

Dalla stipula del contratto d'appalto alla fase di esecuzione

I soggetti presenti durante l'esecuzione

Impostazione sistematica

Definizione operatore economico

Qualificazione delle imprese: oe, subappalto

RTI, Consorzi e consorzi stabili

RTI e Consorzi

Subappalto e contratti simili

Contratti non assimilabili al subappalto

Avvalimento in fase di esecuzione

L'operatore economico

- L'art. 3 lett.p) «OPERATORE ECONOMICO»,
- una persona fisica o giuridica,
- un ente pubblico,
- un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese
- un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico(GEIE) ex d.lgs.n.240/1991

L'operatore economico

- Secondo l'art.45,co.2, sono ammessi a partecipare: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane; c) i consorzi stabili, d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, e) i consorzi ordinari di concorrenti; f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete; g) i GEIE

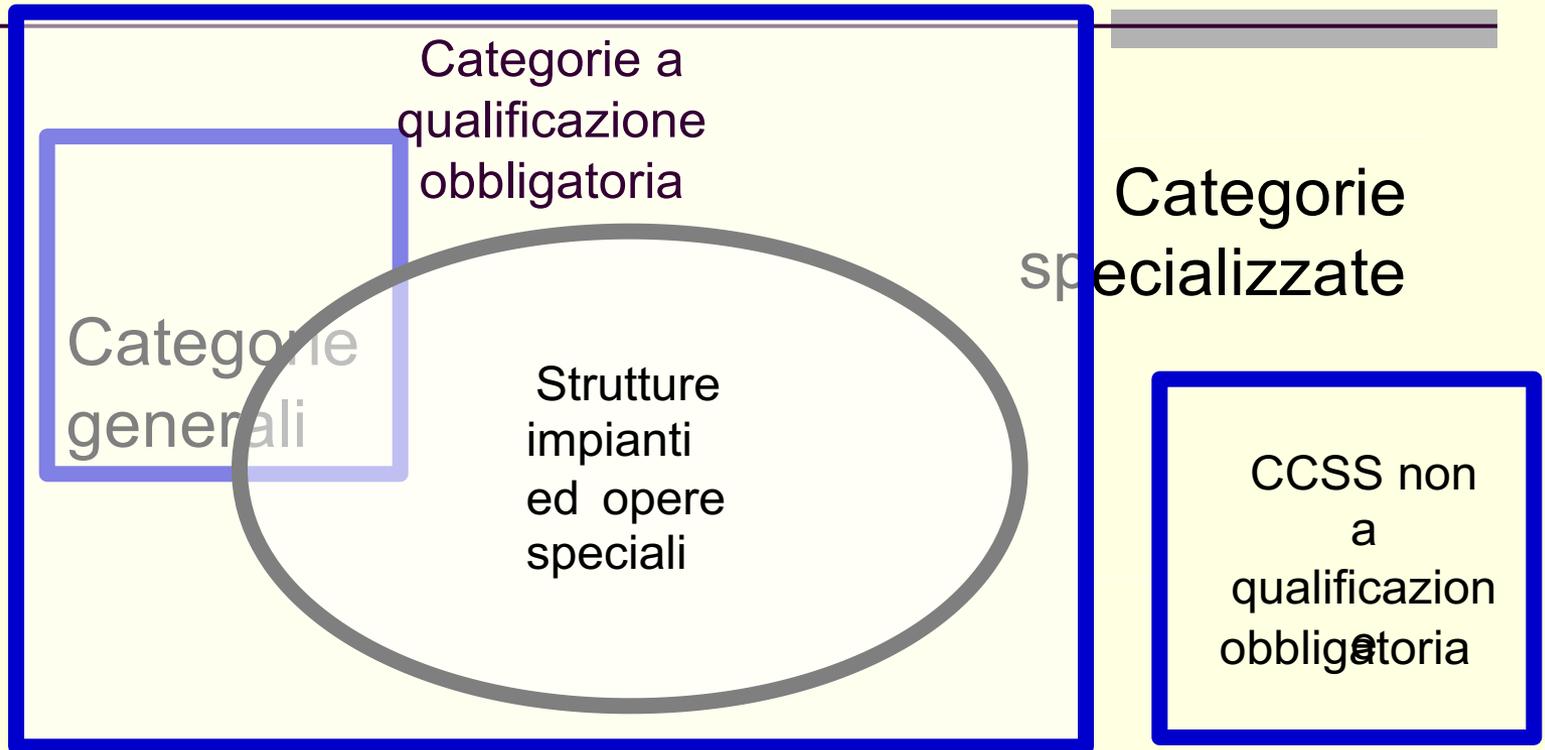
La qualificazione

- L'articolo 84, prevede una qualificazione ad hoc
- Per la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella categoria prevalente, generale(OG) o specializzata (OS).
- Nel bando di gara è indicato l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente nonché le categorie scorporate, con indicazione dei relativi importi .

Definizioni

- Fonti normative: art. 3, co. 1 del Codice zzzz)
- **«categorie di opere generali»** le opere e i lavori caratterizzati da una pluralità di lavorazioni indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte; aaaaa)
- **«categorie di opere specializzate»** le lavorazioni che, nell'ambito del processo realizzativo dell'opera o lavoro necessitano di una particolare specializzazione e professionalità;
- In realtà, fino all'adozione del nuovo sistema di qualificazione (ex art. 83) in base all'art. 216, co. 14 del Codice rimangono in vigore “le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (cioè gli artt. Da 60 a 96), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

La definizione delle lavorazioni componenti l'opera



Le categorie generali

*Elenco contenuto
nell'allegato A al
DPR 207/2010
con relative
declaratoria
(OG11)
aggiornata dal DM
IITT 248/2016*

OG 1: Edifici civili e industriali

OG 2: Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi

delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali

OG 3: Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, e piste aeroportuali, e relative opere complementari

OG 4: Opere d'arte nel sottosuolo

OG 5: Dighe

OG 6: Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione

OG 7: Opere marittime e lavori di dragaggio

OG 8: Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica

OG 9: Impianti per la produzione di energia elettrica

OG 10: impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua ed impianti di pubblica illuminazione

OG 11: Impianti tecnologici

OG 12: Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale

OG 13: Opere di ingegneria naturalistica

Le categorie specializzate

*Elenco contenuto
nell'allegato A al
DPR 207/2010
aggiornato dal DM
IITT 248/2016*

OS 1:Lavori in terra
OS 2-A:Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico
OS 2-B:Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario OS 3:Impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie
OS 4:Impianti elettromeccanici trasportatori OS 5:Impianti pneumatici e antintrusione
OS 6:Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi
OS 7:Finiture di opere generali di natura edile e tecnica OS 8:Opere di impermeabilizzazione
OS 9:Impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico
OS 10:Segnaletica stradale non luminosa
OS 11:Apparecchiature strutturali speciali
OS 12-A:Barriere stradali di sicurezza
OS 12-B:Barriere paramassi, fermaneve e simili OS 13:Strutture prefabbricate in cemento armato
OS 14:Impianti di smaltimento e recupero rifiuti OS 15:Pulizia di acque marine, lacustri, fluviali
OS 16:Impianti per centrali produzione energia elettrica OS 17:Linee telefoniche ed impianti di telefonia

Segue: Le categorie specializzate

*Elenco contenuto
nell'allegato A al
DPR 207/2010
aggiornato dal DM
IITT 248/2016*

OS 18-A:Componenti strutturali in acciaio OS 18-B:Componenti per
facciate continue
OS 19:Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissioni e
trattamento
OS 20-A:Rilevamenti topografici
OS 20-B:Indagini geognostiche OS 21:Opere strutturali speciali
OS 22:Impianti di potabilizzazione e depurazione OS
23:Demolizione di opere
OS 24:Verde e arredo urbano
OS 25:Scavi archeologici
OS 26:Pavimentazioni e sovrastrutture speciali OS 27:Impianti per
la trazione elettrica
OS 28:Impianti termici e di condizionamento OS 29:Armamento
ferroviario
OS 30:Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi
OS 31:Impianti per la mobilità sospesa OS 32:Strutture in legno
OS 33:Coperture speciali
OS 34:Sistemi antirumore per infrastrutture di mobilità OS
35:Interventi a basso impatto ambientale

Le categorie a qualificazione obbligatoria

Elenco ricavato dall'Allegato A) al DPR 207/2010 come modificato dall'art. 12, comma 2 della legge 80/2014

Tutte le OOGG

OS 2-A: Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico

OS 2-B: Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario OS 3: Impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie

OS 4: Impianti elettromeccanici trasportatori OS 5: Impianti pneumatici e antintrusione OS 8: Opere di impermeabilizzazione

OS 10: Segnaletica stradale non luminosa

OS 11: Apparecchiature strutturali speciali OS 12-A: Barriere stradali di sicurezza

OS 12-B: Barriere paramassi, fermaneve e simili OS 13: Strutture prefabbricate in cemento armato OS 14: Impianti di smaltimento e recupero rifiuti OS 18-A: Componenti strutturali in acciaio

OS 18-B: Componenti per facciate continue OS 20-A: Rilevamenti topografici

OS 20-B: Indagini geognostiche OS 21: Opere strutturali speciali

OS 24: Verde e arredo urbano OS 25: Scavi archeologici

OS 28: Impianti termici e di condizionamento

OS 30: Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi OS

32: Strutture in legno

OS 33: Coperture speciali

OS 34: Sistemi antirumore per infrastrutture di mobilità OS 35: Interventi a basso impatto ambientale

N.B. Si presume che sia ancora in vigore l'art. 12, co. 2, lett. b) legge 80/2014 ai fini elencativi

Le categorie costituenti strutture impianti ed opere speciali (SIOS)

Art. 89. co.11 (Avvalimento)

*11. Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. **E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.** Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15.*

Il decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 è stato pubblicato sulla G.U. n. 3 del 4 gennaio 2017 ed è entrato in vigore il 19 gennaio 2017

Le categorie costituenti strutture impianti ed opere speciali (SIOS)

*Elenco ricavato
dall'art. 2 del DM
IITT 248/2016
(in vigore dal 19
gennaio 2017)*

***N.B. Sono tali SOLO
ove superino il 10%
dell'opera, altrimenti
seguono le regole
delle lavorazioni a
qualificazione
obbligatoria***

OG 11: Impianti tecnologici
OS 2-A: Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico
OS 2-B: Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario
OS 4: Impianti elettromeccanici trasportatori OS 11: Apparecchiature strutturali speciali OS 12-A: Barriere stradali di sicurezza
OS 12-B: Barriere paramassi, fermaneve e simili OS 13: Strutture prefabbricate in cemento armato OS 14: Impianti di smaltimento e recupero rifiuti OS 18-A: Componenti strutturali in acciaio
OS 18-B: Componenti per facciate continue OS 21: Opere strutturali speciali
OS 25: Scavi archeologici
OS 30: Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi
OS 32: Strutture in legno

Le categorie specializzate a qualificazione NON obbligatoria

*Elenco ricavato per
differenza tra le
SIOS e l'elenco
delle categorie a
qualificazione
obbligatoria*

OS 1: Lavori in terra
OS 6: Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi
OS 7: Finiture di opere generali di natura edile e tecnica
OS 9: Impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico
OS 15: Pulizia di acque marine, lacustri, fluviali
OS 16: Impianti per centrali produzione energia elettrica OS 17: Linee telefoniche ed impianti di telefonia
OS 19: Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissioni e trattamento
OS 22: Impianti di potabilizzazione e depurazione OS 23: Demolizione di opere
OS 26: Pavimentazioni e sovrastrutture speciali OS 27: Impianti per la trazione elettrica
OS 29: Armamento ferroviario
OS 31: Impianti per la mobilità sospesa

Quando si individuano le categorie componenti il lavoro o l'opera pubblica?

art. 32, co. 7 DPR 207/2010 (Elenco dei prezzi unitari, computo metrico estimativo e quadro economico del progetto definitivo)

7. Le varie voci di lavoro del computo metrico estimativo vanno aggregate secondo le rispettive categorie di appartenenza, generali e specializzate, allo scopo di rilevare i rispettivi importi, in relazione ai quali individuare:

a) la categoria prevalente;

b) le categorie scorporabili di importo superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori oppure a 150.000 euro e subappaltabili a scelta del concorrente;

c) nell'ambito delle categorie suddette, quelle di cui all'articolo 37, comma 11, del codice, definite strutture, impianti ed opere speciali (ora D.M. 248/2016);

d) quelle ricadenti nel sopra indicato comma 11 che superano il quindici per cento (periodo superato dato che il nuovo limite riportato nell'art. 89, co. 11 del Codice è del 10%).

Art. 42 (Computo metrico estimativo e quadro economico)

*1. Il computo metrico estimativo del progetto esecutivo costituisce **l'integrazione e l'aggiornamento del computo metrico estimativo redatto in sede di progetto definitivo**, nel rispetto degli stessi criteri e delle stesse indicazioni precisati all'articolo 41.*

*2. Il computo metrico estimativo viene redatto applicando alle quantità delle lavorazioni, dedotte dagli elaborati grafici del progetto esecutivo, i prezzi dell'elenco di cui all'articolo 41. Le quantità totali delle singole lavorazioni sono ricavate da dettagliati computi di quantità parziali, con indicazione puntuale dei corrispondenti elaborati grafici. **Le singole lavorazioni, risultanti dall'aggregazione delle rispettive voci dedotte dal computo metrico estimativo, sono poi raggruppate, in sede di redazione dello schema di contratto e del bando di gara, ai fini della definizione dei gruppi di categorie ritenute omogenee di cui all'articolo 3, comma 1, lettera s).** Tale aggregazione avviene in forma tabellare con riferimento alle specifiche parti di opere cui le aliquote si riferiscono.*

La scelta delle aggregazioni delle lavorazioni

Parere di Precontenzioso n. 16 del 29/07/2014 - rif. PREC 75/14/L d.lgs 163/06 Articoli 43, 64 - Codici 43.1, 64.1

Corretta indicazione della categoria prevalente- Nel bando di gara l'indicazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare non è rimessa alla discrezionalità dell'Ente, ma **è invece, specifico compito del progettista** procedere alla corretta individuazione delle lavorazioni di cui l'intervento è composto e alla loro esatta qualificazione in categorie e classifiche, sulla base delle vincolanti indicazioni contenute negli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 207/2010 (cfr. in questo senso : A.V.C.P, parere del 16/12/2010 n. 217; Cons. Stato, Sez. VI, 30/12/2004 n. 8292).

Parere di Precontenzioso n. 172 del 24/10/2012 - rif. PREC 118/12/S d.lgs 163/06 Articoli 40, 64 - Codici 40.3, 64.1

Contestazione della categoria di lavori
Competenza indicata responsabilità bando progettista- **L'individuazione delle categorie generali o speciali di cui si compone l'appalto rientra nelle specifiche competenze ed attribuzioni del progettista** (cfr. Pareri di Precontenzioso n. 67/2009, 217/2010, 107/2011, 111/2011).



Obblighi di scorporo, affidamento disgiunto o qualificazione particolare

art. 32, co. 7 DPR 207/2010

7. Le varie voci di lavoro del computo metrico estimativo vanno aggregate secondo le rispettive categorie di appartenenza, generali e specializzate, allo scopo di rilevare i rispettivi importi, in relazione ai quali individuare:

a) la categoria prevalente;

b) le categorie scorporabili di importo superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori oppure a 150.000 euro e subappaltabili a scelta del concorrente;

c) nell'ambito delle categorie suddette, quelle di cui all'articolo 37, comma 11, del codice, definite strutture, impianti ed opere speciali (ora D.M. 248/2016);

d) quelle ricadenti nel sopra indicato comma 11 che superano il quindici per cento (superato dato che il nuovo limite riportato nell'art. 89, co. 11 del Codice è del 10%).

Art. 12, co. 2, lett. b) legge 80/2014

Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.

Qualche dubbio potrebbe sorgere sul limite oltre il quale scatta il divieto di subappalto per le opere scorporabili ricadenti nelle SIOS: se quello del 10%, riportato nell'art. 89, co. 11, ma forse solo ai fini del divieto di avvalimento, o quello del 15% ancora presente nell'art. 32 del DPR 207/2010 e nel comma 2 dell'art. 12 della legge 80/2014 (che però non dovrebbe più trovare applicazione)



Obblighi di scorporo, affidamento disgiunto o qualificazione particolare

Lavori relativi a beni culturali Art. 146. (Qualificazione)

1. In conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento (sono le lavorazioni di cui alle categorie OG2, OS2-A, OS2-B e OS 25, cfr. art. 148)

2. I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale.

3. Per i contratti di cui al presente capo, considerata la specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, **non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente codice.**

Lavori relativi a beni culturali Art. 148. (Affidamento dei contratti)

1. I lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio, **non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento e comunque non attinenti la sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, non rendano necessario l'affidamento congiunto.** E' fatto salvo quanto previsto all'articolo 146 sul possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti nel presente capo.

2. **In nessun caso le lavorazioni specialistiche di cui al comma 1 possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento, indipendentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all'importo complessivo**

3. Per gli appalti aventi ad oggetto **gli allestimenti di istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio**, e per la manutenzione e il restauro di ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio la stazione appaltante, previo provvedimento motivato del responsabile del procedimento, **può applicare la disciplina relativa ai servizi o alle forniture, laddove i servizi o le forniture assumano rilevanza qualitativamente preponderante ai fini dell'oggetto del contratto, indipendentemente dall'importo dei lavori.**

Obblighi di scorporo, affidamento disgiunto o qualificazione particolare

La categoria OG11 D.M. II.TT. 248/2016 Art. 3. Requisiti di specializzazione

1. I requisiti di specializzazione che devono possedere gli operatori economici per l'esecuzione delle opere di cui all'articolo 2 - fermi restando i requisiti previsti dall'articolo 83 del codice dei contratti pubblici per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione da parte del sistema unico di qualificazione degli operatori economici di lavori pubblici di cui all'articolo 84 del medesimo codice - sono i seguenti:

...

c) nella categoria OG 11 possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3 (impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie), OS 28 (impianti termici e di condizionamento) e OS 30 (impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi), almeno la percentuale di seguito indicata dei requisiti di ordine speciale previsti per l'importo corrispondente alla classifica richiesta:

- 1) categoria OS 3: 40 per cento;
- 2) categoria OS 28: 70 per cento;
- 3) categoria OS 30: 70 per cento.

2. L'operatore economico in possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera c) nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta. I certificati di esecuzione dei lavori relativi alla categoria OG 11 indicano, oltre all'importo complessivo dei lavori riferito alla categoria OG 11, anche gli importi dei lavori riferiti a ciascuna delle suddette categorie di opere specializzate e sono utilizzati unicamente per la qualificazione nella categoria OG 11.

Le regole per la corretta previsione della categoria OG11 nell'ambito delle voci componenti l'opera o il lavoro pubblico sono definiti "Requisiti di specializzazione" ma in realtà integrano sia i requisiti di qualificazione che le regole della corretta progettazione, peraltro ancora in vigore (art. 79 del DPR 207/2010)

Per la categoria OG11 vige il principio dell'assorbenza in relazione alle categorie OS3, OS28 e OS 30

D.M. II.TT. 248/2016 Art. 3. Requisiti di specializzazione

1. I requisiti di specializzazione che devono possedere gli operatori economici per l'esecuzione delle opere di cui all'articolo 2 - fermi restando i requisiti previsti dall'articolo 83 del codice dei contratti pubblici per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione da parte del sistema unico di qualificazione degli operatori economici di lavori pubblici di cui all'articolo 84 del medesimo codice - sono i seguenti:

a) nelle categorie OS 11, OS 12-A, OS 12-B, OS 13, OS 18-A, OS 18-B, OS 21 e OS 32, avere nel proprio organico personale tecnico specializzato, appositamente formato e periodicamente aggiornato, per la corretta installazione e messa in esercizio dei prodotti e dei dispositivi da costruzione, anche complessi, impiegati nelle relative categorie di lavori, nonché, nei casi previsti dalle norme tecniche di riferimento, in possesso di attestazioni di qualificazione rilasciate da organismi riconosciuti;

b) nelle categorie OS 13, OS 18-A, OS 18-B e OS 32 disporre di un adeguato stabilimento industriale specificamente adibito alla produzione dei beni oggetto della relativa categoria;

.....

Anche questi appaiono come ulteriori requisiti per la qualificazione degli operatori economici e non incidono sui contenuti della documentazione di gara o la fase esecutiva

Le definizioni

*Categoria
prevalente*

*Categoria/e
scorporabile/i*

In realtà la definizione della categoria prevalente, e della scorporabile residuale, non è più presente in quanto non è stata riproposta la norma già contenuta nell'art. 108 del DPR 207/2010. Si ricava per analogia con la prestazione principale in caso di forniture e servizi

In base alle previsioni degli artt. 32 e 42 del DPR 207/2010 si ha l'obbligo di scorporo della singola categoria rispetto alla prevalente laddove la lavorazione superi il 10% o sia (pari o) superiore a 150.000 euro

La fase di consultazione sul DM 248/2016 e le conclusioni dello stesso Consiglio di Stato sullo schema di decreto ministeriale sembrano delineare uno scenario favorevole alle ccdd. "imprese generaliste", con progressiva riduzione delle categorie a qualificazione obbligatoria (cfr D.P.R. 30/10/2013, redatto sulla base delle indicazioni riportate nel parere del CdS assunto a seguito del ricorso straordinario al PdR del 2011, e con il quale all'inizio si era eliminata del tutto obbligatorietà della qualificazione per poter eseguire le categorie scorporabili, anche quelle super-specialistiche o SIOS).

Le categorie costituenti strutture, impianti ed opere speciali

- *Appartengono sia al gruppo delle generali che delle specializzate*
- *Qualora indicate come scorporabili, rientrano nel regime speciale del “divieto di avvalimento” e del “subappalto limitato” SOLO SE superiori al 10% del totale dell'opera*
- *Eseguibili in proprio da operatore con qualificazione adeguata o obbligo di costituire un RTOE, per coprire come minimo il 70% del suo importo, dichiarando contemporaneamente il subappalto del residuo 30%*
- *Se superiore al 10%, ma all'interno di un'opera di importo inferiore ad € 1.500.000,00, la qualificazione può essere dimostrata ricorrendo all'art. 90 del DPR 207/2010 (ritenendo vigente l'ultimo periodo dell'art. 92, co. 7 del medesimo DPR)*
- *Non possono essere subappaltate in misura superiore al 30%*
- *La quota di tale subappalto non rientra nel computo del 30% massimo consentito dall'art. 105, co. 2, terzo periodo, del Codice*
- *Il divieto di avvalimento non opera qualora indicata come categoria prevalente (escluse categorie relative ai beni culturali e agli scavi archeologici)*

Le categorie a qualificazione obbligatoria: 1^ tesi

- *L'elencazione deriva dall'allegato A al DPR 207/2010, come modificato ed integrato dall'art. 12, co. 2 della legge 80/2014*
- *Non essendo più vigente il doppio limite dell'art. 108, co. 3, che non è più tenuto in vita dall'art. 12, co. 2 della legge 80/2014, tali categorie sono sottoposte alla regola generale dell'art. 84, co. 1 del Codice e dell'art. 92 del DPR 207/2010*
- *Devono essere scorporate dalla prevalente se superano il 10% o 150.000 euro (art. 32 DPR 207/2010)*
- *Per importi superiori a 150.000 la qualificazione è documentata dal possesso di adeguata e pertinente attestazione SOA, oppure ricorrendo all'avvalimento, oppure dichiarando la volontà di ricorrere al subappalto qualificante “coprendo” l'importo nella prevalente*
- *Se pari o inferiori a 150.000 euro, ancorché scorporabili in quanto superiori al 10% possono essere eseguite in proprio oppure dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto facoltativo, in ogni caso “coprendo” l'importo nella prevalente;*
- *Possono essere subappaltate per intero, fermo il limite complessivo del 30% del totale del contratto*
-

Le categorie a qualificazione obbligatoria: 2^ tesi

- *L'art. 12, co. 2 della legge 80/2014 trova ancora applicazione in relazione alle categorie a qualificazione obbligatoria*
- *Devono essere scorporate dalla prevalente se superano il 10% o 150.000 euro (art. 32 DPR 207/2010 e art. 108, co 3 DPR 207/2010 in esso richiamato)*
- *Per importi superiori a 150.000 la qualificazione è documentata dal possesso di adeguata e pertinente attestazione SOA, oppure ricorrendo all'avvalimento, oppure dichiarando la volontà di ricorrere al subappalto qualificante “coprendo” l'importo nella prevalente*
Anche se pari o inferiori a 150.000 euro, ma superiori al 10% in appalti comunque superiori ad € 150.000,00 possono essere eseguite solo se in possesso di adeguata

attestazione SOA, ricorrendo all'avvalimento, oppure dichiarando il ricorso al subappalto qualificante, “coprendo” l'importo nella prevalente; si applica l'art. 12, comma 2, lett.b), e il riferimento al doppio limite di cui all'art. 108, co. 3 del DPR 207/2010

- *Possono essere subappaltate per intero, fermo il limite complessivo del 30% del totale del contratto*

Le tipologie di lavorazioni e i requisiti richiesti

~~Le categorie specializzate a qualificazione NON obbligatoria~~

- *Richiedono specifica qualificazione solo se indicate come categoria prevalente*
- *Devono essere scorporate solo se superano il 10% o 150.000 euro, altrimenti confluiscono nella prevalente*
- *Non essendo a qualificazione obbligatoria, anche se scorporate, si può fare ricorso all'avvalimento per dimostrare l'adeguata qualificazione oppure dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto o ancora eseguirle in proprio, "coprendo" l'importo nella prevalente*
- *Possono essere subappaltate per intero, fermo il limite complessivo del 30% del totale del contratto*

L'esecuzione delle SIOS

Esempio 1

Base d'asta € 1.200.000 (limite subappalto "esterno" € 1.200.000 x 30% = € 400.000)

- OG1 € 650.000 III (54%) prevalente*
- OG11 € 250.000 I (21%) SIOS (superiore 10% e a 150.000) obbligo SOA o RTOE, subappalto max 30%*
- OS 18-A € 149.000 (12%) SIOS (superiore 10% e inferiore a 150.000) obbligo SOA o RTOE con mandante qualificato ex art. 90, subappalto max 30%*
- OS6 € 151.000 (12,5%) categoria a qualificazione non obbligatoria, subappaltabile per intero*

L'eventuale quota del 30% di subappalto della OG11 e della OS²⁶18-A non incidono sul limite dei 400.000 euro

L'esecuzione delle SIOS

Esempio 2

Base d'asta € 2.500.000 (limite subappalto "esterno" € 2.500.000 x 30% = € 750.000)

- OG2 € 1.500.000 III-bis (60%) prevalente (no avvalimento)*
- OS21 € 500.000 II (20%) SIOS (superiore 10% e a 150.000) obbligo SOA o RTOE, subappalto max 30%*
- OG11 € 200.000 I (8%) no SIOS (inferiore 10% ma superiore a 150.000) obbligo SOA o RTOE o subappalto "qualificante"*
- OS 2-A € 149.000 (6%) no SIOS (inferiore 10% e inferiore a 150.000) ma obbligo di qualificazione specifica ex art. 90 o subappalto qualificante*
- OS 24 € 151.000 (6%) categoria a qualificazione obbligatoria ma subappaltabile per intero*

27

L'eventuale subappalto della OS21 non incide sul limite dei 750.000 euro

L'eventuale subappalto della OG11 incide sul limite dei 750.000 euro

L'esecuzione delle categorie a qualificazione obbligatoria

Esempio 1^ tesi:

Base d'appalto € 1.200.000

(limite subappalto

“esterno” € 1.200.000 x 30%

- *OG1 € 650.000 I (54,17%) prevalente*
- *OS28 € 250.000 I (21%) c.q.o. (superiore 10% e a 150.000) obbligo SOA anche con avvalimento, o RTOE o subappalto 100% qualificante*
- *OS3 € 149.000 I (12%) c.q.o. (superiore 10% ma inferiore a 150.000) no obbligo SOA o RTOE , subappalto facoltativo 100%*
- *OS6 € 151.000 I (12,5%) categoria a qualificazione non obbligatoria, subappaltabile per intero*

N.B. Le quote subappaltate devono essere coperte aumentando la classifica della prevalente

Esempio 2^ tesi

Base d'appalto € 1.200.000

(limite subappalto

“esterno” € 1.200.000 x 30%

- *OG1 € 650.000 I (54,17%) prevalente*
- *OS28 € 250.000 I (21%) c.q.o. (superiore 10% e a 150.000) obbligo SOA anche con avvalimento, o RTOE o subappalto 100% qualificante*
- *OS3 € 149.000 I (12%) c.q.o. (superiore 10% ma inferiore a 150.000) obbligo SOA o RTOE , subappalto qualificante 100%*
- *OS6 € 151.000 I (12,5%) categoria a qualificazione non obbligatoria, subappaltabile per intero*

N.B. Le quote subappaltate devono essere coperte aumentando la classifica della prevalente

Lavori di importo INFERIORE a €150.000

Qualificazione ai sensi dell'art. 90 del DPR 207/2010, tenuto in vita dall'art. 216, co 14 del Codice,
oppure

Attestazione SOA pertinente

Requisiti di ordine tecnico-organizzativo richiesti ai sensi dell'art. 90:

a)importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare;

b)costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a);

c)adeguata attrezzatura tecnica.

Per la categoria OG 13 (opere di ingegneria naturalistica) il certificato di esecuzione dei lavori deve essere accompagnato dall'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti.

*-Sotto tale soglia di fatto non esistono le categorie di lavorazioni e **sono possibili solo RTOE orizzontali***

-Nel bando devono essere indicati i lavori considerati analoghi e la categoria nella quale verrà rilasciato il CEL

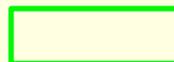
-Per le analogie tra lavorazioni per importi inferiori ad € 150.000 occorre far riferimento alle indicazioni di cui alla deliberazione ex AVCP 165/2003, ma tenendo conto anche del parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 3104/2013.

Operatori con idoneità individuale

- Operatore economico individuale: possesso dei requisiti di cui all'art. 90;
- Consorzi di cui all'art. 45 co. 2 lett. b): i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;
- Consorzi di cui all'art. 45 co. 2 lett. c) del D.lgs. n.50/2016 e limitatamente ai primi cinque anni dalla costituzione: i requisiti di carattere speciale posseduti dalle singole imprese esecutrici vengono sommati in capo al consorzio.

Operatori con idoneità plurisoggettiva

- Operatore economico raggruppato o consorziato, in forma di RTI o consorzio **di tipo orizzontale** di cui all'articolo 48 comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010: possesso del requisito in proporzione alla quota di partecipazione costituita dalla parte di lavori per la quale si qualifica e che intende assumere nell'ambito del raggruppamento;
- quota di partecipazione e relativa misura del requisito:
 - per l'operatore economico mandatario o capogruppo non può essere ³⁰ inferiore al 40% del totale richiesto al concorrente singolo e deve essere in misura maggioritaria rispetto a ciascun operatore economico mandante;
 - per ciascun operatore economico mandante non può essere inferiore al 10% del totale richiesto al concorrente singolo;
 - il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario nel suo insieme deve possedere il requisito nella misura richiesta al concorrente singolo



Lavori da 150.000 euro e più

Art. 84. (Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici)

1. *Fermo restando quanto previsto dal comma 12 e dall'articolo 90, comma 8, i soggetti **esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro**, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.*

Il limite per il ricorso alla attestazione SOA si è abbassato a 150.000 euro ma siccome rimane in vigore il regolamento che tratta la qualificazione sopra 150.000, continuiamo a considerare vigente quel limite

La locuzione “esecutori a qualsiasi titolo” è la norma per la quale si prevede che in caso di appalti si importo superiore a 150.000,00 euro le eventuali mandanti in RTOE assuntrici di lavorazioni di importo inferiore ad € 150.000,00 documentino il possesso del requisito sulla base dell'attestazione SOA e non dell'art. 90 del regolamento

Fa eccezione il subappaltatore in quanto la quota è garantita dalla copertura nella prevalente posseduta dall'affidatario (altrimenti eccesso di qualificazione)

Lavori da 150.000 euro e più

Art. 61 DPR 207/2010 (Categorie e classifiche)

1. Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4.

2. La qualificazione in una categoria **abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto**; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; **nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2.**

Regola generale: il concorrente qualificato per una determinata categoria può eseguire le lavorazioni fino al 20% in più; in caso di RTOOEE il bonus si applica se ciascun OE è qualificato per almeno il 20% dell'appalto

Eccezione: il bonus non vale se deve essere utilizzato per dimostrare il raggiungimento della quota maggioritaria minima del 40% (RT con più di due OO.EE:)

Ma in caso di RT con due OO.EE? Vale per il 50,1%?

Lavori da 150.000 euro e più

Ma quali requisiti speciali copre l'attestazione SOA?

vecchia normativa

Art. 60 DPR 207/2010. Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione degli esecutori di lavori

1. Il presente capo nonché il capo II e il capo III del presente titolo disciplinano il sistema unico di qualificazione di cui all'articolo 40 del codice.

2. La qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, di importo superiore a 150.000 euro.

*3. Fatto salvo quanto stabilito agli articoli 61, comma 6, e 62, **l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.***

4. Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente capo, nonché dal capo III del presente titolo.

Art. 76 DPR 207/2010

1. Per il conseguimento della qualificazione le imprese devono possedere i requisiti stabiliti dal presente capo. Ad esclusione delle classifiche I e II, le imprese devono altresì possedere la certificazione del sistema di qualità di cui all'articolo 40, comma 3, lettera a), del codice.

*2. L'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione deve stipulare apposito contratto con una delle SOA autorizzate, con **obbligo di produrre il certificato della camera di commercio, industria e artigianato, completo di attestazione antimafia, dal cui oggetto sociale risultino le attività riconducibili alle categorie di opere generali e specializzate richieste.***

Lavori da 150.000 euro e più

Ma quali requisiti speciali copre l'attestazione SOA?

nuova normativa

Art. 84. Codice (Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici)

*1. Fermo restando quanto previsto dal comma 12 e dall'articolo 90, comma 8, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici **di importo pari o superiore a 150.000 euro**, provano il possesso dei **requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83**, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.*

- *l'obbligo di SOA scatta già da € 150.000 e non più solo sopra*

- *in maniera implicita prima, esplicita ora, per i lavori in caso di possesso dell'attestazione SOA non sarebbe necessaria la produzione della dichiarazione sostitutiva relativa all'iscrizione alla CCIAA;*

34

- *vi è giurisprudenza abbastanza concorde nel non considerare l'iscrizione alla CCIAA passibile di avvalimento*

- *rimane l'opportunità di chiederla in relazione al possibile ricorso all'avvalimento, per evitare che un'impresa iscritta per servizi di pulizia chieda di eseguire lavori edili e in caso di lavori inferiori a 150.000 euro per eseguire correttamente la qualificazione in gara*

Verifica triennale e rinnovo quinquennale (art. 76 e 77 del DPR 207/2010)

In caso di attestazione con verifica triennale in scadenza o scaduta, l'operatore economico verrà considerato in possesso dei relativi requisiti qualora abbia presentato la domanda/stipulato il contratto prima della scadenza del termine stesso e previa conclusione dell'attività di verifica positiva

In caso di attestazione in scadenza o scaduta, l'operatore economico verrà considerato in possesso dei relativi requisiti qualora abbia presentato la domanda/stipulato il contratto prima della scadenza del termine stesso e previa conclusione dell'attività di conferma positiva.

N.B. Nel caso in cui sia necessario procedere all'aggiudicazione o alla stipula del contratto entro un termine non dilazionabile, inserirne la previsione ai fini dell'eventuale scorrimento della graduatoria

Lavori da 150.000 euro e più con unica categoria

Operatori con idoneità individuale

- Operatore singolo: possesso di idonea ed adeguata attestazione SOA
- consorzi di cui all'art. 45 co. 2 lett. b) e c): l'attestazione SOA, deve essere intestata al consorzio

N.B. In questo caso sono possibili solo RTOOEE di tipo orizzontale

*Infatti per raggruppamento di
orizzontale tipo si una di
intend riunion
realizzare i lavori della stessa categoria.
operatori economici finalizzata a*

Operatori con idoneità plurisoggettiva

- operatore economico raggruppato o consorziato, in forma di RTI o consorzio **di tipo orizzontale** di cui all'articolo 48 comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010: possesso del requisito in proporzione alla quota di partecipazione costituita dalla parte di lavori per la quale si qualifica e che intende assumere nell'ambito del raggruppamento;
- quota di partecipazione di cui al precedente punto e relativa misura del requisito:
 - per l'operatore economico mandatario o capogruppo non può essere inferiore ³⁶ al 40% del totale richiesto al concorrente singolo e deve essere in misura maggioritaria rispetto a ciascun operatore economico mandante;
 - per ciascun operatore economico mandante non può essere inferiore al 10% del totale richiesto al concorrente singolo;
 - il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario nel suo insieme deve possedere il requisito nella misura richiesta al concorrente singolo;

Lavori da 150.000 euro e più con più categorie

Operatori con idoneità individuale

- Operatore singolo: possesso di idonee ed adeguate attestazioni SOA
- Consorzi di cui all'art. 45 co. 2 lett. b) e c): le attestazioni SOA, devono essere idonee ed adeguate ed intestate al consorzio

Anche in questo caso potrebbero presentarsi RTOE orizzontali, ad es. se i singoli operatori acquisiscono pari quote % nelle diverse categorie, oppure se, in presenza di una scorporabile interamente subappaltabile, coprono insieme la qualificazione richiesta nella prevalente

Operatori con idoneità plurisoggettiva

In caso di operatore economico raggruppatoo consorziato, in forma di RTI o consorzio **di tipo verticale**, i requisiti di cui all'art. 84, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere.

I lavori riconducibili alla **3** categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Lavori da 150.000 euro e più con più categorie

Operatori con idoneità plurisoggettiva

In caso di operatore economico raggruppato o consorziato, in forma di RTI o consorzio di tipo verticale, di cui all'articolo 48, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 92, comma 3, del d.P.R.

n. 207 del 2010 si prevede che:

- ogni operatore economico raggruppato o consorziato deve essere in possesso del requisito in proporzione alla quota di partecipazione costituita dalla parte di lavori ovvero dalle categorie di lavori per i quali si qualifica e che intende assumere nell'ambito del raggruppamento;
- la quota di partecipazione di cui al precedente punto, e la relativa misura del requisito:

--- per l'operatore economico mandatario o capogruppo non può essere inferiore all'incidenza dell'importo della categoria prevalente;

--- per ciascun operatore economico mandante non può essere inferiore all'incidenza dell'importo della categoria scorporabile per la quale si qualifica e intende assumere;

- in caso di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari di tipo misto (orizzontale e verticale), per il raggruppamento in orizzontale interno al RTI o al consorzio la quota di partecipazione e la relativa misura del requisito:

--- per l'operatore economico mandatario o capogruppo non può essere inferiore al 40% del totale richiesto al concorrente singolo e deve essere in misura maggioritaria rispetto a ciascun economico operatore mandante;

--- per ciascun operatore economico mandante non può essere inferiore al 10%

Lavori da 150.000 euro e più con più categorie

Operatori con idoneità plurisoggettiva

Alcune novità:

Modificabilità quote nei RTOOE in fase di esecuzione previa autorizzazione e verifica adeguatezza dei requisiti posseduti (nuovo art. 92, co. 2 del DPR 207/2010 come modificato dalla legge 80/2014)

Vanno tenuti fermi i rapporti con i requisiti posseduti e “spesi” e la variazione presuppone la variazione anche dell'atto di mandato

Per i consorzi stabili in assenza delle linee ANAC (previste dall'art. 83, co. 2 del Codice) continua la qualificabilità con la somma dei requisiti (art. 36, co. 7 del Codice, tenuto in vita dal richiamo contenuto nell'art. 81 del DPR 207/2010, a sua volta in vigore in virtù dell'art. 216, co. 14 del Codice)

(cfr T.A.R. Lazio, Roma, I-quater, 25 gennaio 2017, n. 1324)

Lavori di importo pari o superiore ad € 20.000.000,00

Art. 84, co. 7 del Codice

7. Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre alla presentazione dell'attestazione dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati:

a) alla verifica della capacità economico-finanziaria. In tal caso il concorrente fornisce i **parametri economico-finanziari significativi** richiesti, certificati da società di revisione ovvero altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione e emerge in modo inequivoco la esposizione finanziaria dell'impresa concorrente all'epoca in cui partecipa ad una gara di appalto; **in alternativa a tale requisito**, la stazione appaltante può richiedere **una cifra d'affari in lavori pari a 2 volte l'importo a base di gara**, che l'impresa deve aver realizzato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando; 40

b) alla verifica della capacità professionale per gli appalti per i quali viene richiesta la classifica illimitata. In tal caso il concorrente fornisce **evidenza di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente** a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro.

Esempi di RTOOEE

RTOOEE Orizzontale (Cg min 40%, cz min 10%)

Esempio

OG11 categoria unica RTOE con 2 operatori Cg 51% cz 49%

Cg= capogruppo o mandataria Cz= consorziata o mandante

RTOOEE Orizzontale OG11 prev. OS6 scorp. RTOE con 2 operatori Cg 51% cz 49% per entrambe le cat. oppure

Cg	51%	cz	49%
	nella	prev.	e

dichiarazione subappalto della scorp.

RTOOEE Verticale (Cg prev. cz scorp.)

Esempio

OG1 prevalente 100% Cg OS30 scorporabile 100% cz

NB. E' stato ritenuto ammissibile che la mandante assuma su di se più scorporabili fino a superare in valore la mandataria

RTOOEE Misto Esempio 1

OG1 prevalente 70% Cg 30% cz OS30 scorporabile 100% cz Esempio 2

OG1 prevalente 100% Cg

OS30 scorporabile 70% Cg 30% cz Anche

in questo caso la cz potrebbe superare in

importo le lavorazioni della Cg

L'avvalimento dell'attestazione SOA nell'ultimo rinvio all'adunanza plenaria

Art. 89, co. 1 del Codice

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una 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. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto 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.

I contenuti del contratto

C.d.S, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23

L'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'art. 47, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che **essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.** Tale soluzione è confermata anche dalla nuova disciplina e, in particolare, dall'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 che non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

- Non è richiesto il possesso di una misura minima del requisito connesso all'attestazione SOA, a meno di non volerlo prevedere a quanto consentito dall'art. 89, co. 4 del Codice

4. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

- E' consentito l'avvalimento per attestare la qualificazione per le SIOS prevalenti

Infatti la norma, essendo restrittiva dell'utilizzo dell'istituto generale dell'avvalimento è di stretta interpretazione; inoltre quando il legislatore ha voluto ulteriormente restringere il campo lo ha fatto con una norma specifica (vedasi appalti sui beni culturali art. 146

Codice)

Peraltro la modifica proposta in sede di decreto correttivo all'art. 89 dovrebbe risolvere i dubbi con un intervento normativo novativo che a quel punto estenderà il divieto di avvalimento anche alle SIOS prevalenti.

Il controllo in fase di esecuzione

Art. 89, co 3 del codice

3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

Come effettuare la verifica sull' utilizzo delle risorse dell'ausiliaria?

Con il contratto di avvalimento di fatto si mettono a disposizione risorse (personale direzione tecnica, attrezzature); avremo quindi subappalti nei limiti consentiti, distacchi di manodopera (ma qual è l'interesse del distaccante?) e di organi della direzione tecnica, noli a freddo o a caldo, ecc.

Il subappalto

Le condizioni

- Il subappalto al massimo può interessare il 30% del valore del contratto (eccezione quota SIOS) (art. 105, co. 2 e 5)**
- Il subappalto per essere consentito, deve essere previsto nella documentazione di gara (art. 105, co. 4)**
- L'operatore economico deve dichiarare in sede di gara la volontà di ricorrere al subappalto, indicando per quali attività, e deve richiedere in ogni caso l'autorizzazione prima dell'avvio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate (20 gg prima) (co. 7)**
- sopra soglia occorre l'indicazione di una terna di subappaltatori (co.6)**

Nel decreto correttivo è previsto un restringimento ulteriore del subappalto per le SIOS prevalenti ed il limite viene fissato al 30% della categoria prevalente

Obblighi

- L'operatore economico aggiudicatario, in relazione al singolo subappalto deve:**
- trasmettere la documentazione attestante l'assenza di motivi di esclusione a carico del subappaltatore (ex art. 80).**
 - trasmettere la documentazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione (art. 90 DPR 207/2010 o art. 84 del Codice).**
 - depositare il contratto di appalto unitamente alla documentazione tecnica (POS), amministrativa e grafica derivata dagli atti del contratto affidato, (co. 7).**
 - applicare, per le prestazioni rese dal subappaltatore, un ribasso non superiore al 20% (co.), ribasso che in ogni caso non dovrà riguardare oneri per la sicurezza e costo della manodopera, che devono esse corrisposti direttamente alle imprese subappaltatrici (co. 14)**
 - oltre ad applicare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, risponde in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto rispondere (co. 9)**

Contratti similari

- tutte le parti delle lavorazioni previste, anche di importo inferiore al 2% sono considerati subappalti e sottoposti alla preventiva autorizzazione della SA (per gli importi inferiori al 2% si ha il dimezzamento dei termini per l'autorizzazione, ai sensi del comma 18) - NON costituiscono viceversa subappalto (art. 105, co. 2, quarto periodo): •le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

Non sono subappalto

- Non sono inoltre considerati altresì subappalti: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni montani e delle isole minori. In ogni caso per L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. -

La partecipazione associata

- In ossequio ai principi costituzionali e comunitari, finalizzati a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, il Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50) consente l'accesso in forma associata alle procedure di affidamento. Tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure in forma associata, gli artt. 45 e 46 individuano, tra l'altro, i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti ed i consorzi, stabili e ordinari. La disciplina di dettaglio riguardante la costituzione, il possesso dei requisiti, la responsabilità e i limiti dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari e stabili di operatori economici è contenuta nei successivi artt. 47 e 48 del medesimo decreto legislativo.
- La finalità della partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento è quella di permettere l'intervento di operatori economici che non avrebbero singolarmente i requisiti necessari alla partecipazione, garantendo al contempo la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante.
- La disciplina del vigente Codice si pone in sostanziale continuità con la precedente (d.lgs. 163/2006 abrogato dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016).

Come partecipare alla gara in RTI

- Il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), anche noto con l'acronimo ATI (associazione temporanea di imprese), è l'istituto mediante il quale un'impresa, che non dispone in misura sufficiente dei requisiti tecnici e/o economici necessari per partecipare ad una determinata gara d'appalto, si associa ad altre imprese per incrementare i propri **requisiti di qualificazione**, in vista della partecipazione alla specifica gara.
- In tal modo il RTI consente anche alle imprese di piccole dimensioni la massima partecipazione alle procedure di gara e, nel contempo, garantisce alle Amministrazioni appaltanti la selezione della migliore offerta nei confronti di una platea più numerosa di concorrenti.

Come partecipare alla gara in RTI

- Il RTI, cumulando i requisiti delle singole imprese riunite, partecipa alla gara presentando **un'unica offerta congiunta**, con il conseguente obbligo, in caso di aggiudicazione, di eseguire congiuntamente le prestazioni oggetto dell'appalto.
- Il RTI si costituisce mediante il conferimento, da parte delle **imprese c.d. mandanti**, di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in capo **all'impresa c.d. mandataria** (o capogruppo), in virtù del quale quest'ultima diviene l'interlocutrice principale nei confronti della stazione appaltante.
- Il **mandato di rappresentanza** è gratuito ed irrevocabile e non dà luogo ad una organizzazione comune tra le imprese associate, in quanto ciascuna mantiene la propria autonomia gestionale e fiscale. Il mandato viene conferito mediante **atto pubblico o scrittura privata autenticata**.

Il RTI può partecipare alla singola gara:

- **costituito**, se il mandato è già stato conferito alla mandataria prima di partecipare alla gara; in tal caso l'offerta di gara deve essere sottoscritta dall'impresa mandataria *“in nome e per conto proprio e delle mandanti”*;
- **costituendo**, se il mandato non è ancora stato conferito alla mandataria ma le singole imprese riunite dichiarano di impegnarsi a costituire il RTI in caso di aggiudicazione; in tal caso, poiché il mandato non risulta ancora conferito, l'offerta di gara deve essere sottoscritta da tutte le imprese riunite.

Tipi di RTI

raggruppamento orizzontale si configura quando:

- per i servizi e le forniture, tutte le imprese riunite eseguono la medesima prestazione;
- per i lavori, le imprese riunite realizzano i lavori della stessa categoria di qualificazione.

Il **raggruppamento verticale** si configura invece quando:

- per i servizi e le forniture, la mandataria esegue la prestazione principale e le mandanti eseguono le prestazioni secondarie;
- per i lavori, la mandataria realizza i lavori della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano i lavori delle categorie scorporabili.

E' inoltre consentito anche il **raggruppamento c.d. misto**, che è un raggruppamento verticale in cui l'esecuzione delle singole categorie (per i lavori) o delle singole prestazioni (per i servizi e le forniture) viene assunta da sub-associazioni di tipo orizzontale.

Obblighi delle imprese riunite

- Le singole imprese riunite, in fase di presentazione dell'offerta, sono tenute ad indicare le quote di partecipazione al RTI, avendo riguardo che vi sia perfetta corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni, al fine di assicurare che la mandataria sia effettivamente il soggetto più qualificato in rapporto al complesso delle prestazioni oggetto dell'appalto, nonché per consentire alla stazione appaltante di effettuare i necessari controlli in sede di esecuzione del contratto.
- Con la presentazione dell'offerta congiunta, le imprese riunite in RTI orizzontale assumono una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori.
- Per le imprese riunite in RTI verticale la responsabilità è invece limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza (lavori scorporabili o, nel caso di servizi e forniture, prestazioni secondarie), ferma restando la responsabilità della mandataria per l'intero appalto
- .

I raggruppamenti temporanei e loro tipologie.

- I raggruppamenti temporanei possono essere composti da imprese (RTI) o da professionisti (RTP) e possono essere **orizzontali, verticali o misti**.
- Nel **raggruppamento orizzontale**, le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, mentre nel **raggruppamento verticale**, ognuna delle imprese raggruppate porta la propria competenza.
- Pertanto, la distinzione tra raggruppamenti orizzontali e raggruppamenti verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara.
- In merito, **l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 13 giugno 2012 n. 22**, ha chiarito che *“La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili”*. Pertanto è possibile dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, la prestazione “prevalente” e quelle “scorporabili” ovvero quelle “principali” e quelle “secondarie”.

segue

- E' precluso infatti al partecipante alla gara *“procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie “*, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772).
- Tale divieto si giustifica in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, posto che *” per i raggruppamenti verticali, ... la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara”* (Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772).

Il raggruppamento di tipo orizzontale.

- La configurazione di un raggruppamento di tipo orizzontale o verticale, con riferimento ad uno specifico procedimento di gara, presuppone che la lex specialis abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e ai sensi dell'art. 48, comma 2 del Codice.
- A tale proposito l'Autorità, con parere n. 284 del 22 marzo 2017, ha ritenuto conforme alla normativa vigente l'operato della stazione appaltante che ha ammesso a partecipare alla gara indetta per l'affidamento di un servizio unitario, seppur articolato in diversi segmenti attuativi, un RTI orizzontale che nell'offerta aveva espresso una specificazione prettamente quantitativa del riparto del servizio (84,459% alla capogruppo e 15,541% alla mandante).
- Nel caso risolto dall'Autorità, il bando di gara non faceva distinzione tra la prestazione principale e quelle secondarie, lasciando così ai concorrenti la libertà di stabilire liberamente nell'offerta le quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione ai sensi dell'art. 48, co. 4 del Codice.
- In assenza dei presupposti per la configurazione di un raggruppamento di tipo verticale (correlati alla menzionata necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento), la configurazione – come orizzontale – del raggruppamento è coerente con la disciplina di gara in quanto risponde alla prescrizione di cui all'art. 48, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016 , laddove non indichi le attività che sarebbero state svolte separatamente da ciascuna delle imprese raggruppate, ma effettui una ripartizione solo percentuale del servizio oggetto di gara.

segue

- L'Autorità ha quindi ritenuto che *“l’offerta [della concorrente] coerentemente con la disciplina di gara e con la norma di riferimento, presenta una specificazione prettamente quantitativa del ripartoe appare idonea a fornire alla stazione appaltante certezza in ordine alle modalità di esecuzione del servizio ed ai connessi profili di responsabilità contrattuale delle imprese associate, ciascuna delle quali si obbliga ad assumere pro quota l’intero spettro delle prestazioni riconducibili al servizio oggetto di gara (in tal senso vedasi Parere n. 121 del 6/6/2014; TAR Salerno, sentenza del 6 dicembre 2016 n. 2631)”* (parere n. 284 del 22 marzo 2017).
- La ripartizione solo percentuale del servizio oggetto di gara non elimina la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante secondo cui tutte le imprese possono essere chiamate a rispondere dell’esecuzione dei singoli servizi, a prescindere dalla ripartizione interna al raggruppamento dei compiti (art. 48 co. 5 del Codice).
- Tale conclusione è conforme a quanto statuito dalla più recente giurisprudenza secondo cui *“solo previa specifica ed espressa individuazione – ad opera della lex specialis – delle prestazioni “principali” e di quelle “secondarie” appare ammissibile una ripartizione delle prestazioni oggetto dell’appalto non già pro quota (come avviene nel raggruppamento orizzontale), ma a seconda della diversa tipologia delle medesime (come avviene nel raggruppamento verticale). Di conseguenza, se le eventuali prestazioni “accessorie” non sono specificamente enucleate dalla Stazione appaltante, non sarà possibile da parte dei concorrenti costituire un raggruppamento verticale (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 9.8.2017, n. 1384 confermata da Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772; T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 10.5.2018, n. 1239).*

segue

- In un secondo caso (Parere n. 880 dell'1 agosto 2017), in tema di recupero di rifiuti, l'Autorità si è trovata a decidere sull'istanza di una componente di una rete di imprese intenzionata a partecipare in RTI orizzontale, la quale lamentava l'illegittimità della lex specialis di gara in quanto *“la richiesta del disciplinare che pone solo a carico della mandataria il requisito della disponibilità dell'impianto per le operazioni di recupero dei rifiuti, a suo parere, osterebbe alla partecipazione in RTI orizzontale. Essendo prevista solo una prestazione principale, consistente appunto nel servizio di recupero con impianto autorizzato, l'istante ritiene che la suddivisione in via orizzontale della prestazione dovrebbe poter prevedere anche in capo alla mandante la dotazione di un impianto.....”*.
- L'Autorità ha, invece, ritenuto che *“la scelta discrezionale della Stazione appaltante di richiedere l'esecuzione del servizio presso un unico impianto autorizzato fosse supportata da motivazioni tecniche che non sono apparse illogiche o irragionevoli, in quanto sorrette da esigenze derivanti dalle condizioni dell'appalto cd. “generale”*.

Il raggruppamento di tipo verticale o misto.

- Quanto invece alla configurazione di raggruppamenti di tipo verticale o misto, con parere n. 1237 del 6 dicembre 2017, l'Autorità ha chiarito che: *“In merito ai limiti posti ai RTI di tipo verticale, sia la prevalente giurisprudenza sia l’Autorità, con considerazioni in merito all’art. 37, comma 2, d. lgs. 163/2006 (ma estendibili al corrispondente art. 48, comma 2 del vigente codice), hanno più volte affermato che, nel caso di forniture o servizi, il raggruppamento temporaneo di tipo verticale è ammesso solo a condizione che la stazione appaltante abbia preventivamente indicato quale prestazione possa essere considerata come “principale” o “secondaria” (Consiglio di Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 maggio 2013 n. 869; C.G.A., 8 febbraio 2016, n. 39; TAR Sicilia Palermo, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 3 066; parere precontenzioso n.130 del 24 luglio 2013)”* . Nel caso di specie, il bando identificava espressamente l’attività di gestione e smaltimento dei rifiuti come un’attività scorporabile dalla prestazione principale (servizio di pulizia), e quindi subappaltabile, per la quale richiedeva anche la necessaria iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali.
- L’Autorità ha ritenuto che la previsione del bando in merito alla prestazione scorporabile “vale a consentire la partecipazione alla gara di RTI di tipo verticale o misto (come quello in esame) in cui la mandante, in possesso della necessaria autorizzazione, esegue il servizio scorporabile di gestione e smaltimento dei rifiuti e il servizio di pulizia è svolto dalla/e impresa/e (mandataria da sola o unitamente ad altre mandanti) dotata/e del requisito di iscrizione al registro di cui al DM 274/1997.

segue

- Ciò considerato che *“la disposizionedel bando di gara che prevede che ciascuna impresa facente parte del RTI possiede l’iscrizione al registro di cui al DM 274/1997 è da interpretarsi, in un’ottica sistematica, come rivolta alle sole imprese svolgenti il servizio di pulizia ”*.
- L’Autorità ha dunque ritenuto illegittima l’esclusione dalla gara per l’affidamento di un servizio di pulizia e gestione, raccolta e smaltimento di rifiuti dell’RTI misto (composto da mandataria e tre mandanti) motivata, l’esclusione, sulla base del fatto che una delle mandanti non fosse in possesso del requisito – richiesto dal bando di gara per tutte le imprese partecipanti al raggruppamento – dell’iscrizione al Registro delle imprese di pulizia di cui al DM 274/1997.

La qualificazione dei raggruppamenti.

- La discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di partecipazione.
- La disciplina dei raggruppamenti lascia ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante nella determinazione dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale, purchè tali prescrizioni soddisfino i requisiti di proporzionalità e ragionevolezza, preservando la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento e non restringendo la platea dei potenziali concorrenti.

segue

- A rimarcare tale potere discrezionale della stazione appaltante, con parere n. 794 del 19 luglio 2017, l’Autorità ha chiarito che *“costituisce principio generale e consolidato in materia quello secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che, in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principi o di proporzionalità nell’azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell’efficiente risultato del contratto e dunque dell’interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all’oggetto del contratto.*
- *Errerebbe l’amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell’aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell’adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr.*

segue

- Proprio in ragione del criterio dell'adeguatezza del requisito e del fatto che i particolari requisiti che esprimono la capacità tecnica vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, con parere n. 608 del 31 maggio 2017 l'Autorità ha ritenuto legittima la *lex specialis* di gara che chiedeva, in capo a tutti i componenti del RTI e non solo in capo al componente del raggruppamento deputato a svolgere la parte del servizio il possesso di idonea certificazione (nella specie Oracle di livello non inferiore a Gold) per la quale tale certificazione era necessaria *“dal momento che la competenza tecnologica richiesta riguarda tutti i servizi oggetto dell'affidamento”*.
- L'Autorità ha ritenuto corrette le motivazioni fornite dalla stazione appaltante secondo cui soltanto il possesso della partnership Oracle di livello non inferiore a Gold avrebbe potuto garantire, grazie alla disponibilità di elementi qualificanti specifici, i massimi livelli di efficacia, qualità e tempestività.

segue

- Ha inoltre affermato che *“La ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell’appalto e alle specifiche peculiarità dell’oggetto di gara (cfr, per tutti, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4170/2015; Sez. V n. 1599/2006)”* (parere n. 5 dell’11 gennaio 2017). In tale ultimo parere, l’Autorità ha altresì valutato legittima la scelta, perché proporzionata e non restrittiva della concorrenza, di inserire nel disciplinare di gara una clausola che, considerata la specialità del servizio di pulizia sanitaria oggetto del contratto, richiedeva il requisito non frazionabile dello svolgimento dei servizi di pulizia presso enti sanitari che avessero avuto almeno 900 posti letto in un unico presidio ospedaliero. Rilevava l’Autorità che *“appare ragionevole e non sproporzionato richiedere che l’esperienza pregressa si sia svolta in strutture di pari dimensioni”* e che *“appare giustificata la richiesta che tale esperienza pregressa sia stata maturata da un operatore economico unico”*.
- In linea con quanto sopra esposto circa il potere discrezionale della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti per la partecipazione, si rammenta la decisione del TAR Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144 che afferma che: *“il compito di definire i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dai componenti del raggruppamento è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante”*.

Requisiti tecnici e professionali: i servizi di punta

- Quanto ai servizi di punta, l’Autorità ha ritenuto illegittima l’esclusione di un RTI laddove *“l’impresa capogruppoabbia dichiarato il possesso per intero del requisito di capacità tecnica relativo al contratto di punta”* richiesto dal bando di gara.
- L’Autorità ha avuto modo di chiarire che è sufficiente che tale requisito – il c.d. “servizio di punta” – sia posseduto per intero da un solo componente del raggruppamento (parere n. 1103 del 25 ottobre 2017).
- La giurisprudenza amministrativa ha avallato tale principio statuendo che *“la non frazionabilità del servizio di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento”* (TAR Puglia, Bari, Sez.I, 24.1.2013, n. 81).

Requisiti tecnici e professionali di un RTP: servizi ultimati/espletati.

- Con parere n. 1099 del 25 ottobre 2017, l'Autorità ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione ad un RTP in cui la mandataria non aveva dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale (avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi analoghi per un importo specifico non inferiore all'importo stimato a base di gara).
- Nella fattispecie, la stazione appaltante aveva “*preso in considerazione la parte di servizio che risulta completata*”; il servizio svolto in favore di una stazione appaltante era dunque ancora in esecuzione e non era ancora stato approvato.

segue

- *Rammenta l'Autorità che “la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell'operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione « approvati» da un'altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione «eseguiti» per conto di un committente privato. (Cons. Stato, sez. V, 22.05.201 5 n. 2567)..... secondo la giurisprudenza, l'art. 267 del DPR 207/2010, non più in vigore ma la cui disciplina parere n. 431 del 27 aprile 2017, l'Autorità ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione in base alla quale “il capofila mandatario deve possedere i requisiti di non è mutata con l'adozione delle linee guida: nel caso che la progettazione sia stata commissionata da un'amministrazione pubblica i servizi di cui all'art. 252 sono valutabili come titoli professionali qualificanti per la partecipazione a gare pubbliche anche se l'opera progettata non è stata eseguita ma è necessario che siano svolti ultimati e approvati con certificato apposito rilasciato dall'ente nella data antecedente la pubblicazione del bando ”.*

segue

- Per completezza si rammenta che, tenuto conto dell'intervenuto cambiamento del quadro normativo di riferimento (d.lgs. 50/2016 non pone alcuna distinzione tra committenti pubblici e privati), nella nota illustrativa al bando tipo n. 3 (pag. 10) è stato chiarito che *“Quanto ai requisiti di capacità tecnica e professionale, si chiarisce che per i servizi espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, di cui all'elenco di servizi (7.3 lett. i) ed ai servizi di punta (7.3 lett. j), la stazione appaltante deve tenere in considerazione tutti i servizi ultimati nel decennio ovvero, se non totalmente ultimati, la parte di essi terminata nel medesimo periodo di riferimento”*. L'Autorità ha dunque eliminato, anche nel bando tipo n. 3, il riferimento ai servizi “ultimati”, sostituito con “espletati” (punto 7.3 lett. i e j).

Requisiti di un RTP: la misura maggioritaria

- Circa il possesso dei requisiti da parte di raggruppamento temporaneo di professionisti (RTP), con parere n. 431 del 27 aprile 2017, l'Autorità ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione in base alla quale "il capofila mandatario deve possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa *"nella percentuale almeno pari al 51% dei requisiti minimi per ogni classe e categoria di servizi oggetto della prestazione"* . Ha affermato l'Autorità che tale clausola impediva la partecipazione alla gara dei raggruppamenti verticali, resa possibile dalla distinzione effettuata nella documentazione di gara tra attività principale e attività secondarie desumibile dalla classificazione effettuata e dai singoli importi indicati. Si rammenta infatti che, nel caso di raggruppamenti verticali, i requisiti tecnici devono essere posseduti da mandataria e mandanti in relazione alle attività di competenza (cfr pag. 11 della nota illustrativa al bando tipo n. 3).

segue

- In particolare si è chiarito che *“giòva richiamare l’indirizzo interpretativo espresso da questa Autorità, secondo cui il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica solo nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la subassociazione orizzontale), mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione che intende eseguire (cfr. Parere Anac del 6 giugno 2016, n. 122; Id. Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 49)”*.
- A tale proposito, si rammenta il seguente chiarimento al bando tipo n. 3: *«Il possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria di cui al punto 7.4 deve essere inteso come tale in relazione ai requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, a prescindere dagli importi totali posseduti. L’operatore economico, in possesso dei requisiti per essere mandatario del RTP, che voglia partecipare al raggruppamento invece quale mandante, potrà spendere soltanto una parte dei requisiti posseduti, inferiori a quelli spesi dal concorrente che intende svolgere il ruolo di mandataria, in tal modo salvaguardando il principio del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo a quest’ultima»*.

Il sopralluogo nei raggruppamenti costituenti.

- L'Autorità ha ritenuto (parere n. 714 del 31 luglio 2018) legittima l'esclusione da una gara di lavori sottosoglia di un costituendo RTI in cui la mandataria aveva effettuato il sopralluogo obbligatorio esclusivamente in nome proprio e non anche in nome e per conto della mandante, in violazione di quanto chiaramente e puntualmente previsto nel disciplinare di gara quali oneri relativi al sopralluogo in caso di raggruppamento temporaneo non ancora costituito. *“Tale impostazione è stata ribadita dall'Autorità con le deliberazioni n. 1228 del 22 novembre 2017 e n. 2 del 10 gennaio 2018 (recanti, rispettivamente, il Bando-tipo n. 1 per contratti di servizi e forniture sopra soglia e il Bando-tipo n. 2 per l'affidamento di servizi di pulizia), nelle quali si prevede che – in caso di RTI costituendo – il sopralluogo può essere effettuato da un rappresentante di uno dei soggetti raggruppati o da soggetto diverso, purché munito della delega di tutti detti operatori”* (parere n. 714 del 31 luglio 2018).

I consorzi stabili e loro qualificazione.

- L'istituto del consorzio stabile, quale forma di partecipazione alle procedure di affidamento, è stato introdotto dall'art. 10, co. 1, lett. c) della legge n. 109/1994, poi riprodotto nell'art. 36 del d.lgs. 163/2006 e oggi nell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016.
- La costante giurisprudenza amministrativa delinea il consorzio stabile come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "*cumulo alla rinfusa*" (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 1709) .

I requisiti «unione fa la forza»

- Detto criterio si sostanzia nel fatto che il Consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti con requisiti propri oppure attraverso quelli delle sue consorziate – esecutrici e non esecutrici.
- La qualificazione del Consorzio stabile tramite il criterio del cd. cumulo alla rinfusa ha comunque dato non pochi problemi interpretativi e di diritto intertemporale.
- L'art. 36, comma 7, primo periodo del d.lgs. 163/2006 (Codice ora abrogato) secondo cui “ *il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*” ossia tutte (esecutrici e non) le imprese consorziate, non chiariva se tale criterio fosse applicabile solo alle gare di lavori o anche a quelle di servizi e forniture.

segue

- Tale dubbio interpretativo è stato superato dalle modifiche apportate al d.lgs 163/2006 dal decreto correttivo d.lgs. n. 113 del 2007, il quale ha introdotto, all'inizio del secondo periodo dello stesso comma 7 dell'art. 36, le parole "per i lavori"; così evidenziando l'estensione dell'ambito applicativo del primo periodo del medesimo comma a tutti gli appalti sia di lavori che di servizi e forniture. Successivamente entravano in vigore gli artt. 94 e 277 del dpr 207/2010.
- L'art. 94, comma 2 del dpr 207/2010 (lavori), tuttora in vigore, stabilisce che *"i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alla singole [anche non esecutrici] consorziate dei corrispondenti requisiti", l'art. 277 del dpr citato (servizi e forniture) – abrogato dal d.lgs. 50/2016 – stabiliva che "i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi posseduti dai singoli consorziati [anche non esecutori] relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo sono sommati ; i restanti requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori"*.

Dalla «unione fa la forza» alla «rinfusa»

- Sul punto è intervenuta l'Autorità (parere n. 277 del 1° marzo 2017), la quale, richiamando la disciplina applicabile *ratione temporis* alla gara (art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006 e art. 277 co. 3 del dpr 207/2010), ha ritenuto applicabile, anche agli appalti di servizi, il cd. cumulo alla rinfusa che consente la sommatoria in capo al consorzio stabile di tutti i requisiti di carattere speciale posseduti dalle singole imprese consorziate e non solo di quelle per le quali il consorzio dichiara di concorrere, ferma restando la facoltà per il consorzio di fare valere i requisiti di cui sia titolare in proprio.
- Nella fattispecie oggetto di parere – in cui un consorzio stabile partecipava ad una gara di servizi quale mandante di un RTI misto senza indicare consorziate esecutrici (perché esecutore in proprio) ma avvalendosi della certificazione dei qualità di una delle consorziate per il dimezzamento della cauzione – l'Autorità ha ritenuto *“illegittima la clausola del disciplinare se interpretata come impositiva ai consorzi stabili che non hanno indicato consorziate esecutrici di possedere in proprio la certificazione di qualità ai fini del beneficio della dimidiazione della cauzione”*.
- L'Autorità ha quindi chiarito che *“Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate»* (art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006). *Alla luce della novella apportata al comma 7 dal d.lgs. n. 113/2007 che ha introdotto la precisazione “Per i lavori” all’inizio del periodo successivo (così evidenziando l’estensione dell’ambito applicativo del primo periodo del comma a tutti gli appalti) e dei più recenti arresti giurisprudenziali, la disposizione è da ritenersi applicabile tanto agli appalti di lavori che a quelli di servizi e forniture.....*

segue

- *L'estensione del richiamato criterio (pacifico per gli appalti di lavori) al settore dei servizi e delle forniture – dove, a causa di una normativa non del tutto lineare (art. 35 e art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 e art. 277 d.P.R. n. 207/2010), la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in modo altalenante – è stata efficacemente affermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2563 del 10 maggio 2013.*
- *Con tale pronuncia, confermata dalla giurisprudenza successiva (Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014 n. 895 e 19 novembre 2014 n. 5689), il supremo consesso di giustizia amministrativa, facendo leva su un approccio interpretativo di natura sistematica, ha evidenziato che «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente(omissis) “una lettura del comma 3 dell'art. 277 del d.P.R. n. 210/2007.....limitativa, in termini assoluti, dell'applicabilità del criterio del cumulo alla rinfusa, per i “restanti requisiti”, ai soli consorziati esecutori, non terrebbe adeguatamente conto della facoltà del consorzio stabile di eseguire direttamente le prestazioni e, imponendo al consorzio stabile che eserciti tale facoltà di possedere i requisiti in proprio, si tradurrebbe nella negazione della causa mutualistica del patto consortile”.*

segue

- Detto parere è in linea anche con quanto affermato dalla più recente giurisprudenza secondo cui *“il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l’ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto”* (Cons. Stato, Sez. V, 16.1.2019, n. 403).
- Entrato in vigore il d.lgs. 50/2016, ed in particolare l’art. 47 del d.lgs. 50/2016, nella sua formulazione originaria antecedente al decreto correttivo, di difficile interpretazione era la disciplina della qualificazione dei consorzi stabili nel periodo transitorio di cui agli artt. 83, co. 2 e 216 co. 14 del d.lgs. 50/2016 citato.

segue

- Si ponevano dubbi, infatti, circa l'ultravigenza, nel periodo transitorio, del d.lgs. 163/2006, oltre che per i lavori, anche per le gare di servizi e forniture, vista la formulazione dell'art. 83, co 2 e art. 2016 co. 14 del d.lgs. 50.
- Si è affermato che *“il regime dei consorzi stabili, con particolare riferimento al criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, si palesa – nella fase di transizione dal previgente D.Lgs. n. 163 del 2006 all'attuale Codice dei contratti – piuttosto complessa, incerta e travagliata, accompagnata com'è da un non perspicuo e persino confuso regime transitorio che ha visto comprensibilmente elaborare difformi intendimenti della giurisprudenza di prime cure (significativo, come si dirà, il contrasto maturato tra la sentenza oggetto della odierna impugnazione e la difforme ricostruzione operata da T.A.R. Lazio, Sez. I quater, 25 gennaio 2017, n. 1324 e, per vario rispetto, da T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507)”* (Cons. Stato Sez. V, 17.9.2018 n. 5427).

segue

- Nel tentativo di fare chiarezza, con Comunicato del Presidente dell'8 giugno 2016, l'ANAC pubblicava una FAQ sul periodo transitorio con cui affermava che *"I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del Codice. Inoltre, l'art. 216, comma 14, prevede che fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del Codice"*.

segue

- In tale quadro di incertezza, veniva posto all’Autorità il quesito – in relazione ad un bando pubblicato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 ma prima del correttivo, per l’affidamento di un servizio di refezione scolastica – se l’ambigua formulazione degli artt. 47 comma 1 e 83 co 2 del d.lgs. 50/2016, che disponevano per la qualificazione dei consorzi stabili facendo rinvio “per i lavori” alle “linee guida dell’Anac” comportasse l’ultravigenza, nel periodo transitorio, del d.lgs. 163/2006 anche per le gare di servizi.

segue

- Con parere n. 33 del 10 gennaio 2018, l'ANAC sposava la linea interpretativa, seguita anche da una parte della giurisprudenza (cfr sentenza del TAR Lazio, 25 gennaio 2017 n. 13204 in una gara di servizi), secondo cui, *“fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del d. lgs. 50/2017, per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, si applicano le previgenti disposizioni contenute nell'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006, in base al quale i consorzi si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento. Tale regola, chiarisce il TAR, vale sia per gli appalti di lavori che di servizi”* (conforme T.A.R. Napoli n. 3507/2017).

segue

- Pertanto, l'ANAC ha ritenuto che, in una gara bandita prima della entrata in vigore del D.Lgs. n. 56 del 2017, il quadro normativo di riferimento fosse il regime transitorio operante per gli appalti di lavori. Detto parere (n. 33 del 10 gennaio 2018) chiariva inoltre che il Consorzio stabile istante, costituito da più di cinque anni, avrebbe comunque potuto qualificarsi avvalendosi anche dei requisiti posseduti dalle consorziate.

segue

- Ha sul punto affermato che *“nel contrasto tra le disposizioni che ammettono il cumulo alla rinfusa incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del consorzio stabile (i citati art. 83, comma 2, art. 216, comma 14 d.lgs. 50/2016 e previgente art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006) e quelle che viceversa ne ammettono l’applicazione solo ai consorzi neocostituiti (art. 47 co.2 dlgs. 50/2016 prima della novella del 2017) va preferita l’applicazione che salvaguardia la massima partecipazione delle imprese alle gare ed evidenza pubblica coerentemente tra l’altro, con la previsione contenuta nell’art. 83 comma 2 del dlgs. 50/2016 che, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all’oggetto dell’appalto, richiama l’interesse pubblico “ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione ”*

segue

- Va tuttavia evidenziato che, successivamente alla adozione del predetto parere, si è formata una diversa interpretazione giurisprudenziale secondo cui *“l’art. 47 del Codice deve ritenersi di immediata applicazione (beninteso, nella sua formulazione vigente ratione temporis acti) agli appalti di servizi, operando il regime intertemporale (di cui all’art. 216, comma 14, richiamato dall’art. 83, comma 2) esclusivamente con riferimento agli appalti di lavori ” Ed inoltre: “il rinvio della piena operatività dell’art. 47 all’adozione delle linee guida riguarda i soli consorzi stabili di lavori, non quelli di servizi (o di forniture)” (Cons. Stato, Sez. V, 17.9.2018 n. 5427 che conferma TAR Toscana – Firenze n. 1385/2017).*

segue

- Nella fattispecie decisa dal Consiglio di Stato, la stazione appaltante aveva escluso dalla gara per l'affidamento di un servizio di guardiania un Consorzio stabile, costituito da oltre cinque anni, sul presupposto dell'assenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla lex specialis in quanto esso si era qualificato mediante i requisiti delle consorziate designate quali esecutrici del servizio (e, dunque, non in proprio ex art. 47, comma 1 del D.Lgs. n. 50 del 2016) .

segue

- Il Giudice amministrativo riteneva legittima l'esclusione in quanto riteneva che il Consorzio stabile fosse incorso nella preclusione sancita dall'art. 47 co. 2, che (nella formulazione antecedente alla sua riscrittura in bonam partem operata con il correttivo di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017) limitava ai primi cinque anni di vita dell'ente la possibilità di cumulare in capo al Consorzio medesimo i requisiti delle consorziate esecutrici (scolpendo, con ciò, una disciplina più favorevole solo per i consorzi neo-costituiti e quindi inapplicabile al Consorzio).
- Con ciò, riteneva di non poter fare applicazione dell'art. 47, co. 2, come sostituito dal D.Lgs. n. 56 del 2017 (che non prevede più siffatta limitazione temporale, operando una generalizzazione della richiamata regola di favore), perché entrato in vigore in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara.

segue

- Affermava il Giudice amministrativo che *“l’art. 47 del Codice deve ritenersi di immediata applicazione (beninteso, nella sua formulazione vigente ratione temporis acti) agli appalti di servizi, operando il regime intertemporale (di cui all’art. 216, comma 14, richiamato dall’art. 83, comma 2) esclusivamente con riferimento agli appalti di lavori.....(omissis) la gara oggetto di controversia, avente ad oggetto l’affidamento di servizi, rimane assoggettata alla disciplina di cui all’art. 47, comma 1, che esclude l’operatività del cumulo alla rinfusa, imponendo ai consorzi stabili che intendano utilizzare i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese consorziate (con la sola salvezza di quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera e all’organico medio annuo) di indi carle espressamente quali esecutrici dei lavori;(omissis) la disciplina transitoria di cui agli artt. 83, comma 2 e 216, comma 14 del Codice – nella parte in cui rende interinalmente operative le disposizioni del previgente Regolamento – non è applicabile, in quanto riferita esclusivamente agli appalti aventi ad oggetto l’affidamento di lavori”* (Cons. Stato, Sez. V, 17.9.2018 n. 5427).

Segue

- Con parere n. 98 dell'8 febbraio 2017, l'Autorità, richiamata la propria FAQ sul periodo transitorio, ribadiva che, in una gara di servizi, *“il calcolo dei requisiti [di un consorzio stabile] può avvenire, senza dover ricorrere all'avvalimento, in considerazione del cumulo dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa”*.

La soluzione nel correttivo

- Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56 del 2017, che ha modificato in senso permissivo l'art.47, del d.lgs. 50/2016, l'ANAC ha affermato che *“La limitazione temporale [per i primi cinque anni dalla costituzione] di cui al citato art. 47 co. 2, il legislatore l’ha poi eliminata con decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017 mostrando così di recepire il principio favorevole all’applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili”* (Parere 33 del 10 gennaio 2018).

Il cumulo alla rinfusa

- Pertanto, come affermato dalla più recente giurisprudenza in una gara per l'affidamento di lavori *“Non è in discussione la generale operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili di cui all’art. 45, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, quindi, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti, come chiarito ormai dall’art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, V, 27 agosto 2018, n.5057)”* (Cons. Stato, Sez. V, 16.1.2019, n. 403).

Applicazione pratica

- Quanto ai requisiti economici e finanziari dei consorzi stabili, in particolare, l'Autorità ha chiarito che il requisito della cifra d'affari superiore a 20.000.000 di euro può essere comprovato dal consorzio mediante la somma della cifra d'affari posseduta da ciascuna impresa consorziata (parere n. 99 dell'8 febbraio 2017).

Le vicende modificative dei soggetti aggregati.

- Con il parere n. 244 del 2017, l'Autorità si è pronunciata in merito alla modifica soggettiva di un RTI, comunicata alla stazione appaltante dopo l'ammissione alla gara, determinata dalla cessione del ramo d'azienda della mandataria del RTI aggiudicatario ad una società terza cessionaria subentrante.
- Nella specie, verificatasi nella vigenza dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 prima dell'entrata in vigore del correttivo, la stazione appaltante aveva comunicato di non poter autorizzare la modifica soggettiva alla luce dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 che vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e della mancata riproposizione nel d.lgs. 50/2016 dei principi recati dal previgente art. 51 del d.lgs. 163/2006 che, in caso di vicende soggettive del concorrente in corso di gara, consentiva la stipula del contratto con il subentrante.

Ipotesi

- L'Autorità ha ritenuto che *“è ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario a seguito di cessione di ramo d'azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice . La S.A. dovrà verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti, al fine di accertare che la cessione non sia diretta a eludere l'applicazione del codice”*.

Segue

- L'Autorità sul punto ha osservato che l'art. 48 del d.lgs. 50/2016 ricalca la disciplina prevista dall'art. 37 del d.lgs. 163/2006 riferita all'ipotesi di aggiunta o sostituzione di componenti dell'ATI *"in ordine alla quale la giurisprudenza (Cons. Stato sez. V, 26 novembre 2016 n. 4918) ha comunque rammentato che il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assolutopersegue piuttosto lo scopo di consentire alla pa appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente di precludere modificazioni soggettive sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr. Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)"*. **Ciò in linea anche con quanto affermato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 8 del 4 maggio 2012. Con riferimento all'art. 51 del d.lgs. 163/2006 – che contemplava espressamente la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, previo accertamento dei requisiti, e ammesso alla stipulazione (ovvero alla gara e all'aggiudicazione) – oggi abrogato e non riprodotto dal d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza ha chiarito che *"nel caso di modifiche soggettive, successive all'aggiudicazione ma precedenti la stipulazione, all'atto della stipulazione del contratto (o della convenzione nel caso della finanza di progetto) dovrà intervenire il cessionario e non il cedente, cui, poi, sarà consentito subentrare nella posizione del dante causa ove ne sia accertato il possesso dei requisiti "* (Cons. Stato, Sez. V, 11.6.2018, n. 3608).**

La giurisprudenza ondivaga

- La più recente giurisprudenza, riferita all'art. 48 del d.lgs. 50/2016, ha fornito un'interpretazione più rigorosa del principio di immutabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei rispetto alle aperture manifestatesi nel vigore dell'art. 51 del d.lgs. 163/2006 ed ha ritenuto che *“né rileva la cessione del ramo d'azienda intervenuta in favore dell'impresa, in quanto l'art. 106 D.Lgs. n. 50 del 2016 presuppone l'intervenuta stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, si verte in una fase anteriore, esulante dall'ambito oggettivo della menzionata disposizione legislativa”* (Cons. Stato, Sez. VI, 15.10.2018, n. 5919). Ed inoltre *“in fase di gara, ai sensi della normativa vigente – al di fuori delle eccezioni normativamente previste e qui non ricorrenti, non sono consentite modifiche soggettive degli operatori economici partecipanti, né quindi subentri e/o sostituzioni dei concorrenti per effetto di cessioni di ramo di azienda”* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 17.12.2018, n. 7206). Ed infine *“le eccezioni sono ammissibili soltanto quando riguardino motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovino giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa”* (TAR Lombardia, Milano sez. IV, 9.3.2018 n. 663 cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 19.2.2018 n. 1031 che ha escluso che la modifica riduttiva del RTI derivante da decesso del mandante potesse determinare l'esclusione automatica dalla gara, essendo stata ritenuta la natura dell'evento che ha determinato la modifica tale da escludere ogni possibile intento elusivo della *lex specialis*.

Le differenze con altri istituti.

- **L'avvalimento ed i consorzi stabili.**
- A soccorrere a tale necessità la giurisprudenza amministrativa, ancorchè riferibile alla previgente disciplina del d. lgs. n. 163/2006, oggi comunque rinvenibile nella disposizione dell'art. 47, d. lgs. 50/2016, ritiene che il consorzio stabile realizzi nella sostanza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica . Tali connotati del metodo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento, fermo restando che in alternativa il consorzio può qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente.

-
- Il limite fondamentale all'utilizzo dell'avvalimento è costituito dal c.d. avvalimento a cascata, già disposto nel comma 6 dell'art. 89, secondo il quale è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, ma l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.
 - Si configura un avvalimento a cascata quando l'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'impresa terza.
 - Con parere n. 242 dell'8 marzo 2017, l'Autorità ha ritenuto non conforme l'operato della stazione appaltante alla normativa di settore nella parte in cui ha escluso un concorrente dalla gara in quanto il Consorzio stabile ausiliario non avrebbe garantito il prestito delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto.

segue

- Secondo la stazione appaltante, non essendo il Consorzio stabile ausiliario in possesso in proprio delle risorse necessarie per l'esecuzione del contratto, metteva a disposizione dell'ausiliato mezzi e risorse non facenti parte della propria impresa ma nella disponibilità delle due imprese consorziate. Con ciò configurandosi anche il cd. avvalimento a cascata, in violazione del divieto di cui all'art. 89 d.lgs. 50/2016.
- In particolare l'Autorità, nel ritenere illegittima l'esclusione, ha ritenuto che *“ai fini della qualificazione, il rapporto tra consorzio stabile e impresa consorziata, pur nella formale alterità soggettiva, non rappresenta a rigore un avvalimento.....nel caso di specie, secondo le considerazioni sopra svolte anche in ordine alla relazione intercorrente fra consorzio stabile e imprese consorziate, non appare integrato un avvalimento cd. a cascata tra l'ausiliaria Consorzio Stabile e le proprie due imprese consorziate che risultano mettere a disposizione i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto”* (parere n. 242 dell'8 marzo 2017).
- Sulla stessa linea interpretativa è il successivo parere n. 401 del 12 aprile 2017, nel quale l'Autorità ha ritenuto non conforme alla normativa di riferimento il provvedimento di esclusione dalla gara di un concorrente che si era avvalso di un Consorzio Stabile per il possesso della attestazione SOA.

segue

- Anche in questo caso, la stazione appaltante evidenziava che *“il contratto di avvalimento presentato non risultava tale da garantire il prestito delle risorse necessarie all’esecuzione del contratto in quanto il consorzio ausiliario non ne risultava in possesso.....”*. Chiariva inoltre che *“il Consorzio Stabile.....è risultato avere un solo dipendente, soggetto all’applicazione del CCNL Commercio, facendo dubitare della possibilità del consorzio stesso di mettere a disposizione le maestranze specificate nel contratto di avvalimento. il consorzio [è] privo di un’autonoma struttura d’impresa che gli consenta di mettere a disposizione le risorse indicate nel contratto di avvalimentoil c.d. avvalimento a cascata sia considerato vietato dalla giurisprudenza e dalla stessa Autorità ”*.

segue

- A tale proposito l'Autorità richiamava due precedenti pareri n. 780 del 20 luglio 2016 e n. 198 del 20 novembre 2013, nei quali si era riconosciuta la possibilità per un consorzio stabile di prestare requisiti in qualità di impresa ausiliaria, sulla scorta di un contratto di avvalimento con impresa terza priva della necessaria qualificazione, considerato che ***“la qualificazione del consorzio stabile deriva dalla somma delle qualificazioni delle imprese consorziate e che viene conseguita dal consorzio a seguito della verifica del possesso, da parte delle singole consorziate, delle corrispondenti risorse strumentali, tecniche ed umane e che, pertanto, in ragione della peculiare causa mutualistica tipica dei consorzi stabili, l'attestazione SOA di cui il consorzio stabile è titolare e si sostanzia delle dotazioni strumentali, tecniche ed umane delle imprese consorziate”***.

segue

- Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che “il Consorzio Stabile può prestare, tramite contratto di avvalimento, ad imprese terze che ne siano prive, il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate (cfr. anche TAR Puglia – Lecce 13 maggio 2015, n. 1583) senza che ciò integri un'ipotesi di avvalimento a cascata (parere di precontenzioso delibera n. 1379 del 21 dicembre 2016), in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile; Impregiudicata ogni valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla verifica del necessario grado di determinatezza o determinabilità delle risorse e dei mezzi concreti che il Consorzio Stabile mette a disposizione dell'ausiliata, sì da evitare che la messa a disposizione del requisito mancante si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (cfr, ex multis, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264 e 6 giugno 2016, n. 2384)” (parere n. 401 del 12 aprile 2017).

L'avvalimento esterno ed interno, di garanzia ed operativo.

- Al fine di dimostrare il possesso dei requisiti speciali, ogni componente di un raggruppamento può avvalersi sia di una impresa terza, esterna al raggruppamento (avvalimento esterno), sia di una impresa facente parte del raggruppamento medesimo (mandataria o mandante) (avvalimento interno).
- Principio fermo in tema di avvalimento interno è quello secondo il quale l'impresa raggruppata, che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di ausiliaria di un'altra impresa partecipante al raggruppamento, deve possedere i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione: la partecipazione alla gara come concorrente in RTI e la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo RTI (parere n. 1343 del 20 dicembre 2017).

segue

- E' stato chiesto all'Autorità di esprimere parere in merito alla legittimità dell'esclusione di un operatore economico da una gara di servizi soprasoglia in quanto la mandataria Consorzio stabile aveva presentato in gara tre contratti di avvalimento carenti nel dettaglio delle risorse e/o dei mezzi messi a disposizione dagli operatori ausiliari.
- Per quanto di interesse, uno dei tre contratti era stato stipulato dal Consorzio Stabile con la mandante per la dimostrazione del requisito del fatturato (cd. avvalimento di garanzia) ed un altro era stato sottoscritto con un professionista terzo per il requisito tecnico-organizzativo del servizio svolto (cd. avvalimento operativo).

Segue : ipotesi

- Quanto al primo contratto di avvalimento relativo al requisito del fatturato, l'Autorità ha sposato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2017 n. 5429 e del 22 dicembre 2016 n. 5423) secondo cui nell'avvalimento di garanzia non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o a indici materiali atti a esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere e individuare con precisione ma è sufficiente, a differenza dell'avvalimento operativo, che la dichiarazione faccia emergere, con certezza ed in modo circostanziato, l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.
- Nel caso di specie, invece, l'Autorità ha rilevato che ***“l'impegno dell'ausiliaria di «mettere a disposizione dell'impresa avvalente i seguenti requisiti: Fatturato specifico maturato nell'esercizio 2014 nel settore di attività oggetto del Lotto 1, per l'intera durata dell'appalto» non sembra costituire un vincolante impegno finanziario ”.***

segue

- Quanto al secondo contratto di avvalimento relativo al requisito della capacità tecnica (servizio svolto), l'Autorità ha ritenuto che *“l'avvalimento dell'esperienza professionale doveva recare l'impegno del professionista a eseguire direttamente i servizi”*.
- Invece, nel caso di specie, il professionista ausiliario si impegnava soltanto a mettere a disposizione dell'impresa avvalente il *“servizio analogo a quelli oggetto dell'affidamento, per l'intera durata dell'appalto”*, senza l'impegno ad eseguire direttamente i servizi.
- L'Autorità in proposito rammentava (parere 221 del 1° marzo 2017) che già nel previgente regime, per l'avvalimento dei requisiti di capacità tecnica e professionale (c.d. avvalimento operativo), era necessario che l'ausiliario deducesse nel contratto la messa a disposizione del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito. In ogni caso, *“ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, gli operatori economici, con riguardo alle esperienze professionali pertinenti, possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”* (parere n. 1343 del 20 dicembre 2017).

La cooptazione nei lavori.

- L'istituto della cooptazione, disciplinato dall'art. 92 co. 5 del dpr 207/2010, tuttora applicabile ai sensi dell'art. 216 co. 14 d.lgs. 50/2016, consente al singolo concorrente o ai concorrenti che intendano riunirsi in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla lex specialis di raggruppare altre imprese qualificate per categorie e importi diversi da quelli indicati nel bando o nella lettera di invito, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo e che l'ammontare delle qualificazioni possedute dalle imprese cooptate sia almeno pari all'importo dei lavori che le stesse dovranno eseguire.

ratio

- Scopo della norma è infatti quello di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle già possedute, senza che risulti compromesso l'interesse pubblico alla realizzazione dell'appalto.

Estromissione oe

- La modifica di un RTI operata attraverso l'estromissione del componente che ha perso un requisito di idoneità morale è consentita anche in fase di gara. In caso di evento interdittivo che colpisca una mandante, la possibilità per il mandatario – contemplata dall'art. 48, comma 18, del decreto legislativo n. 50/2016 – d'indicare un operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ovvero di eseguire direttamente o a mezzo delle altre mandanti (purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati) i lavori o servizi o forniture ancora da eseguire, trova applicazione anche alla fase di gara, per effetto della espressa previsione di cui al successivo comma 19-ter, introdotto dal decreto legislativo n. 56/2017 Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 2245 del 2 aprile 2020

L'interpretazione restrittiva dell'art. 48, comma 19 ter del d.lgs 50/2016

- Sempre nel quadro di un'interpretazione restrittiva del comma 19 ter, altra giurisprudenza ha tratto argomenti dalla previsione contenuta nel medesimo art. 48, al comma 19 secondo cui ***“E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.*”**

segue

- Il comma 19 è dunque chiaro nel vietare espressamente che si possa utilizzare il recesso per eludere il profilo della mancanza dei requisiti in capo a una o più delle imprese raggruppate e, secondo tale ricostruzione interpretativa, apparendo applicazione di un principio di carattere generale, non può non incidere anche sulla portata applicativa del comma 19 *ter* nella parte in cui lo stesso consente che ***“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara”***, con la conseguenza che il recesso di un’impresa componente il RTI non può mai essere utilizzato per sanare, *ex post*, una situazione di preclusione alla permanenza nella procedura di gara (cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. III ter, 16 gennaio 2020, n. 538; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 1304; Cons. Stato, V, 28 agosto 2017 n. 4086).

segue

- Sulla base di tali rilievi è stato quindi rilevato che, se il recesso di una impresa che sia priva dei requisiti non può essere utilizzato per eludere il problema della mancanza del requisito in capo all'impresa recedente (che abbandona il RTI senza essere sostituita), *“per la stessa ragione non si può eludere il problema della mancanza dei requisiti sostituendo un'impresa idonea a un'altra deficitaria, ovvero – sic et simpliciter – eliminando dal RTI l'impresa deficitaria”* (cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. III ter, 16 gennaio 2020, n. 538).
- In tale ottica, con riguardo alla previsione contenuta nel citato comma 19 ter è stato quindi affermato che *“se [...] la ratio della normativa in esame è quella di consentire, anche in fase di gara, in ragione dei principi di proporzionalità e massima partecipazione, la modifica dell'assetto del Raggruppamento, non può ritenersi corretta un'applicazione troppo estensiva o dilatata della stessa, essendovi in gioco altri principi (par condicio, celerità, stabilità della platea dei partecipanti), anch'essi meritevoli di tutela”* (cfr. TAR Puglia Bari Sez. III, 24 dicembre 2019, n. 1721).

Segue comma 18 e 19 ter

- In tale quadro, quindi, è stato ritenuto che le norme di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48, si pongono in posizione di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 80, comma 6, che sanziona con l'esclusione dalla gara l'operatore economico che risulti privo, tra gli altri, del requisito della regolarità contributiva.
- Parimenti, in relazione alla previsione contenuta nel comma 19 dell'art. 48 che regola l'ipotesi (e i limiti) del recesso di uno dei componenti del RTI, il Collegio ha rilevato che il divieto di modifica per mancanza di requisiti ivi contemplato si riferisce alla riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza *ab origine* dei requisiti, mentre i casi di cui ai commi 17 e 18 attengono alla fattispecie per la quale la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione, come nella fattispecie esaminata.
- Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato, con la pronuncia in esame, ha quindi ritenuto legittima l'estromissione dal RTI aggiudicatario della mandante risultata destinataria di un DURC irregolare successivamente all'aggiudicazione della gara e prima della stipulazione del contratto di appalto.

segue

- Nel caso preso in esame nel parere n. 228 dell'1 marzo 2017, l'Autorità, rilevato il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, ha affermato che l'impresa cooptata può eseguire i lavori ma non assume lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto (cfr. determina n. 4 del 10 ottobre 2012 punto 7.1.1). Prosegue l'Autorità chiarendo che *“In tal senso è anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori»* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; TAR del Lazio, Roma, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288)”.

Il subappalto nel d.lgs. n. 50/2016

- Il subappalto nel d.lgs. n. 50/2016
- La disciplina del subappalto è contenuta all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, il quale ha riprodotto, con alcune innovazioni, le disposizioni di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006
- La regolamentazione del subappalto è stata oggetto di modifiche normative ad opera del c.d. Decreto Correttivo (d.lgs. n. 56/2017) e, successivamente, ad opera del c.d. DL Sbloccacantieri (dl n. 32/2019 convertito con legge 55/2019)

Il subappalto nel d.lgs. n. 50/2016

■ Le regole generali sul subappalto

- I soggetti affidatari di contratti pubblici norma eseguono in proprio le prestazioni oggetto del contratto.
- Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d) del d.lgs. CCP sulle modifiche in corso di esecuzione del contratto
- E' ammesso il subappalto, nei limiti ed alle condizioni stabilite dall'art. 105 del CCP
- Il subappalto è assoggettato ad autorizzazione da parte della stazione appaltante

La nozione di subappalto

- □ Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto
- □ L'art. 105 indica alcune categorie di forniture o servizi che, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto e quindi restano al di fuori del campo di applicazione del regime del subappalto • è stata confermata la non riconducibilità al subappalto dell'affidamento di «attività specifiche a lavoratori autonomi», per le quali è stato tuttavia introdotto l'obbligo, in capo all'appaltatore, di effettuare apposita comunicazione alla stazione appaltante; • con il Decreto Correttivo è stata introdotta la figura dei «contratti continuativi di cooperazione» come categoria estranea al subappalto, prevedendo che non costituiscono subappalto «le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto» e disponendo che i relativi contratti devono essere depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

I contratti continuativi di cooperazione

- □ i contratti continuativi di cooperazione costituiscono una formula contrattuale mediante la quale è possibile eseguire per mezzo di terzi le prestazioni oggetto di un contratto d'appalto, senza dover ricorrere al subappalto e quindi senza le relative limitazioni e condizioni
- □ I limiti posti dalla giurisprudenza all'ambito di operatività dei contratti continuativi di cooperazione
- □ « (...) l'esclusione alla nozione di subappalto operata dalla lett c-bis del comma 3 dell'art. 105 del decreto legislativo n. 50\2016, debbono essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, pena una "vistosa la deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto; per cui non potrebbe non dubitarsi seriamente della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia". (TAR Lazio, Roma, n. 1135/2019; TAR Sicilia, Palermo, n. 2583/2018)

La terna dei subappaltatori

- Il d.lgs. n. 50/2016 (art. 105 comma 6) aveva introdotto l'obbligo del concorrente di fornire in sede di offerta l'indicazione della terna di subappaltatori, per gli appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla soglia comunitaria e per i quali non era necessaria una particolare specializzazione.
- • Il Decreto Correttivo aveva rafforzato gli adempimenti sulla terna dei subappaltatori prevedendo l'obbligo di indicazione della terna per gli appalti sopra soglia o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per gli appalti che riguardano le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.
- • In sede di conversione del DL Sbloccacantieri, è stata disposta la sospensione dell'art. 105 comma 6 del CCP fino al 31 dicembre 2020 > in gara i concorrenti devono pertanto fornire la dichiarazione di subappalto senza indicazione di nominativi

La terna dei subappaltatori

- □ La questione della quota subappaltabile
- - Il DL Sbloccacantieri (come convertito in legge) ha previsto che fino al 31.12.2020 il subappalto non può superare il 40% dell'importo complessivo del contratto
- - innalzamento della precedente soglia (30%) ma abbassamento di quella prevista dal DL «ante-conversione» (50%)
- - L'innalzamento della quota subappaltabile era stato introdotto come misura volta a superare i rilievi sollevati dalla Commissione Europea nel gennaio 2019 in relazione al limite del 30% fissato dalla normativa italiana, che non è presente nelle direttive europee sui contratti pubblici

gli interventi di Corte di Giustizia UE

- Due recenti sentenze della Corte di Giustizia UE impattano sulla disciplina del subappalto, in relazione ai profili inerenti:
- la quota di prestazioni subappaltabili (CGUE sentenza C-63/18 del 26 settembre 2019)
- il ribasso da applicare ai subappaltatori (CGUE sentenza C-492/18 del 27 novembre 2019)

La quota subappaltabile

- □ Sul tema dei limiti alla quota di subappalto è intervenuta la Corte di Giustizia UE con sentenza del 26 settembre 2019
- □ La CGUE ha stabilito che il limite quantitativo al subappalto (pari al 30% ma la decisione è estendibile alla attuale quota del 40%), imponendo una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, per la generalità degli appalti e a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori, si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle PMI agli appalti pubblici.
- □ La pronuncia di non conformità alla normativa UE adottata dalla CGUE comporta rilevanti problematiche sotto il profilo operativo, con conseguente rischio di contenziosi

Atto di segnalazione n. 8 del 13.11.2019

- Le osservazioni dell'ANAC:
- La CGUE ha stabilito la non conformità al diritto UE del limite quantitativo al subappalto ma non sembra aver sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrere illimitatamente al subappalto
- L'art. 105 comma 1 del CCP prevede che di regola l'operatore economico esegua in proprio le prestazioni oggetto dell'appalto > pertanto il subappalto «integrale» snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale e la regola della responsabilità esclusiva di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante
- Anche dal tenore delle disposizioni della direttiva europea 2004/18/CE (che reca il riferimento alle «parti» dell'appalto subappaltabili a terzi) sembra evincersi un limite al subappalto «integrale»

Inadempimento nei confronti del subappaltatore

Nuova causa di esclusione (art. 80 comma 5 lett. c-quater) introdotta dal DL Sbloccantieri

- E' prevista l'esclusione dalla gara qualora l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato
- I mancati pagamenti al subappaltatore possono condurre all'esclusione dalla gara dell'operatore economico se costituiscono un grave inadempimento risultante da una sentenza definitiva
- Motivazioni a fondamento della norma: "La prassi dimostra che le cause del rallentamento della realizzazione delle opere siano da individuare anche nella circostanza che le imprese affidatarie si aggiudicano un appalto a prezzi troppo bassi, nominando un subappaltatore per l'esecuzione dei lavori, servizi o forniture, ma poi non corrispondono a quest'ultimo il corrispettivo per l'attività espletata"

La quota subappaltabile come fare secondo Anac

- In tale situazione, l'ANAC segnala la necessità di un intervento normativo urgente al fine di allineare la disciplina interna alle indicazioni provenienti dalla sentenza, prevedendo accorgimenti e «contrappesi»
- - Valutare il mantenimento del divieto di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante
- - Valutare di non porre limiti normativi alla quota subappaltabile ma consentire alla stazione appaltante di poter introdurre eventuali limiti al subappalto sulla base di una idonea motivazione (in relazione ad esempio, al settore economico/merceologico di riferimento; alla natura della prestazione; al valore e/o complessità del contratto ecc.).
- - Valutare la richiesta in gara della indicazione dei nominativi dei subappaltatori (anche modulando la prescrizione in base a determinate soglie)

Ancora Corte UE

- La sentenza CGUE del 26 novembre 2019 ha confermato la posizione espressa nella precedente pronuncia del 26 settembre 2019
- La Corte ha ribadito che il limite generalizzato al ricorso al subappalto risulta eccedente rispetto all'obiettivo di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto di cui trattasi e che il fine perseguito dal legislatore italiano potrebbe essere raggiunto da misure meno restrittive, Es. obbligare l'offerente ad individuare in sede di offerta gli eventuali subappaltatori, al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti dei subappaltatori proposti, perlomeno nel caso degli appalti che si ritiene rappresentino un maggior rischio di infiltrazione da parte della criminalità organizzata.

Gli importi corrisposti al subappaltatore

- Art. 105 comma 14 del CCP (riproduce l'art. 118 comma 4 del d.lgs. N. 163/2006) > L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto
- Si tratta di una disposizione posta a tutela del subappaltatore in quanto preclude la possibilità che l'appaltatore possa praticare nei confronti del subappaltatore condizioni economiche significativamente peggiorative rispetto ai prezzi di aggiudicazione
- La verifica del rispetto di tale prescrizione viene operata dalla stazione appaltante al momento del deposito del contratto di subappalto

Pagamenti al subappaltatore

- La sentenza CGUE del 27 novembre 2019 esamina il tema della compatibilità del limite del 20% con la normativa europea > giudizio di non conformità con le disposizioni europee
- «Il limite del 20% si impone in modo imperativo, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Inoltre, da tale domanda discende che detto limite è definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, nel caso di un dato appalto, al fine di assicurare ai lavoratori di un subappaltatore interessati una tutela salariale minimai»
- «Il medesimo limite si applica altresì a prescindere dal settore economico o dall'attività interessata e indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione delle leggi, dei regolamenti o dei contratti collettivi, tanto nazionali quanto dell'Unione europea, in vigore in materia di condizioni di lavoro, che sarebbero normalmente applicabili a detti lavoratori»

Gli importi corrisposti al subappaltatore

- «il limite del 20% è idoneo a rendere meno allettante la possibilità offerta dalla direttiva 2004/18 di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, dal momento che tale normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità»
- «tale effetto dissuasivo contrasta con l'obiettivo (...) perseguito dalle direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici»

Gli importi corrisposti al subappaltatore

- L'obiettivo di tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto non consente di giustificare il limite del 20%
- «un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale» in quanto «non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati»
- «il diritto italiano prevede che il subappaltatore sia tenuto, così come l'aggiudicatario, a rispettare pienamente, nei confronti dei propri dipendenti, per le prestazioni effettuate nell'ambito del subappalto, il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali vigenti per il settore e per la zona in cui le prestazioni vengono effettuate. In base ai medesimi elementi, l'aggiudicatario è anche responsabile in solido del rispetto, da parte del subappaltatore, di detta normativa»

Gli importi corrisposti al subappaltatore

- il limite del 20% non può essere giustificato neppure:
- dall'obiettivo consistente nel voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto;
- dalla circostanza che la corresponsione di prezzi ridotti ai subappaltatori, comporterebbe una riduzione sostanziale dei costi per l'offerente e aumenterebbe in tal modo il profitto che egli ricava dall'appalto.



**GRAZIE PER
L'ATTENZIONE!**