

Parere n.38 del 08/03/2012

PREC 244/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ANCE Catania – *Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione darsena nord e marginamento sud presso il terminal autostrade del mare e piattaforma logistica Fusina* – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta : €9.000.000,00 – S.A.: Autorità Portuale di Venezia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 ottobre 2011 è pervenuta la prefata istanza di parere, con cui l'ANCE di Catania contesta all'Autorità Portuale di Venezia di aver predisposto, per l'affidamento dei lavori in oggetto, una *lex specialis* illegittima con riferimento ai seguenti punti del bando e del disciplinare di gara:

1. clausola 5.7: divieto per l'appaltatore di ricorrere alla stipula di contratti di nolo a caldo o a freddo per l'esecuzione di lavorazioni riguardanti “*quasi l'intera opera*”;
2. disciplinare pag. 9.10: per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa il parametro della “*cantierizzazione e team di esecuzione (punti 30)*” presenterebbe una indebita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

Agli atti del procedimento si rinviene nota, in data 3 ottobre 2011, dell'Autorità Portuale di Venezia, con la quale, nel replicare ai rilievi mossi dall'ANCE Catania, si conferma la legittimità della disciplina di *lex specialis*, in quanto la clausola n. 5.7 sarebbe frutto della discrezionalità che compete alla stazione appaltante, mentre la previsione del disciplinare di gara, pure contestata, non risentirebbe di alcuna commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8 novembre 2011, non ha fatto seguito alcuna ulteriore deduzione delle parti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della *lex specialis* predisposta dall'Autorità Portuale di Venezia per l'affidamento dei lavori in oggetto. L'istante sostiene che il divieto previsto alla clausola 5.7 del bando di gara di ricorrere alla stipula di contratti di nolo a caldo o a freddo per l'esecuzione di lavorazioni riguardanti “*quasi l'intera opera*”, non solo non trova alcun riferimento di natura normativa, ma addirittura esorbita dalla sfera di discrezionalità della stazione appaltante per essere “*vessatorio ed iniquo per gli operatori*”

economici". Tale previsione, infatti, andrebbe ad incidere sull'autonomia organizzativa dell'impresa, con effetti indebitamente restrittivi della concorrenza.

Per quanto riguarda la parimenti avversata norma del disciplinare di gara, parte istante assume che il parametro di valutazione dell'offerta "*cantierizzazione e team di esecuzione (punti 30)*" presenta elementi che attengono alla mera soggettività del partecipante alla gara invece che alla qualità e al merito tecnico della proposta; ciò, in particolare, perché la relazione che deve essere allegata all'offerta deve contenere "*l'indicazione dei mezzi disponibili alla scadenza dell'offerta e l'indicazione della struttura di direzione del cantiere e del personale impiegato con particolare attenzione al grado di istruzione e alle specializzazioni professionali dello stesso*". Il criterio di valutazione sarebbe quindi riferito alla struttura dell'impresa invece che alla qualità dell'offerta.

A fronte di tali articolate argomentazioni, la stazione appaltante osserva che il divieto di ricorrere a contratti di nolo a caldo o a freddo riflette la discrezionalità che le compete e non può incidere su imprese già in possesso dell'Attestazione SOA per la categoria e la classifica richieste (OG7, cl. VI); in ordine al secondo versante di doglianza, la stessa evidenzia che il contestato parametro di valutazione delle offerte sarebbe attinente, non alla struttura dell'impresa, bensì alle modalità di espletamento dell'attività, che non possono essere disgiunte dalle specifiche competenze del personale impiegato nel cantiere.

Al fine di dirimere la questione, occorre chiarire in cosa esattamente consista la locuzione utilizzata a tal proposito dal bando di gara, per comprendere se il divieto di ricorrere a tale figura comprometta effettivamente, come denunciato, l'autonomia organizzativa dell'impresa. Ebbene, la clausola 5.7 del bando statuisce che "*al fine dell'esecuzione dei lavori del presente appalto, non è consentito all'appaltatore il ricorso ai contratti di nolo a caldo o a freddo per le seguenti lavorazioni: trivellazioni, scavo, escavi, esecuzione di diaframmi, infissione palancole*".

La giurisprudenza ha sul punto osservato che "*in materia di appalti pubblici, con riguardo al tema di "contratto di nolo a caldo", va rilevato che nel nostro ordinamento positivo non esiste la figura del noleggio come contratto tipico, se non con riferimento al diritto della navigazione, laddove all'art. 348 viene disciplinato il noleggio di una nave da parte di un armatore; in realtà tale tipo di figura contrattuale rientra nell'alveo del contratto di locazione disciplinato dagli artt. 1571 c.c. e ss.; di recente ha trovato notevole sviluppo, per la convenienza degli imprenditori a disinvestire in macchinari di cui non fanno uso continuativo, ma solo saltuario; nella pratica va distinto il "nolo a freddo" dal "nolo a caldo", ove con il primo viene locato il solo macchinario; con il secondo, oltre al macchinario il locatore mette a disposizione dell'imprenditore anche un proprio dipendente, con una specifica competenza nel suo utilizzo*" (cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 18 settembre 2009, n. 2416).

Il problema interpretativo che si è posto con riferimento alle pubbliche gare è stato soprattutto quello di stabilire se vi sia o meno differenza tra nolo, soprattutto nella sua variante "a caldo", e subappalto, potendosi nel secondo caso ritenere che i limiti legali imposti all'uno si estendano anche all'altro. La giurisprudenza (T.A.R. Veneto Venezia, n. 2416 cit.) al riguardo osserva, in termini classificatori, che se è vero che con il "*nolo a caldo*", oltre al macchinario il locatore mette a disposizione dell'imprenditore anche un proprio dipendente, con una specifica competenza nel suo utilizzo, anche in tale caso, comunque, il lavoro si presenta con carattere di accessorietà rispetto alla prestazione principale costituita dalla messa a disposizione del bene, per tal via configurandosi quale locazione del solo macchinario.

La questione agitata con l'istanza di parere in esame, ponendosi le due predette fattispecie in termini differenziali, involge la risposta al quesito se il margine di discrezionalità che vanta la

stazione appaltante in sede di predisposizione della disciplina di gara includa la possibilità di introdurre limiti al contratto di nolo, oltreché al subappalto, come normativamente previsto.

Al quesito, a parere di questa Autorità, va data risposta affermativa, nel senso che l'esercizio del diaframma di discrezionalità tecnica ed amministrativa che compete alla stazione appaltante, in sede di elaborazione della disciplina di gara, segnatamente per quanto attiene alla enucleazione dei requisiti di qualificazione, siccome riflettente l'ineludibile interesse all'affidamento della commessa ad un soggetto dotato delle necessarie competenze e pertanto in grado di assicurare la sua perfetta esecuzione, non è tale, nel caso di specie, da vulnerare la contrapposta esigenza di massima partecipazione alle pubbliche gare. La rappresentata differenza tra nolo, nelle sue due varianti ("a caldo" e "a freddo"), e subappalto non postula che sia diverso l'atteggiamento della stazione appaltante, non potendosi cioè ritenere che solo nel secondo caso esso si esprima in termini di necessaria cautela al fine di scongiurare la incontrollata sostituzione di un soggetto ad un altro nella esecuzione dell'appalto.

La ontologica differenza tra nolo e subappalto non può per vero essere trascurata, in quanto il primo, come sopra evidenziato, costituisce esplicazione dell'autonomia contrattuale dell'impresa al fine di acquisire la disponibilità di un macchinario, del quale il soggetto appaltatore sia sprovvisto, senza però deferire l'affidamento della prestazione all'assetto organizzativo di una impresa estranea all'originario rapporto contrattuale. Non è un caso che la differenza tra subappalto e nolo sia nota anche alla giurisprudenza civile in sede di applicazione dell'art. 2049 c.c., ai fini della individuazione del soggetto responsabile ai sensi di tale norma e che viene coerentemente individuato non nel datore di lavoro, bensì nel conduttore, "*in quanto l'addetto agisce come preposto di quest'ultimo, essendo stato temporaneamente assoggettato ai suoi poteri direttivi e di controllo*" (cfr. Corte appello Genova, 04 giugno 2005). Si afferma quindi da parte dei giudici civili che il cosiddetto nolo a caldo è un contratto atipico, assimilabile come disciplina alla locazione di cose mobili o alla *locatio operis* oppure all'appalto di servizi, in forza del quale ci si procura il godimento di una macchina con il relativo operatore. Tale contratto si configura, quindi, come un contratto innominato caratterizzato da una prestazione principale, avente ad oggetto la locazione o il cosiddetto noleggio di un macchinario, e da una prestazione accessoria, rappresentata dall'attività del soggetto.

Tuttavia, nonostante la diversa natura del nolo rispetto al subappalto, non è possibile spingersi fino ad affermare la totale indifferenza della stazione appaltante in caso di utilizzazione di detta fattispecie contrattuale atipica, non potendosi escludere che questa possa divenire uno strumento a disposizione dell'appaltatore per deviare dalla naturale evoluzione del percorso esecutivo del contratto d'appalto per effetto del coinvolgimento di imprese terze al di fuori del controllo della stazione appaltante.

Si assiste quindi ad un orientamento giurisprudenziale che, in tale ottica, tende ad assimilare il nolo al subappalto, soprattutto quando il primo si presenti nella sottospecie cosiddetta a caldo. In particolare, si afferma che "*è fatto obbligo all'appaltatore di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i subcontratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del subcontraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Dalle disposizioni recate dall'art. 18 legge 55/1990 emerge che il cosiddetto nolo a caldo, se di valore e con incidenza di personale superiore a determinate soglie, è considerato esso stesso subappalto e che il subappaltatore non può subappaltare a sua volta i lavori attraverso un contratto di nolo a caldo. Ad ogni buon conto, a prescindere dal superamento dei valori soglia individuati dalla norma, l'appaltatore è obbligato a comunicare alla stazione appaltante il nome del subcontraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro per tutti i subcontratti stipulati per l'esecuzione del contratto.*" (cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 12 novembre 2008, n. 10059). In tal senso si è espressa, di recente, anche questa Autorità

(determinazione 27 febbraio 2003, n. 6), osservando che “*se quindi appare oramai indubbio che tutti i subappalti di lavori vadano preventivamente autorizzati, occorre chiarire quali siano le facoltà di controllo che la stazione appaltante ha titolo ad esercitare in relazione ai sub-affidamenti non qualificabili come subappalti a norma di legge (cioè per i contratti similari, aventi ad oggetto prestazioni di fornitura con posa in opera e noli a caldo, qualora non superino le soglie del 2 % del contratto o 100.000 € o, qualora, superiori a tali soglie, il costo della mano della opera espletata in cantiere sia inferiore al 50 % dell'importo del subcontratto). Infatti, l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione preventiva non può ovviamente intendersi come assenza di qualsiasi regola e quindi di potestà di controllo da parte degli organi dell'Amministrazione, poiché – pur mancando specifiche indicazioni normative – deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia, esistendo altresì specifici obblighi di legge in capo ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto tali da configurare indirettamente dei limiti anche nel ricorso ai sub-contratti (inerenti le forniture con posa in opera ed i noli a caldo) non classificabili come subappalti. Pertanto, va riconosciuto ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto (Responsabile Unico del Procedimento, Direttore dei Lavori, Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione) il diritto-dovere di esercitare appieno il ruolo attribuito in forza di legge, con ciò potendo configurare – indirettamente – delle limitazioni nel ricorso agli anzidetti sub-affidamenti”.*

In conclusione, il divieto di ricorrere al nolo, a prescindere dalle sue varianti che, per la natura atipica del contratto, non si traducono in schemi precisi e precostituiti e pertanto non si prestano a rigorose classificazioni, riflette un preciso interesse ascrivibile all'Amministrazione aggiudicatrice, che è quello di assicurarsi il regolare andamento della fase esecutiva del contratto d'appalto, e non si traduce pertanto in una indebita restrizione dell'autonomia contrattuale dell'impresa, ancorché questa possa ovviamente estendersi, ex art. 1322 comma 2 c.c., anche ai contratti atipici. La distinzione tra le due figure di nolo e subappalto, in ragione della loro intima rispettiva essenza, come configurata in sede pretoria, se deve indurre ad escludere che ciò che vale per l'una si estenda automaticamente anche all'altra, non rende *ex se* inconfigurabile l'interesse proprio della stazione appaltante di introdurre limitazioni preventive alla fattispecie del nolo, al fine di scongiurare il tangibile rischio di ingerenze, nella fase nevralgica dell'esecuzione dell'opera pubblica, da parte di imprese terze.

Il divieto in parola non si traduce quindi in un indebito *vulnus* al principio della massima partecipazione.

E' noto, al riguardo, che deve essere considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, anche in violazione dell'articolo 49 (*ex* 59) del Trattato CE, norma applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano. La normativa di gara censurata non si pone, per le ragioni anzidette, in contrasto con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione dei concorrenti alle gare, per determinare una eccessiva compressione della concorrenza contrastando con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. Se la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, nel caso di specie la stazione appaltante non ha fatto altro che introdurre delle limitazioni alla utilizzazione di un contratto che può inficiare l'ordinato svolgersi dell'appalto; tanto più che la clausola in contestazione non si traduce in un inasprimento dei requisiti di qualificazione alla gara, per i quali vale la diversa disciplina in materia di attestazione SOA secondo la tipologia delle lavorazioni richieste.

Va per tali ragioni reputata infondata l'istanza di parere, con conseguente legittimità *in parte qua* del bando di gara.

Il secondo punto di doglianza involge l'ampia tematica della commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, che potrebbe denotare una illegittimità del bando di gara.

Le doglianze dell'istante si indirizzano, come detto, nei riguardi del parametro di valutazione dell'offerta "*cantierizzazione e team di esecuzione (punti 30)*", in quanto questo presenterebbe elementi che attengono alla mera soggettività del partecipante alla gara invece che alla qualità e al merito tecnico della proposta. L'istante, invero, osserva che il disciplinare di gara richiede l'allegazione di una relazione che, richiedendo "*l'indicazione dei mezzi disponibili alla scadenza dell'offerta e l'indicazione della struttura di direzione del cantiere e del personale impiegato con particolare attenzione al grado di istruzione e alle specializzazioni professionali dello stesso*", rifletterebe l'essenza di un criterio riferito alla struttura dell'impresa invece che alla qualità dell'offerta.

In ordine al divieto di commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi dell'offerta, questa Autorità ha avuto modo di osservare che "*nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta, qualora si ricorra al sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione non può operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che contrasta, peraltro, con la normativa comunitaria e con la normativa nazionale di riferimento. Elementi che, come la capacità finanziaria e la certificazione di qualità, riguardando la capacità dell'operatore di eseguire il servizio oggetto dell'appalto, possono essere richiesti esclusivamente ai fini della selezione dei concorrenti, e non successivamente come criterio per valutare l'offerta*" (deliberazione 7 ottobre 2009, n. 7). Eppure, non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato, il quale avverte che, "*fermo restando la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nello scegliere i criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, non sono consentiti "criteri di aggiudicazione" che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi*". Infatti, "*la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima soltanto nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta*" (C. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

Alla luce dell'orientamento del giudice amministrativo, la soluzione del quesito non va escogitata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando se, nel caso di specie, il criterio di valutazione confezionato dalla normativa di gara sia effettivamente in grado di lumeggiare la qualità dell'offerta. A tale quesito, nel caso di specie, deve essere data risposta affermativa, in quanto il contestato criterio riflette perspicuamente l'esigenza di sottoporre ad approfondita valutazione le esatte modalità di espletamento dell'appalto di lavori, che, per loro natura, richiedono adeguate competenze delle maestranze e una capillare organizzazione di cantiere.

Va quindi conclusivamente affermato che il criterio in esame non comporta il paventato rischio di operare come fattore limitativo della concorrenza.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- la clausola 5.7 del bando di gara sia legittima in ragione dell'interesse della stazione appaltante ad introdurre limitazioni preventive alla fattispecie del nolo, al fine di scongiurare il rischio di ingerenze da parte di imprese terze nella fase dell'esecuzione dell'opera pubblica;
- in ragione della natura dei lavori da affidare, la stazione appaltante non abbia operato una indebita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito