

Avvalimento e Ati: le disposizioni della Direttiva 2004/18/CE di cui agli artt. 47 “Capacità economica e finanziaria” e 48 “Capacità tecniche e professionali”, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti facenti parte di un raggruppamento d

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Presunta violazione del comma 8 del citato art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato anche dalla lex specialis di gara, ai sensi del quale “in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”: qual è il parere dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativamente alla possibilità di usufruire dell’istituto dell’avvalimento all’interno di un’ Ati?

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, rilevare che il bando di gara al punto VI. 3) - Informazioni complementari, prevedeva che “In attuazione dei disposti dell’art. 49 del D.Lgs. 163/2006 e ss.m.i., il concorrente - singolo o consorziato o raggruppato - può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto”, e precisa, altresì, che “in caso di ricorso all’avvalimento dovranno essere eseguite scrupolosamente le disposizioni di cui all’art. 49 del D.Lgs. 163/2006 e ss.m.i”. Inoltre, il capitolato speciale d’appalto, a pagina 16, sotto il titolo AVVALIMENTO specifica che, ai fini di quanto sopra, “dovrà essere fornita tutta la documentazione prevista al comma 2) del suddetto articolo. Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito. Il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino alla gara sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”. Tali prescrizioni della lex specialis di gara riproducono pedissequamente le principali disposizioni di cui all’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che devono necessariamente essere interpretate ed applicate in senso conforme alla corrispondente e sovraordinata normativa comunitaria, costituita dagli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE. In particolare, l’art. 47, relativo alla “Capacità economica e finanziaria”, ai commi 2 e 3 stabilisce che “2. 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 quest’ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che

disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. 3. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti". Analogamente, l'art. 48, concernente le "Capacità tecniche e professionali", ai commi 3 e 4 dispone che "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 quest'ultimi. Deve, in tal caso provare alla 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". **Considerato il tenore della citata normativa comunitaria e tenuto conto, altresì, dell'assenza, nel caso di specie, di espresse e specifiche limitazioni poste dalla lex specialis di gara al ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte dei concorrenti, si ritiene che, all'interpretazione più restrittiva della disciplina nazionale in materia, sostenuta dall'impresa istante, sia preferibile, in quanto orientata in senso conforme al diritto comunitario, la tesi che, in ossequio al principio della massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti partecipanti ad un raggruppamento non costituito, e lo consente non solo nei confronti dei soggetti esterni, ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento, proprio in virtù del richiamato disposto degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per cui un concorrente, singolo o raggruppato, può fare affidamento sui requisiti di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2007, n. 3814 e TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820)._In questa prospettiva, la pretesa preclusione, riferita dall'impresa istante, che deriverebbe dall'art. 49, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui stabilisce che "in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, ... che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti" **non può essere condivisa, ritenendosi più corretto che il suddetto divieto venga inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, e quindi siano entrambe presentatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa facciano parte di uno stesso raggruppamento, e quindi presentino un'unica offerta facendo capo ad un medesimo centro di interessi****

Riportiamo qui di seguito il parere numero 34

del 24 marzo 2009, emesso dall' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Parere n. 34 del 11.03.2009

PREC 281/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Biblion S.r.l. - Servizio per gli interventi larvicidi ed adulticidi per la lotta alla zanzara tigre, derattizzazione e disinfezione contro altri infestanti, in aree di pertinenza comunale nel territorio del Comune di Bologna - Importo a base d'asta euro 1.060.000,00 - S.A.: Comune di Bologna.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 maggio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Biblion S.r.l. ha contestato il provvedimento con cui il Comune di Bologna ha disposto l'ammissione nella gara in oggetto - con riserva poi positivamente sciolta - del costituendo RTI tra la Ditta ALFA Systems

S.r.l. (mandataria) e la Ditta ALFADUE F.M. (mandante).

L'impresa istante ha sostenuto l'illegittimità della dichiarazione, resa dalla mandataria ALFA Systems S.r.l., di avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, di un requisito, previsto dal bando di gara al punto III.2.3. "Capacità tecnica", posseduto dalla sua mandante ALFADUE F.M. e quindi detenuto da un'impresa facente parte dello stesso raggruppamento.

Conseguentemente, la Biblion S.r.l. ha chiesto l'esclusione dalla gara del costituendo RTI, invocando la violazione del comma 8 del citato art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato anche dalla lex specialis di gara, ai sensi del quale "in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti".

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Bologna ha rappresentato che il requisito oggetto di avvalimento è un requisito di capacità economico-finanziaria ed ha confermato la legittimità della decisione assunta di ammettere alle fasi successive della gara il costituendo RTI tra la Ditta ALFA Systems S.r.l. e la Ditta ALFADUE F.M., evidenziando che la sovraordinata normativa comunitaria, con le disposizioni della Direttiva 2004/18/CE di cui agli artt. 47 "Capacità economica e finanziaria" e 48 "Capacità tecniche e professionali", ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti facenti parte di un raggruppamento di operatori economici, e lo consente non solo nei confronti dei soggetti esterni al raggruppamento, ma anche nei confronti degli stessi partecipanti al medesimo raggruppamento.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, rilevare che il bando di gara al punto VI. 3) - Informazioni complementari, prevedeva che "In attuazione dei disposti dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 e ss.m.i., il concorrente - singolo o consorziato o raggruppato - può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo,

avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto”, e precisa, altresì, che “in caso di ricorso all’avvalimento dovranno essere eseguite scrupolosamente le disposizioni di cui all’art. 49 del D.Lgs. 163/2006 e ss.m.i”

Inoltre, il capitolato speciale d’appalto, a pagina 16, sotto il titolo AVVALIMENTO specifica che, ai fini di quanto sopra, “dovrà essere fornita tutta la documentazione prevista al comma 2) del suddetto articolo. Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito. Il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino alla gara sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”.

Tali prescrizioni della lex specialis di gara riproducono pedissequamente le principali disposizioni di cui all’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che devono necessariamente essere interpretate ed applicate in senso conforme alla corrispondente e sovraordinata normativa comunitaria, costituita dagli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE.

In particolare, l’art. 47, relativo alla “Capacità economica e finanziaria”, ai commi 2 e 3 stabilisce che “2. 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 quest’ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell’impegno a tal fine di questi soggetti. 3. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all’articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”.

Analogamente, l’art. 48, concernente le “Capacità tecniche e professionali”, ai commi 3 e 4 dispone che “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 quest’ultimi. Deve, in tal caso provare alla 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”.

Considerato il tenore della citata normativa comunitaria e tenuto conto, altresì, dell’assenza, nel caso di specie, di espresse e specifiche limitazioni poste dalla lex specialis di gara al ricorso all’istituto dell’avvalimento da parte dei concorrenti, si ritiene che, all’interpretazione più restrittiva della disciplina nazionale in materia, sostenuta dall’impresa istante, sia preferibile, in quanto orientata in senso conforme al diritto comunitario, la tesi che, in ossequio al principio della massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti partecipanti ad un raggruppamento non costituito, e lo consente non solo nei confronti dei soggetti esterni, ma anche degli

stessi partecipanti al raggruppamento, proprio in virtù del richiamato disposto degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per cui un concorrente, singolo o raggruppato, può fare affidamento sui requisiti di altri soggetti “a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” (cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2007, n. 3814 e TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820).

In questa prospettiva, la pretesa preclusione, riferita dall’impresa istante, che deriverebbe dall’art. 49, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui stabilisce che “in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, ... che partecipino sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti” non può essere condivisa, ritenendosi più corretto che il suddetto divieto venga inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell’impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l’una con l’altra, e quindi siano entrambe presentatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa facciano parte di uno stesso raggruppamento, e quindi presentino un’unica offerta facendo capo ad un medesimo centro di interessi (in tal senso anche Tar Lazio, Roma, Sez. II cit.).

Poiché questa Autorità non dispone di ulteriori elementi conoscitivi in ordine al requisito oggetto di avvalimento, né in merito alle concrete modalità con cui la ALFA Systems S.r.l. intende avvalersi, ai sensi dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, di detto requisito, posseduto dalla sua mandante ALFADUE F.M., si ritiene opportuno evidenziare la necessità che sia verificata l’effettiva idoneità di quest’ultima - raggruppata all’avvalente, ma, comunque, soggetta al processo di verifica dei requisiti, in quanto concorrente alla gara attraverso il modulo del RTI - ad assumere, anche in ragione della natura del requisito, sia il ruolo di concorrente sia quello di impresa avvalsa.

In altri termini occorre verificare, innanzitutto, che il requisito oggetto di avvalimento risulti giuridicamente e materialmente frazionabile, senza svilirne la tipicità e la connotazione. Quindi, si rende necessario accertare che il requisito medesimo sia posseduto dall’impresa avvalsa in misura sufficiente, rispetto alle specifiche prescrizioni del bando, a consentire sia la sua partecipazione alla gara come concorrente in RTI, sia la partecipazione alla stessa gara dell’impresa avvalente nell’ambito del medesimo RTI. Altrimenti vi sarebbe un uso artificiale e fittizio di un unico requisito.

Si ricorda infine che, ai sensi dei richiamati artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, anche nel caso di avvalimento nel contesto di un raggruppamento deve essere data in via specifica la prova dell’effettiva disponibilità, da parte di un’impresa del raggruppamento medesimo, dei mezzi/risorse necessari di cui è carente. A tal scopo non può ritenersi sufficiente il mero e ordinario mandato collettivo, che è alla base della costituzione di un RTI, tanto più che, nel caso di specie, si tratta di RTI costituendo e non costituito. Si ritiene pertanto necessario, ai fini del rispetto delle disposizioni nazionali in materia di avvalimento di cui all’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, che tra la documentazione di cui al comma 2 del citato articolo,

espressamente richiamato dalla lex specialis di gara, vi sia anche un atto giuridico costitutivo di un rapporto di provvista idoneo ad evidenziare specificamente l'effettiva disponibilità dei mezzi/risorse di cui trattasi.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti e alle condizioni di cui in motivazione, che l'ammissione in gara del costituendo RTI tra la Ditta ALFA Systems S.r.l. (mandataria) e la Ditta ALFADUE F.M. (mandante) è conforme alla normativa nazionale e comunitaria di settore nonché alla lex specialis della gara.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data
24.3.2009

<https://www.diritto.it/avvalimento-e-ati-le-disposizioni-della-direttiva-200418ce-di-cui-agli-artt-47-capacita->

economica-e-finanziaria-e-48-capacita-tecniche-e-professionali-ammette/