

**Il codice unificato degli appalti: nuovi e vecchi istituti.**

*L'AVVALIMENTO E I SUOI RIFLESSI SUL SUBAPPALTO, SUI  
RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E SULLA QUALIFICAZIONE  
a cura di Salvatore Cacace - Consigliere di Stato*

**SINTESI DELLA RELAZIONE**

*Intervento al convegno organizzato dall'IGI – ISTITUTO GRANDI  
INFRASTRUTTURE in  
Roma l'11 aprile 2006.*

Seguendo il “fil rouge” del tema della qualificazione delle imprese nella contrattualistica pubblica, la relazione si snoda in varie tappe dedicate rispettivamente a :

- a) il sistema delle procedure ad evidenza pubblica**, le norme poste a presidio del quale corrispondono, in primo luogo, all'esigenza di consentire alle Amministrazioni di provvedere nel modo più economico e conveniente alla provvista di beni e servizi ed alla realizzazione di opere, ma assolvono anche alla essenziale funzione di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione delle risorse pubbliche, che attraverso il sistema degli affidamenti pubblici viene effettuata. Si tratta, con evidenza, di risorse dei bilanci degli Enti pubblici prevalentemente conseguite con il prelievo fiscale e con gli altri strumenti proprii della finanza pubblica e per le quali è doveroso consentire, in linea con i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 41 della Costituzione, prima ancora che con i principi posti a garanzia della concorrenza nell'ordinamento interno e comunitario, la possibilità di un libero accesso a tutti gli operatori economici giudicati idonei tecnicamente per fornire i beni, prestare i servizi e realizzare le opere nei confronti di Enti pubblici;
- b) la predeterminazione di un mercato degli imprenditori: la idoneità delle imprese**, laddove, evidenziato che il massimo del soddisfacimento dell'interesse pubblico strumentalmente connesso con la gara esperita è con tutta evidenza attingibile solo circoscrivendo l'accesso ai pubblici appalti a quei soggetti, che siano in grado di garantire, per un verso, un sicuro regime di imputazione degli effetti del contratto e di responsabilità personale e patrimoniale e, per l'altro, un'evidente capacità all'esercizio di attività

d'impresa, ci si sofferma sulla legislazione italiana e comunitaria, che una tale predeterminazione attuano, con particolare riguardo alla attuale disciplina dell'assoggettamento degli esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici ad una procedura di qualificazione e di certificazione dei prodotti, servizi e sistemi di qualità aziendali impiegati, che trova la sua scaturigine, com'è noto, nella legge quadro sul riordino dei lavori pubblici n. 109/1994 ed il suo provvisorio punto d'arrivo nel "Codice dei Contratti", che, se è in generale contraddistinto, in forza anche della necessità di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria, dal superamento della pregressa regola della distinzione delle norme applicabili a seconda dell'oggetto contrattuale, per quanto attiene ai requisiti di qualificazione si caratterizza per una disciplina dell'oggetto contrattuale "lavori", in relazione al quale solo l'attestazione SOA dimostra la sussistenza degli stessi, che resta ben diversa da quella dettata per gli appalti di forniture e servizi, con riferimento ai quali all'amministrazione indicente spetta, nell'ambito del suo potere discrezionale di completamento soggettivo della fattispecie normativa per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico specifico alla cui cura essa è preposta, di fissare ed esigere puntuali e stringenti requisiti di partecipazione ( e "quegli altri eventuali che intendono richiedere" ), il cui possesso va poi dimostrato con i documenti e nei modi indicati dal legislatore;

- c) **la disciplina del subappalto**, ch'è istituito, la cui originaria regolamentazione ( v. articolo 339 della legge fondamentale sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F ) ha subito una profonda evoluzione in ragione dell'interesse pubblico a contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata ( v. l'articolo 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e l'articolo 18 della

legge 19 marzo 1990, n. 55 ) ed alla cui disciplina nazionale si affianca peraltro, oggi, la disciplina comunitaria in materia di appalti, che, se pure ispirata al principio della libera subappaltabilità, afferma comunque la compatibilità con le norme comunitarie del diritto interno, che richieda l'autorizzazione, o comunque il consenso della stazione appaltante, al subappalto. La relazione si sofferma in proposito sulle vigenti disposizioni dell'ordinamento interno che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto, le cui letture restrittive si rivelano, alla luce dell'insegnamento che si può trarre dal diritto comunitario, maggiormente conformi alle indicazioni provenienti dal diritto stesso ( contrario a divieti generalizzati ed aprioristici basati sul ricorso ad una certa forma negoziale );

**d) l'associazione temporanea di imprese**, che, quale strumento tipico della cooperazione tra più imprese nel rispetto del mantenimento della individualità e gestione produttiva di ciascuna, rappresenta, in tema di contratti governati dalle regole della evidenza pubblica, una realtà, con la quale l'ordinamento interno da tempo si confronta, il cui *proprium* consiste nella volontà di conseguire in forma associata i requisiti minimi di partecipazione alla procedura stessa; *proprium*, cui non può non corrispondere anche la suddivisione in quote dei lavori dell'appalto da aggiudicare tra i componenti del raggruppamento e cioè il "quantum" della partecipazione di ciascuno ai lavori stessi. Se, invero, il possesso dei requisiti di qualificazione riguarda, come s'è visto, il necessario accertamento della capacità economico-finanziaria e tecnica dell'impresa, mentre l'altro ( la suddivisione fra componenti il raggruppamento dei lavori ) attiene alla corretta esecuzione dell'appalto e se, dunque, i due termini attengono a momenti logicamente e temporalmente

distinti, non v'è dubbio che la "quota" di capacità da ciascun componente del raggruppamento fatta valere ai fini dell'ammissione alla gara debba poi tradursi in una corrispondente "quota" di prestazioni da eseguire e dunque in una "corrispondente quota di partecipazione al raggruppamento" ( v. comma 13 dell'art. 37 del "Codice dei Contratti" ); e ciò perché la quota di qualificazione non è altro che la misura dell'effettiva capacità di quell'impresa di eseguire correttamente corrispondenti prestazioni, cosicché l'entità dell'impegno quantitativo poi posto nell'esecuzione a carico dell'impresa medesima non può non trovare corrispondenza nel requisito "speso" al fine di soddisfare l'esigenza di idoneità dell'A.T.I.;

- e) **la potestà di avvalimento**, ch'è un principio di fonte comunitaria di portata generale, da tempo presente nel relativo ordinamento, ora fissato, com'è noto, dalle direttive UE nn. 17 e 18/2004, delle quali quest'ultima, in particolare, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, agli articoli 47 e 48, ha previsto che un operatore economico possa, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità - economico-finanziarie e/o tecniche - di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine. Questo della disponibilità ( e del momento della disponibilità ) dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare funzionali alla stipula di contratti di appalto con la P.A., da sempre considerati come requisiti volti a dimostrare l'idoneità del concorrente all'esecuzione dell'appalto, rappresenta indubbiamente l'elemento centrale dell'istituto dell'avvalimento, scardinante della nozione di "qualificazione", così come finora accolta sia nell'ordinamento interno che in

quello comunitario. Si analizza, in specie, in quale maniera e con quali implicazioni il principio dell'avvalimento può operare in un sistema, quale quello dell'esecuzione di lavori pubblici disegnato dalla normativa nazionale italiana, caratterizzato dalle attestazioni SOA. Peraltro, l'eventuale abbandono (per via legislativa o per la via dell'eventuale disapplicazione della relativa normativa se ed in quanto ritenuta in contrasto con la disciplina comunitaria) del sistema SOA e della qualificazione "sintetica" per "categorie" su cui esso si basa, lungi dal risolvere i nodi cui si è accennato, finirebbe col porre a nudo tutta la portata "destruens" del sistema di qualificazione dell'impresa disegnato dallo stesso legislatore comunitario, insita nell'istituto dell'avvalimento. Se, invero, la richiesta di "referenze" all'operatore economico circa il possesso di una "capacità economica e finanziaria" e di "capacità tecniche e professionali" ( di cui agli artt. 47 e 48 della Direttiva ) attinge, come si evince sia dalla terminologia utilizzata ( "referenze" ) sia dall'elencazione di dette "referenze" contenuta nelle citate disposizioni, al passato dell'impresa e cioè alla "capacità" ricavabile dalla sua vita precedente (espressa in termini di bilanci, fatturato, elenchi di prestazioni eseguite, di attrezzatura tecnica di cui dispone, di organico di personale, ecc.), l'avvalimento sposta l'asse dell'accertamento in sostanza all'esterno ed in una dimensione futura dell'impresa stessa, che deve in tal caso "dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà" dei "mezzi" o delle "risorse" necessari. Tale spostamento dell'asse della qualificazione dal "passato" al "futuro" dell'impresa, o meglio da un momento anteriore alla gara o comunque coincidente con la gara a quello della stipula del contratto e della sua successiva esecuzione, non è poi nemmeno accompagnato dalla effettiva garanzia, per l'Amministrazione appaltante, che il

soggetto, di cui si sia fatto valere il requisito ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, sia poi quello che effettivamente espleti i lavori ( o quella porzione di lavori corrispondente al requisito "speso" ) previsti; garanzia invece assicurata, come s'è visto, dalle disposizioni in tema di associazione temporanea di impresa. Infatti la dimostrazione che l'impresa avvalentesi disporrà dei mezzi e delle risorse necessari messi a sua disposizione da altri soggetti, sebbene esemplificata nella disciplina comunitaria mediante riferimento alla "presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti" e sebbene ulteriormente specificata nell'ordinamento nazionale con la previsione che il concorrente presenta "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" ( lett. f) del comma 2 dell'art. 49 ), non necessariamente coincide, in mancanza di espressa previsione normativa, con quel pieno inserimento dell'impresa nella realizzazione dell'opera per quanto attiene ad una parte ben determinata della stessa, ch'è principio immanente agli istituti del subappalto e del raggruppamento temporaneo ed al rapporto degli stessi con la "qualificazione".