

LE FORME PLURISOGGETTIVE DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

VENERDÌ, 12 APRILE 2019 ORE 10.00
SALA CONFERENZE CONFINDUSTRIA SARDEGNA MERIDIONALE
VIALE COLOMBO 2 CAGLIARI

Sommario

1. Consorzi stabili
2. ATI e consorzi ordinari
3. Contratti di rete
4. Le SIOS
5. Il subappalto necessario e contratti simili
6. Associazione in partecipazione
7. L'avvalimento

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

1. CONSORZI STABILI

L'«operatore economico»

- ❖ L'art. 3 lett. p) del Codice, d.lgs. 50/2016, **definisce**:
 - «**OPERATORE ECONOMICO**»,
 - ✓ una **persona fisica o giuridica**,
 - ✓ un **ente pubblico**,
 - ✓ un **raggruppamento** di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese.

NB: il Codice usa il termine raggruppamenti temporanei di concorrenti anziché quello di associazione temporanea d'impresa.

- ✓ un **ente senza personalità giuridica**, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ex d.lgs. n. 240/1991.

che **OFFRE SUL MERCATO** la realizzazione di **lavori o opere**, la fornitura di **prodotti** o la prestazione di **servizi**.

- ❖ L'art. 45 **definisce gli OE** ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (ex art. 34 del D.lgs. 163/2006).

Gli operatori economici

- ❖ Secondo l'**art. 45, co. 2**, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti concorrenti che **assumono le seguenti forme plurisoggettive** dell'operatore economico negli appalti:
 - a) **CONSORZI STABILI,**
 - b) **RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI CONCORRENTI,**
 - c) **CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI;**
 - d) **IMPRESE ADERENTI AL CONTRATTO DI RETE.**

Sono altresì ammessi alla partecipazione:

- a) **imprenditori individuali**, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) **consorzi fra società cooperative** di produzione e lavoro e i **consorzi tra imprese artigiane.**
- c) **GEIE** ovvero coloro che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (ai sensi del d.lgs. n. 240/1991

Funzione dei consorzi stabili

❖ I **Conzorzi stabili** sono una particolare categoria di consorzi ex art. 2602 Codice Civile, ai quali si applica:

- la **disciplina “generale” dettata dal Cod. Civ.** per tutti i consorzi,
- la **disciplina speciale contenuta nell’art. 45 e ss** del Cod. dei contratti.

NB: ai consorzi “ordinari” si applica la disciplina del Cod. Civ. sui consorzi con attività esterna. (artt. 2602-2615 bis cod. civ.). Ai consorzi stabili, invece, si applica anche la disciplina speciale prevista dal codice dei contratti.



I consorzi stabili sono nati sulla falsa riga dei Consorzi di cooperative e artigiani per **favorire una maggiore apertura del mercato**, poiché attraverso questo istituto è possibile per i consorziati **accedere a un maggior numero di appalti** (per importo e categorie), rispetto a quelli per cui sono singolarmente abilitati in base alla propria qualificazione.

Costituzione del consorzio stabile

- ❖ Ex art. 45, co. 2, lett. c, **non diversamente da quanto stabilito nella previgente disciplina** i consorzi stabili sono:
 - costituiti **anche in forma di società consortili** ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile,
 - ✓ **tra imprenditori** individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.
 - ✓ formati da **non meno di tre consorziati** che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi,
 - abbiano stabilito di **operare**
 - **in modo congiunto** nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
 - per un **periodo di tempo non inferiore a cinque anni**,
 - istituendo a tal fine una **comune struttura di impresa**.

Qualificazione in gara

❖ **L'art. 46**, in merito agli OE per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, ammette a partecipare alle procedure di affidamento anche i **consorzi stabili** di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, **formati da non meno di tre consorziati** che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

❖ **L'art. 47** prevede in linea generale:

- al comma 1, i **requisiti per l'ammissione alle procedure** di affidamento a **consorzi fra società cooperative, tra imprese artigiane e stabili**:
 - ✓ di **idoneità tecnica e finanziaria**, che devono essere posseduti e comprovati dagli stessi (ossia singolarmente),
 - ✓ **di attrezzature e mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo**, da computare **cumulativamente in capo al consorzio** ancorché dalle singole consorziate.
- al comma 2, i **requisiti per la qualificazione ...**

Idoneità tecnica e finanziaria

- ❖ I **consorzi stabili** possono utilizzare il **principio del cumulo alla rinfusa** per la qualificazione, ossia secondo il codice (47, 2) :
 - i **requisiti di qualificazione maturati in proprio**,
 - i **requisiti** dalle **singole imprese consorziate designate** per l'esecuzione
 - mediante **avvalimento** (rivista ex «Sblocca cantieri»), quelli delle **singole imprese consorziate non designate** per l'esecuzione.

- ❖ Con le ll.gg. ANAC (**DPR ex «Sblocca cantieri»**), sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i **criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite** al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

L'art. 83, co. 2, prevede, per i lavori, un **DM del MIT (DPR ex «Sblocca cantieri»)** che disciplina il sistema di qualificazione ... *anche in riferimento ai consorzi e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle MPMI*. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'**art. 216, co. 14**.

Tar Roma, sez. I-quater, 25 gen. 2017, n. 1324

- ❖ L'art. 83 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”*.
- ❖ Tale **finalità risulterebbe compromessa** in presenza di un nuovo quadro normativo che non offre una compiuta regolamentazione delle modalità di partecipazione alle gare dei consorzi stabili.
- ❖ *«Non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore»* (anche Co. ANAC 8/6/2016, p. 3).
- ❖ Tra queste disposizioni, l'**art. 81**, che, **attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, co. 7, del d.lgs. 163/2006.**

Designazione consorziata diversa

❖ Nel caso di **consorzi** fra società **cooperative, artigiani e stabili** è consentito (48, 7-bis) designare una **consorziata diversa** da quella indicata in gara:

1. perché rientra nei casi di **crisi d'impresa e insolvenza**, etc. o in caso di D.I. **morte, interdizione**, etc. dell'imprenditore,
2. causa **perdita, in corso di esecuzione**, dei **requisiti generali** ex art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa **antimafia**,
3. per **recesso di una o più imprese**, esclusivamente per **esigenze organizzative** del consorzio (e sempre che le imprese rimanenti abbiano una qualificazione **adeguata ai lavori ancora da eseguire**),
4. per **fatti o atti sopravvenuti** (terminologia ampia e suscettibile di ricomprendere una qualunque ipotesi di impossibilità),
5. se la **modifica soggettiva non è** finalizzata ad **eludere la mancanza di un requisito di partecipazione** in capo all'impresa consorziata.

Toscana Sez. I 20 aprile 2018, n. 560

- ❖ Nel caso di **motivo di esclusione** che riguarda:
 - una **consorziata che non ha partecipato alla gara**,
 - **indicata come sostituta** in un momento successivo all'aggiudicazione...

il TAR ha deciso che :

1. **i motivi di esclusione** di cui all'art. 80 del codice ben possono essere **applicabili nei confronti di una consorziata individuata successivamente** al completamento delle procedure di gara,
2. **detto motivo di esclusione non coinvolge il Consorzio concorrente o le altre consorziate** indicate in sede di gara
3. **non comportano l'esclusione dell'intero consorzio e la revoca dell'aggiudicazione nei confronti di quest'ultimo.**

ANAC – CDS OG2 per consorzi stabili

- ❖ La **delibera ANAC n. 1239 del 6 dicembre 2017** stabilisce che:
 - *i consorzi stabili, nell'ambito degli appalti nel settore dei beni culturali, possano indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla lex specialis per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento;*
 - *è inammissibile l'eventuale sostituzione delle consorziate esecutrici indicate in sede di offerta (48, 7-bis) poiché ciò costituirebbe una illegittima sanatoria ex post del difetto di un requisito di partecipazione (?), rappresentato dalla qualificazione dell'esecutore.*

- ❖ La sentenza del **CDS, sez. V, 26 ottobre 2018, n. 06114** stabilisce che:
 - *una determinata ditta che ha eseguito tale tipo di lavori potrà "spenderli" come **requisito esclusivamente proprio** e ne consegue che, se inserita in una struttura come proprio consorzio stabile, potrà farne uso per la propria qualificazione, ma **non prestarli ad associate o eventualmente assumere come propri i lavori di questi.***

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

2. ATI E CONSORZI ORDINARI

Funzione delle ATI

- ❖ Nei raggruppamenti temporanei o associazioni temporanee di imprese (**RTOE o RTI** oppure **ATI**), almeno due OE:

❖ per **partecipare ad uno specifico appalto** per il quale individualmente **non possiedono** (o non vogliono utilizzare) risorse e **qualificazione necessarie**,

❖ formano, mantenendo *ognuna la propria autonomia giuridica e fiscale*, una **comune struttura organizzativa**:

- *occasionale*, non stabile nel tempo,
- *limitata alla durata temporale del contratto* (esecuzione),
- costruita nei *limiti di quanto strettamente necessario al coordinamento* delle imprese impegnate nell'appalto;
- *priva di autonomia patrimoniale unitaria*.

Partecipazione in ATI

- ❖ Le imprese riunite:
 - si pongono, nei rapporti con la SA ed ancor prima dell'aggiudicazione, come **un gruppo unitario**, rappresentato dalla capogruppo (o che comunque sarà rappresentato dalla capogruppo),
 - presentano un'**unica offerta congiunta**, assumendosi obbligo di.

**eseguire
congiuntamente
le prestazioni**

oggetto
dell'appalto e
specificando le
parti eseguite da
ciascun OE

**non partecipare
altresì alla stessa**
come ATI o consorzio
o singolarmente (*cfr.*
turbata libertà degli
incanti, art. 353 c.p.)

**responsabilità
solidale** sulla
riuscita della
opera (la SA può
rivolgersi anche
ai singoli OE)

*NB: non è invece prevista l'iscrizione al **registro delle imprese**.*

Il mandato 1/2

❖ L'ATI si costituisce mediante il conferimento, da parte delle **imprese c.d. mandanti**, di un **mandato**:

1. **gratuito ed irrevocabile**, collettivo speciale con rappresentanza in capo alla **c.d. mandataria** o capogruppo (con procura al LR),
2. conferito:

- ✓ **prima di partecipare alla gara** che ***viene meno*** in caso di mancata aggiudicazione (assieme al contratto); in tal caso, ***l'offerta*** è sottoscritta dalla mandataria ***“in nome e per conto proprio e delle mandanti”*** (**ATI COSTITUITA**), oppure
- ✓ **dopo la partecipazione alla gara**, in caso di aggiudicazione, ove – in gara - le singole ***imprese riunite***:
 - ✓ ***dichiarano di impegnarsi a costituire il RTI*** e
 - ✓ ***sottoscrivono tutte l'offerta di gara*** (**ATI COSTITUENDA**) e la relativa garanzia provvisoria;

Il mandato 2/2

3. è parte integrante del contratto di ATI (con funzione di **atto costitutivo**), redatto per *scrittura privata autenticata o, in alternativa, con atto pubblico* (necessario il notaio);
4. attribuisce la **rappresentanza esclusiva**, anche processuale, dei mandanti nei confronti della SA per operazioni/atti e fasi attinenti all'appalto, fino alla estinzione di ogni rapporto;
5. è *revocabile per giusta causa* (non per morte ex *Cass. civ., II, 14782/2017*), **senza effetto nei confronti della SA**, che, **nel caso di inadempimento** della mandataria, se vi è consenso tra le parti, può *pagare direttamente le mandati* (48, 13);
6. in caso di **svincolo unilaterale da parte** della mandataria, comporta il **risarcimento del danno** (anche in via equitativa) **da perdita di chances nei confronti delle mandanti**;
7. ha come **termine la fine dei lavori** a collaudo eseguito o con la liquidazione dei crediti spettanti.

La “busta” amministrativa

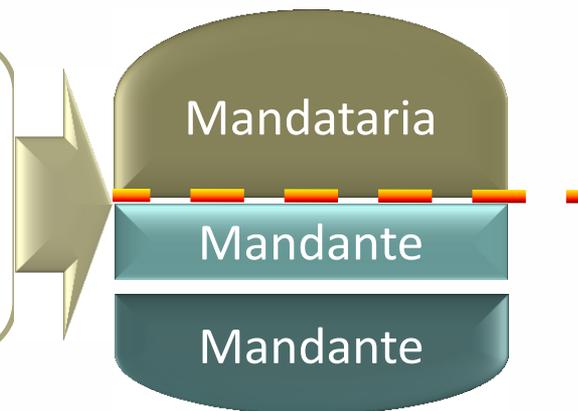
- ❖ La documentazione relativa all’ATI inerisce alla **“busta” amministrativa, occorrendo individuare sin da subito la “forma soggettiva di partecipazione”** dell’OE, specie nel caso di soggetti complessi.



- ❖ **Non può essere oggetto di soccorso istruttorio:**
 - la **specificazione delle parti dell’appalto che saranno eseguite** dai singoli operatori economici riuniti e
 - l’**impegno che**, in caso di aggiudicazione della procedura, **l’operatore mandante conferirà mandato speciale** con rappresentanza all’operatore indicato quale mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e del mandante (TAR RM 9789/2018)
 - **la mancata sottoscrizione dell’offerta** da parte di tutti i componenti il raggruppamento stesso, che **neppure può essere surrogata dal Contratto** di RTI prodotto alla SA (TAR Lazio, sez. III, sent. 24 luglio 2018, n. 8350).

Tipologie di ATI

Per **RAGGRUPPAMENTO DI TIPO ORIZZONTALE** si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i **lavori della stessa categoria**.



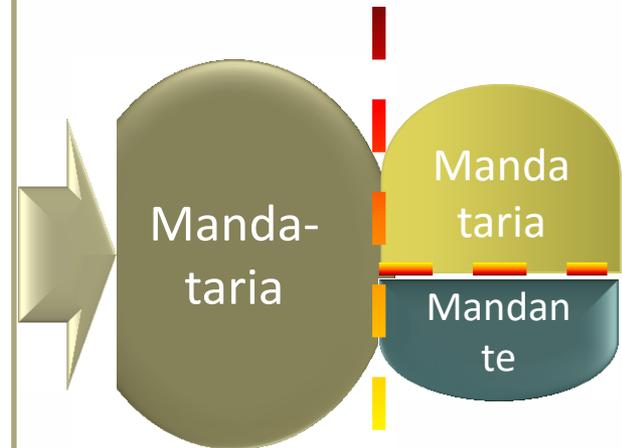
Per **ATI DI TIPO VERTICALE** si intende una riunione di OE in cui:

- a. i requisiti della **categoria prevalente** sono **posseduti ed eseguiti** dalla **mandataria**;
- b. i requisiti per eseguire i **lavori scorporati** sono **posseduti ed eseguiti** **ciascun mandante** nella misura indicata per l'OE singolo



ATI MISTA

- ❖ Per **ATI DI TIPO MISTO** si intende una riunione di OE in cui vi è l'**innesto su un modello associativo di tipo verticale di un'associazione di tipo orizzontale** ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere.
- ❖ Se l'orizzontale cade sulla della **categoria scorporabile**, la *qualità di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale è assunta dall'impresa che assume una quota percentuale di lavori superiore* rispetto alle altre componenti del sub-raggruppamento ossia l'importo maggiore di lavori assegnati.
- ❖ Se cade sulla della **categoria prevalente**, coincidono le due mandatarie.



Requisiti minimi ATI orizzontale

❖ Nell'ATI orizzontale è necessario che sia verificato che :

- la **qualificazione minima della MANDATARIA** pari al **40%**, senza l'incremento del quinto (artt. 62, 2 e 92, 2 d.P.R. 207/2010), e **possieda i requisiti ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria** (83, 8),

NB: il vincolo normativo ha l'evidente scopo di garantire che l'impresa capogruppo sia il soggetto più qualificato e sia affidataria della parte preponderante dell'appalto (CDS, IV, 3623/'18)

- la misura della **qualificazione minima delle MANDANTI** pari al **10%**,

NB: ciò «*assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate*» (CDS, VI, 5919/'18).

Individuazione delle quote dell'ATI

- ❖ **IN GARA**, rispetto al vecchio codice, dl.gs., nel d.lgs. 50/2016 :
 - rimane l'**insussistenza** di vincoli **sulla corrispondenza tra** requisiti di qualificazione in astratto, quota di partecipazione al RTI e, successiva, *esecuzione della prestazione da affidare*.
 - **resta l'obbligo** (art. 48, 4) **di indicare** *“le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*,
 - NB: *per i consorzi ordinari, vi è l'obbligo di individuare i consorziati che parteciperanno all'appalto.*

- ❖ **IN ESECUZIONE** è possibile **modificare delle quote** indicate:
 1. *previa l'autorizzazione espressa da parte della SA,*
 2. *se lo permette la qualificazione dell'OE che incrementa la quota,*
 3. *se si rispettano i vincoli di cui all'art. 83, co. 8 del codice.*

Prescrizioni ATI miste

- ❖ Nelle ATI miste (CDS, VI, 5919/'18), accanto alla impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, **DEVE INDIVIDUARSI**:

- **un'ulteriore mandataria** che, nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili, è **soggetta alle stesse regole generali previste per la capogruppo**, incluso il 40% dell'importo dei lavori nella categoria di riferimento,
- il **requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti** (10%).

- ❖ A **NULLA RILEVA**:

- (anche in questo caso) che le **altre raggruppate** del sub-raggruppamento, che partecipano/ eseguono per le restanti quote di, **possano possedere, in astratto, una SOA superiore**;
- la **mancaza di un'indicazione espressa della mandataria del sub-raggruppamento** da parte del concorrente, poiché deve farsi riferimento unicamente al dato sostanziale sopra evidenziato.

Qualificazione consorzi ordinari

❖ Agli OE consorziati si applicano le stesse regole previste per i partecipanti all'ATI (art. 48, 3 e 6) o consorziati devono essere in **possesso dei requisiti di cui all'art. 84** (SOA, lavori), pertanto:

- 1. le qualificazioni singole si sommano,*
- 2. nessuna impresa può qualificarsi o eseguire un importo di lavori superiore rispetto a quello di qualificazione, compreso il beneficio del quinto.*

NB: in via transitoria, per le ATI e i Consorzi

1. il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano **categorie SIOS fino a 150.000 euro** e singolarmente superiori al 10%, indicano i requisiti di **qualificazione in gara**,
2. le imprese qualificate fino alla II che **non sono in possesso della ISO 9001** possono, comunque, partecipare in ATI o come consorziate agli affidamenti di contratti di importi superiori (art. 92, co. 8, regime transitorio) **nei limiti della propria classifica.**

Cons. St., A.P., 27 marzo 2019, n. 6

- ❖ Le singole imprese **devono ‘coprire’ la quota di partecipazione dichiarata nell’offerta**, nel senso che i requisiti di qualificazione alla gara (ossia le classifiche SOA) rispetto alla quota dichiarata (TAR BO 206/’18).
- ❖ Secondo l’Adunanza plenaria **una correzione ex post delle quote di partecipazione:**
 - **non è possibile**, utilizzando la qualificazione “sovrabbondante” di altro componente, perché si finirebbe per dar luogo:
 - ✓ ad un **non consentito fenomeno di integrazione normativa**, attesa la chiara prescrittività del dato normativo sulla corrispondenza;
 - ✓ ad una **invasione del campo riservato alla PA**, cui viene imposto di valutare *ex post* **quando uno scostamento possa definirsi minimo**;
 - ✓ ad una **lesione del principio della par condicio dei concorrenti**, laddove la SA di valutasse *ex post* lo scostamento irrilevante.
 - **è causa di esclusione dell’intero raggruppamento.**

TAR Roma, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 417

- ❖ Il TAR chiamato ad esprimersi su un provvedimento di esclusione di un'ATI, composta da **due imprese qualificate SOA e una qualificata in gara** (art. 90 del d.P.R. 207/2010), ne ha dichiarato la legittimità, osservando che:
 - **l'obbligatorietà dell'attestazione di qualificazione è connessa all'importo dei lavori**, non alla singola quota di esecuzione,
 - solo se i **lavori oggetto di affidamento risultano complessivamente di importo inferiore ai 150.000 euro**, l'attestazione SOA in capo all'esecutore è condizione sufficiente, ma non necessaria,
 - in tal caso, è inutile **la rimodulazione delle quote** unicamente tra le due rimanenti imprese, poiché **l'estromissione di un'impresa partecipante ad un'ATI nel corso della procedura di gara "non può essere eseguita al fine di sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura medesima.**

Responsabilità e adempimenti

❖ RESPONSABILITÀ

E' prevista la **responsabilità solidale** nei confronti di SA, subappaltatore e dei fornitori (48, 5) e **ferma restando la responsabilità solidale del mandatario** la responsabilità dei mandanti

- è **limitata** all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza per gli assuntori di *lavori scorporabili* (**ATI verticale**);
- **grava su tutti** se la prestazione è unica (**ATI orizzontale**).

NB: In caso di **ATI MISTA** la *mandataria dell'ATI orizzontale costituita per l'esecuzione della categoria scorporabile* avrà rilievo solo ed unicamente nei confronti della capogruppo esecutrice della categoria prevalente .

❖ ADEMPIMENTI FISCALI E CONTRIBUTIVI

- Ogni partecipante conserva l'*autonomia per la gestione* dei propri **adempimenti fiscali e per tutti gli oneri contributivi ed assicurativi**.
- L'**esecuzione di un'opera indivisibile** configura una società di fatto: i costi ed i ricavi sono ricondotti direttamente in capo all'A.T.I. (48,16).

Limiti dei RTI facoltativi

- ❖ Con il codice del 2016 all'art. 48, è previsto che le **SA** possono:
 1. imporre di **indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate** di fornire la prestazione **che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni**,
 2. richiedere **condizioni per l'esecuzione** (appalto o concessione) **diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti**, purché proporzionate e **giustificate da ragioni oggettive**,
 3. determinare dei **livelli minimi di capacità** e *le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli*,
 4. imporre alle ATI di **assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto**, se necessaria per l'esecuzione



Sono comunque nulle le ulteriori prescrizioni a pena di esclusione contenute nei bandi e le lettere di invito.

ATI e appalti

Gara

ATI costituenda*
Impegno
costituzione ATI

Aggiudicazione

Mandato collettivo
irrevocabile
Procura LR

Esecuzione

Società consortile*
Notifica Atto
costitutivo

* *Facoltativo*

- ❖ Nasce **per l'esecuzione totale o parziale dei lavori**, con un **atto costitutivo ed uno statuto** nei quali sono specificati: *scopo e compiti della società, rapporti della società con le imprese consorziate, struttura* (presidente, CDA, dirigenti).
- ❖ E' un'entità *strutturata* (personale), *iscritta nel REA*, con partita *IVA, una propria posizione assicurativa* presso gli Istituti *previdenziali ed assicurativi*.
- ❖ Di cui fanno parte (art. 93, co. 4, 207/2010) **tutte le imprese riunite**, nella **medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento**.

Sostituzione Componente RTI

- ❖ **Salvo** quanto previsto per l'impresa **fallita o in concordato preventivo** con continuità aziendale (110, 5), la **SA può ammettere la sostituzione** di un componente (mandatario o mandante) dell'RTI:

per **fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo** ovvero **procedura di insolvenza concorsuale** o di **liquidazione**

a partire dal 15 agosto 2020 ex art. 372, co. 1d.lgs. 14/2019

liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione

NB: Le previsioni trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara

Sostituzione Componente RTI

❖ La SA **può altresì ammettere la sostituzione** di un componente (mandatario o mandante) dell'RTI:

1. in caso di DI: **morte, interdizione, inabilitazione o [fallimento]**;
2. perdita, **in esecuzione**, dei **requisiti generali o nei casi previsti dall'antimafia**,

NB: Per il Codice antimafia, la causa ostativa deve colpire una mandante, da estromettere/sostituire anteriormente alla stipulazione del contratto (art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011)

3. per **recesso** (48, 19) di una o più imprese (anche qualora il concorrente si riduca ad un **unico soggetto**), esclusivamente

1. per **esigenze organizzative del raggruppamento** (48, 19)

2. se **non elude la mancanza di un requisito** di partecipazione
3. se le rimanenti hanno i requisiti di **qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire.**

Effetti della sostituzione

❖ Laddove il venir meno riguardi:

➤ **MANDATARIO** (48, 17), la SA:

- ✓ può **proseguire il rapporto di appalto con altro mandatario** (48, 17), **purché qualificato** in ragione dei lavori ancora da eseguire,
- ✓ **non sussistendo tali condizioni deve recedere dal contratto.**

➤ **MANDANTE** (48, 18), la SA:

- ✓ **ammette la sostituzione dell'OE** (non è più previsto il recesso) **e**,
- ✓ **ove non indichi altro OE** subentrante, impone l'esecuzione:
 - *diretta al mandatario o a mezzo degli altri mandanti*in possesso di **qualificazione adeguata ai lavori da eseguire.**

NB: Secondo l'AVCP l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti garantisce la SA, le eccezioni (indipendenti dalla volontà dell'OE) trovano ragione nell'interesse per l'opera (par. AG 49/2013 e d.lgs. 163/2006, art. 45, c.18/19).

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

3. RETI D'IMPRESA

Funzione delle reti d'impresa

- ❖ La **Rete d'impresa** (d.l. n. 5/2009, conv. in l. 33/2009), è un istituto che mira a **migliorare la competitività delle imprese aderenti ad un accordo**, denominato “Contratto di Rete”, con le seguenti caratteristiche:
 - permette agli imprenditori di esercitare un **modello alternativo** e flessibile **di business** basato su collaborazione/scambio/aggregazione,
 - rispetta **indipendenza, autonomia** e **identità** dei partecipanti,
 - consente il **miglioramento della dimensione** necessaria per competere con imprese più strutturate e con maggiori risorse,
 - consente un **approccio graduale e scalabile**, che può:
 - ✓ limitarsi ad essere *una forma di aggregazione* attorno al progetto,
 - ✓ avviare *processo di aggregazione che può sfociare in forme più strutturate* quali contratti di rete più vincolanti e garantiti (con personalità giuridica), oppure un processo di fusione aziendale.
 - presenta **una struttura aperta** a eventuali ingressi/recessi.

Vantaggi negli appalti pubblici

- ❖ Negli appalti pubblici, possono annoverarsi numerosi vantaggi :
 1. possibilità di **partecipazione a bandi e gare di appalto**, con
 1. espansione in *appalti di maggiore importo*,
 2. *incremento delle competenze* con l'esecuzione di lavori in nuove categorie (solo su modello Cons. Stabile);
 2. **responsabilità limitata al fondo patrimoniale** comune per le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi in nome e per conto della Rete e più in generale, con riduzione dei rischi operativi,
 3. sotto un **profilo finanziario**, per:
 - ✓ possibilità di *riduzione dei costi di gestione*,
 - ✓ *accesso al credito* tramite appositi modelli di Rating bancari,
 - ✓ *agevolazioni fiscali*,
 4. possibilità di **distacco del personale tra imprese appartenenti alla stessa rete** (segue)

Distacco di mano d'opera

- ❖ Il Ministero del Lavoro ha chiarito che è **legittimo il distacco di personale perché tra aziende** che abbiano sottoscritto un contratto di rete **perché**:
 - *sorge automaticamente, in forza dell'operare della rete, l'interesse produttivo della distaccante a prestare il proprio personale che legittima il distacco (cfr. Min. lav. interpello n. 1 del 20/1/2016 e art. 7, Dl. n. 76/13, L. conv. n. 99/2013, e art. 30, co. 4-ter, D.lgs. n. 276/03),*
 - *per l'amministrazione risulta **sufficiente verificare l'esistenza di un contratto** di rete tra il distaccante stesso e il distaccatario (cfr. ML circ. n. 35/2013), senza procedere ad un riscontro puntuale dell'interesse concretamente perseguito dal distaccante,*
 - *ha come presupposto **l'attuazione di un programma,***
 - ***non si configura in tali casi un prestito illecito di manodopera.***

Codatorialità nella rete

- ❖ Il contratto, inoltre, può prevedere specifiche clausole volte a disciplinare la “codatorialità” dei dipendenti di una o più imprese appartenenti alla rete stessa (***circolare INL n. 7 del 29 marzo 2018***).
- ❖ In tal caso, è necessario ex che
 - **il contratto di rete sia iscritto nel registro delle imprese,**
 - **l’esistenza di un contratto di rete tra i soggetti coinvolti** (distaccante e distaccatario o co-datori),
 - **la codatorialità risulti dallo stesso contratto**, così come la “platea” dei lavoratori che vengono messi “a fattor comune”,
 - **i lavoratori siano formalmente assunti**, mediante l’assolvimento dei relativi adempimenti di legge da una delle imprese partecipanti
 - **al lavoratore spetti il trattamento** previsto dal **CCNL applicato dal datore di lavoro che procede all’assunzione.**

Requisiti della Rete

- ❖ Il Contratto di Rete deve essere sottoscritto da **almeno due imprenditori** e deve contenere alcuni elementi obbligatori, tra cui si distinguono:
 - l'indicazione degli **obiettivi strategici** di *innovazione* e di *innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti*;
 - le **modalità per misurare l'avanzamento verso gli obiettivi**;
 - la definizione di un «**Programma di Rete**», che riporta:
 - ✓ *diritti e doveri dei partecipanti*;
 - ✓ *modalità di realizzazione dello scopo comune, ossia le attività di rete*;
 - ✓ *eventuale fondo patrimoniale e relative regole di gestione, nonché natura e criteri di valutazione dei conferimenti*;
 - ✓ *durata del contratto*;
 - ✓ *eventuali modalità di adesione di altre imprese*;
 - ✓ *eventuali cause e condizioni per il recesso*;
 - ✓ *eventuale soggetto esecutore (cd. organo comune), ed i suoi poteri*;
 - ✓ *procedure decisionali delle imprese partecipanti*.

Modelli aggregativi utilizzabili

- ❖ Sono presenti due modelli di rete: “verticale” e “orizzontale”.
 - **Reti Verticali:**
 - ✓ quelle che aggregano imprese con *interessi legati a tutta la filiera produttiva* (ad es. cava, fornitore, costruttore, installatore).
 - **Reti Orizzontali:**
 - ✓ quelle che *raggruppano imprese considerate “alla pari”* che si uniscono in Rete per aumentare l’offerta:
 - incrementando categorie e classifiche,
 - strutturando meglio il coordinamento interno.

NB: Tale terminologia non va confusa con quella utilizzata negli appalti pubblici per le ATI.

Tipi di «governance»

❖ RETI DI “SCAMBIO”

Non prevedono la costituzione di un **organo comune** e di un **fondo patrimoniale comune**, sono basate su scambio e condivisione di informazioni, di know-how, di prestazioni commerciali, industriali, tecniche etc. La gestione rimane in capo a ciascun partecipante.

❖ RETI “CONTRATTO”

Prevedono la **costituzione di organo comune** e di un **fondo patrimoniale comune** e rappresentano la grande maggioranza delle Reti di Imprese sinora costituite in Italia.

❖ RETI “SOGGETTO”

Si caratterizzano da **un organo comune**, un **fondo patrimoniale comune** e dalla **registrazione del Contratto di Rete** presso la sezione ordinaria del Registro delle Imprese (sede della Rete), che attribuisce alla stessa la **soggettività giuridica** (D.L. 18/10/2012 n.179) e fiscale, potendo così esercitare a tutti gli effetti attività d'impresa.

Reti e carenze del regime transitorio

- ❖ Già nel previgente codice era presente al rete (art. 34, lett. e-bis), nel nuovo è specificato che le **imprese aderenti al contratto di rete si qualificano come** :
 - **RTOE** (cfr. determina AVCP n. 3 del 23 aprile 2013),
 - **consorzi stabili**, nel caso in cui tutti componenti di tale contratto abbiano i requisiti ai fini della qualificazione SOA (co. 14 e art. 47, co,2 ?) con le seguenti caratteristiche (?):
 1. una **unitaria e comune struttura imprenditoriale**,
 2. un **numero minimo di tre soggetti** retisti (2 nelle reti),
 3. un **termine minimo di durata di cinque anni** del contratto (indicazione assente nella disciplina della rete),
 4. una **pianificazione** industriale (Programma di rete) che preveda l'operare comune **nel settore dei contratti pubblici**,
 5. un **fondo patrimoniale comune e autonomo**,
 6. la **personalità giuridica** (?)

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

4. SIOS

Schema di ricostruzione categorie

- ❖ Per «**OPERA**» o per «**INTERVENTO**» si intende **un insieme di lavorazioni capace di esplicare funzioni economiche e tecniche** che ai sensi della l. 80/2014 (conv. mod., del DL 47/2014) co. 1 e 2 dell'art. 12 sono:



Decreto del MIT in data 10/11/2016, n. 248: elenco e disciplina SIOS.

SIOS \leq 10% importo appalto

❖ Nel DM del MIT n. 248 del 10/11/2016 si specifica che le SIOS:

1. indipendentemente dall'importo, sono **SEMPRE TUTTE SCORPORATE** e devono essere affidate a
✓ *subappaltatore qualificato* per le lavorazioni che esegue.

2. sotto la **quota del 10%**, (nel previgente d.lgs. 163/2006 tale percentuale era del 15%) sono identiche alle altre categorie a qualificazione obbligatoria, pertanto:

A. possono essere subappaltate per l'intero importo;

- le imprese non specificatamente qualificate nella SIOS, prevista nel bando di gara
 - **potranno** qualificarsi nella SIOS *per l'importo complessivo*, "coprendo" il subappalto *con la prevalente*;
 - **dovranno** indicare in gara il subappalto della SIOS.

B. possono essere oggetto di avvalimento.

SIOS > 10% importo appalto

3. qualora il relativo valore superi il 10% dell'importo totale dei lavori messi a gara **non è consentito:**
- ✓ fare ricorso all'avvalimento,
 - ✓ subappaltare oltre il 30% del contratto di appalto,
 - ✓ suddividere l'importo delle opere senza ragioni obiettive.

Obbligo di ATI verticale per l'impresa priva di idonea qualificazione della categoria SIOS richiesta in bando.

4. la **QUOTA DI SUBAPPALTO RISERVATA ALLA SIOS**, non è computata ai fini del raggiungimento della quota complessiva di subappalto
- a) nei limiti del 30% dell'importo complessivo qualificarsi nella SIOS, "coprendo" la quota di subappalto (facendola eseguire da impresa qualificata) con la propria SOA nella categoria prevalente;
- b) per il restante 70%, concorrere in **ATI verticale**.

NB: la somma delle quote sembrerebbe estendersi alle SIOS < 10%.

Requisiti qualificazione SIOS

- ❖ Il **DM n. 248/2016** elenca le **opere ad alto contenuto tecnologico** o di complessità tale da richiedere elevati livelli di specializzazione.

**Sicurezza delle
infrastrutture e
strutture**

**OS 11, OS 12-A, OS12-
B, OS 21**

**Realizzazione delle
infrastrutture**

**OS 13, 18-A, OS 18-B e
OS 32**

Ciclo dei rifiuti

OS 14

Impiantistica

OG 11, OS 4 e OS 30

I **requisiti «aggiuntivi»** di specializzazione richiesti nel DM 248/2016 **per la qualificazione SOA.**

Beni culturali

OS 2-A, OS 2-B e OS 25

DM MiBACT n. 154/2017

NB: la OS 11 - apparecchiature strutturali speciali - ricomprende ora anche i sistemi di precompressione a cavi post-tesi.

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

5. IL SUBAPPALTO NECESSARIO E CONTRATTI SIMILARI

Subappalto necessario e facoltativo

❖ L'art. 105 del Codice:

- **non fa** alcuna **menzione** della *facoltà di poter prendere parte alla competizione mediante i requisiti del subappaltatore*;
- specifica che i soggetti affidatari dei contratti *possono affidare in subappalto le opere* comprese nel contratto, *previa autorizzazione della SA* purché, tra l'altro, all'atto dell'offerta siano *stati indicati i lavori o le parti di opere* che si intende subappaltare.

❖ Il **subappalto necessario** (o qualificante) è un istituto di creazione giurisprudenziale scaturisce dalla *regola generale per cui l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni* oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, *con l'eccezione* secondo la quale, le *“categorie a qualificazione obbligatoria”*, che **devono essere subappaltate** ad imprese munite delle specifiche attestazioni.

Subappalto necessario e facoltativo

❖ Il **subappalto necessario** (o qualificante)

L'appaltatore difetta dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è **obbligato a subappaltarle** ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti⁺

*NB: gli accesi dibattiti riguardanti soprattutto l'onere di dichiarare il **nominativo** del subappaltatore già in sede di partecipazione, sono conclusi (non del tutto) solamente con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2015 che **ha escluso la necessità di indicare il nominativo.***

❖ Il **subappalto facoltativo** (od ordinario)

L'appaltatore già possiede in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, ma sceglie, sulla base di una valutazione discrezionale e di **mera opportunità economica**, di subappaltare talune prestazioni ad un'altra impresa, anch'essa **in possesso di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione.**

TAR Roma, Sez. I Bis, 7 gennaio 2019, n. 146

- ❖ Il concorrente **è tenuto ad indicare in modo tutt'altro che generico, già** in sede d'offerta, **i lavori** (o parti di essi) **che intende subappalta**

***NB:** Tale indicazione specifica dei lavori "subappaltandi" risulta necessaria a fortiori nell'ipotesi di subappalto necessario.*

- ❖ In tale ipotesi, invero, **non è possibile ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio**, in quanto, così facendo, si consentirebbe all'impresa **non di sanare un vizio formale ma** sostanzialmente di modificare l'offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario (**indispensabile per il possesso dei requisiti di gara**), inizialmente non prevista

Diversamente, se l'aggiudicataria **possiede i requisiti per lo svolgimento dell'appalto**, indipendentemente da come ha strutturato l'offerta, la mancata indicazione del subappalto non costituisce causa di legittima esclusione (Tar GE, 112/2018).

Contratti simili

- ❖ E' possibile applicare la disciplina del subappalto anche ad altre figure contrattuali, quali ad esempio le **forniture con posa in opera** ed i **noli a caldo**.
- ❖ Laddove il subcontratto rientri nella nozione dei c.d. "**CONTRATTI SIMILARI**" (o contratti assimilabili) al subappalto è da *intendersi assimilato al subappalto e dunque soggetto alla relativa disciplina* che prevede, tra l'altro:
 - la necessità di una **autorizzazione preventiva**,
 - il computo dell'importo del subcontratto, ai fini del **calcolo della quota subappaltata**,
 - l'obbligo di **pagamento diretto** (se previsto).
 - la **responsabilità solidale dell'appaltatore**, assieme ad ogni altro effetto di legge, come la fattispecie penalmente rilevante del subappalto non autorizzato.

Subcontratti assimilabili al subappalto

❖ **E' assimilabile** al subappalto (art. 105, co. 2), qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiede l'impiego di manodopera, quali le **FORNITURE CON POSA IN OPERA** e i **NOLI A CALDO**:

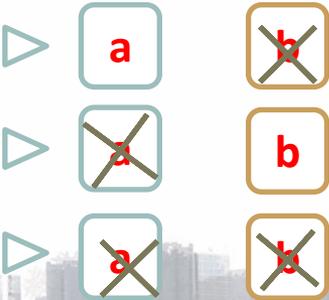
a se singolarmente di importo > **2%** dell'importo delle prestazioni affidate o di importo > **100.000 euro ... e (?)** **Requisito quantitativo**

b qualora l'**incidenza del costo della manodopera** e del personale sia > **50%** dell'importo del contratto **Requisito qualitativo**

E' subappalto se



Non è subappalto



Esempio: fornitura con posa in opera di serramenti, costruiti in serie.

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

6. ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

L'associazione in partecipazione 1/2

❖ Associazione in partecipazione *regolata dall'articolo 2549 del Codice Civile*, è quel contratto in cui *l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili* della sua impresa o di uno o più affari verso il *corrispettivo di un determinato apporto*:

➤ l'apporto dell'associato, che può essere di qualsiasi natura, **purché avente carattere strumentale per l'esercizio di quell'impresa** o per lo svolgimento di quell'affare

*NB: Nel caso in cui l'associato sia **una persona fisica** l'apporto di cui al primo comma non può consistere, **nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro.***

➤ **solo l'associante fa propri gli utili**, salvo, nei rapporti interni, il suo obbligo di liquidare all'associato la sua quota di utili e a restituirgli l'apporto.

L'associazione in partecipazione 2/2

- ❖ Inoltre ... nell'associazione in partecipazione:
 - *non si forma un soggetto nuovo o si costituisce un patrimonio autonomo*, non c'è comunione dell'affare o dell'impresa, che restano di esclusiva pertinenza dell'associante.
 - I terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante.



Per far sì che l'associazione in partecipazione non diventi subappalto, l'unica strada è quella dell'**associante esecutore del contratto e associato contributore economico nella impresa del primo**, in seno ad un rapporto giuridico tra i due che sia nato prima dell'appalto?

Differenze con subappalto

- ❖ Nel codice viene legittimata l'Associazione in partecipazione tra **le modalità di esecuzione degli appalti pubblici (105, 20)**.
- ❖ La collocazione dell'Associazione **in partecipazione all'interno dell'articolo esplicitamente dedicato al subappalto** ed ai sub contratti simili, e determina la sua assimilazione al subappalto



- ❖ Qualora si intenda usufruire dell'associazione in partecipazione, pertanto, ***il concorrente*** (autonomamente qualificato) dovrà :
 - ***dichiarare, in alternativa al subappalto***, che in fase esecutiva intende ***procedere ai sensi dell'art.105 comma 20 del Codice***,
 - ***individuazione delle "prestazioni"*** (così afferma testualmente l'art. 105, 20) da eseguire tramite associazione in partecipazione

Differenze con il subappalto

Appalto/subappalto

1. corrispettivo a fronte della realizzazione di un'opera/servizio;
2. non si realizza un vero e proprio "apporto" di capacità del subappaltatore, ma per una parte di lavorazioni, l'appaltatore principale viene sostituito dal subappaltatore, che esegue in proprio i lavori in piena autonomia;
3. obbligazione di risultato;
4. subappalto necessario.

Ass. in partecipazione

1. l'aleatorietà dell'obbligazione principale dell'associante;
2. a fronte di un apporto (lavorativo o di capitale) partecipazione agli utili o ripartizione delle perdite;
3. partecipazione all'affare;
4. nessuna possibilità di integrare la propria qualificazione (divieto partecipazione 48,9).

Difficile collocazione

Parere CDS n. 782 del 30 marzo 2017

- ❖ *Il Legislatore non ha tenuto conto del Parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato sullo schema di decreto correttivo (Parere n. 782 del 30 marzo 2017) che, sulla questione era stato preciso*
 - *«Infine, non ci si può esimere dal rilevare la sussistenza di una contraddittorietà tra quanto previsto dal comma 20 dell'art. 105 - nella parte in cui prevede che “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ...alle associazioni in partecipazione” - ed il disposto dell'art. 48, comma 9, codice, in base al quale si statuisce che “è vietata l'associazione in partecipazione...”: si suggerisce, pertanto, di sopprimere il riferimento operato dal predetto comma 20 alle “associazioni in partecipazione”, al fine di superare la contraddittorietà testé rilevata».*

FORME DELL'OPERATORE ECONOMICO NEGLI APPALTI

7. AVVALIMENTO

L'istituto dell'Avvalimento

- ❖ L'avvalimento è un **istituto di derivazione comunitaria che consente all'operatore economico privo dei requisiti necessari per la partecipazione** ad una gara di soddisfare quanto richiesto dalla SA avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri OE (art. 89).
- ❖ L'istituto è suddivisibile in **avvalimento c.d.**
 - **tecnico od operativo** l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie **risorse tecnico – organizzative** indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto:
 - ✓ tale è l'avvalimento della **dotazione di personale o dei mezzi aziendali** messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto
 - **di garanzia** l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria **solidità economica e finanziaria o esperienziale**:
 - ✓ tale è l'avvalimento dei **requisiti di carattere economico – finanziario** e, in particolare, il fatturato globale o specifico.

Adempimenti del concorrente

❖ Il concorrente **allega alla domanda di partecipazione:**

➤ l'eventuale **ATTESTAZIONE SOA** dell'impresa ausiliaria,

➤ **DICHIARAZIONI SOTTOSCRITTE DALL'IMPRESA AUSILIARIA**

- ✓ una che costituisce un *atto di assunzione unilaterale di obbligazioni* precipuamente **nei confronti della SA e dell'OE** a mettere a disposizione **per tutta la durata dell'appalto** le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, che deve essere allegata a cura del concorrente (Circolare MIT n. 3 del 18/07/2016),
- ✓ una che attesta il *possesso dei requisiti* generali, tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (*cf.* **DGUE e PASSoe**),
- ✓ una che attesta la *mancata partecipazione alla gara*,

➤ il **CONTRATTO DI AVVALIMENTO**, in **originale o copia autentica** con si **obbliga nei confronti del concorrente** a fornire requisiti e a mettere a disposizione risorse necessarie **per tutta la durata dell'appalto**.

Elementi essenziali dell'avvalimento

1. Il **contratto di avvalimento**:

- ✓ *non coincide con la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga* verso il concorrente e verso la stazione appaltante,
- ✓ *deve specificamente indicare* i requisiti tecnici e le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria (**PENA NULLITA' DEL CONTRATTO**),
- ✓ *comporta la piena responsabilità solidale* tra concorrente e ausiliaria in relazione a tutte le prestazioni contrattuali, restando il riparto di responsabilità questione interna,
- ✓ *non deve contenere condizioni* di tipo meramente potestativo.

2. I **requisiti prestati**:

- ✓ *devono essere specificatamente indicati*, oppure essere quantomeno determinabili,
- ✓ *devono essere effettivamente messi a disposizione* dell'ausiliaria, non essendo sufficiente un impegno generico.

Soccorso istruttorio

- ❖ Il **SOCCORSO ISTRUTTORIO** deve essere utilizzato dalla SA per richiedere
 - l'*integrazione della documentazione dell'ausiliaria* necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti dichiarati, e
 - a condizione che i **citati elementi siano preesistenti e comprovabili** con documenti di data certa, anteriore al termine dell'offerta,
 - ✓ la **produzione tardiva** del contratto o **allegato all'offerta in copia semplice**,
 - ✓ la **mancata produzione della dichiarazione di avalimento**

- ❖ Il **SOCCORSO ISTRUTTORIO** è escluso:
 - per sanare un **contratto di avalimento non sottoscritto**,
 - per colmare il **mancato possesso di uno dei requisiti**,
 - per sanare la **mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione** dall'impresa ausiliaria in quanto **causa di nullità del contratto di avalimento**.

Impresa ausiliaria

❖ Tutti gli operatori economici, singoli o in raggruppamento, (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5408/2012), **possono 'prestare' i requisiti** se:

➤ **non concorrono alla stessa gara**; ciò non accade se ausiliaria e ausiliata sono partecipanti allo stesso raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi

➤ **non si avvale più di un concorrente** della stessa ausiliaria;

*NB: fanno eccezione possesso di particolari **attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese** operanti sul mercato, sino ad un massimo di concorrenti indicato nel bando, laddove le stese siano offerte alle medesime condizioni (doc. consultazione ANAC avalimento).*

➤ **possiedono in proprio i requisiti**, in quanto è vietato l'avvalimento a cascata e l'ausiliaria non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

*NB: ad es. l'impresa consorziata esecutrice che si avvale di **un'impresa non appartenente al consorzio (?)** o il **progettista indicato** in sede di offerta che si avvale di altro soggetto (doc. ANAC cit.).*

➤ **sono utilizzati in gara** (no all'avvalimento per il subappaltatore).

Avvalimento plurimo e frazionato

- ❖ Il codice ammette «**l'avvalimento di più imprese ausiliarie**», pertanto è possibile che il corrente ricorra a:
 - l'avvalimento **plurimo**, in cui il concorrente si avvale di **una sola diversa impresa ausiliaria per ciascuna categoria** di qualificazione, e
 - l'avvalimento **frazionato**, in cui vi sono **più imprese ausiliarie, nessuna delle quali raggiunge i requisiti necessari** per la partecipazione alla gara, per cui sarebbe necessario sommare (ma anche non) ai propri requisiti quelli di una o più imprese.

NB: la direttiva 2014/18, innovando in tal senso rispetto alla previgente disciplina, ha previsto la facoltà di porre limiti all'avvalimento (art. 63 per 2), ha altresì richiamato unicamente la facoltà di imporre, per talune tipologie di affidamenti, un generale divieto di avvalimento, ma non la facoltà di ridurre, discrezionalmente, il numero di soggetti ausiliari (vedi critical task).

Critical tasks

❖ Ex art. 89, co. 4 nel caso di:

➤ **appalti di lavori, servizi e operazioni di posa in opera o installazione**



... **la SA può imporre** che taluni **compiti essenziali** siano direttamente svolti **dall'offerente** o specifico componente RTI

❖ La facoltà riconosciuta alle SA (previsto anche nei lavori?), del codice può essere esercitata:

1. previa **idonea motivazione** da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati,
2. nel rispetto del limite della **logicità e ragionevolezza** dei requisiti richiesti e della loro **pertinenza e congruità** a fronte dello scopo perseguito.
3. considerata la particolare **rilevanza qualitativa o quantitativa** di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto.

Requisiti oggetto di avvalimento

- ❖ Possono essere oggetto di avvalimento i requisiti di carattere:
 1. **economico - finanziario**, incluso l'avvalimento del fatturato (o di **garanzia**), che serve essenzialmente non già ad arricchire un'impresa ausiliata che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma delle risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature e personale (C.d.S. sez. V, 22.12.2016 n. 5423).
 2. **tecnico e professionale** (art. 83, co. 1, lett. b) e c), nel caso di:
 - ✓ **requisiti meramente soggettivi**, questi sono generalmente esclusi (Avcp det. 2/2012).
 - ✓ **titoli ed esperienze** professionali o all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII,: parte II, lettera f)

... l'avvalimento è condizionato all'**ESECUZIONE DIRETTA** da parte dei soggetti per cui tali capacità sono richieste.

Avvalimento della ISO 9001

- ❖ Secondo il documento di consultazione ANAC non possono costituire oggetto di avvalimento le **certificazioni di qualità** di cui all'art. 87, del Codice (vs C.d.S. prevalente).
- ❖ La lettera zz) della **legge delega** (legge n. 11/2016) impone che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le **risorse** e i **mezzi prestati, con particolare riguardo** ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da:
 - **certificazioni di qualità** o
 - certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara.

Coerentemente, essendo stati **rafforzati gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti** e delle risorse oggetto di avvalimento e **non si voglia limitare l'avvalimento delle qualificazioni SOA** entro la seconda classifica (oltre la quale è necessaria il possesso della qualità) **deve ammettersi l'avvalimento della certificazione di qualità.**

Divieti all'avvalimento

❖ **NON TROVA APPLICAZIONE** l'istituto dell'avvalimento:

- per i contratti concernenti i **beni culturali** tutelati, (art. 146, co. 3);
- qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino **opere SIOS scorporabili di importo superiore al 10%** (89, co. 11 e Regolamento SIOS, DM 248/2016); con il correttivo tale divieto è esteso alla categoria prevalente;
- per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'**Albo nazionale dei gestori ambientali** (art. 212 d.lgs. 152/2006 e art. 89 co. 10 del codice.

- **Eliminata** la possibilità di avvalersi del possesso **dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84** (art. 89, co. 1) viene meno l'avvalimento stabile?

❖ **Settori speciali**

- Può essere utilizzato indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con l'ausiliaria.

Corrispettivo, subappalto e tutele

❖ LE TUTELE IMPRESA AUSILIARIA

- Non assumendo ruolo nell'appalto non è soggetta ad alcuna tutela, oltre i **normali strumenti i civilistici** previsti in caso di inadempimento;
- Non sono **neppure** ad essa applicabili le tutele del **pagamento diretto** del subappaltatore e cottimista.

❖ CORRISPETTIVO

- Il contratto di avvalimento **non deve necessariamente prevedere un corrispettivo monetario** per l'impresa ausiliaria. Potrebbe emergere un interesse – di **carattere direttamente o indirettamente patrimoniale** – che ha indotto l'ausiliaria ad assumere gli obblighi contrattuali e le connesse responsabilità



- l'impresa ausiliaria **PUÒ ESSERE SUBAPPALTATRICE** “**nei limiti dei requisiti prestati**” (art. 89, co. 8), ma *sussiste il limite di subappaltabilità del 30% dell'importo dei lavori?*

Tar Torino, sez. I, 18 marzo 2019, n. 291

- ❖ *Nella materia degli appalti pubblici la disciplina del subappalto differisce significativamente da quella dell'avvalimento o del raggruppamento di imprese, in quanto **non comporta assunzione diretta di responsabilità del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante**, a conferma del fatto che esso realizza piuttosto una modalità di organizzazione interna del lavoro, che normalmente ha anche un determinato vantaggio per l'appaltatore.*
- ❖ *Dalle significative differenze tra i due istituti, discende conclusivamente l'impossibilità di estendere in via analogica all'avvalimento (ancorché operativo) il limite del 30% di attività delegabili, dettato espressamente per il subappalto dall'art. 105 d.lgs. n. 50/2016.*
- ❖ *Ne consegue anche che non deve essere verificato in che misura percentuale si ponga, rispetto all'attività complessiva dell'appalto, quella svolta dall'ausiliaria.*

Controlli amministrazione

- ❖ La SA verifica, oltre la completezza e correttezza della documentazione, se l'**ausiliaria soddisfa**:
 - i **requisiti speciali** previsti per l'esecuzione dell'appalto, detenendo i pertinenti criteri di selezione (SOA nel caso di lavori);
 - i **requisiti generali** ovvero se non sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80.

... e laddove ciò non accada, la SA

- impone all'ausiliata di sostituire i soggetti.

*NB: nel caso di **dichiarazioni mendaci**, ferma restando l'applicazione dell'art. 80, co. 12, nei confronti dei sottoscrittori, la SA **esclude il concorrente ed escute la garanzia.***

- ❖ Nel bando di gara **possono essere altresì indicati i casi in cui l'OE deve sostituire un soggetto** per il quale sussistono motivi di esclusione non obbligatori, purché si tratti di requisiti tecnici.

QUESITI