

Il Supremo Giudice Amministrativo offre la propria opinione in tema di possibilità di usufruire dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti speciali in una procedura ad evidenza pubblica, indetta come da codice dei contratti (anche a seguito della

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'avvalimento parziale verticale; quanto disposto dall'art. 49, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso") costituisce eccezione al sistema; il quale consente - in ogni caso e a prescindere da specifica previsione del bando - al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione a una specifica gara di lavori, servizi e forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006); e ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando_ i principi del Trattato dell'Unione europea (U.E.), tra cui vi sono quelli di trasparenza e adeguata pubblicità, i quali hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili; a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario _ per l'applicazione del principio di

pubblicità delle sedute occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici. Per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Per le seconde occorre tenere presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, la quale va effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice

Merita di essere segnalato il seguente pensiero in tema di avvilimento, espresso dal Consiglio di Stato nella decisione numero 1856 del 22 aprile 2008, inviata per la pubblicazione in data 28 aprile 2008:

< gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, "la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerdente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto" [nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, nella quale si rileva, tra l'altro, che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici"]>

Ma la suddetta decisione ci è utile anche per alcuni altri importanti insegnamenti:

< è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi

il detto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica ; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto

la "ratio" ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa in tale materia

i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti e il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni come anche dei soggetti alla stessa equiparati (si veda pure l'art. 2, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 163/2006, il quale, ai sensi del successivo art. 206, comma 1, si applica ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria)

la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226 del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti

dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica (art. 97, comma 1, della cost. e art. 1, commi 1 e 1-ter, della l. 7 agosto 1990, n. 241);

non può sostenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rilevarebbe di per sé come vizio della procedura occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela, non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa; le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato

non è necessaria la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, poiché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente la violazione in questione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ossia l'alterazione dei plichi) unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità sostanziale (ossia, l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

<https://www.diritto.it/il-supremo-giudice-amministrativo-offre-la-propria-opinione-in-tema-di-possibilita-di-usufruire-dell-avvalimento-per-la-dimostrazione-dei-requisiti-speciali-in-una-procedura-ad-evidenza-pubblica-inde/>