i concorrenti singoli, sia quelli che fanno parte di ATI o di qualsiasi tipologia di consorzio
- c) può riguardare sia i singoli requisiti "speciali", sia l'attestazione SOA

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

Problemi

- L'attribuzione della facoltà di avvalimento anche ai concorrenti raggruppati o consorziati si presta a “scardinare” le regole riguardanti l'entità minima dei requisiti per partecipare a pieno titolo alle ATI ed ai consorzi, nonché la disciplina delle “cooptate”.
- Quando la norma indica i possibili oggetti di avvalimento (i requisiti “speciali” ovvero l’attestazione SOA) li considera indistintamente per tutti e tre gli ambiti di appalto (forniture, servizi e lavori), oppure considera implicitamente possibile l'avvalimento dei singoli requisiti “speciali” nei soli appalti di forniture e servizi e l'avvalimento dell'attestazione SOA nei soli appalti di lavori pubblici (in questi ultimi, nel caso d'importo > 20.658.276 euro, ex art. 3, comma 6, del DPR 34/2000, oggetto di avvalimento potrebbe essere, oltre all'attestazione SOA, anche il requisito della cifra d'affari in lavori dell'ultimo quinquennio non inferiore al triplo dell'importo a base di gara)?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“Quando nell’ordinamento interno viene in rilievo il sistema di qualificazione mediante attestazioni SOA, il concorrente può qualificarsi solo producendo l’attestazione SOA che esprime una capacità organizzativa più che un requisito: [...] egli dovrà sempre e comunque avvalersi di un’impresa ausiliaria in possesso di attestazione SOA adeguata, non essendo sufficiente la prova di avere la disponibilità dei predetti requisiti di cui è carente perché per tale ultima via si minerebbe nelle fondamenta il sistema di qualificazione previsto dal DPR 34/00 che attribuisce a terze entità, rispetto alle Stazioni Appaltanti, la funzione di attestare l’idoneità delle imprese ad operare nel settore dei lavori.”

(G. Fischione, “L’avvalimento: quid iuris?”, in www.giustamm.it, 2-2006)

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“Nel sistema nazionale, l’impresa che, nel settore dei lavori pubblici, dichiari di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie di altra impresa (ai fini della partecipazione alla gara e dell’espletamento dei lavori previsti), potrà farlo solo a condizione che quelle determinate capacità quella stessa ‘altra impresa’ sia in grado di documentare con le attestazioni SOA, di cui essa sia dotata. Solo in questo modo il principio dell’avvalimento può ritenersi concretamente applicabile nel sistema delle attestazioni SOA [...]. Ogni altra interpretazione comporterebbe l’evidente elusione ed abbattimento del ‘sistema SOA’, creando una evidente disparità di trattamento tra imprese [...].” (S. Cacace, “L’idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del ‘Codice’ unificato degli appalti”, www.giustizia-amministrativa.it)

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

Posizione contraria (che non pare condivisibile)

“Di fatto l'avvalimento pone in crisi il sistema delle SOA poiché non richiede neppure che l'avvalso sia esso stesso un soggetto qualificato, dato che non partecipa alla gara; la direttiva chiede solo che l'avvalso garantisca, in qualche modo, la disponibilità dei mezzi finanziari e tecnici.

Si dà così l'impulso alla nascita di soggetti avvalsi per professione e, dall'altro, si permette alle imprese prive della qualificazione legale di partecipare comunque alle gare avvalendosi dei requisiti di un soggetto estraneo, sostanzialmente, non solo al rapporto, ma anche al mondo stesso degli appalti.” (C. Zucchelli, “Avvalimento dei requisiti di altre imprese”, in www.giustizia-amministrativa.it)

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all’eventuale attestazione SOA propria e dell’impresa ausiliaria [...].”



Problema

L'espressione “eventuale” riferita all'attestazione SOA si spiega:

- perché la norma riguarda tutti gli ambiti di appalto, mentre la attestazione SOA attiene ai soli appalti di lavori pubblici ?
- perché la norma consente la partecipazione alla gara e l'esecuzione del lavoro pubblico anche al concorrente privo di attestazione SOA (l'assenza dell'attestazione non può riguardare l'impresa ausiliaria, perché i relativi requisiti di qualificazione, oggetto di avvalimento da parte del concorrente, debbono essere già attestati da una SOA) ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all’eventuale attestazione SOA propria e dell’impresa ausiliaria:

- a) una sua dichiarazione verificabile [...], attestante l’avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell’impresa ausiliaria;
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all’articolo 38;
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell’impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 38;”

L'AVVALIMENTO "GARA PER GARA" NEL CODICE (art.49)

"d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui [...] si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse [...] di cui è carente il concorrente,"

Problema

Qual è la sorte dell'appalto acquisito grazie all'avvalimento, qualora l'impresa ausiliaria non rispetti l'obbligo di mettere a disposizione le risorse di cui il concorrente/appaltatore era carente ?



Venendo meno in corso d'appalto la disponibilità in capo all'appaltatore dei requisiti di qualificazione, si ha la nullità (o l'annullabilità) del contratto per sopravvenuto difetto della capacità giuridica (legittimazione soggettiva a concorrere alla gara ed a stipulare il contratto) dell'appaltatore, o si può immaginare una soluzione analoga a quella delineata dall'art. 94 DPR 554/1999 (art. 37, comma 19, del codice) per il fallimento della mandante di una ATI ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“ e) una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata [...] né si trova in una situazione di controllo [...] con una delle altre imprese che partecipano alla gara;

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto;”


Problema

Nel caso di lavori, dove l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA, qual'è l'oggetto del contratto ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“L'avvalimento nelle gare per l'affidamento di lavori sembra nella sostanza riferirsi all'attestazione SOA, di conseguenza la dichiarazione relativa alla messa a disposizione delle risorse dovrebbe riferirsi all'insieme dei mezzi, del personale e dei beni materiali e immateriali che hanno permesso il rilascio di questa attestazione [...]. In ultima analisi, si dovrebbe concludere che l'impresa ausiliaria debba dichiarare che mette a disposizione non questa o quella singola risorsa, bensì l'azienda nel suo complesso o al massimo un ramo di azienda” (R. Mangani, “Debutta l'avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee”, Edilizia e Territorio, 17/2006)

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“g) nel caso di avvalimento nei confronti di un’impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l’impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo [...].”



Problema

Che cosa si intende con l'espressione “legame giuridico ed economico” e qual è la portata della nozione di “gruppo” ?
E' sufficiente ad integrare la fattispecie la sussistenza delle condizioni indicate dall'art. 2359, primo comma, del codice civile per il fenomeno delle “società controllate” ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

- “3. *Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) (*causa di esclusione per un anno dalle gare successive) [...], la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette altresì gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11* (* sanzione amministrativa fino a euro 51.545).
4. *Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.”*

Problema 

Qual è la natura della responsabilità solidale tra il concorrente e l'ausiliario e che riguarda le “prestazioni oggetto del contratto” ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

La natura della responsabilità solidale discende anche da quanto dispone il comma 10



“10. Il contratto è *in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara [...] e l’impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di subappaltatore.*”



Se l’impresa ausiliaria non può, sotto alcuna veste, concorrere all’esecuzione del contratto, la “responsabilità solidale” deve necessariamente avere natura di “garanzia”, per cui l’impresa ausiliaria può solo risarcire il danno cagionato alla stazione appaltante dall’inadempimento del concorrente/appaltatore/ausiliato.

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“5. *Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo posto a base di gara*”.



Problema

Quali sono gli “obblighi antimafia” di cui parla la norma ?



Il riferimento all’<importo posto a base di gara> fa ritenere che la norma consideri gli adempimenti concernenti la certificazione “antimafia” e le informazioni prefettizie.

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“6. Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto e delle peculiarità delle prestazioni; ma in tale ipotesi, per i lavori non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni [...] SOA relative alla stessa categoria.”



Quindi

- negli appalti di forniture e di servizi ciascuna impresa ausiliaria può apportare un solo requisito di qualificazione
- negli appalti di lavori pubblici ciascuna impresa ausiliaria può apportare una sola categoria di qualificazione SOA
- il bando può ammettere (nel caso di appalti d'importo elevato o con peculiarità delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto) l'avvalimento da parte di più imprese ausiliarie, ma negli appalti di lavori ciascuna categoria non può essere “apportata” da più di un'impresa ausiliaria ➔ **Problema:** l'avvalimento può riguardare anche le categorie “superspecializzate” (art. 13, comma 7, legge 109/1994, ora art. 37, comma 11, del codice), per le quali vige il divieto di subappalto ?

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“7. I bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all’importo dell’appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l’avalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall’impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso.”



- La prima parte del comma (avalimento riferito solo ad alcuni requisiti) può trovare applicazione solo negli appalti di forniture e di servizi
- La seconda parte (avalimento pro quota di un requisito in parte posseduto dal concorrente), non parlando di “integrazione” anche per la SOA sembra implicare che per ciascuna categoria non si possa sommare la classifica posseduta dall’ausiliario con quella posseduta dal concorrente, ma che in ogni caso l’ausiliario debba, singolarmente, coprire la qualificazione richiesta dal bando in quella categoria (nei lavori solo avvalimento “verticale” e non “orizzontale”).

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

- “8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.
9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell’appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l’avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all’aggiudicatario.”

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

La regola

- In ciascuna gara ogni impresa ausiliaria può avvalere una sola impresa concorrente
- Alla singola gara non possono partecipare contemporaneamente sia l'impresa concorrente, sia l'impresa sua ausiliaria

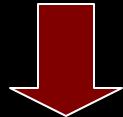


L'eccezione

Se consentito dal bando, in ragione della peculiare natura dell'appalto e della connessa esiguità del numero di soggetti in possesso di particolari attrezzature, le imprese che dispongono di quest'ultime possono prestare avvalimento a più concorrenti, purché a parità di condizioni economiche.

L'AVVALIMENTO “GARA PER GARA” NEL CODICE (art.49)

“11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all’Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l’aggiudicatario, per l’esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l’Osservatorio.”



Preoccupazione

“Il mercato delle imprese contraenti con la P.A. è oggi caratterizzato da soggetti inseriti nella logica della fornitura dell’opera o del servizio quale scopo fondamentale della propria intrapresa. [...]. Il nuovo mercato ipotizzato dalla direttiva è costituito da soggetti parcellizzati, i quali partecipano in vista della messa a disposizione di un elemento non solo del ciclo produttivo, ma della qualificazione del soggetto, potendo restare del tutto estranei alla produzione. [...] Potenzialmente il nuovo imprenditore è una scatola vuota, una sorta di holding dell’avvalimento: egli acquisisce l’appalto privo dei requisiti positivi soggettivi e oggettivi [...] (C. Zucchelli, “Avvalimento dei requisiti di altre imprese”, www.giustizia-amministrativa.it)

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

*“1. Per i lavori, il regolamento disciplina la possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49 (*riguardante l'avvalimento “gara per gara”), Sempreché compatibili con i seguenti principi:*

a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 codice civile; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, codice civile;”



L'avvalimento nel sistema di qualificazione è ammesso:

- solo nell'ambito dei lavori pubblici
- solo tra imprese dello stesso “gruppo”
- solo a seguito di un'apposita disciplina regolamentare (ma la corrispondente disposizione comunitaria è *self executing* e, quindi, applicabile sin dal 1° febbraio 2006 ?)

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

“b) l’impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l’obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell’impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA;”



Problema

Cosa significa “mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento” ?



- 1) il complesso aziendale dell’impresa ausiliaria, cui si correla inscindibilmente la relativa attestazione SOA

oppure

- 2) i singoli requisiti “speciali” dell’impresa ausiliaria, che si integrano con quelli direttamente posseduti dall’impresa ausiliata, di modo che la relativa sintesi possa dar vita all’attestazione SOA in capo all’ausiliata ?

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

La messa a disposizione delle sole “risorse” strettamente connesse agli specifici requisiti “speciali” mancanti all’impresa ausiliata che vuole ottenere l’attestazione SOA sembra configurabile unicamente con riferimento ai requisiti di carattere “materiale” (organico, organi tecnici, attrezzatura e mezzi d’opera), non invece per quelli di carattere “immateriale”, relativamente ai quali le “risorse” di cui parla la norma non sembrano essere altro che l’azienda dell’impresa ausiliaria considerata nel suo complesso. (R. Mangani, “*Debutta l'avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee*”, Edilizia e Territorio, 17/2006)

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

Problema



Aderendo alla tesi, per molti aspetti “garantista” e convincente, per cui l'avvalimento nel sistema di qualificazione SOA implica la “messa a disposizione” – da parte dell’impresa ausiliaria ed in favore di quella ausiliata - della azienda della prima, o almeno di un suo ramo, avrà ancora spazio, nel futuro regolamento sulla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, una norma come l’art. 15, comma 9, del DPR 34/2000 (*“In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine”*), che l’Autorità ha già ritenuto applicabile per consentire l’ottenimento dell’attestazione SOA da parte dell’impresa affittuaria di azienda o di un ramo, avvalendosi dei requisiti maturati in capo all’impresa proprietaria dell’azienda (determinazione 6/2001) ?

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

Problema

Perché la norma prevede che l'impresa ausiliata si limiti a rilasciare una dichiarazione di assunzione d'obbligo a mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento ?



Il regolamento non potrà che imporre all'impresa ausiliata, che voglia conseguire l'attestazione SOA mediante avvalimento, di produrre alla SOA il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria s'impegna nei confronti della prima e delle stazioni appaltanti a mettere a disposizione le risorse necessarie per l'attestazione dell'impresa ausiliata

(R. Mangani, op. cit., sostiene che una volta ottenuta l'attestazione SOA, l'impresa ausiliata debba produrre a ciascuna stazione appaltante, in occasione di ogni singola gara, il contratto con l'impresa ausiliaria. La tesi non sembra convincente, visto anche il richiamo ai soli commi 8 e 9 dell'art. 49)



L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

“c) l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse; [...]”

2. L'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lettera c) del comma 1, comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11 (sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 nel caso di omissione e fino a euro 51.545 nel caso di comunicazione non veritiera), nonché la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, sia nei confronti dell'impresa ausiliaria sia dell'impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni.”*

Problema



ha senso che, una volta operato l'avvalimento a norma dell'art. 50, restino contemporaneamente efficaci sia l'attestazione SOA dell'ausiliato, sia quella dell'ausiliario? Non si finisce per moltiplicare surrettiziamente i soggetti ammessi ad operare sul mercato ?

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

“1. [...]”

d) in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell'articolo 49.”

Art. 49, comma 8  “*In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.”*

Art. 49, comma 9  “*Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.”*

L'AVVALIMENTO NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE SECONDO IL CODICE (art. 50)

- “3. L’attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina la responsabilità solidale della impresa concorrente e dell’impresa ausiliaria verso la stazione appaltante.*
- 4. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei diversi servizi.”*



- La responsabilità solidale corrisponde a quella delineata dall’art. 49, comma 4, per l’avvalimento “gara per gara”
- L’estensione ai servizi della disciplina dell’avvalimento nel sistema di qualificazione deve tener conto dell’art. 45, dedicato agli elenchi ufficiali di fornitori (ambito non menzionato) e dei prestatori di servizi ?

I REQUISITI DI IDONEITA' DELLE IMPRESE E L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Conclusioni

L’istituto dell’avalimento ed il relativo recepimento nell’ordinamento interno presentano numerose aree problematiche.

Soprattutto con riguardo ai lavori pubblici è innegabile la difficile conciliabilità dell’avalimento (soprattutto di quello azionabile “gara per gara”) con il sistema “unico” di qualificazione basato sull’attestazione SOA.

Inoltre, l’istituto dell’avalimento può prestarsi a potenziali elusioni della disciplina delle ATI e dei consorzi, così come di quella che regola i limiti quantitativi del subappalto.

I REQUISITI DI IDONEITA' DELLE IMPRESE E L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Conclusioni



Parere del Consiglio di Stato (n. 355/2006)

[...] l'avvalimento è previsto dalle direttive comunitarie e pertanto [...] non è possibile contestare la legittimità del suo inserimento nell'ordinamento giuridico italiano, pur potendosi a ragione prevedere un effetto dirompente nei confronti delle piccole e medie imprese edili."



Relazione allo schema di Codice

Viene recepito l'avvalimento, con taluni paletti volti a evitare manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali o comunque di soggetti che non potrebbero partecipare in proprio alle procedure di affidamento.

I REQUISITI DI IDONEITA' DELLE IMPRESE E L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Conclusioni ... de iure condendo



Qualora si presentino le condizioni per un provvedimento di modifica del D. Lgs. 163/2006, sarebbe auspicabile una riconsiderazione di quanto espresso da Confindustria in sede di audizione con la “Commissione De Lise” e con le Commissioni parlamentari



Circoscrivere l'avvalimento “gara per gara” dell'art. 49 ai soli servizi e forniture, ammettendolo per i lavori limitatamente a quelli d'importo non > 150.000 euro e, per il solo requisito della cifra d'affari in lavori, a quelli > 20.658.276 euro (art. 3, comma 6, DPR 34/2000).