

COMUNICATO DEL PRESIDENTE

Indicazioni alle Stazioni Appaltanti in materia di Avvalimento a seguito della Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 nella Causa C-94/12

(pubblicato nella Gazzetta ufficiale n.75 del 31 marzo 2014)

Il Presidente,

Visti i principi di carattere generale sanciti dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 163/2006 (Codice), tra i quali quelli di economicità, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa, nonché di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità;

Visto il principio di adeguata qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici sancito dall'art. 40, comma 1, del Codice che prescrive altresì che gli stessi devono improntare la loro attività ai principi della qualità della professionalità e della correttezza;

Visti i requisiti per la qualificazione indicati dal D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento) e, in particolare, i requisiti di ordine speciale, di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo, indicati dall'art. 79 del Regolamento, certificati dagli Organismi di attestazione SOA con il rilascio delle attestazione di qualificazione per l'esecuzione di affidamenti di lavori di importo superiore a € 150.000;

Visto l'art. 49, comma 1, del Codice che dispone che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34 del Codice in relazione alla specifica gara di lavori, servizi o forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo, attraverso i requisiti di altro soggetto;

Visto l'art. 49, comma 6, del Codice che dispone che per i lavori il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e che il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico - finanziari e tecnico – organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria;

Vista la successiva Sentenza del 10 ottobre 2013 resa nella causa C-94/12, con la quale la Corte di Giustizia Europea ha rilevato l'incompatibilità con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE di una disposizione nazionale, come quella dell'art. 49, comma 6, del Codice che vieta in via generale agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese;

Richiamato il principio espresso dalla Corte di giustizia europea per il quale non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, risultando precisato che “In un’ipotesi del genere l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell’articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’ appalto interessato”

Considerato che in ordine al regime di responsabilità delle imprese nei confronti della stazione appaltante in caso di avvalimento, dal combinato disposto dei commi 4 e 10 dell’articolo 49 del Codice emerge che il contratto è eseguito dall’impresa concorrente e che l’impresa ausiliaria rimane estranea alla fase di gara e al contratto, nonostante il regime di responsabilità solidale tra l’impresa ausiliaria e l’ausiliata in relazione alle prestazioni oggetto del contratto

Considerata la necessità di evitare che il ricorso all’avvalimento con frazionamento dei requisiti richiesti dal bando possa tradursi nel rischio per la stazione appaltante di non avere adeguata assicurazione sulla capacità degli operatori economici di eseguire a regola d’arte le prestazioni oggetto del contratto;

Considerato che ai sensi dell’art. 2 del Codice l’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza;

Considerato che la finalità pro-concorrenziale dell’istituto dell’avvalimento, ribadita dalla Sentenza della Corte di Giustizia del 10 ottobre 2013, non può essere perseguita a danno dell’interesse pubblico a selezionare un operatore economico in grado di eseguire con buon esito i lavori oggetto dell’affidamento al fine di non produrre un eccessivo squilibrio nell’attuazione dei principi fondamentali di cui all’art. 2;

Considerata, pertanto, la necessità di un intervento chiarificatore dell’Autorità volto ad armonizzare le indicazioni della Sentenza della Corte di Giustizia Europea con il complessivo quadro normativo che si ricava dalle norme sopra richiamate

COMUNICA

Che le stazioni appaltanti, nell’affidamento dei contratti relativi all’esecuzione di lavori o opere, sono richiamate ad osservare le seguenti indicazioni:

1) Alla luce di quanto statuito dalla Corte di Giustizia Europea nella Sentenza 10 ottobre 2013 è incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004 una disposizione nazionale, come quella dell’art. 49, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006, che vieta in via generale agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese;

- 2) In attuazione della sentenza della Corte di Giustizia Europea è ammessa, in sede di gara, la possibilità che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria;
- 3) Resta fermo il principio espresso dalla Corte nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrà legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici;
- 4) La legittimazione riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice di esigere un livello minimo di capacità, di cui al punto 3), trova fondamento anche negli indeclinabili principi contenuti nell'art.2, comma 1 del Codice dei Contratti la cui applicazione si pone a garanzia, per la stazione appaltante, di ricevere la migliore prestazione. Tale esigenza della stazione appaltante deve risultare da adeguata motivazione espressa in seno alla delibera o determina a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara.
- 5) Nel caso di cui al punto 3) la stazione appaltante deve chiaramente specificare nel bando o nella lettera di invito qual è il livello minimo di capacità richieste in termini di classifica minima che deve essere posseduta dall'operatore o dagli operatori economici di cui si intenda cumulare le capacità per il raggiungimento della classifica richiesta nel bando di gara;
- 6) Il punto 4 della determinazione 1° agosto 2012, n. 2, si intende modificato nella parte concernente la disciplina dettata dall'art. 49, comma 6, alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea e secondo le indicazioni contenute nel presente Comunicato.

Il Presidente: Sergio Santoro Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014
il Segretario: Maria Esposito