

*Servizi e forniture:
i requisiti <<speciali>>
di partecipazione*

Capacità economico-finanziaria

Articolo 41 comma 1 del D.Lgs. 163/2006

Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs 385/1993;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del DPR 445/2000;
- c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del DPR n. 445/2000, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

... segue

Articolo 41 comma 2 del D.Lgs. 163/2006

Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere

I documenti menzionati al comma 1 dell'art. 41 sono tutti ugualmente idonei, anche isolatamente, a fornire la prova della capacità economico finanziaria di un'impresa concorrente; pertanto la S.A. può scegliere tra uno o più dei predetti documenti

Cons. St. Sez. V
23.2.2010 n. 1040
(annulla TAR Piemonte
n. 2568/2008)

È quindi legittimo che la S.A. chieda anche solo la dichiarazione relativa al fatturato globale, e non anche quella relativa a servizi inerenti l'oggetto della gara

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Capacità tecnica e professionale

La dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei modi indicati all'art. 42 comma 1, a seconda

Elenco servizi, indicazione tecnici, descrizione attrezzature, controllo produzione, titoli di studio, gestione ambientale, numero dipendenti, controllo qualità, ecc.

della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi

La S.A. precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Il criterio della ragionevolezza

Rientra nella discrezionalità della S.A. la fissazione di requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito

Consiglio di Stato sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878
Consiglio di Stato sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5377
Consiglio di Stato sez. VI 4 giugno 2009 n. 3448

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

... segue

La S.A. vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella legge, ma con il limite del rispetto dei principi di <<proporzionalità e ragionevolezza>>

... sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara

Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655, Autorità di Vigilanza parere n. 114 del 16 giugno 2010

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

*Il possesso
dei requisiti <<speciali>>:
le indicazioni
del regolamento*

Requisiti di partecipazione (art. 275)

Ai fini della partecipazione alla gara

Concorrente
singolo

Deve possedere i requisiti
economico-finanziari e tecnico organizzativi
relativi
alla prestazione principale
ed alle eventuali prestazioni secondarie

ATI e Consorzi

Il bando stabilisce la misura dei requisiti che
le singole imprese riunite o consorziate
devono possedere.
In ogni caso, la mandataria deve
possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni
in misura maggioritaria

La Società tra imprese riunite (art. 276)

Qualora l'appalto sia aggiudicato ad un'ATI o ad un Consorzio

Le imprese facenti parte dell'ATI o del Consorzio possono costituire una società (anche di tipo consortile)

SCOPO

Esecuzione unitaria,
totale o parziale,
delle prestazioni

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Disciplina

Tutti i concorrenti devono far parte della Società nella medesima percentuale di appartenenza all'ATI o Consorzio

Le prestazioni sono riferite ai soci in proporzione alle quota di partecipazione

Subentra senza necessità di autorizzazione nella esecuzione, totale o parziale, del contratto (non si tratta né di cessione del contratto, né di subappalto)

La Società

Il subentro ha effetto dalla notifica dell'atto costitutivo alla S.A. (subordinatamente all'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese)

Tutte le imprese riunite devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza all'ATI o al Consorzio (in caso di esecuzione parziale, la società può essere costituita anche dalle sole imprese interessate all'esecuzione parziale)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Consorzi stabili (art. 277)

Articolo 36 comma 1 del Codice

Sono costituiti da **non meno di tre consorziati** che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di **operare in modo congiunto** nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un **periodo di tempo non inferiore a cinque anni**, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa

Esegue le prestazioni tramite la propria struttura o quella dei consorziati indicati in sede di gara quali esecutori, i quali sono sempre responsabili solidalmente (art. 94 comma 1 del Regolamento)

Requisiti di partecipazione alle gare:
attrezzatura, mezzi d'opera e organico medio: si sommano quelli di tutti i consorziati
restanti requisiti: si sommano solo quelli delle consorziate esecutrici

(art. 277 comma 3 del Regolamento)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

L'avvalimento

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Definizione di avvalimento

L'istituto dell'avvalimento consente ad un'impresa di ricorrere alle referenze tecniche, economiche e finanziarie di un'altra impresa detta impresa ausiliaria, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara

Di creazione giurisprudenziale (metà anni '90) prima di essere disciplinato dalle direttive comunitarie del 2004 e dal Codice dei contratti pubblici

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

L'avvalimento nel Codice dei Contratti

Per una singola gara di lavori, servizi e forniture

Articolo 49

APPLICABILE con l'entrata in vigore del D.lgs. 163/2006 (Codice Unico)

Per l'ottenimento del Certificato SOA

Articolo 50

APPLICABILE solo con l'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Le indicazioni della giurisprudenza

Avvalimento e assenza di richiamo in bando

L'avvalimento è istituito di carattere generale il quale trova "addirittura applicazione anche in mancanza della relativa specifica previsione in sede di bando di gara"
(tra le altre, TAR Lazio sez. II^{ter} 12 gennaio 2010 n. 153)

www.studiogvs.it

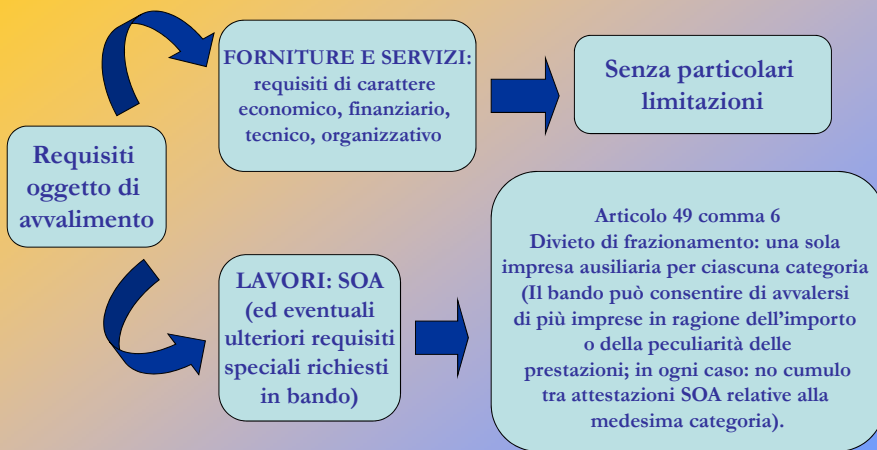
Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

*I requisiti oggetto
di avvalimento
(disciplina normativa e
indicazioni
giurisprudenziali)*

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

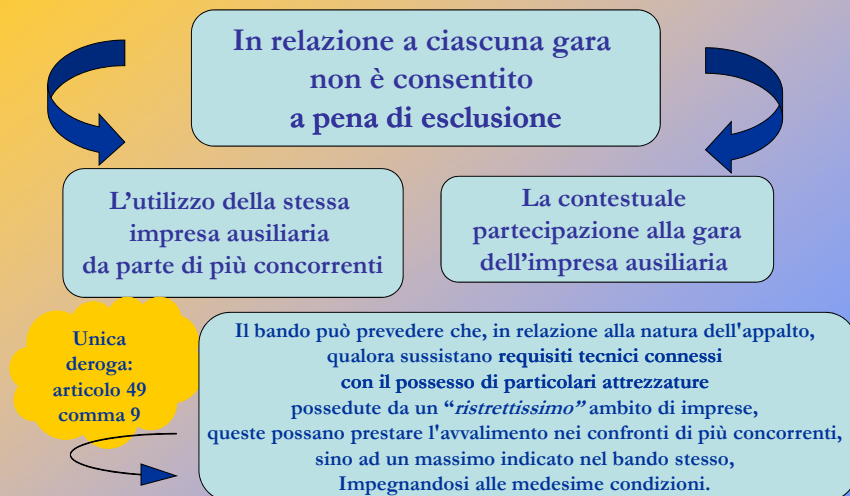
Avvalimento e partecipazione ad una gara di appalto: i requisiti



www.studiogvs.it

**Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi**

Il divieto di partecipazione alla gara dell'impresa ausiliaria



www.studiogvs.it

**Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi**

Le indicazioni della giurisprudenza

Avvalimento e punteggio tecnico

E' esclusa
(in quanto contraria alla *ratio* dell'istituto)
la possibilità di ricorrere all'avvalimento per giovare
sotto il profilo dell'incremento
del punteggio concernente il merito tecnico
(Consiglio di Stato sez. VI 18 settembre 2009 n. 5626)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Le indicazioni della giurisprudenza

Avvalimento e certificazione di qualità

*<<Deve essere evitata ogni
lettura aprioristicamente restrittiva
dell'ambito di operatività della disciplina
- per cui- in linea generale,
può anche essere utilizzato per dimostrare
la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità">>*

(TAR Lazio sez. I ter 12 maggio 2011 n. 4145
che richiama C. Stato sez. III n. 2344 del 2011;
nello stesso TAR Campania Salerno sez. I 29 aprile 2011 n. 813)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Il Contratto di Avalimento

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Avvalimento e partecipazione ad una gara di appalto I^a fase: l'Accordo

Impresa concorrente
alla gara

Impresa ausiliaria

CONTRATTO

Il Contratto non serve
se le imprese
appartengono
allo stesso gruppo

In virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti
del concorrente a *“fornire i requisiti e a mettere a disposizione le
risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”*

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Il Contratto di avvalimento

Il Contratto:
contenuto minimo ex articolo 49 comma 2 lett. f)

Obbligo dell'impresa ausiliaria di:
✓ fornire i requisiti al concorrente;
✓ mettere a disposizione del concorrente
le risorse necessarie per
tutta la durata dell'appalto.

Problematiche aperte:
- È necessario ai fini dell'ammissione alla gara inserire ulteriori clausole?
(ad esempio: corrispettivo, impegni del concorrente ecc.)
- Occorre una forma particolare?

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Contratto di avvalimento: le indicazioni della giurisprudenza

Gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso sono del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara
(TAR Lazio Roma sez. I 3 dicembre 2009 n. 12455)

Il contratto di avvalimento ben può quindi essere configurato quale "*contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti*", con conseguente irrilevanza, ai fini della validità del vincolo *inter partes*, dell'esistenza di un obbligo a carico del concorrente di corrispondere un compenso all'ausiliaria

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Contratto di avvalimento: le indicazioni della giurisprudenza

La forma del contratto

Il contratto di avvalimento può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo (TAR Emilia Romagna Bologna sez. I 17 dicembre 2008 n. 4653; nello stesso senso TAR Lazio Roma sez. II ter 30 aprile 2008 n. 3637 e TAR Veneto 20 aprile 2010 n. 5528)

La prova del contratto

E' pur vero che la relativa normativa non richiede una particolare forma per il contratto di avvalimento ma comunque occorre fornire la prova dell'intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell'art. 1321 c.c., (Consiglio di Stato sez. V 10 febbraio 2009 n. 743)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Contratto di avvalimento: la disciplina regolamentare

ARTICOLO 88 Comma 1

Il contratto di cui all'articolo 49 comma 2 del Codice *“deve riportare in modo compiuto esplicito ed esauriente”*:



a) oggetto: le risorse ed i mezzi prestati *“in modo determinato e specifico”*



In caso di avvalimento di un requisito finanziario?

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Contratto di avvalimento: la disciplina regolamentare

ARTICOLO 88 Comma 1

Il contratto di cui all'articolo 49 comma 2 del Codice
“deve riportare in modo compiuto esplicito ed esauriente”:

b) durata

... ma la durata deve necessariamente coincidere con quella dell'appalto
(cfr. articolo 49 comma 2 lett. f)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Contratto di avvalimento: la disciplina regolamentare

ARTICOLO 88 Comma 1

Il contratto di cui all'articolo 49 comma 2 del Codice
“deve riportare in modo compiuto esplicito ed esauriente”:

c) ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento

Quali sono questi elementi?
L'articolo 49 non dice alcunché in merito.
Assoluta incertezza

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

*Avvalimento
e procedura di gara
(disciplina normativa
e indicazioni
giurisprudenziali)*

www.studiogvs.it

**Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi**

**Avvalimento e partecipazione ad una
gara di appalto - II[^] fase: la gara**

Impresa concorrente



Trasmette alla S.A.



Copia del contratto o dichiarazione attestante l'appartenenza delle due imprese al medesimo gruppo.

Dichiarazioni:

- del concorrente attestante *“l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”* (verificabile ex art. 48 del Codice);
- del concorrente e dell'impresa ausiliaria attestante il possesso dei requisiti generali;
- dell'impresa ausiliaria con cui si obbliga verso il concorrente e verso la s.appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- dell'impresa ausiliaria con la quale attesta che non partecipa alla gara

www.studiogvs.it

**Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi**

In caso di dichiarazioni mendaci ...

Esclusione del concorrente ed escussione cauzione provvisoria

Trasmissione atti all'Autorità
ai fini dell'applicazione delle sanzioni
pecuniarie di cui
all'articolo 6 comma 11 del Codice

Causa di esclusione
per futuri appalti
ex articolo 38 lett. h)

A carico
di chi?

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Avvalimento e partecipazione ad una gara di appalto III[^] fase: verifiche e stipula

Verifiche antimafia



Impresa concorrente
e
impresa ausiliaria

Stipula contratto



Impresa concorrente

In ragione
dell'importo
dell'appalto a
base di gara

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Avvalimento ed esecuzione del contratto

Avvalimento e partecipazione ad una gara di appalto III[^] fase: esecuzione del contratto

Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione (articolo 49 comma 10 prima parte)

... ne consegue che l'impresa ausiliaria è esclusa dalla fase esecutiva, fatta salva la possibilità ex articolo 49 comma 10 seconda parte...

... di affidamento dei lavori in subappalto, "nei limiti dei requisiti prestati"

Problematiche aperte

Oltre al contratto di avvalimento
è necessario che concorrente
e impresa ausiliaria sottoscrivano ulteriori contratti
(ad esempio: affitto di azienda; locazione attrezzature, ecc.)?



Due tesi interpretative

E' necessario ed in assenza
l'avvalimento non si perfeziona

Non è necessario ai fini
del perfezionamento
dell'avvalimento

... alcuni contratti assumono comunque rilievo
ai fini dell'esecuzione delle prestazioni

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

*L'impresa ausiliaria:
responsabilità*

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Avvalimento e partecipazione ad una gara di appalto III[^] fase: responsabilità

ARTICOLO 49 comma 4 del Codice
Il Concorrente e l'impresa ausiliaria sono
responsabili in solido
nei confronti della S.A. in relazione
alle prestazioni oggetto del contratto

In caso di subappalto:
nei limiti delle
prestazioni affidate
(TAR Lazio 27
dicembre 2007 n.
14081)

... entro quali
limiti risponde
l'impresa
ausiliaria?

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

Le indicazioni della giurisprudenza

Natura dell'impegno dell'impresa ausiliaria

L'impresa ausiliaria non è un soggetto terzo rispetto alla gara,
dovendosi essa impegnare
non soltanto verso l'impresa concorrente
ma anche verso la S.A. a mettere a disposizione
del concorrente le risorse di cui questi sia carente.

L'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento
in una dichiarazione resa nei confronti della S.A..

L'impresa ausiliaria diventa titolare
passivo di un'obbligazione accessoria
dipendente rispetto a quella principale del concorrente
e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore
del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti.
(Consiglio di Stato sez. VI 13 maggio 2010 n. 2956)

www.studiogvs.it

Studio Legale Associato
Gentile - Varlaro Sinisi

L'impresa ausiliaria: capacità di avvalimento

Esiste una limitazione alla
capacità di avvalimento di un'impresa?

In relazione a ciascuna gara, la
stazione appaltante trasmette
all'Autorità tutte le dichiarazioni di
avvalimento, indicando altresì
l'aggiudicatario, per l'esercizio della
vigilanza, e per la pubblicità sul sito
informatico presso l'Osservatorio
(articolo 49 comma 11)

Trattasi di una forma di pubblicità
priva di effetti limitativi