

MODULO N. 2

Salerno Palazzo di Città, 30 marzo 2017

Relazione dell'avv. Rossella Verderosa

Requisiti di capacità

Qualificazione

Sistema SOA

Avvalimento

SUQ

Sistema Unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici

Il legislatore consente la partecipazione alle gare pubbliche solo ad operatori affidabili.

Dunque l'impresa che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica per essere considerata affidabile deve qualificarsi, *dimostrando il possesso dei requisiti di ordine generale (ossia affidabilità morale) e speciale (affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).*

La procedura di qualificazione avviene in maniera differente a seconda dell'oggetto dell'appalto:

per i lavori il sistema di qualificazione è attuato all'esterno della gara da organismi di diritto privato di attestazione (SOA) , mentre per i servizi e le forniture occorre qualificarsi “gara per gara” dinanzi alla stazione appaltante (dimostrando il possesso dei requisiti previsti all'art.41 e 42 Codice contratti).

DISCIPLINA PREVIGENTE

Per la qualificazione degli operatori economici esecutori di lavori pubblici era prevista dall'art. art.40 d.lgs 163/2006 , dal DPR 207/2010, dal Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a € 150.000,00, pubblicato nell'ottobre 2014 dall'ANAC.

La qualificazione differiva a seconda del valore dell'appalto:

- Sotto i 150.000 € mediante iscrizione negli elenchi della stazione appaltante;

- Sopra i 150.000 € mediante attestazione SOA

In particolare sopra i 150.000 € si basava su alcuni capisaldi:

- L'attività di qualificazione era affidata ad una pluralità di soggetti aventi natura giuridica privata, ossia le società organismi di attestazione SOA;
- L'attività di attestazione era subordinata ad un provvedimento autorizzatorio di competenza di un'autorità amministrativa terza ed imparziale (ANAC) che aveva poteri di vigilanza, controllo e di sanzione nei confronti delle SOA (la cui indipendenza ed imparzialità era garantita da una serie di requisiti che le stesse dovevano necessariamente possedere).
- In sostanza un sistema in cui gli attori erano (dal lato della domanda) le imprese e dal lato delle offerte le SOA che esercitavano il servizio di qualificazione con una finalità di preminente interesse pubblico.

La procedura di qualificazione aveva inizio con una sottoscrizione di un contratto privato di attestazione con una SOA, scelta dall'operatore economico, e si concludeva, in caso di esito positivo, con il rilascio di un certificato necessario per partecipare alle gare.

Funzione pubblicistica delle SOA: l'attestato di qualificazione SOA era una certificazione necessaria alla comprova della capacità di impresa ad eseguire opere pubbliche per importo superiore a 150.000,00 e dimostrava, per la fede pubblica che era riconosciuta all'attestato, il possesso dei requisiti necessari per poter contrarre con la PA.

A seconda della capacità strutturale e dei requisiti economici e tecnici posseduti dall'impresa, l'attestato SOA, abilitava a concorrere a pubbliche gare d'appalto indette per categorie e classifiche di importo ai sensi dell'art.61 DPR 207/2010.

La qualificazione SOA all'interno delle summenzionate categorie si poteva ottenere per 10 classifiche di importo.

La qualificazione in una categoria abilitava l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto.

La durata dell'attestazione era complessivamente di cinque anni purchè prima dello scadere del terzo anno dalla data del rilascio dell'attestazione, l'impresa superava la verifica di medio termine.

Vi era quindi il principio dell'ultravigenza dell'attestato SOA.

Tale principio consentiva la vigenza dell'attestato, quindi il suo utilizzo in gara, oltre la naturale scadenza per il tempo necessario allo svolgimento dell'attività di attestazione, a patto che sia per la verifica triennale sia per il rinnovo quinquennale la sottoscrizione del contratto con la SOA avvenisse 90 giorni prima della scadenza.

Esclusivamente la richiesta tempestiva consentiva l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura.

Tale norma era finalizzata a contemperare l'interesse pubblico alla garanzia della validità dell'attestazione con il principio del favor participationis alle gare pubbliche.

La qualificazione con il nuovo Codice degli Appalti.

La direttiva comunitaria 2014 non si è pronunciata sul sistema di qualificazione degli operatori economici in ambito di lavori pubblici.

A ben vedere, l'art.64 della direttiva 24/2014 stabilisce in via generale che gli Stati membri possano istituire o mantenere elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori o di prestatori di servizi riconosciuti o prevedere una certificazione da parte di organismi di certificazione conformi alle norme europee in materia di certificazione.

La legge delega 1/2016 ha invece previsto all'art.1 , lett. Uu) la possibilità di revisionare, anche superandolo, il precedente sistema di qualificazione.

Nel nuovo codice la qualificazione –per i lavori- è prevista dall' art.84.

Il comma 3, dell'art.84, prevede in base a quanto stabilito dalla legge delega una ricognizione straordinaria a cura dell'ANAC diretta a verificarne il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione.

In data 20 luglio 2016 l'Anac ha pubblicato uno stralcio della ricognizione straordinaria sulle SOA inviata alle Camere.

Dall'analisi del suddetto stralcio la ricognizione appare essere orientata al controllo generalizzato a carico delle SOA circa il possesso dei requisiti.

La restante parte della norma ripropone per intero quanto già previsto dall'art.40 del vecchio codice.

Quindi il comma 1 art.84 prevede che i soggetti esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000,00 devono provare il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

Il nuovo sistema di qualificazione si basa anche sulle linee guida dell'ANAC che, ex art.217 lett.u) , sostituiranno il DPR 207/2010, disciplinando puntualmente le modalità di svolgimento dell'attività di attestazione.

Il sistema è unico nel senso che le stazioni appaltanti possono richiedere esclusivamente l'esibizione dell'attestato SOA al fine di dimostrare il possesso dei requisiti previsti dalla lex specialis.

In base all'art.94 le SOA attestano l'assenza dei motivi di esclusione, il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale, il possesso di certificazione di qualità rilasciate da soggetti accreditati, il possesso di certificazione del rating d'impresa.

Con riferimento al rating d'impresa, attribuito dall'Anac, non è chiaro se le SOA debbano riportare il punteggio posseduto dall'impresa sull'attestato oppure certificare semplicemente l'esistenza del *rating*.

RATING

IL RATING D'IMPRESA

All'art.83, comma 10, il legislatore, con la finalità di attribuire un ruolo specifico alla reputazione dell'operatore economico, ha introdotto il sistema del "rating d'impresa".

Tale sistema, che rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento, viene istituito presso l'ANAC , che avrà l'onere di curarne intensamente la gestione.

Nel nuovo codice, dunque, la reputazione dell'impresa diviene elemento da utilizzare ai fini della **qualificazione**, e che consente, a determinate condizioni fissate dalla *lex specialis* , la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche ad operatori economici che, pur non possedendo tutti i requisiti strutturali speciali richiesti, godono di un punteggio reputazionale positivo.

I criteri reputazionali nell'esperienza degli Stati Uniti d'America

Il governo degli Stati Uniti, nei primi anni 90 ha riformato l'intero sistema del *public procurement*. La riforma, considerata una pietra miliare nel sistema degli appalti pubblici statunitensi, ha imposto, per tutti i contratti di importo superiore ai 100.000 dollari , la reputazione delle imprese come criterio di valutazione delle offerte, da spendere per l'attribuzione dei punteggi in sede di gara.

In sostanza la reputazione delle imprese viene misurata dal punteggio attribuito alla c.d. *past performance* pubblica, ossia al comportamento tenuto dalle imprese nei confronti delle stazioni appaltanti federali e statali.

Nello specifico, il punteggio di *past performance* ha le seguenti caratteristiche:

- Viene attribuito al termine dell'esecuzione del contratto pubblico all'interno di un *range* che va da 0 a 5;
- È la somma di 4 subcriteri (qualità, rispetto dei costi, dei tempi e comportamento tenuto nei confronti della PA)
- Viene inserito dalle singole stazioni appaltanti in un database nazionale
- Viene speso nella successiva gara ai fini dell'attribuzione del punteggio finale

Nel sistema statunitense, dunque la *past performance* positiva è elemento dirimente al fine dell'aggiudicazione della gara; talmente importante da diventare fulcro della strategia di crescita per le imprese che lavorano nel settore del *public procurement*.

Di conseguenza tutti gli operatori economici hanno interesse ad ottenere un punteggio di partenza alto perché ciò farà la differenza nell'aggiudicazione della futura commessa pubblica.

Il punteggio di *rating*, dunque, è dotato di un effetto diretto ed immediato sull'aggiudicazione della futura gara e, dunque, sulla "vita" dell'impresa che intende operare nel mercato dei contratti pubblici; di conseguenza chi possiede un *rating* negativo può comunque partecipare alla gara ma si troverà a dover competere con operatori economici che, avvantaggiati dal *rating* positivo, avranno più possibilità di aggiudicarsi la commessa pubblica.

In definitiva il *rating* d'impresa statunitense è l'asse portante di una politica che ha tra i propri obiettivi la selezione dell'operatore economico virtuoso e parimenti punisce, con la mancata aggiudicazione, l'impresa inaffidabile che non è in grado di rispettare quanto aveva promesso in sede di offerta.

I criteri reputazionali nel nuovo Codice degli Appalti

I criteri reputazionali sono previsti dal legislatore comunitario al considerando 101 ed all'art.57 della direttiva 2014/24/UE.

Il nuovo codice lo disciplina all'art.83, comma 10 " *E' istituito presso l'Anac che ne cura la gestione il sistema del rating d'impresa e delle relative penalità e premialità, **da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese**, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa.*

L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice.. *Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di Anac di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.*

I requisiti reputazionali alla base del rating d'impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alla Casse Edile, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

La direttiva comunitaria, a differenza del sistema statunitense, considera rilevante la reputazione delle imprese esclusivamente al fine della esclusione del partecipante dalla procedura ad evidenza pubblica.

.Di conseguenza, nel disegno del legislatore comunitario la past performance positiva consente l'ammissione mentre la Past performance negativa può essere utilizzata per escludere il candidato dalla gara.

Quindi già nella direttiva comunitaria il rating d'impresa agisce non sull'aggiudicazione ma sull'ammissione del concorrente.

Il legislatore nazionale ha attuato questa parte della direttiva all'art.1 lettere q) e uu) della legge 11/2016 ed ha introdotto la facoltà-non disciplinata dalla normativa comunitaria- di istituire un sistema amministrativo idoneo sia a punire che a premiare le imprese (di premialità e di penalità).

Quindi a differenza della direttiva comunitaria il rating d'impresa non è uno strumento sanzionatorio finalizzato all'esclusione dalla procedura ma (l'ennesimo) strumento che agevola la partecipazione !!

Dall'esegesi dell' art. 83 comma 10 desumiamo che il rating d'impresa:

è istituito presso l' Anac

si basa su premialità e penalità

si applica ai fini della qualificazione (non ai fini dell'attribuzione dei punteggi né al fine dell'esclusione del candidato come previsto dalla direttiva comunitaria , si basa su requisiti reputazionali calcolati in base ad indici di qualità e quantità, oggettivi e misurabili che esprimono la capacità strutturale e l'affidamento dell'impresa

La disciplina completa dell'istituto sarà affidata ad apposita linea guida dell'ANAC L'ANAC ex art.83 comma 10 nell'elaborare la linea guida dovrà tenere in debito conto che taluni requisiti reputazionali sono stati già fissati dal nuovo codice.

Si può sicuramente dire che il rating rischia di invadere il terreno della capacità strutturale dell'impresa (misurato dalla SOA) del DURC (che già certifica la regolarità contributiva) del rating di legalità , creando uno strumento complesso e di dubbia utilità, che andrà a misurare parametri già oggetto di valutazione

Inoltre il rating se mal calibrato rischia di divenire uno strumento addirittura controproducente per la piccola impresa ed ininfluenza per la grande impresa..

Il concetto è dirimente:

nel rating statunitense qualsiasi impresa, piccola o grande, è interessata alla past performance perchè la stessa incide sull'aggiudicazione della gara, nel sistema delineato dal nuovo codice invece la grande impresa non ha alcun interesse alla propria past performance dato che il rating viene utilizzato esclusivamente per la qualificazione.

Si ritiene, quindi, interpretando letteralmente l'art.84, comma 4, lett. D) che le SOA debbono attestare esclusivamente il possesso della certificazione del rating, senza indicarne il punteggio.

Anche con il nuovo codice il SUQ è articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori.

Il comma 6 ribadisce il ruolo di vigilanza dell'ANAC sull'intero sistema di qualificazione; l'ANAC ha un ruolo di vigilanza sull'intero sistema di qualificazione che effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario, a fronte di motivata istanza proveniente dall'impresa, da altra SOA o dalla stazione appaltante.

Ai sensi del comma 6 le stazioni appaltanti sono obbligate ad effettuare controlli a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate dall'ANAC .

Ricevuta la segnalazione l'ANAC dispone la sospensione cautelare dell'attestazione entro dieci giorni, salvo poi a definire la procedura entro 60 giorni.

Desti perplessità l'imperativo con cui il legislatore impone all'ANAC di sospendere in via cautelare l'attestato.

Si ritiene, in merito, in accordo con la dottrina che si è già espressa sul tema (*A.Manzi in Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici – a cura di F.Caringella M. Proto p.353 Roma 2016*) che l'Anac disponga di un potere valutativo in ordine alla sospensione dell'attestato, dovendo quantomeno valutare il fumus della segnalazione, garantendo parimenti in questa nuova fase cautelare l'esercizio del diritto di difesa.

Lo stesso comma inoltre volendo incentivare i controlli delle stazioni appaltanti, stabilisce che gli stessi costituiscono elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità nell'ambito del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art.38.

In sostanza le stazioni appaltanti diventano uno strumento di controllo diffuso utilizzato dall'Anac per verificare non solo il possesso dei requisiti ma anche lo svolgimento dell'attività di attestazione da parte delle SOA.

L'attestato –come nella previgente disciplina- comma 11 art.84 è valido cinque anni purchè l'impresa superi la verifica medio termine che deve essere effettuata dopo tre anni dall'emissione.

Per gli appalti di lavori pari o superiori a € 20 milioni il sistema di qualificazione rimane immutato: la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi relativamente ai requisiti di capacità economica e finanziaria e/o tecnica ed organizzativa.

Una conseguenza indiretta sulla qualificazione degli operatori economici deriva dall'art.217 lett. uu). L'art.217 abroga il d.legge 210/2016 che prevedeva la proroga fino al 31 luglio 2016, dei termini per usufruire del c.d. "bonus decennale".

Le imprese dapprima avevano la possibilità di utilizzare l'intero decennio per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione.

Pertanto fino all'entrata in vigore del nuovo codice , per la dimostrazione dei suddetti requisiti (tecnici ed economici) il periodo di attività utilizzabile per ottenere l'attestato di qualificazione era quello relativo al decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA.

Non essendo più utilizzabile il "bonus decennale" ai fini della dimostrazione dei requisiti si potranno utilizzare esclusivamente i requisiti maturati negli ultimi 5 anni di attività d'impresa..

La novità avrà degli effetti pratici importanti sulla qualificazione in ambito di lavori pubblici, in quanto probabilmente si assisterà ad una riduzione delle categorie e delle classifiche attualmente certificate; difatti l'utilizzo della misura "premiante" del bonus decennale aveva il pregio di ridurre l'incidenza negli attestati rilasciati degli ultimi anni di crisi profonda che ha vissuto il settore dei lavori pubblici.

Per garantire trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione l'Anac predetermina e rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero dei controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA (comma 9)

I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di un'impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante (art.71, commi 1, 2 e 4 DPR 207/2010).

Ai sensi del comma 12, art.84, invece entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, con decreto del Ministero delle Infrastrutture, su proposta dell'Anac, al fine di migliorare l'effettività delle verifiche, verranno individuate modalità di qualificazione alternative al sistema attuale in ambito di lavori pubblici.

In conclusione dall'esegesi dell'art.84 emerge un quadro frammentato e poco organico relativo ad un immutato sistema di qualificazione per i lavori pubblici.

La norma, la cui unica novità è rappresentata dall'aumento dei controlli sulle attività delle SOA, pare possedere esclusivamente natura programmatica.

Si può sicuramente condividere l'opinione della dottrina che ha espresso dubbi sulla inusuale funzione e sul *ruolo destabilizzante e contraddittorio*.

DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO

Il documento di gara unico europeo, che rappresenta una delle principali novità introdotte dal legislatore comunitario con le direttive del 2014, è finalizzato a semplificare la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e a diminuire gli oneri amministrativi, attraverso una riduzione del numero dei certificati e documenti da allegare all'offerta.

Il DGUE è disciplinato nel considerando 84 (art.85) ed all'art.59 della direttiva appalti 2014.

Il nuovo codice appalti recepisce pedissequamente, senza variazioni significative, quanto stabilito nella direttiva comunitaria.

L'art.85 al comma 1 prevede “ Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione Europea.

Dall'analisi della norma non emerge con chiarezza se il DGUE possa sostituire completamente tutte le autodichiarazioni attualmente presentate dagli operatori economici o se ad esse si affianchi un modello alternativo di autodichiarazione.

Il modello di formulario del DGUE è stato approvato dalla Commissione Europea con regolamento di esecuzione del 5 gennaio 2016.

Il comma 1 seconda parte dell'art.85 definisce il DGUE come quel documento elettronico che sostituisce i certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, e consiste in un'autodichiarazione valida come prova preliminare del possesso dei requisiti generali (fissati all'art. 80) e dei requisiti speciali (previsti all'art.83) nonché di ogni altro requisito fissato dalla *lex specialis*.

Infine per ottenere la massima semplificazione amministrativa, gli operatori economici, come previsto all'art.85, comma 4, possono riutilizzare il DGUE, purchè confermino l'attualità delle dichiarazioni ivi contenute.

La comprova dei requisiti

Il meccanismo previgente di comprova dei requisiti era disciplinato dal vecchio codice all'art.48. La comprova aveva ad oggetto esclusivamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante procedeva obbligatoriamente alla comprova dei requisiti in diverse fasi di gara:

- prima dell'apertura delle buste delle offerte nei confronti di offerenti scelti con sorteggio pubblico
- al termine delle operazioni di gara, nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo graduato, qualora gli stessi non siano stati sorteggiati nella fase iniziale.

Nel caso in cui l'offerente non riusciva a dimostrare quanto dichiarato in sede di offerta era escluso dalla gara, subiva l'escussione della cauzione provvisoria e veniva segnalato all'ANAC.

Tale meccanismo di comprova era utilizzabile esclusivamente per servizi e forniture.

Nel caso di lavori l'attestato SOA costituiva di per sé prova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria; le stazioni

appaltanti quindi verificavano esclusivamente il possesso e la validità temporale in capo dell'attestato.

La disciplina del nuovo Codice in tema di comprova dei requisiti si basa invece sul DGEU (ART.85) e sui mezzi di prova (art.86)

Il DGUE come visto costituisce un'autodichiarazione circa il possesso dei requisiti di gara che dovrà poi essere corroborata da documenti complementari *“aggiornati conformemente all'art.86 e, se del caso, all'art.87”*.

Sui documenti complementari

-l'art.85 comma 2 stabilisce che il DGUE fornisce le informazioni rilevanti non solo con riferimento al concorrente ma anche eventualmente all'ausiliario nel caso di avvalimento;

- indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari ;

-include una dichiarazione formale dell'operatore economico che si obbliga, senza indugio, a fornire i documenti complementari eventualmente richiesti.

Il comma 5 dell'art.85 disciplina la richiesta dei documenti complementari ed in particolare

- In qualsiasi momento nel corso della procedura, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti tutti i documenti complementari, a condizione che la richiesta sia necessaria per assicurare il corretto svolgimento della procedura di gara. Il parametro della necessità, finalizzato a non consentire violazioni inutili del principio di celerità, impone un onere motivazionale *“rafforzato”* in capo alla PA che intenda procedere con la richiesta.
- Prima dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante deve richiedere al primo e al secondo graduato di presentare i documenti complementari.

Da un primo raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina emerge che la fase obbligatoria precedente all'apertura delle buste, in cui avveniva il sorteggio pubblico con successiva comprova dei requisiti entro dieci giorni, non c'è più.

Nel nuovo codice la stazione appaltante ha la mera facoltà di procedere in qualsiasi momento della procedura alla comprova dei requisiti, solo ove necessario.

La facoltà di comprova diviene obbligo quando la stazione appaltante ha individuato un offerente cui intende aggiudicare la gara.

Il mancato superamento della fase di comprova determina, nella nuova come nella vecchia, l'esclusione.

I mezzi di prova

L'art. 86 del nuovo codice recepisce l'art 60 della direttiva 2014/24/UE, introducendo i mezzi di prova nella disciplina nazionale.

Gli offerenti, attraverso i mezzi di prova dimostrano l'assenza dei motivi di esclusione (requisiti generali ex art.80) , nonché il possesso dei requisiti strutturali ed economici (requisiti speciali) .

L'esibizione dei mezzi di prova può essere richiesta dalla PA sin dalla fase di presentazione delle offerte e diviene obbligatorio nei confronti dell'aggiudicatario della procedura e del secondo classificato.

Il nuovo codice si rivolge direttamente all'offerente, chiedendogli di dimostrare quanto dichiarato in sede di gara attraverso l'esibizione dei mezzi di prova come previsto dall'art. 86.

Con riferimento alla prova del possesso dei requisiti speciali previsti dall'art 83, la dimostrazione della capacità economica e finanziaria può essere richiesta attraverso l'esibizione di uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I mentre la prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica può essere fornita esclusivamente mediante uno o più dei mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte II.

Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere sul nuovo Codice, il vero problema sarà quello di gestire il coordinamento tra i documenti da presentare in sede di offerta, su tutti i DGUE e mezzi di prova, e l'esigenza di non appesantire troppo gli oneri amministrativi a carico degli operatori economici.

Certificazione di qualità

La certificazione di qualità, al pari dell'attestato SOA, garantisce l'affidabilità dell'impresa esecutrice di appalti pubblici, anche se hanno finalità diverse.

L'attestato SOA garantisce l'affidabilità dell'impresa dal punto di vista della capacità strutturale, mentre le certificazioni di qualità assicurano l'esecuzione dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni in conformità a parametri qualitativi ed ambientali predefiniti.

Specificamente la certificazione del sistema di gestione garantisce che i processi di realizzazione del prodotto/servizio siano sotto controllo e condotti con sistematicità.

I due certificati sono strettamente legati per gli appalti dei lavori.

L'art.84 comma 4 lett.c) stabilisce che la certificazione di qualità viene "attestata" dalla SOA sicchè costituisce una condizione imprescindibile per ottenere l'attestato.

Di conseguenza nei lavori il certificato di qualità deve essere sempre posseduto dall'impresa ed attestato dalla SOA mentre per i servizi e forniture la richiesta della certificazione di qualità è rimessa all'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante.

Il soggetto certificatore, una volta riscontrata la rispondenza tra quanto descritto nei documenti e la prassi quotidiana, rilascerà la certificazione, mantenendo nel tempo un controllo sull'impresa, mediante il potere di annullare il certificato rilasciato in presenza di anomalie tali da compromettere la garanzia della qualità.

La procedura di valutazione dei sistemi di qualità aziendali è regolamentata attraverso le seguenti fasi:

istruttoria, ispezione a fini valutativi, rilascio di un certificato di conformità, visite di sorveglianza.

I principali sistemi di gestione presenti sul mercato sono QMS, EMAS, OHSAS, ISMS.

Con l'acronimo QMS si intendono i sistemi di gestione per la qualità che sono regolati dalle norme quadro della serie ISO 9000. Tale certificazione assicura la capacità di un operatore economico di strutturarsi e gestire le proprie risorse ed i propri processi produttivi.

La certificazione EMAS (Eco Management and Audit Scheme) garantisce la presenza di sistemi di gestione ambientale ed è regolata dalla norma ISO 14001.

La gestione della salute e della sicurezza sul lavoro è prevista dai certificati OHSAS regolata da ISO 45001.

La certificazione di sistemi di gestione per la sicurezza delle informazioni (ISMS) è regolata dalla normativa quadro della serie ISO 27000.

La disciplina della certificazione di qualità nel vecchio codice era differente per appalti di lavori, servizi e forniture.

Nell'ipotesi dei lavori pubblici il possesso della certificazione di qualità era elemento dirimente per la procedura di rilascio dell'attestato SOA. Difatti ai sensi dell'art.63, comma 1 del Regolamento, ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione SOA le imprese dovevano *“possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie Uni En ISO 9000”*.

Inoltre la certificazione di qualità riguardava, nel suo complesso l'intera organizzazione di impresa, essendo riferibile *“alla globalità delle categorie e classifiche”*.

Dello stesso avviso era l'AVCP, secondo cui *“il possesso del sistema di qualità deve risultare dall'attestazione SOA”*.

Quindi la certificazione di qualità nell'ambito degli appalti di servizi e forniture costituiva un requisito di capacità tecnica degli operatori economici e dunque requisito di ammissione alle procedure di gara ai sensi degli artt 42, 43 44 vecchio codice.

Le previgenti norme prevedevano l'obbligo per gli operatori economici di presentare certificati rilasciati da organismi accreditati. Tuttavia se l'operatore

economico non disponeva di una certificazione poteva dimostrare con altri mezzi l'impiego di equivalenti misure di garanzia della qualità del prodotto.

Il nuovo codice, come da indicazioni contenute nella direttiva 2014 all'art.62, ha disciplinato le certificazioni all'art.87.

Il comma 1, in merito alla qualità esprime una preferenza per le certificazioni rilasciate da organismi accreditati che utilizzano le norme europee in materia, pur prevedendo, da un lato l'obbligo delle stazioni appaltanti di riconoscere i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri, dall'altro la possibilità di ammettere "altre prove" relative all'impiego di equivalenti misure di qualità.

A differenza di prima viene attribuita la possibilità di ammettere in gara gli operatori economici che non dispongono nei tempi richiesti di certificati di qualità per motivi di tempo a loro non imputabili. La possibilità di essere ammessi è tuttavia legata all'esibizione di certificati di qualità alternativi.

Nel sistema previgente, invece a prescindere dalla colpa, in ogni caso l'operatore economico aveva la possibilità di presentare eguali certificazioni idonee a soddisfare le richieste della stazione appaltante.

L'art.87, comma 2, prevede la facoltà in capo alla stazione appaltante di stabilire nella *lex specialis* il necessario rispetto di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale.

Il nuovo codice estende la possibilità di richiedere la certificazione di gestione ambientale ad ogni tipo di appalto (lavoro, servizi e forniture).

L'art.87, comma 2, in materia di gestione ambientale, deve essere letto in combinato disposto con l'art.34 del nuovo codice che prevede "*i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale*".

Le certificazioni ambientali sono delineate da un lato come requisito di partecipazione, che incide sull'ammissione, dall'altro come criterio ponderale in sede di attribuzione del punteggio che incide sull'aggiudicazione.

Questa duplice e contraddittoria previsione normativa mette alla prova la tenuta del sistema con riferimento al consolidato principio che vieta la commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione delle offerte

La giurisprudenza amministrativa ha più volte censurato la commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta.

L'avvalimento della certificazione di qualità aziendale

La certificazione di qualità aziendale è stata al centro di un serrato contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa in ordine all'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento.

Nello specifico l'ANAC nella determina n°2 del 2012 riconduceva la certificazione di qualità ad un requisito soggettivo, come tale insuscettibile di avvalimento stante la sua intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità.

L'Autorità Garante affermava che la “*certificazione in questione è 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*” sottolineando che “*la certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice, l'art.43*”.

Ai medesimi approdi interpretativi anche il Consiglio di Stato III sezione con decisione 5695/2014 che ha anche precisato che non possa accordarsi assoluta e incondizionata prevalenza al principio del favor participationis di fronte all'esigenza di assicurare il possesso di minimi standards di qualità in capo a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo, possesso dimostrato proprio dalla certificazione ISO 2001.

Tale orientamento interpretativo è stato avversato da pronunce di segno opposto del medesimo GA.

La V sezione del CdS con decisione 3949/2014 statuiva infatti che “ **la certificazione di qualità**, essendo connotata dal fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, **è da considerarsi anche esso requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa** da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico-professionale dell'impresa , assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto.

La disputa è stata risolta dal NUOVO CODICE

La nuova disciplina dell'avvalimento, all'art.89, comma 1 prevede che gli operatori economici possano utilizzare l'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso dei requisiti previsti all'art.83, comma 1 lett. B) e c) nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art 84.

Comunque la mancata indicazione della possibilità di avvalersi dei certificati di cui all'art.87 potrebbe far concludere circa l'inapplicabilità dell'istituto alla fattispecie considerata.

Ciò nonostante il dato testuale va confrontato con l'art.84 comma 4 lett. C) che prevede l'obbligo per le SOA di attestare il possesso della certificazione di qualità; di conseguenza quando l'avvalimento riguarda il settore dei lavori e quindi l'attestato SOA potrebbe ritenersi che il beneficiario si avvalga anche della certificazione di qualità.

Resta aperta la questione per gli appalti di servizi e forniture.

L'AVVALIMENTO ART.89

L'istituto dell'avvalimento, derivante dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, ha la finalità di consentire all'operatore economico, singolo o in raggruppamento, che sia privo dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti dalla *lex specialis*, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, in coerenza con il principio di matrice comunitaria di *favor participationis*.

Il legislatore non da una nozione espressa dell'avvalimento ma si limita a stabilire che "il concorrente singolo, consorziato o raggruppato poteva soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (economici, finanziari, tecnici, organizzativi) avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

La nuova disciplina dell'avvalimento contenuta negli articoli 38, commi 2,3 della direttiva 2014/23 UE e 63 della direttiva 2014/24/UE e 79 della direttiva 2014/25/UE ha tentato di positivizzare le novità giurisprudenziali della Corte del Lussemburgo attraverso il recepimento di principi e precedenti divenuti oramai, in materia, dettami di diritto comunitario.

Il nuovo art.89 del D.Lgs 18 aprile 2016 , pur riproducendo buona parte della disciplina dettata dall'art.49, tralascia di recepire per un verso parte delle disposizioni sull'avvalimento contenute nelle direttive sopra richiamate e, per altro verso, le disposizioni contenute nell'art.50 vecchio codice (rubricato "avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione) e negli artt. 88 e 104 (entrambi titolati "contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento") contenute nel DPR 207/2010 (recante il regolamento di esecuzione ed attuazione del D.lgs 163/2006).

Tale vuoto normativo potrebbe, tuttavia, essere in parte colmato dagli interventi che saranno introdotti da ciascuna autorità competente (ANAC e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) anche ai sensi dell'art.83, comma 2 del D.lgs 50/2016.

..

La disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'art.89 del D.lgs 50/2016 che recepisce, in modo non organico, le disposizioni di cui all'art.38, comma 2 e 3 della direttiva 2014/23/UE e di cui all'art.79 della direttiva 2014/25/UE.

Segnatamente, ai sensi dell'art.89 nuovo Codice, e come previsto dalla precedente disciplina **è consentito ad un operatore economico**, privo di determinati requisiti economici, finanziari, tecnici e professionali richiesti ai fini della partecipazione ad una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico, **di avvalersi della capacità di altri soggetti**, indipendentemente dalla natura

giuridica dei legami con essi (comma 2) e con i quali rimarrà obbligato in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (comma 5).

Inoltre vengono riaffermate le regole che

- 1) L'impresa ausiliaria non si possa avvalere più di un concorrente
- 2) L'ausiliaria non possa partecipare in proprio alla gara
- 3) Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, in ragione dell'importo dell'appalto;
- 4) L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali
- 5) Non è ammesso quando l'oggetto dell'appalto o della concessione siano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali.
- 6) Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante (comma 4 art.49 vecchio codice)
- 7) Il contratto è eseguito dall'impresa che partecipa alla gara alla quale viene rilasciato il certificato di esecuzione e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.(comma 10 art.49 vecchio codice)

L'ART.89 ripropone, altresì, l'onere in capo al concorrente e alla società ausiliaria di allegare all'offerta

- 1) Una dichiarazione del concorrente attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
- 2) L'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria
- 3) La 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;
- 4) Una dichiarazione sottoscritta dall'impresa 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 imprese che partecipano alla gara;
- 5) Il contratto di avvalimento in copia autentica o in originale in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti richiesti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto ;

In caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia (comma 1), ferma restando l'applicazione dell'art.80, comma 12 nei confronti dei sottoscrittori.

Il comma 7 esclude categoricamente che l'impresa ausiliaria possa prestare il suo ausilio a più concorrenti.

Quid iuris nel caso in cui l'impresa ausiliaria effettui una dichiarazione mendace in ordine all'esclusività del suo ausilio in favore di un'impresa?

Il codice prevede e disciplina esclusivamente –al comma 1- il caso della dichiarazione mendace effettuata dal concorrente stabilendo delle sanzioni a suo carico (esclusione ed escussione della garanzia) e facendo salvo l'applicazione del comma 12 dell'art.80 (nei confronti dei sottoscrittori) il quale pone un obbligo a carico delle stazioni appaltanti di effettuare segnalazione all'Autorità che, se ritiene 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 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Il primo comma dell'art.89 sembra essere dettato per regolamentare esclusivamente i casi di mendacità del concorrente; in fase di presentazione delle offerte il concorrente non può verosimilmente avere contezza della veridicità della dichiarazione effettuata dall'impresa ausiliaria, specie nelle ipotesi in cui l'ausiliaria presti il proprio ausilio in favore di altre concorrenti.

Ne discende quindi che le sanzioni previste –esclusione- ma soprattutto l', escussione della cauzione appaiono non esattamente modulate in relazione a tale fattispecie ed eccessive per una mendacità affatto riconducibile al concorrente.

Forse una corretta soluzione sarebbe stata quella di prevedere la esclusione per il concorrente ed una somma pari a quella della garanzia da escutere a carico dell'ausiliaria. Si sarebbe così bilanciata la distribuzione delle sanzioni e soprattutto l'onere economico avrebbe posto maggiore attenzione in capo alle imprese ausiliarie nel rendere correttamente le dichiarazioni.

Le novità introdotte dall'art.89 del codice:

-la possibilità per l'impresa concorrente di avvalersi dei criteri relativi all'indicazione di titolo di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lett. f), o alle esperienze professionali pertinenti, della società ausiliaria solo ove quest'ultima esegua direttamente il lavoro o i servizi per cui tali capacità sono richieste (commi 1 e 2)

- il potere/dovere della stazione appaltante di verificare se l'impresa ausiliaria soddisfi i pertinenti criteri di selezione o se sussistano motivi obbligatori di esclusione (comma 3);

-il potere/dovere della stazione appaltante di imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per la quale sussistano motivi obbligatori di esclusione;

- nel caso di appalti di lavori, di prestazione di servizi e operazioni di posa in opera le stazioni appaltanti possono prevedere che taluni compiti essenziali siano

direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un rti, da un partecipante al rti (comma 4);

- la possibilità che il soggetto ausiliario assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 8);

-l'onere della stazione appaltante di trasmettere all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario; ciò al fine di consentire all'ANAC l'esercizio dei poteri di vigilanza che le spettano nonché il rispetto dei principi di pubblicità,

-in relazione a ciascun affidamento, **il potere/dovere della stazione appaltante di eseguire in corso di esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto;** spettando al RUP eseguire i relativi accertamenti nel corso d'opera circa l'utilizzo delle risorse e mezzi messi a disposizione del soggetto ausiliario (comma 9);

-il divieto a far ricorso all'avvalimento (che non trova corrispondenze nella direttiva 24) per gli appalti e le concessioni dei lavori qualora l'opera sia tecnicamente complessa o di notevole contenuto tecnologico (strutture, impianti e opere speciali) il cui valore sia superiore al 10% dell'importo totale dei lavori (comma 11);

- l'avvalimento plurimo o multipli; è stato espressamente previsto l'avvalimento plurimo –risolvendo così molti problemi- e si è negato l'avvalimento a cascata nel senso che l'impresa ausiliaria non può avvalersi a sua volta di altro soggetto per fornire i requisiti richiesti dalla gara.

E' invece ammesso il subappalto nei confronti dell'impresa ausiliaria nei limiti dei requisiti prestati mentre non è ammessa la possibilità che la stessa impresa ausiliaria fornisca i requisiti a più imprese partecipanti.

La norma in esame non considera invece l'avvalimento frazionato, ossia l'ipotesi in cui l'impresa concorrente si avvalga di più imprese ausiliarie, nessuna delle quali raggiunge i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, per cui sarebbe necessario sommare ai propri requisiti quelli di una o più imprese (ipotesi che aveva dato luogo a contrasti tra la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale.

Tuttavia il fatto che la norma si limiti ad affermare che è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie senza fissare la regola che almeno una debba possedere per intero i requisiti richiesti, lascia ritenere che sia ammesso in linea di principio anche l'avvalimento frazionato, a meno che la stazione appaltante lo escluda, con espressa motivazione, per una specifica gara.

Talchè nelle gare di appalto l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dalla PA può essere dimostrata sia utilizzando l'avvalimento frazionato che l'avvalimento plurimo perché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o svariati altri soggetti,

di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

Comunque dall'esame delle novità introdotte dalle direttive comunitarie e dal D.Lgs 50/2016 emerge un impianto dell'istituto più delineato e completo in cui viene specificato l'ambito applicativo dell'avvalimento e dei requisiti avvalsi. Inoltre viene attribuita alla stazione appaltante una maggiore discrezionalità nello stabilire di volta in volta nella lex specis di gara limiti all'utilizzo ovvero alle percentuali di prestazioni oggetto dell'avvalimento, nonché un maggiore potere di controllo e vigilanza della società ausiliaria.

Rispetto agli artt. 49 e 50, l'art.89 impone alla stazione appaltante di valutare nello specifico i requisiti e i mezzi messi a disposizione del soggetto ausiliario nonché il rapporto giuridico posto a fondamento dell'accordo di avvalimento (noleggio, affitto, accordo di rete).

L'impresa ausiliaria infatti deve svolgere la prestazione direttamente, utilizzando le proprie risorse umane e strumentali, in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Normativa precedente

L'avvalimento oltre ad essere un contratto particolare assumeva anche i contorni di un subprocedimento che si apriva con la dichiarazione di avvalimento da parte dell'impresa concorrente e si inseriva nel più ampio procedimento concorsuale dell'evidenza pubblica.

Il contratto di avvalimento poteva avere ad oggetto (come ora) sia la capacità di finanziamento dell'opera e dunque il credito di cui gode l'impresa, sia la solidità economica a garanzia patrimoniale della PA, sia le risorse tecniche.

L'ART.49 disciplinava l'istituto dell'avvalimento in relazione ad una specifica gara di lavori servizi e forniture, consentendo al partecipante di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo richiesti dal bando.

La norma in esame conteneva un lungo elenco di documenti che il concorrente doveva produrre alla PA per dimostrare i requisiti richiesti dal bando mediante l'utilizzazione del contratto di avvalimento e al tempo stesso di consentire alla stazione appaltante di verificarne la consistenza la natura e l'ampiezza.

L'art.50 disciplinava l'istituto dell'avvalimento nell'ambito dei sistemi di qualificazione fissando taluni principi tesi a restringere la possibilità di conseguire l'attestazione SOA mediante l'uso dell'istituto in esame, ovvero era consentito avvalersi dei requisiti altrui solo nell'ambito dei rapporti fra gruppi societari. Il regolamento di esecuzione 207/2010, oggi abrogato sul punto, si occupava dell'avvalimento all'rt.88 disciplinando il contratto e la qualificazione nel dettaglio.

Il nuovo codice, pur abrogando il regolamento in parola, dispone che esso continua ad applicarsi anche per il futuro fino a che non saranno emanati gli atti attuativi

(linee guida, atti ministeriali) nel senso che vi sarà un abbattimento a step delle norme abrogate rispetto alle nuove.

Deve essere segnalato che con decreto legge 90/2014 era stato introdotto il comma 1 bis all'art.49 che stabiliva che "il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'art.212 del d.lgs 152/2006..

Evidente la volontà del legislatore di escludere in siffatta materia la possibilità di coinvolgere negli appalti soggetti diversi dai partecipanti alla gara, normalmente scelti tra imprese i cui requisiti sono stati già valutati a monte al momento dell'iscrizione all'albo nazionale

Il fondamento dell'istituto va ricercato nel principio comunitario secondo cui bisogna assicurare la più ampia partecipazione del sistema delle imprese al mercato delle grandi commesse pubbliche.

Naturalmente il lodevole intento del legislatore non ha escluso il pericolo di una utilizzazione distorta dell'istituto: specie a proposito del contratto avente ad oggetto il transito della SOA da un'impresa all'altra, può essere concreto il pericolo che l'impresa operi come una sorta di holding , sfuggendo al meccanismo della qualificazione SOA, ossia operando come se possedesse quei requisiti che mai l'impresa di attestazione OA gli avrebbe riconosciuto.

Per contro l'impresa ausiliaria potrebbe limitarsi a svolgere l'attività definita di "avvalificio" ossia di cessione sistematica della propria qualificazione –dato che il contratto si presume oneroso- senza avvertire mai la convenienza di una partecipazione diretta all'offerta pubblica di lavori servizi e forniture, violando così, per altra via, il principio comunitario nel cui nome l'istituto è sorto, che vuole garantire la più ampia partecipazione alle gare e all'esecuzione dei lavori pubblici.

Subappalto

L'impresa ausiliaria può "doppiare" l'originario rapporto scaturente dal contratto con quello proprio derivante dal contratto di subappalto.

Questo si ricava agevolmente già dalla disposizione di cui all'art.49, comma 10, ultima parte.

Il nuovo codice elimina ogni incertezza laddove stabilisce all'art.89, comma 8, che *“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.*

In sostanza si pone l'accento sulla circostanza che il contratto di appalto è stipulato dal concorrente aggiudicatario e che solo questi può essere l'esecutore del contratto medesimo. L'impresa ausiliaria può, al più assumere il ruolo di *“subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*.

Parrebbe quasi che la società ausiliaria sia posta alla stregua di un subappaltatore. In verità l'avvalimento è un istituto concepito in soccorso al concorrente sprovvisto dei requisiti richiesti dalla *lex specialis di gara*, mentre il subappalto rappresenta una modalità organizzativa dell'eventuale esecuzione dell'appalto.

Si tratta come è ovvio di due istituti sostanzialmente differenti.

Da quanto precede è agevole ravvisare come, pur in assenza di coordinamento tra le norme che disciplinano i due istituti, in particolare con riferimento ai limiti percentuali del subappalto, non sembra possano esserci dubbi sull'applicabilità, nei limiti sopra descritti, della disciplina del subappalto.

Dunque la società ausiliaria potrà assumere nei rapporti con la stazione appaltante la doppia veste di impresa ausiliaria e subappaltatore.

Obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria

L'art.89 recepisce al comma 3 l'obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliari, in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti da parte di quest'ultima.

Si tratta di una novità normativa rilevante, che consente di dare maggiore rilievo agli aspetti sostanziali e non formali delle problematiche che possono coinvolgere la società ausiliaria, attribuendo alla stazione appaltante di imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione alla gara.

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs 50/2016 permanevano forti dubbi sulla possibilità di procedere alla modifica dell'impresa ausiliaria per sopravvenuta carenza dei requisiti di partecipazione soggettivi o oggettivi.

Dunque, ai sensi dell'art.89 la stazione appaltante verifica se la società ausiliaria soddisfa i criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art.80, imponendo al concorrente, in caso di esito negativo di tale verifica, la sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Si tratta di una *culpa in eligendo* nella scelta dell'impresa ausiliaria da parte del concorrente che non può, tuttavia, inficiarne la partecipazione alla gara.

Ed infine si segnala che la *lex specialis* di gara può indicare ipotesi in cui il concorrente è obbligato a sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purchè si tratti di requisiti tecnici.

Sul punto si segnala l'ordinanza del CdS sez.IV del 15.04.2016 n°1522 con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno posto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito “*se gli artt.47 e 48 della Direttiva 2014/18/CE, come sostituiti dall'art.63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale “impresa ausiliaria”, che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto a lui non riconducibile né oggettivamente né soggettivamente*”.

Nel caso di specie il Consiglioculpa in eligendo di Stato si è trovato ad affrontare il problema di un'impresa ausiliaria che, nel corso della gara, aveva perduto la qualificazione per la classifica d'importo richiesta (VIII) risultando così qualificata per classifica ben inferiore (IV), e che tale circostanza implicasse quindi la perdita in capo alla mandante e quindi in capo al RTI dei requisiti di partecipazione, da possedersi per l'intera durata del procedimento e sino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto. A parere del primo giudice a nulla rilevava le deduzioni del rti ricorrente principale circa la riferibilità del fatto a causa di forza maggiore, né precisata, né provata, e comunque trattandosi di circostanza riconducibile a *culpa in eligendo* nella scelta dell'impresa ausiliarai, né apparendo applicabile in quanto non ancora recepiti né recante disciplina dettagliata, l'invocato art.69 della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, e infine non potendosi invocare applicazione analogica della norma eccezionale e di stretta interpretazione dell'art.37 commi 18 e 19 D.lgs 163/2006.

Natura del contratto di avvalimento

L'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza circa la natura giuridica del contratto ha portato alla necessità di misurarsi con altre figure affini

Un orientamento giurisprudenziale ha qualificato l'avvalimento come un contratto atipico (Tar Campania Salerno sez.I n°2320/2010; sez.I 28.03.2012 n°607; Tar Toscana I 21.03.2013 n°443; Tar Veneto I 20.10.2010 n° 5528; Tar Lazio Roma I 03.12.2009 n° 12455) in cui il contratto concluso dalle parti può essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; alla atipicità del contratto di avvalimento in esame accede l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo (cfr.Tar Lazio sez.II 04.05.2010 n°9512).

Altri orientamenti hanno assimilato il contratto in questione a quello di mandato, di affitto di azienda; istituti che per un verso o per l'altro non sono adattabili al contratto in questione.

2.2. Sulla natura del contratto di avvalimento ed alla luce dell'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente (cfr. Cons.Stato 23.10.2014 n°5244) si evincono come oramai consolidati i “canoni di validità” del contratto di avvalimento, quale strumento di derivazione europea , mediante il quale operare il cd. “prestito dei requisiti” e favorire la più ampia partecipazione alle gare di appalto. 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 da parte dell'impresa ausiliaria) 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 del D.l.vo 163/2006 dell'impresa ausiliaria.

Alla luce dei criteri civilistici di interpretazione contrattuale (ed in primis di quello emergente dal “senso letterale delle parole” cfr. artt. 1362e 1363) si desume la immediata efficacia obbligatoria tra le parti del predetto contratto, il quale non risulta subordinato ad alcuna condizione, qualificabile come potestativa o meramente potestativa ex art.1355 cc.

L'indagine a compiersi sulle clausole del contratto di avvalimento deve essere rivolta a verificare se vi sia un regolamento pattizio meramente potestativo, rimesso all'esclusiva volontà dell'ausiliaria, atteso che vi è schema "trilaterale" del contratto di avvalimento (cfr. Tar Reggio Calabria n°431 del 26.02.2015);

L'ausiliaria si deve direttamente impegnare con dichiarazione ritualmente sottoscritta ex art.49, comma 2, lett.d) anche verso la stazione appaltante; in sostanza l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente –cfr. Tar Sardegna 794/2012- .

Le risorse non debbono essere né apparire "indeterminate" atteso che il contratto e la dichiarazione debbono contenere una specifica elencazione delle risorse umane, materiali e organizzative, oggetto di specifico obbligo di fornitura per tutta la durata dell'appalto; i mezzi e le attrezzature debbono essere indicati con un dettaglio tale da escludere ogni dubbio circa la genericità o indeterminatezza dell'oggetto del contratto, tenendo conto dell'approccio funzionale e costituendo tale grado di concretezza prova più che adeguata della "serietà" dell'impegno e della effettiva messa a disposizione dei mezzi in favore dell'ausiliata.

1.3 Deve precisarsi che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art.88 dpr 207/2010, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo nella misura richiesta.

Sicchè, dato che l'elemento caratterizzante l'istituto è costituito proprio dall'estraneità della PA rispetto all'originario contratto di avvalimento e dall'estraneità dell'impresa ausiliaria rispetto allo svolgimento della gara e al successivo contratto di appalto, sembra inevitabile il richiamo allo schema generale del contratto a favore del terzo o della promessa del fatto del terzo.

Secondo il Pres. Giampaolo Cirillo lo schema della promessa del fatto del terzo, almeno nella fase di partecipazione alla gara è l'unico che consente di giustificare la persistente estraneità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante per l'intera durata dell'appalto, *" anche se non va sottaciuto che in caso di aggiudicazione, va stipulato il contratto di appalto, da cui dovrà risultare quanto*

contenuto nell'originario contratto di avvalimento per individuare quanto dovrà essere eseguito dall'impresa aggiudicataria con mezzi propri e quanto, invece con i mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria. Tale innesto contrattuale sarà particolarmente utile anche ai fini del controllo sull'esecuzione dei lavori, che il nuovo codice vuole sia particolarmente severo proprio in presenza di un avvalimento.

In conclusione nell'avvalimento assume un ruolo centrale la dichiarazione di avvalimento dell'impresa partecipante che apre sia la serie subprocedimentale sia la serie negoziale e si modella sulla struttura di base della promessa del fatto del terzo. In tale quadro si giustifica anche la responsabilità solidale imposta dalla legge ad entrambe le imprese.

Il nuovo codice, in relazione all'oggetto dell'avvalimento, richiede un rigore particolare perché da esso la stazione appaltante verifica la serietà dell'impegno.

Pertanto esso deve obbedire rigorosamente ai criteri codicistici della possibilità economica e della determinatezza, oltre che della liceità.

Sicché bisogna indicare nel dettaglio le risorse ed i mezzi prestati; l'indicazione deve essere ancor più puntuale quando l'oggetto dell'avvalimento sia costituito dalla certificazione di qualità o da certificati attestanti il possesso di un'adeguata organizzazione imprenditoriale. Difatti la giurisprudenza in passato si è mostrata particolarmente severa nel verificare che si realizzasse l'effettivo impiego delle risorse nell'esecuzione dell'appalto, escludendo l'avvalimento "a cascata" e richiedendo il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnico-professionale per eseguire le prestazioni.

Ciò porta a verificare che con il contratto in esame si realizzi anche un effetto reale e non solo obbligatorio, laddove per l'intera durata dell'appalto le risorse promesse dall'impresa ausiliaria siano staccate dal complesso aziendale e destinate esclusivamente all'esecuzione dell'appalto, con l'impossibilità di utilizzarle nella normale attività aziendale dell'impresa ausiliaria: si pensi alla manodopera, ai macchinari o ai laboratori; lo stesso dicasi nel trasferimento del titolo di qualificazione.

Sulla forma del contratto

Solitamente per il contratto successivo all'aggiudica è richiesta la forma scritta ad substantiam.

Prevalente è l'indirizzo secondo cui (in assenza della norma) la forma scritta è richiesta ai fini della prova e non anche della validità del negozio.

L'Adunanza Plenaria del CdS con sentenza n° 23 del 04.11.2016 ha ritenuto che il contratto di avvalimento –contratto atipico e oneroso che presenta tratti propri del contratto di mandato e dell'appalto di servizi- debba rispondere ai requisiti di cui all'art.1346 cc sicchè è sufficiente che l'oggetto sia determinabile, dovendosi invece escludere la nullità del contratto in ragione della non immediata determinatezza dell'oggetto.

Più in particolare, la prescrizione secondo cui il contratto di avvalimento debba riportare “in modo compiuto esplicito ed esauriente (...) le risorse ed i mezzi prestati in modo determinato e specifico (art.88 DPR 207/2010) non costituisce un vincolo di forma la cui violazione possa implicare la nullità del contratto. Al contrario, è sufficiente ai fini della validità del negozio, che la parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, in ipotesi non puntualmente determinata sia comunque determinabile.