



CENTRO SPERIMENTALE
DI SVILUPPO DELLE COMPETENZE
NELL'AREA DELLE COSTRUZIONI



La tua
Campania
cresce in
Europa



Monografie Edil-lab

OPERE PUBBLICHE

L'Avvalimento

OP

L'Avalimento

Il progetto è stato promosso dall'ATI Edil-lab: mandataria CFS Napoli; mandanti STAMPA Soc. Coop. a r.l., Istituto Tecnico Statale "Della Porta - Porzio", STRESS scarl, Consorzio TRE, AMRA – Analisi e Monitoraggio del Rischio Ambiente S.c.ar.l., ACEN - Associazione Costruttori Edili di Napoli, S.I. Impresa – Azienda Speciale della CCIAA di Napoli, Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'ideazione dell'iniziativa "Monografie Edil-lab" è delle imprese Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'elaborazione della monografia è a cura dell'avv. Enrico Soprano.

Elaborazioni grafiche: Edizioni Graffiti srl

Si ringraziano per gli apporti tecnici: Roberta Ajello, Federica Brancaccio, Aldo Checchi, Ester Chica, Antonio Credendino, Mattia D'Acunto, Giancarlo Di Luggo, Marco Ferrà, Antonio Giustino, Angelo Lancellotti, Massimo Maresca, Gabriella Reale, Barbara Rubertelli, Gaetano Troncone, Francesco Tuccillo, Diego Vivarelli von Lobstein, nonché gli uffici dell'ANCE.

Si ringrazia, inoltre, il Comitato Tecnico Esecutivo di Edil-lab nelle persone di: Paola Marone, Ennio Rubino e Stefano Russo.

Si ringraziano inoltre: l'Assessore alla Formazione della Regione Campania, Chiara Marciani, il Dirigente dell'UOD Formazione Professionale, Prospero Volpe, il Funzionario Titolare di P.O., Gerardo de Paola, ed il coordinatore amministrativo del Progetto Valerio Iacono.

editing: Giovanni Aurino

impaginazione: Emma Di Lauro

Edizioni Graffiti srl

Napoli. luglio 2017

Indice

Introduzione	pag 02
1. Oggetto dell'Avvalimento	pag 06
2. Modalità operative	pag 08
3. L'Avvalimento della certificazione di qualità	pag 13
4. Casistica - La legittimazione dell'impresa ausiliaria ad agire in giudizio	pag 20

INTRODUZIONE

L'istituto europeo dell'Avvalimento persegue la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese sprovviste dei requisiti partecipativi previsti dal bando di gara di giovare delle capacità tecniche ed economiche di altre imprese (c.d. ausiliarie).

L'avvalimento consiste, infatti, nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

Si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale, in quanto la possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dal bando in modo indiretto, ovvero avvalendosi dei requisiti posseduti da altri, è stata affermata per la prima volta, con riferimento a società di un medesimo gruppo, nella sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 14 aprile 1994, causa C-389/92, nella quale è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto¹.

Con la successiva pronuncia del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98) 2, la Corte di Giustizia si è spinta oltre giungendo a teorizzare, con riferimento specifico ad un

¹ANAC, già AVCP, Documento di consultazione "L'avvalimento nelle procedure di gara", www.anticorruzione.it

appalto di servizi, il principio generale, al di fuori dei rapporti infragruppo, secondo cui è possibile che un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, partecipi alla gara avvalendosi dei requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto con tali soggetti².

Il principio elaborato dalla Corte di Giustizia è stato recepito e formalizzato dal legislatore comunitario negli articoli 47 e 48³ della direttiva n. 2004/18/CE che

²Cfr. ANAC, già AVCP, Documento di consultazione "L'avvalimento nelle procedure di gara", cit.

³Direttiva 2004/18/CE

Articolo 48. Capacità tecniche e professionali

1. Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3.
2. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi:
 - a) i) presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Tali certificati indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisano se questi sono stati effettuati a regola d'arte e con buon esito; se del caso, questi certificati sono trasmessi direttamente all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente;
 - ii) presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Le forniture e le prestazioni di servizi sono provate:
 - quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;
 - quando il destinatario è stato un privato, da una attestazione dall'acquirente ovvero, in mancanza di tale attestazione, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico;
 - b) indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico, e più particolarmente di quelli responsabili del controllo della qualità e, per gli appalti pubblici di lavori, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera;
 - c) descrizione dell'attrezzatura tecnica, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore di servizi per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio e di ricerca di cui dispone;
 - d) qualora i prodotti da fornire o i servizi da prestare siano di natura complessa o, eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita dall'amministrazione aggiudicatrice o, per suo conto, da un organismo ufficiale competente del paese in cui il fornitore o il prestatore dei servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta; la verifica verte sulle capacità di produzione del fornitore e sulla capacità tecnica del prestatore di servizi e, se necessario, sugli strumenti di studio e di ricerca di cui egli dispone, nonché sulle misure adottate per garantire la qualità;
 - e) indicazione dei titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore e/o dei dirigenti dell'impresa, in particolare del responsabile o dei responsabili della prestazione dei servizi o della condotta dei lavori;

riconoscono all'operatore economico il diritto di fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla

-
- f) per gli appalti pubblici di lavori e di servizi e unicamente nei casi appropriati, indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;
 - g) dichiarazione indicante l'organico medio annuo del prestatore dell'imprenditore o dell'imprenditore e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni;
 - h) dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;
 - i) indicazione della parte di appalto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare;
 - j) per i prodotti da fornire:

- i) campioni, descrizioni e/o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice;

- ii) certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche o norme.

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 all'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 di operatori economici di cui all'Articolo 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

5. Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi a oggetto forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, la fornitura di servizi e/o l'esecuzione di lavori, la capacità degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento, in particolare, alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità.

6. L'amministrazione aggiudicatrice precisa nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte le referenze, fra quelle previste al paragrafo 2, di cui richiede la presentazione.

Articolo 49. Norme di garanzia della qualità

Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le amministrazioni aggiudicatrici fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, a condizione che dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari.

Gli artt. 49 e 50 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. hanno recepito le menzionate disposizioni comunitarie.

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto sono stati sostanzialmente confermati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali').

La disciplina dell'istituto, così come novellata dalle nuove Direttive 2014, è ora confluita nell'art. 89 del nuovo Codice appalti di cui al D. Lgs. n. 50 del 2016, in vigore dal 19 aprile 2016.

1. OGGETTO DELL'AVVALIMENTO

L'Avvalimento può avere ad oggetto:

- i requisiti di capacità economico - finanziaria (c.d. avvalimento di garanzia) atti a garantire l'affidabilità e la solidità del concorrente, sia sotto il profilo della capacità di sostenere finanziariamente la realizzazione della prestazione oggetto di affidamento, sia della capacità di ristorare la P.A. per eventuali inadempimenti⁴ (es. capitale sociale minimo, fatturato globale, ecc.);
- i requisiti di capacità tecnico - organizzativa (c.d. avvalimento operativo) atti a garantire la capacità imprenditoriale del concorrente da valutare ai fini della partecipazione alle gare (es. la messa a disposizione di determinati mezzi e risorse knowhow; numero dei dipendenti a tempo indeterminato; numero medio del personale tecnico utilizzato nel triennio precedente, ecc.).

Diversamente non possono essere oggetto di avvalimento i requisiti soggettivi in senso stretto; il D. Lgs. 50/2016 stabilisce, infatti, all'art. 89, comma 1, che l'avvalimento non può avere ad oggetto il possesso dei requisiti di carattere generale previsti dall'art. 80 del Codice.

⁴ La V sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 22/12/2016 n. 5423 ha ribadito, in relazione al c.d. avvalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato, che lo stesso non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti ad un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso (in questo senso: Cons. Stato, III, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812, che ha specificato che il requisito prestato serve essenzialmente non già ad arricchire un'impresa ausiliata che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma solo a fornire risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personale; V, 15 marzo 2016, n. 1032, 22 ottobre 2015, n. 4860).

Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, il medesimo art.89, comma 1, prevede che 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.

2. MODALITÀ OPERATIVE

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria:

- una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- originale o copia autentica del 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. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12⁵, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia.

L'art.89 prevede inoltre che:

⁵Art.80, comma 12, D. Lgs. 50/2016 "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia".

- La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85⁶, 86⁷ e 88⁸, ovvero attraverso il Documento di Gara Unico Europeo, certificati, dichiarazioni e altri mezzi di

⁶Art. 85, D. Lgs. 50/2016 (Documento di gara unico europeo)

1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91.

2. Il DGUE fornisce, inoltre, le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante e le informazioni di cui al comma 1 relative agli eventuali soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89, indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico è in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti.

3. Se la stazione appaltante può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo alla banca dati di cui all'articolo 81, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, i dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.

4. Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide.

5. La stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87.

6. In deroga al comma 5, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora questi siano presenti nella banca dati di cui all'articolo 81 o qualora la stazione appaltante, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti.

7. Ai fini del comma 5, le banche dati contenente informazioni pertinenti sugli operatori economici, possono essere consultate, alle medesime condizioni, dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri, con le modalità individuate con il decreto di cui all'articolo 81, comma 2.

8. Per il tramite della cabina di regia è messo a disposizione e aggiornato su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle stazioni appaltanti di altri Stati

membri e sono comunicate, su richiesta, agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati di cui al presente articolo.

⁷Art. 86, D. Lgs. 50/2016 (Mezzi di prova)

1. Le stazioni appaltanti possono chiedere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui al presente articolo e all'allegato XVII, come prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'articolo 80. Le stazioni appaltanti non esigono mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo, all'allegato XVII e all'articolo 87. Gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie.

2. Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80:

a) per quanto riguarda i commi 1, 2 e 3 di detto articolo, il certificato del casellario giudiziario o in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese d'origine o di provenienza da cui risulta il soddisfacimento dei requisiti previsti;

b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva rilasciato dagli acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analogo certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati.

3. Se del caso, uno Stato membro fornisce una dichiarazione ufficiale in cui si attesta che i documenti o i certificati di cui al comma 2 non sono rilasciati o che questi non menzionano tutti i casi previsti, tali dichiarazioni ufficiali sono messe a disposizione mediante il registro online dei certificati (e-Certis).

4. Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I. L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

5. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi.

5-bis. L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere.

6. Per il tramite della cabina di regia sono messe a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, le informazioni riguardanti i motivi di esclusione elencati all'articolo 80, l'idoneità all'esercizio dell'attività professionale, la capacità finanziaria e tecnica degli offerenti di cui all'articolo 83, nonché eventuali informazioni relative ai mezzi di prova di cui al presente articolo.

⁸Art. 88 D. Lgs. 50/2016 (Registro on line dei certificati (e-Certis))

prova, nonché attraverso il registro on-line dei certificati e-certis, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

- Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.
- Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.
- Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

1. Al fine di facilitare la presentazione di offerte transfrontaliere, le informazioni concernenti i certificati e altre forme di prove documentali introdotte in e-Certis e stabilite dalla Commissione europea sono costantemente aggiornate per il tramite della cabina di regia di cui all'articolo 212.

2. Le stazioni appaltanti utilizzano e-Certis e richiedono in primo luogo i tipi di certificati o le forme di prove documentali che sono contemplati da e-Certis.

- È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, diversamente l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.
- In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.
- Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

Infine, l'art. 89 prevede due specifici divieti all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, precisando che lo stesso 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, recante "Norme in materia ambientale";
- per le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. L'elenco di tali opere è stato definito con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, n. 248 del 10 novembre 2016.

3. L'AVVALIMENTO DELLA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ

Come già anticipato nei paragrafi che precedono i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale ai sensi dell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 (c.d. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (c.d. requisiti professionali), non possono essere oggetto di avvalimento.

Tali requisiti, infatti, non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, ma sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente a partecipare alla gara d'appalto.

Secondo l'ANAC tra i requisiti intrinsecamente soggettivi rientra anche la certificazione della qualità.

A parere dell'ANAC, infatti, la certificazione di qualità esprime ed assicura la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della committenza e, più in generale, del mercato di riferimento.

Pertanto, proprio ***“l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità.”*** (ANAC, Determinazione n.2 del 1.08.2012)

Ne discende, pertanto, che nonostante siano emerse in giurisprudenza opinioni contrastanti sull'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per quanto concerne la

certificazione di qualità, l'Autorità ha tuttavia categoricamente negato il ricorso a tale istituto in tema di certificazione di qualità.

Chiarisce sul punto l'ANAC nella medesima Determinazione 2/2012 che, tra l'altro, la certificazione di qualità ISO 9001 testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi. Ciò permette di assimilare la certificazione di qualità ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico "status" dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità.

A questa interpretazione ha aderito una parte della giurisprudenza la quale ha affermato che *"sul piano sostanziale [...] la certificazione di qualità, diretta a garantire che un'impresa è in grado di svolgere la sua attività almeno secondo un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò preposto, è un requisito che deve essere posseduto da tutte le imprese chiamate a svolgere prestazioni tra loro fungibili."*⁹

Diversamente, la giurisprudenza maggioritaria si è discostata dalle posizioni dell'Autorità.

Sul punto valga l'efficace sintesi del TAR Bologna, sez. II[^], sentenza n. 62 dell'1.2.2017, il quale ha chiarito che, anche in un'ottica comunitaria, sono principi ormai acquisiti dalla giurisprudenza quelli secondo i quali:

a) "nelle gare pubbliche, nel caso di avvalimento, l'impresa ausiliata può legittimamente utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa

⁹Ex multis, Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 5695 del 19.11.2014

ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità” (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 22 luglio 2015 n. 2500; Cons. di St., sez. IV, 3 ottobre 2014 n. 4958);

b) invero, “l'istituto in questione (avvalimento), di origine comunitaria, consente che un imprenditore possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi - nonché di attestazione della certificazione SOA - a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che assuma contrattualmente con lo stesso - impegnandosi nei confronti della stazione appaltante - una responsabilità solidale. L'avvalimento, pertanto, può riguardare anche i requisiti soggettivi di qualità, ma in questo caso l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante” (Cons. di St., sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2486; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 22 marzo 2016 n. 334);

c) nello specifico, “l'istituto dell'avvalimento, ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/Ce, ha un ambito applicativo generale e consente al concorrente di servirsi, per partecipare alla gara, dei requisiti prestati da altri soggetti, distinti dal concorrente, ma allo stesso legati da una relazione giuridica qualificata. Il ricorso a tale istituto è riconosciuto dalla giurisprudenza secondo uno spettro amplissimo, muovendo dalla ratio dello stesso, che è quella di consentire la massima partecipazione alle gare, permettendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese. Si è così pervenuti al riconoscimento della

possibilità di ricorso all'avvalimento per requisiti che attengono anche a profili personali del concorrente quali il fatturato o l'esperienza pregressa, la certificazione di qualità e in genere i requisiti soggettivi di qualità. Si è ritenuto ammissibile anche il c.d. avvalimento di garanzia, con il quale l'impresa ausiliaria mette la propria solidità economica e finanziaria al servizio dell'ausiliata. L'unico limite imposto dall'ordinamento è che l'avvalimento non si risolva nel prestito di una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali, dovendo l'impresa ausiliaria assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto”(T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 30.04.2015, n. 2456; sez. I, 10.12.2015, n. 5720; sez. V, 7.06.2016, n. 2861);

d) in conclusione, “il requisito soggettivo di qualità può essere oggetto di avvalimento, purché l'impresa ausiliaria assuma l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata non la certificazione di cui dispone, ma le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante per l'acquisto della certificazione medesima, in modo che l'avvalimento non si risolva nel prestito di un valore meramente cartolare”(T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 18 gennaio 2016 n. 92);

e) posto che il contratto di avvalimento ha carattere atipico, “il livello di «specificità» dell'oggetto del contratto di avvalimento (ovvero della indicazione delle risorse e dei

mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria), specificità per cui, notoriamente, si rinvia al principio di determinatezza imposto dall'art. 1346 c.c., va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di «determinatezza» è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito, allo scopo di consentire alla medesima stazione appaltante, in caso di patologia del rapporto contrattuale oggetto di appalto, di far leva sulla diretta responsabilità solidale di cui all'art. 49 comma 4, D. Lgs. n. 163 del 2006 dell'impresa ausiliaria” (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 6 maggio 2015 n. 6479; Cons. di St., sez. V, 25.01.2016, 242).

L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di primo e secondo grado è stato poi consacrato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016, la quale ha messo in luce "che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. [...] L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 -SWM Costruzioni).

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti

ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno [...].

Anche di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è soffermata sui vincoli e sui limiti che i Legislatori nazionali possono legittimamente imporre in sede di disciplina positiva dell'istituto dell'avvalimento. È stato affermato al riguardo che gli articoli 47, paragrafo 2 e 48 paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE (in tema, appunto, di avvalimento) non ostano in via assoluta a disposizioni di diritto interno volti a limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Tuttavia, in assenza di siffatte e motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei Legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 -Partner ApelskiDariusz)¹⁰.

L'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici non ha mutato i termini del dibattito giurisprudenziale, che sembra ormai consolidato nell'ammettere il ricorso all'istituto dell'avvalimento anche per quanto concerne la certificazione di qualità.

Infine, una definitiva conferma dell'orientamento ormai consolidato è rinvenibile anchenella legge delega n. 11/2016, la quale , alla lett. zz), prevede una revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, **“nel rispetto dei principi dell’Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi**

¹⁰Cons. St., Adunanza Plenaria sentenza n. 23 del 4 novembre 2016

prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara."

4. CASISTICA - LA LEGITTIMAZIONE DELL'IMPRESA AUSILIARIA AD AGIRE IN GIUDIZIO

Un interessante profilo riguardante l'istituto dell'avvalimento affrontato dalla giurisprudenza amministrativa è quello concernente la legittimazione processuale dell'impresa ausiliaria.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 1960 del 16 maggio 2016 ha categoricamente negato all'impresa ausiliaria la legittimazione ad agire in giudizio.

Nel caso di specie si trattava di una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, i cui esiti erano stati oggetto di impugnativa davanti al giudice amministrativo.

Avverso la sentenza di primo grado proponeva appello l'impresa ausiliaria di un concorrente che non era risultato aggiudicatario.

Ebbene il Consiglio di Stato dichiarava l'appello inammissibile sotto due distinti profili.

In primo luogo rilevando che ai sensi dell'art. 102, comma 1, del c.p.a., "*Possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado*" e che, pertanto, non essendo stata l'appellante parte del giudizio di primo grado, la stessa risultava priva di un requisito essenziale per poter appellare (Cons. Stato, Sez. IV, 28/1/2016, n. 297; Sez. V, 27/10/2014, n. 5279).

In secondo luogo l'appellante difettava di legittimazione attiva perché, non avendo partecipato alla gara, non era titolare di una situazione soggettiva lesa dai provvedimenti emessi dalla stazione appaltante, nell'ambito della procedura selettiva fatta oggetto di gravame.

Non potendo, nemmeno, configurarsi in capo ad essa un generico “*interesse legittimo alla regolarità della procedura concorsuale*”, stante la natura strettamente personale della detta posizione soggettiva.

Invero, la giurisprudenza rinviene sì la legittimazione individuale a contestare il risultato della gara in capo a tutti i concorrenti, quindi anche in capo alle singole imprese aderenti ad un raggruppamento temporaneo (costituito o costituendo), sull'evidente presupposto che tutte le imprese raggruppate assumono appunto la veste di concorrente (cfr. per tutte Cons. Stat., Ad. Plen., 1/2014)

Ciò tuttavia, non poteva dirsi per l'appellante alla quale non poteva riconoscersi lo status di concorrente poiché non aveva direttamente partecipato alla gara, ma si era limitata a stipulare un contratto di avvalimento con una delle concorrenti.

Il Centro Sperimentale di Sviluppo delle Competenze nell'area delle Costruzioni "Edil Lab" è promosso dalla Regione Campania e rappresenta uno strumento innovativo di integrazione e interazione tra i diversi attori politico-istituzionali ed economici del territorio, un "luogo" aperto e funzionale a stabili attività di sviluppo del capitale umano, abilitato a programmare iniziative formative e a favorire un sempre più effettivo incontro tra domanda e offerta di lavoro nell'edilizia.

Edil Lab rappresenta un modello innovativo che mette a sistema il mondo delle imprese, l'alta formazione, gli organismi di rappresentanza, l'Università, gli istituti scolastici e la scuola di formazione del settore edile ed ha, tra le principali finalità, l'istituzione di un Osservatorio permanente al fine di monitorare il sistema delle imprese e i fabbisogni di competenze necessari per lo sviluppo e l'incremento della competitività del settore delle costruzioni in Campania.

La collana di monografie, prodotte nell'ambito del Progetto Edil Lab, di cui la presente è parte, costituisce in tal direzione un insieme di vademecum di supporto alle finalità di aggiornamento e sviluppo delle competenze in edilizia.

La presente pubblicazione fa parte di una più ampia produzione – una vera e propria “collana” - di monografie multidisciplinari relativa all’edilizia, realizzata dalle imprese partners del Progetto Edil-lab, che costituisce, nell’insieme, un utile strumento di aggiornamento professionale per gli operatori attivi nel settore delle costruzioni.



Edizioni Graffiti

ISBN 978-8886 98 384 6



9 788886 983846