

AVCP – Consultazione del 12/12/2011

Argomento/Parola Chiave:

Avvalimento nelle gare

AVCP - Richiesta contributo per consultazione, con nota del 26/10/2011

Si informa che l'Autorità ha avviato una consultazione *on line* sull'istituto dell'avvalimento predisponendo un documento denominato "L'avvalimento nelle procedure di gara".

Eventuali osservazioni e/o contributi possono essere inoltrati all'Autorità entro il 12 dicembre 2011.

CNAPPC – Contributo del 12/12/2011

OSSERVAZIONI E VALUTAZIONI DEL CNAPPC IN RISPOSTA AI QUESITI PROPOSTI DALL'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI MEDIANTE IL DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE "L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA"

In base ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, causa C-176/98 del 2 dicembre 1999, citata dalla stessa AVCP (pag. 2 nota 2 - documento di consultazione), un operatore economico "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" ha la possibilità "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".

Coerentemente con la sopraindicata giurisprudenza, non appare possibile escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'art. 38; una esclusione di alcuni requisiti potrebbe comportare una procedura di infrazione dello Stato membro dinanzi alla Commissione per una interpretazione restrittiva dalla direttiva 2004/18/CE.

L'impresa concorrente dovrà dimostrare, in concreto, per ogni requisito, la sua effettiva disponibilità che, stante le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa e alle sue procedure interne.

Conformemente ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, i requisiti immateriali sono comunque "requisiti tecnici" e devono quindi essere considerati oggetto di avvalimento.

L'avvalimento di garanzia assicura alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una complessiva solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto; il contratto è quello sancito mediante il contratto di avvalimento, ove è ipotizzabile l'inserimento di clausola specifica, ove si specifichi che si tratta di avvalimento di garanzia.

Il concorrente che intenda far ricorso all'avvalimento dovrebbe produrre, a pena di esclusione, una dichiarazione di avvalimento resa ai sensi del DPR 445/2000 e sottoscritta da soggetto dell'impresa concorrente in grado di impegnare la società in virtù di opportuni poteri conferitigli; con tale dichiarazione si dovrebbe attestare:

- la messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria, sottoscritta da soggetto della stessa impresa ausiliaria, in grado di impegnare la società (in virtù di opportuni poteri conferitigli);

- il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

Appare necessario allegare, unitamente a tale dichiarazione, anche originale o copia autentica del contratto di avvalimento.

Oltre all'oggetto, alle risorse e ai mezzi prestati in modo determinato e specifico (e durata), dovrebbe essere indicata nel contratto di avvalimento:

- l'indicazione dettagliata della società ausiliaria, comprensiva di tutte le informazioni contenute in un certificato camerale;
- l'indicazione specifica ed analitica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione;
- una clausola specifica, ove si specifichi che si tratta di avvalimento di garanzia (se prevista);
- una dichiarazione di impegno della ausiliaria a non concedere il proprio avvalimento ad altra imprese in relazione alla procedura di gara, nonché di possedere i requisiti generali di legge ex art. 38, dettagliandoli per esteso.

Appare utile indicare l'estensione della responsabilità dell'ausiliaria fino alla conclusione dell'appalto e dopo quest'ultimo, in relazione alle eventuali responsabilità, di cui agli artt. 1667 e 1669 Cod. Civ.

Le disposizioni dell'art. 88 del Regolamento sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture, non essendo indicati nella normativa divieti espressi al riguardo.

Appare sufficiente indicare, nel contratto di avvalimento, tutti gli elementi indicati nel punto precedente.

La responsabilità dell'impresa ausiliaria è contrattuale, stante il vincolo sancito nel contratto di avvilimento e riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto o solo le risorse prestate, in base a quanto stabilito tra le parti nel contratto di avvalimento.

E' da escludersi il ricorso all'avvalimento della certificazione SOA da parte di un'impresa che ne è sprovvista. Diversamente, si permetterebbe ad un soggetto privo del requisito di qualificazione, nella sua integrità, di partecipare ad una procedura concorsuale, eludendo la normativa sul sistema che governa l'esecuzione dei lavori pubblici.

Non è ammissibile la sostituzione dell'impresa ausiliaria prima della stipula del contratto, stante la presentazione del contratto di avvalimento in sede di gara, ove viene espressamente individuata la società ausiliaria; diversamente, si altererebbe il principio generale di immutabilità dell'offerta.

In base ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, causa C-176/98 del 2 dicembre 1999, citata dalla stessa Autorità Contratti Pubblici (pag. 2 nota 2 documento di consultazione), un operatore economico "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" ha la possibilità "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".

Coerentemente con la sopraindicata giurisprudenza, non appare possibile escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'art. 38; ciò potrebbe comportare una procedura di infrazione dello Stato membro dinanzi alla Commissione per una interpretazione restrittiva dalla direttiva 2004/18/CE.

Ai sensi dell'art. 49 del Codice, il bando di gara può limitare l'avvalimento per determinate attività o servizi.

Alla luce di quanto sopra, non si ravvisano condizioni limitative per l'avvalimento nell'ambito dei servizi di ingegneria e architettura.

E' applicabile all'impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall'art. 118 del Codice qualora l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Deve ritenersi escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto, essendo l'avvalimento un aspetto valutato dalla stazione appaltante nell'indizione della procedura di gara.

Il ricorso all'avvalimento in un'A.T.I. non può comprendere anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere; diversamente, verrebbero snaturate ed aggirate le regole legate alla formazione dei raggruppamenti temporanei.

- N.B.** - per **Codice** si intende il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)
- per **Regolamento** si intende il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006)