

Il Tar Piemonte interpreta in modo letterale il comma 4 dell'articolo 89 del codice e "neutralizza" la riserva a favore della Pa

L'avvalimento non si può vietare neanche per i «compiti essenziali» scritti nel bando

DI ROBERTO MANGANI

È illegittima la clausola del bando di gara che vieta il ricorso all'avvalimento per determinate parti dell'appalto qualificate come "compiti essenziali" nell'ambito dello stesso.

Ciò in quanto la norma che viene in considerazione fa riferimento allo "svolgimento" dei suddetti compiti essenziali e deve quindi ritenersi relativa alla fase esecutiva e non alla fase di qualificazione della gara, non potendo quindi limitare il ricorso all'avvalimento.

Queste affermazioni si trovano in una recente pronuncia del Tar Piemonte, Sez. I, 2 gennaio 2018, n.1, che riveste particolare interesse in quanto è uno dei primi interventi giurisprudenziali che affrontano una delle novità più controverse della disciplina dell'avvalimento contenuta all'articolo 89 del Dlgs. 50/2016.

IL FATTO

Un ente appaltante aveva svolto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana. Tra i requisiti richiesti ai fini della qualificazione aveva indicato l'esecuzione nell'ultimo triennio di un servizio di lettura e trasmissione dati svolto secondo modalità predefinite.

Veniva esplicitamente previsto che tale requisito non era frazionabile e che ai fini della sua dimostrazione in sede di gara non era consentito il ricorso all'avvalimento, trattandosi di servizio che la stazione appaltante riteneva essenziale e che come tale doveva essere svolto direttamente dal soggetto aggiudicatario. Questa previsione del bando di gara veniva contestata sotto entrambi i profili da un concorrente, che presentava ricorso al giudice amministrativo deducendone l'illegittimità.

IL FRAZIONAMENTO DEI REQUISITI

Sotto il primo profilo il giudice amministrativo ha ritenuto il ricorso fondato in relazione sia alla giurisprudenza comunitaria che alla specifica norma nazionale contenuta all'articolo 89 del Dlgs. 50.

Occorre ricordare che nella disciplina contenuta nella versione originaria del D.lgs. 163/2006 vi era una previsione che consentiva al concorrente di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ogni categoria di specializzazione, vietando così il frazionamento del suddetto requisito tra una pluralità di imprese ausiliarie (così come, secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza del tempo, anche tra impresa principale e impresa ausiliaria).

Il principio dell'unicità dell'impresa ausiliaria è stato ritenuto dalla Corte di giustizia UE in contrasto con la normativa comunitaria, dove non si ritrova alcuna previsione analoga. Proprio a seguito di questo intervento del giudice comunitario già nella vigenza del D.lgs. 163 era stata eliminata la norma che lo prevedeva.

Il D.lgs. 50/2016 ha dato definitiva consacrazione a questo orientamento, sancendo che è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie (articolo 89, comma 6), consentendosi quindi il frazionamento del requisito tra più imprese ausiliarie (ovvero tra impresa principale e impresa ausiliaria).

Se dunque in termini generali è pacifico che una clausola del bando in sé considerata che vieti il frazionamento di un requisito deve considerarsi illegittima, nel caso di specie la questione è strettamente connessa al secondo profilo che viene in considerazione, e cioè il divieto di avvalimento per i così detti compiti essenziali. Il divieto di frazionamento è infatti strettamente legato al fatto che la stazione appaltante

ha sancito il divieto di avvalimento per il requisito dei servizi analoghi, che deve quindi essere integralmente posseduto dall'offerente. Il che rende evidente, quale logica conseguenza, che il medesimo requisito non può essere frazionato.

I COMPITI ESSENZIALI IN UN APPALTO

Si arriva così alla seconda questione affrontata nella pronuncia, che rappresenta anche il cuore della stessa. Per comprenderne la portata occorre partire dalla previsione contenuta al comma 4 dell'articolo 89 del D.lgs. 50 secondo cui nel caso di appalto di lavori, di appalti di servizi e di operazioni di posa in opera o installazione nell'ambito di un appalto di fornitura le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni "compiti essenziali" siano svolti direttamente dall'offerente.

La norma - che costituisce la pedissequa riproduzione di un'analoga previsione contenuta nella Direttiva Ue - non è di facile interpretazione. In particolare due sono i punti critici che emergono con immediatezza.

Il primo riguarda la difficoltà di definire quali siano nell'ambito di un appalto i compiti che possono essere definiti essenziali. La mancanza di qualunque indicazione in tal senso da parte del legislatore comporta che l'individuazione dei compiti essenziali rientra nella piena discrezionalità dell'ente appaltante, con tutti i margini di incertezza che ciò implica anche sotto il profilo dell'eventuale contestazione in sede giudiziaria delle scelte effettuate. Il secondo punto critico attiene alla circostanza che la norma parla di "svolgimento" diretto dei suddetti compiti essenziali, utilizzando quindi una terminologia che fa riferimento alla fase esecutiva.

Ed è proprio in relazione a questo specifico aspetto che si articola

il ragionamento operato dal Tar Piemonte e le conclusioni cui lo stesso giunge.

LO "SVOLGIMENTO" DEI COMPITI ESSENZIALI

Il giudice amministrativo ha infatti evidenziato come la formulazione letterale della norma porta a ritenere che ciò che il legislatore ha inteso consentire è che lo svolgimento - cioè l'esecuzione - di determinate prestazioni considerate "compiti essenziali" dell'appalto debba necessariamente far capo all'offerente.

In sostanza la norma riconosce all'ente appaltante la facoltà di esigere che nella fase esecutiva le prestazioni da essa ritenute "compiti essenziali" siano svolte dal soggetto aggiudicatario, ma da ciò non si può in alcun modo far derivare che le suddette prestazioni non possano essere oggetto di avvalimento. Infatti, poiché la disposizione del comma 4 si riferisce alla fase di esecuzione del contratto, il relativo divieto non può essere riportato alla fase di selezione del contraente, nella quale deve rimanere impregiudicata la facoltà di ricorrere all'avvalimento.

Di conseguenza, le prestazioni relative ai "compiti essenziali" saranno eseguite dall'aggiudicatario che ne risponderà direttamente alla stazione appaltante ma che ai fini dell'esecuzione potrà liberamente avvalersi, nelle forme prescelte nell'ambito dell'autonoma organizzazione imprenditoriale, dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria.

D'altronde che la corretta lettura del comma 4 non legittimi la possibilità per la stazione appaltante di prevedere il divieto di avvalimento per i "compiti essenziali" dell'appalto si deduce anche dal fatto che quando il legislatore ha voluto introdurre dei limiti all'utilizzo

dell'istituto lo ha fatto esplicitamente, prevedendo un vero e proprio divieto di avvalimento per l'iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali (comma 10) o per le categorie superspecialistiche (comma 11).

I DUBBI SULL'EFFICACIA DELLA SOLUZIONE PROPOSTA

L'interpretazione fornita dal giudice amministrativo si fonda essenzialmente sul dato letterale, cioè sul fatto che il comma 4 parla di svolgimento dei "compiti essenziali", quindi con un chiaro riferimento alla fase esecutiva.

Se ciò è vero, appare tuttavia riduttivo affrontare la questione e dare ad essa una soluzione basandosi esclusivamente sul dato letterale. Sembra invece più opportuno considerare anche la collocazione sistematica della norma.

Essa è infatti inserita nell'articolo 89 che disciplina l'avvalimento, per cui si deve ritenere che essa voglia incidere su detta disciplina. In altri termini, se la limitazione riguardasse esclusivamente la fase esecutiva del contratto non se ne comprenderebbe la collocazione nell'ambito della disciplina sull'avvalimento.

Collocazione che acquista un senso solo se si ritiene che il legislatore abbia voluto consentire alla stazione appaltante, nell'ipotesi contemplata al comma 4, di vietare il ricorso all'avvalimento. Si deve quindi ritenere che sia più corretto interpretare la disposizione in esame nel senso che la stazione appaltante può imporre che i requisiti di qualificazione relativi ai "compiti essenziali" siano posseduti dall'aggiudicatario, vietando per essi il ricorso all'avvalimento.

Tale divieto avrà poi un immediato riflesso sotto il profilo esecutivo, poiché si estende al subaffidamento di tali compiti che non viene consentito. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Sperimentazione nel Centro Italia - Rilasciato da Cassa edile o Di

Verso il Durc di congruità, anche con il silenzio assenso

Si avvicina la sperimentazione del cosiddetto Durc di congruità nei cantieri della ricostruzione del Centro Italia. Lo scorso 7 febbraio è stato firmato un accordo - tra la commissaria di governo Paola De Micheli, l'intera filiera delle costruzioni, i sindacati dell'edilizia e le amministrazioni pubbliche - che spiana la strada all'adozione dello strumento, anche se ancora mancano fondamentali passaggi tecnici per l'attuazione. Occorre infatti definire i prezzi alla base del calcolo dell'indice di congruità (oggetto del Durc). Infine serve una apposita ordinanza commissariale di recepimento "finale", che avvia lo strumento per due anni in via sperimentale.

Il Durc di congruità è un certificato agiuntivo rispetto al Durc on line e, diversamente da quest'ultimo, viene rilasciato solo

dalla Cassa edile territorialmente competente. Il documento ha uno scopo preciso: verificare la congruità - appunto - del costo della manodopera rispetto all'intervento in cui viene impiegata. Il costo della manodopera viene calcolato in base ai versamenti fatti dall'impresa alla Cassa edile relativamente a un singolo cantiere ben individuato.

La congruità - o meglio l'indice di congruità che la cassa edile deve verificare - emerge dal rapporto tra il costo dell'intervento e il costo dei contributi versati alla cassa edile: più i versamenti fatti alla cassa edile sono sproporzionatamente inferiori rispetto all'importo dell'intervento e più emerge il reclutamento irregolare degli ad-

detti in cantiere. Il durc si applicherà a tutti gli interventi pubblici e ai soli interventi privati con un contributo pubblico superiore a 50mila euro. Nell'ambito del cantiere, il durc di congruità riguarderà i soli lavoratori dipendenti che rientrano nel campo di applicazione dell'edilizia. Per tutti gli altri (per esempio montatori di varie componenti edilizie) sarà il direttore dei lavori a verificare la congruità. Più precisamente, «per i lavoratori autonomi e per le imprese subappaltatrici non afferenti il comparto dell'edilizia la congruità dell'incidenza della manodopera sui lavori dalle stesse eseguiti, viene certificata, entro sette giorni dalla richiesta, dal direttore dei lavori coerentemente con quanto dichiarato nel settimanale di cantiere». La verifica della congruità della Cassa edile viene svolta entro 10 giorni dalla richiesta. In caso di integrazione di documenti, scatta un secondo termine di altri 10 giorni. Allo scadere di questi termini, scatta il silenzio assenso. «Nel caso di inerzia nel rilascio nei tempi stabiliti del Durc congruità da parte della Cassa edile/Edilcassa - si legge al punto 4 del protocollo - lo stesso si intende rila-

sciato con esito positivo sulla base del dato fornito dal direttore dei lavori».

Il durc viene rilasciato separatamente a ciascuna delle imprese impiegate in cantiere, sia principali sia subappaltatrici. La verifica avviene in vari momenti. Negli appalti pubblici «l'incidenza della manodopera viene determinata in sede di progetto e, successivamente, in occasione di ogni Sal e del Sal finale».

Nei lavori privati di riparazione e rafforzamento locale (ordinanze nn. 4 e 8 del 2016) l'incidenza della manodopera viene determinata «in sede di progetto e, successivamente, in occasione di entrambe le due erogazioni (intermedia e finale)». Il direttore dei lavori ha anche un margine di manovra per modificare l'indice di congruità: «Per tenere conto di particolari condizioni del cantiere o di realizzazione dell'opera - si legge al punto 8 del protocollo - può motivatamente ridurre l'incidenza della manodopera come determinata ai sensi del precedente punto 5, per non più del 15%». In caso di esito negativo, sarà consentita la regolarizzazione entro 30 giorni. ■ **M.Fr.**

© RIPRODUZIONE RISERVATA