

IGI – Istituto Grandi Infrastrutture

L'avvalimento nelle procedure di gara

Consultazione on line del 16 gennaio 2012

3. I requisiti oggetto di avvalimento.

3.1. Requisiti “soggettivi”: aspetti problematici.

3.2. I requisiti speciali.

1. Per quanto riguarda il quesito a) di cui al punto 3.1., le preoccupazioni manifestate nel documento circa la “avvalibilità” della certificazione di qualità in ordine al rischio che essa possa intaccare le garanzie dell’amministrazione, è condivisibile solo fino ad un certo punto, perché non si può impedire l’avvalimento a causa di un suo effetto indiretto.

2. Resta dunque il problema se si sia in presenza di un requisito strettamente soggettivo oppure di un requisito latamente classificabile come speciale.

3. Bisogna innanzi tutto premettere che non esiste, né avrebbe ragione di esistere, un divieto legislativo riguardante l’avvalimento dei requisiti di cui all’art. 38, dal momento che l’impresa ausiliata, dovendo dimostrare anch’essa l’assenza di cause di esclusione previste in tale articolo, non ricaverebbe alcun vantaggio se ipoteticamente sopperisse ad una propria carenza (es. condanna irrevocabile), avvalendosi di un soggetto incensurato.

4. La domanda da porsi è dunque se le fattispecie correttamente individuate nel documento ricadano oppure no nei requisiti speciali.

5. Con riferimento alla certificazione di qualità, essa non è, per quanto si è detto, un requisito generale, ma non ricade nemmeno tra i requisiti speciali, non essendo menzionata né negli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18, in cui si fa riferimento all’avvalimento, né nelle disposizioni interne che hanno recepito tali articoli.

6. In più, va considerato che il riferimento all’avvalimento che, come si è detto, è presente negli artt. 47 e 48, manca invece nell’art. 49 del testo comunitario, dedicato alle norme di garanzia della qualità.

7. Questo significa che, ad esempio, se l’impresa possiede tutti i requisiti speciali ma manca della qualità e, al fine di usufruire del dimezzamento delle garanzie, indica un’ausiliaria in possesso della relativa certificazione, ebbene questo non sembra ammissibile perché l’avvalimento è funzionale soltanto al possesso dei requisiti speciali.

8. Per quanto riguarda l’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori in materia ambientale, essa si colloca tra i requisiti speciali, essendo stata conseguita sulla base di un giudizio che tiene conto, come si sottolinea nel documento di consultazione, delle attrezzature particolari possedute dall’ausiliaria, dell’esperienza maturata e, quindi, di quei profili che rilevano anche ai fini del rilascio dell’attestazione SOA.

9. Diversa è invece la conclusione per quanto concerne il Registro delle Imprese che attesta uno status, ma non è elemento di qualificazione.

10. È vero che la tipologia di attività in esso riportata può mancare in un'impresa che, perciò, avrebbe interesse a fare affidamento sull'iscrizione di un'ausiliaria.

11. Sennonché, in questo caso, il problema non dipende dall'attribuzione della qualifica di requisito "avvalibile", ma dalla distorsione interpretativo-applicativa che viene attribuita al certificato della Camera di Commercio.

12. Si vuol dire che, se l'impresa possiede i requisiti previsti dal bando, non appare legittimo escluderla dalla gara per il fatto che nell'elenco risultante dal certificato della Camera di Commercio non figurano le tipologie di cui all'appalto, non avendo comunque tale certificato la funzione di qualificare le imprese.

13. Con riferimento poi al campo dell'informatica, il possesso di certificazioni Microsoft, Oracle, ecc., sembra collocarsi nell'ambito dei requisiti speciali in quanto attiene alla capacità dell'impresa di realizzare la prestazione, come si può ricavare anche dall'art. 48 della Direttiva 2004/18.

14. Quanto al quesito di cui alla lett. a) del punto 3.2., relativo alla possibilità che i requisiti immateriali costituiscano oggetto di avvalimento, la risposta è di necessità affermativa, altrimenti si finirebbe per negare la possibilità di avvalimento dell'attestazione SOA che, per la metà, è basata su requisiti immateriali e, per l'altra metà, su requisiti materiali che però, essendo storici (requisiti degli ultimi 10 anni), potrebbero non essere attuali al momento della gara.

4. I documenti da allegare.

15. In riferimento ai due quesiti che chiudono questo paragrafo, la documentazione di cui all'art. 49 sembra dover essere presentata a pena di esclusione, compreso il contratto di avvalimento.

4.1. Focus sul contenuto minimo del contratto di avvalimento.

16. In relazione ai due quesiti formulati al termine dell'esposizione del punto 4.1., si ritiene che il contenuto minimo del contratto di avvalimento, oltre a possedere i requisiti di cui all'art. 1325 del codice civile, deve rispettare anche lo schema dell'art. 88 del Regolamento n. 207/2010; mentre, non sembra che possa essere sostituito dalla sola dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria a fornire al concorrente quanto necessario per l'esecuzione del contratto.

17. Non sembra invece ipotizzabile, a proposito dell'espressione "ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento", l'eventuale indicazione dell'assunzione del ruolo di subappaltatore da parte del soggetto che presta i requisiti, e ciò perchè l'ausiliario o si presenta nel ruolo di prestatore delle risorse, nel qual caso è l'appaltatore ausiliato che esegue la prestazione, oppure in quello di subappaltatore, nel qual caso è invece l'ausiliario che materialmente la esegue.

18. È opportuno infatti fare tale precisazione, nell'ottica dell'esame dei problemi che il documento di consultazione pone a proposito della categoria prevalente e dei limiti previsti dall'articolo 118.

5. La prova dell'effettiva messa a disposizione dei mezzi.

19. La problematica sollevata in questo capitolo investe in pieno la questione dell'"avvalibilità" nel caso di lavori pubblici, considerata, come si è rilevato, l'impostazione su cui si fonda il rilascio dell'attestazione SOA.

20. Comunque sia, e con riferimento ai quesiti posti, non v'è dubbio che, per esservi una responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, per di più rinforzata da un'obbligazione diretta in quanto l'ausiliaria si obbliga "verso la stazione appaltante", il contratto di avvalimento debba essere dettagliato.

21. Va escluso invece che esso debba rispondere ad una tipologia nominata anche perché un contratto di garanzia non è concepibile, vista la citata responsabilità diretta dell'ausiliaria; mentre, il subappalto è di per sé una forma di avvalimento, e l'affitto di ramo d'azienda esclude la necessità dell'avvalimento, in quanto l'impresa priva dei requisiti li ha acquisiti attraverso il suddetto affitto.

22. Infine, la valutazione della stazione appaltante deve essere effettuata sulla base dell'obbligazione dell'ausiliaria con obiettività, potendo accadere che il rigore non sia obiettivo.

6. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria.

23. La responsabilità dell'impresa ausiliaria è da considerarsi indubbiamente di natura contrattuale, per effetto sia della disposizione contenuta nel comma 2, lett. d), sia nel comma 4 dell'art. 49 del Codice.

24. Per quanto concerne invece il comma 10, non sembra dubbio che il subappaltatore-ausiliario, essendo il soggetto avvalitore, è vincolato alle stesse responsabilità appena citate.

7. L'avvalimento nel settore dei lavori pubblici.

25. Con riferimento ai tre quesiti che chiudono questa importante sezione, sulla quale peraltro si sono già espresse tesi interpretative nei precedenti paragrafi, la risposta al quesito a) non può che essere affermativa, altrimenti non avrebbe alcun significato la funzione stessa dell'avvalimento, che è stato introdotto nelle direttive e quindi nel nostro ordinamento, proprio per sopperire alle carenze dell'operatore economico interessato a partecipare quella gara.

26. Non sembra poi vero che "l'aggiudicatario del contratto dovrà comunque eseguire una parte dello stesso in proprio", perché, salvo il caso della categoria prevalente e delle categorie superspecialistiche, l'aggiudicatario esegue tutto in proprio, a meno che non utilizzi la tipologia dell'avvalimento basata sul subappalto perché, in quest'ultimo caso, l'esecuzione della prestazione è affidata al subappaltatore.

27. Se poi si intende dire che l'aggiudicatario chiede il soccorso dell'ausiliaria per coprire una delle categorie previste nel bando e che esso aggiudicatario eseguirà comunque le categorie di lavoro per le quali possiede la prestazione, ebbene in questo caso si è sempre in una fattispecie di carenza assoluta (nella specifica categoria) della qualificazione che viene "coperta" dall'ausiliaria.

28. Con riferimento al quesito di cui alla lett. b), il significato dell'art. 49, comma 6, sembra chiaro, nel senso che, se nel bando sono previste due categorie, le ipotesi operative sono le seguenti: a) l'impresa ausiliata "copre" la categoria per la quale è in possesso di attestazione, mentre l'impresa ausiliaria, chiamata in soccorso dall'aggiudicatario priva dell'altra categoria, metterà a sua disposizione i requisiti e il lavoro verrà eseguito dalla stessa aggiudicatario; b) il concorrente-aggiudicatario non possiede né l'una, né l'altra categoria, si avvale di due distinte imprese, che gli mettono a disposizione le proprie qualifiche e le proprie risorse, in maniera da permettere all'aggiudicatario di eseguire i lavori.

29. Non è possibile invece che il concorrente-aggiudicatario privo di una categoria prevista nel bando “copra” tale categoria con l’apporto di due ausiliarie le quali coprono ciascuna una quota-parte dell’intera categoria (salva l’eccezione riferita all’importo dell’appalto o alla peculiarità della prestazione).

30. L'ultima parte del comma 6 pone un divieto probabilmente incompatibile con le direttive europee, perché impedisce al concorrente privo di una categoria prevista dal bando di avvalersi di più imprese sommando i requisiti - e non le categorie - posseduti da ciascuna di tali imprese (fatturato lavori, lavori analoghi, attrezzature, dipendenti).

31. La ratio di tale disposizione va ricercata nell'impostazione del sistema di qualificazione SOA.

32. Quanto al terzo quesito, non sembra potersi ammettere la sostituzione dell’ausiliaria prima della stipulazione del contratto e quindi successivamente all’aggiudicazione, perché questo sembra configurare quella modifica soggettiva vietata dall’art. 37, comma 9, del Codice 163.

8. L’avvalimento nei servizi e nelle forniture: focus sui requisiti speciali nei servizi di ingegneria ed architettura.

33. I quesiti posti alla fine di questo paragrafo sembrano poter trovare la seguente risposta: (i) i requisiti di cui all’art. 263 del Regolamento n. 207 sono sicuramente “avvalibili”; (ii) il requisito della laurea appare invece strettamente personale e non è quindi suscettibile di avvalimento.

9. Rapporto con l’istituto del subappalto ed i raggruppamenti di imprese.

9.1. Il subappalto.

34. Con i due quesiti posti alla fine di tale paragrafo, l’Autorità per la Vigilanza chiede, in primo luogo, se sia applicabile all’impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall’art. 118 del Codice dei contratti; mentre, con il secondo quesito, si pone il problema del divieto di usufruire dell’avvalimento per il subappaltatore.

35. Se non si sono male intesi i due quesiti, l’Autorità pone il problema se l’impresa concorrente-aggiudicataria priva, per esempio, dei requisiti nella categoria prevalente, la quale voglia “coprirli”, anziché con il prestito dei requisiti e con la conseguente esecuzione diretta dei lavori della categoria prevalente, con lo strumento del subappalto affidato ad un’impresa in possesso dei requisiti nella categoria prevalente, vada soggetta ai limiti di cui all’art. 118 del Codice 163 e si trovi quindi nell’impossibilità di fare eseguire tutti i lavori al subappaltatore e nella conseguente impossibilità di eseguirli essa stessa, almeno per ciò che riguarda il rimanente 70%, dal momento che, non avendo utilizzato il meccanismo del prestito dei requisiti ma il subappalto, si trova nella singolare situazione di “coprire” soltanto una quota della categoria prevalente, pur disponendo di un subappaltatore che potrebbe realizzare tutti i lavori.

36. La questione si pone ovviamente se si aderisce alla tesi che “questo” subappalto ricade, anche per ciò che riguarda i limiti della categoria prevalente, nell’art. 118.

37. Sennonché, risolvendosi tale interpretazione in un impedimento all’utilizzo dell’avvalimento attraverso l’istituto del subappalto, v’è da ritenere che essa si ponga in contrasto con la direttiva 2004/18 e, soprattutto, con la giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria.

38. D’altra parte, il fatto della responsabilità solidale, che non si rinviene nello schema usuale del subappalto, allontana la figura del subappaltatore-ausiliario dal modello normale.

39. Tra l'altro, tale interpretazione si discosta dall'impostazione dell'art. 118 relativamente all'autorizzazione, dovendo essa ritenersi implicitamente concessa nel momento in cui si ammette alla gara l'impresa che partecipa con un ausiliario-appaltatore.

40. Così come formulato, il secondo quesito sembra ipotizzare che il subappaltatore-ausiliario possa a sua volta usufruire dell'avvalimento, dando vita ad un avvalimento a cascata.

41. Al di là di questo rilievo, è da considerare che il subappaltatore del subappaltatore sarebbe giuridicamente legato soltanto a quest'ultimo senza avere alcun vincolo né con l'appaltatore ausiliato, né tantomeno con la stazione appaltante, la quale perciò disporrebbe di un'azione diretta soltanto nei confronti dell'appaltatore e del primo subappaltatore-ausiliario.

42. Qualora poi il quesito ipotizzasse la più semplice fattispecie di un appaltatore in possesso di per sé di tutti i requisiti, il quale intende affidare l'esecuzione di una quota dei lavori ad un subappaltatore privo di attestato SOA, ma in possesso di uno dei requisiti di cui all'art. 65 del Regolamento n. 207 (ad es., attrezzature e dipendenti), non si vede per quale ragione il subappaltatore non possa utilizzare il medesimo strumento che l'art. 49 mette a disposizione dei concorrenti, allo scopo di non creare barriere alla concorrenza.

43. L'obiettivo di apertura del mercato non appare infatti diverso nel primo e nel secondo livello.

44. In conclusione, deve ritenersi che anche il subappaltatore possa beneficiare dell'istituto dell'avvalimento.

9.2. I raggruppamenti temporanei di imprese.

45. Il quesito posto al riguardo dovrebbe ricevere risposta affermativa, non essendovi alcun impedimento con riferimento alla fattispecie ipotizzata.