

DETERMINAZIONE n. 2

del primo agosto 2012

L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA

Premessa	2
1. L'avvalimento nel diritto comunitario	3
2. L'avvalimento nel Codice	5
3. I requisiti oggetto di avvalimento	8
3.1 La certificazione di qualità	9
3.2 I requisiti di cui all'art. 39 del Codice e l'iscrizione in albi professionali	12
4. L'avvalimento nei lavori pubblici.....	13
5. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture.....	17
6. Avvalimento e subappalto	18
7. I raggruppamenti temporanei di imprese.....	20
8. La prova della disponibilità dei requisiti	22
8.1 Il contenuto minimo del contratto di avvalimento	24

Premessa

L'avvalimento consiste, in estrema sintesi, nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

L'avvalimento è disciplinato dagli articoli 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora innanzi "Codice") e, in relazione al dato normativo, si può distinguere tra: avvalimento nella singola gara, di cui all'articolo 49 - che consente l'utilizzo dei requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara - ed avvalimento stabile, finalizzato all'ottenimento di un'attestazione di qualificazione, ai sensi dell'articolo 50 del Codice. Questa previsione, tuttavia, sarà applicabile, *ex* articolo 357, comma 24, del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice (nel prosieguo Regolamento), a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del Regolamento stesso, secondo le modifiche apportate dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 "Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia", convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. Il suddetto termine è stato prorogato di 180 giorni dall'art. 1, comma 1, del decreto-legge 6 giugno 2012, n. 73, convertito dalla legge 23 luglio 2012 n. 119.

A seguito delle modifiche normative intervenute sull'articolo 49 e della copiosa giurisprudenza ormai formatasi sull'argomento nonché degli interventi in sede di precontenzioso e di vigilanza da parte dell'Autorità, si è ritenuto opportuno avviare una procedura per l'emanazione di un atto a carattere generale; a tal fine, è stata esperita una consultazione *on line* avente ad oggetto l'avvalimento in sede di gara; il relativo documento di consultazione ed i contributi pervenuti sono consultabili sul sito *internet* dell'Autorità all'indirizzo: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>.

A seguito di quanto emerso nell'ambito della menzionata consultazione, l'Autorità ritiene opportuno intervenire sulla materia offrendo alcune indicazioni interpretative di carattere generale.

1. L'avvalimento nel diritto comunitario

Il concetto di “avvalimento” nasce in ambito europeo dapprima come strumento legato alle logiche ed alle strategie imprenditoriali, sempre più orientate alla creazione di “gruppi” societari complessi e articolati, poi, evolve in istituto autonomo finalizzato a promuovere la competizione tra le imprese, consentendo l’accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

La possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dal bando in modo indiretto, ovvero avvalendosi dei requisiti posseduti da altri, è stata affermata per la prima volta con riferimento a società di un medesimo gruppo, nella sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 1994, causa C-389/92: è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l’iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati, ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto.

Con la successiva pronuncia del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98), la Corte di Giustizia si è spinta oltre, giungendo a teorizzare, con riferimento specifico ad un appalto di servizi, il principio generale, valido anche al di fuori dei rapporti infragruppo, secondo cui è possibile che un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, partecipi alla gara avvalendosi dei requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del legame con tali soggetti.

Tipiche del diritto comunitario sono l’indifferenza per ogni formalismo giuridico e l’attenzione focalizzata sull’aspetto sostanzialistico dei rapporti: ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia, è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi di modo che la possibilità di ricorrere all’avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente “ausiliato”, dell’effettiva disponibilità dei mezzi.

La Corte, quindi, sottolinea il nesso intercorrente tra requisiti di partecipazione alla gara ed effettiva disponibilità dei mezzi necessari all’esecuzione del contratto, salvo rinviarne al giudice nazionale la concreta verifica; dunque, il giudice comunitario è consapevole del fatto che i requisiti di

partecipazione costituiscono un imprescindibile elemento di garanzia dell'amministrazione in vista dell'esatto adempimento della prestazione richiesta.

Il principio elaborato dalla Corte di Giustizia è stato recepito e formalizzato dal legislatore comunitario negli articoli 47 e 48 della direttiva n. 2004/18/CE, che riconoscono all'operatore economico il diritto di fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, a condizione che dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari per eseguire il contratto.

Nelle poche disposizioni comunitarie destinate all'avvalimento traspare un'evidente attenzione alla fase esecutiva della prestazione, in linea con il ricordato approccio concreto e sostanzialistico: non è un caso che le norme richiedano all'operatore economico di dare dimostrazione alla amministrazione aggiudicatrice che "disporrà" delle risorse o dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno in tal senso da parte dei soggetti coinvolti.

Quindi, nell'ottica comunitaria, l'avvalimento rappresenta un modulo organizzativo dell'impresa, nel senso che a questa viene riconosciuta la possibilità di ricorrere ad una pluralità di forme giuridiche di organizzazione della propria attività economica, non necessariamente tipizzate, anche nell'ambito degli appalti pubblici, purché dimostri l'idoneità del soggetto alla materiale esecuzione del contratto pubblico. Dunque, alla piena libertà organizzativa dell'impresa, fa da contrappeso il potere della stazione appaltante di verificare in concreto la capacità dell'impresa attraverso l'esame della documentazione fornita per partecipare alla gara.

Peraltro, l'istituto in questione è oggetto di parziale correzione nell'ambito della proposta di modifica della direttiva in materia di appalti pubblici, formulata dalla Commissione Europea, COM(2011)896 def., pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C102/05 del 5 aprile 2012, attualmente in fase di negoziato. Nell'art. 62 della menzionata proposta sono trasfuse sostanzialmente le disposizioni di cui agli artt. 47.2, 47.3, 48.3 e 48.4 della direttiva 2004/18/CE concernenti l'avvalimento. Tuttavia, il secondo comma all'art. 62 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere che alcune attività relative a "compiti essenziali" (*critical tasks*) siano eseguite direttamente dal soggetto offerente,

nell'ambito dei contratti di appalto di lavori e servizi, mentre per le forniture questa possibilità è limitata alle operazioni di posa in opera ed installazione. Tali prestazioni, quindi, sarebbero sottratte all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, che incontrerebbe limitazioni precise anche nel diritto comunitario al fine di assicurare alla stazione appaltante un corretto svolgimento delle prestazioni dedotte in contratto.

2. L'avvalimento nel Codice

L'art. 49 del Codice fornisce una disciplina dettagliata della documentazione occorrente per provare l'avvalimento, in recepimento della direttiva 18/2004; quest'ultima, pur prevedendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari, nulla stabilisce circa le relative modalità di prova, limitandosi ad indicare, come esempio, la possibilità di una dichiarazione da parte dell'avvalso e spostando così, sul legislatore nazionale, l'onere di individuarle.

Nello specifico, il Codice prevede che il concorrente deve allegare alla domanda di partecipazione una serie di documenti, quali:

- a) l'attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria, secondo le indicazioni specificate oltre;
- b) una dichiarazione sottoscritta da un rappresentante dell'impresa concorrente, in grado di impegnare la società, in virtù di opportuni poteri conferitigli, *“attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”*; tale dichiarazione è verificabile nell'ambito della procedura di controllo a campione dei requisiti speciali prevista dall'art. 48 del Codice;
- c) una dichiarazione concernente il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- d) una dichiarazione sottoscritta da un rappresentante dell'impresa ausiliaria, in grado di impegnare la società, in virtù di opportuni poteri conferitigli, attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui al medesimo articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;

- e) una dichiarazione incondizionata ed irrevocabile, dell'impresa ausiliaria, con cui essa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- f) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria di non partecipare alla gara in proprio o associata o consorziata, ai sensi dell'articolo 34;
- g) l'originale o copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;
- h) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del contratto, può presentarsi una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

I documenti elencati devono essere allegati alla domanda di partecipazione a pena di esclusione, anche se la stessa non è comminata in maniera espressa; il carattere imperativo delle prescrizioni può, infatti, ricavarsi dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 49. Chiaramente, non si tratta solo di un onere di tipo formale: la stazione appaltante ha il diritto/dovere di verificare la reale idoneità dell'impresa in relazione alla specifica prestazione.

Secondo quanto previsto dal comma 3, nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11 del Codice.

L'articolo 49 del Codice aggiunge che l'avvalimento comporta:

- 1) la responsabilità in solido, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto;
- 2) l'applicazione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara;
- 3) la sottoposizione ad una serie di limiti quali:

- per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando, che può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA;
- il divieto, a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria, di partecipare in proprio alla stessa gara dell'impresa ausiliata;
- il divieto, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara, salvo il caso che, per requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, il bando preveda che si possa prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, all'aggiudicatario, alle medesime condizioni.

E' opportuno che tali prescrizioni siano espressamente indicate nei documenti di gara.

L'introduzione, poi, del regime di responsabilità solidale dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, operata dal legislatore al comma 4 dell'art. 49, è particolarmente rilevante rispetto alla qualificazione della natura giuridica dell'avvalimento dal momento che essa prefigura un rapporto giuridico ulteriore tra la stessa amministrazione e l'impresa ausiliaria, rapporto che si affianca a quello intercorrente tra le parti del contratto pubblico, cioè tra amministrazione ed impresa aggiudicataria.

L'articolo 49, comma 10, del Codice prevede, inoltre, che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore, nei limiti dei requisiti prestati.

Quanto all'ambito di applicazione, l'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato anche nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per effetto dell'art. 121 del Codice, che estende

l'applicabilità ai citati contratti delle disposizioni di cui alla Parte II, Titolo I, del Codice, tra cui è compreso l'articolo 49.

L'avvalimento si applica, altresì, ai settori speciali in virtù del richiamo espresso contenuto negli artt.230 e 232 del Codice; inoltre non si ravvisano ostacoli né di ordine giuridico¹, né di ordine fattuale che impediscano all'avvalimento di spiegare i suoi effetti anche nell'ambito delle concessioni di lavori. Per quanto riguarda le concessioni di servizi, considerando il tenore letterale dell'art. 30, comma 3, del Codice, che sottopone le procedure per la scelta del concessionario di servizi al rispetto non solo dei principi desumibili dal Trattato, ma altresì di quelli relativi ai contratti pubblici ed atteso il fatto che nella disciplina dei contratti pubblici l'avvalimento ha assunto valore di principio generale, può concludersi che l'istituto in esame può trovare applicazione anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario di servizi, le quali devono rispettare i principi generali propri dei contratti pubblici.²

3. I requisiti oggetto di avvalimento

Per partecipare ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico è necessario che un concorrente sia qualificato, cioè in possesso di determinati requisiti richiesti dal bando. Questi si distinguono in due macro categorie: requisiti "generali" o "soggettivi" e requisiti "speciali" o "oggettivi". I primi, attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all'avvalimento, l'articolo 49 del Codice, infatti, prescrive che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata ne siano provviste direttamente.

I secondi (requisiti "speciali") fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione. A quest'ultima categoria

¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2008 n. 5742.; TA.R. Lazio-Roma, sez. I, 12 maggio 2008 n. 3875.

² Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 8 giugno 2012, n. 5224; Tar Molise, 23 dicembre 2011, n. 990.

appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono formare oggetto di avvalimento.

E' opportuno precisare anzitutto che l'istituto dell'avvalimento è applicabile al solo concorrente e non anche all'impresa ausiliaria. Di conseguenza, non può ritenersi consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto (cd "avvalimento a cascata"). La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara trova un bilanciamento nel rapporto diretto ed immediato tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare, come sopra rammentato. L'inserimento di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti finirebbe per spezzare questo vincolo di responsabilità ed accentuerebbe la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara senza l'introduzione di meccanismi compensativi³.

Nel merito, poi, non è sempre agevole stabilire a quale delle due menzionate macro categorie di requisiti ricondurre uno specifico requisito. Il problema si pone, in particolare, per quei requisiti che, pur non essendo elencati nell'articolo 38 del Codice, sono connotati da un'intrinseca natura "soggettiva" in quanto acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso (ad esempio, la certificazione di qualità, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio). Detta natura ha condotto ad interpretazioni contrastanti circa la possibilità di ricorrere, per tali requisiti, all'avvalimento, come meglio illustrato nei paragrafi successivi.

3.1 La certificazione di qualità

La certificazione di qualità esprime ed assicura la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne

³ cfr., T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2012, n. 2169.

deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità.

Sono emerse in giurisprudenza opinioni contrastanti sull'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per quanto concerne la certificazione di qualità. Sul punto, si ritiene di confermare la posizione già espressa dall'Autorità⁴ nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità. Al riguardo, in primo luogo, si osserva che il legislatore italiano, nel recepire l'istituto dell'avvalimento all'art. 49 del Codice, ha riconosciuto allo stesso la medesima portata attribuitagli dal diritto comunitario. La norma nazionale, infatti, come quella comunitaria, ne circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo ovvero alla certificazione SOA. Pertanto, l'avvalimento ha portata generale solo nel perimetro sopra evidenziato, tanto è vero che dottrina e giurisprudenza non hanno mai messo in dubbio l'inapplicabilità dell'avvalimento ai requisiti di ordine generale, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità. Sotto questo profilo, si sottolinea che la certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice, l'art. 43. In secondo luogo, si rappresenta che tale articolo qualifica in termini sostanziali la certificazione in esame come attestazione dell'*"ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità"*. Le norme a cui fa riferimento la predetta disposizione sono quelle identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001 che definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, ma non disciplinano il modo in cui l'imprenditore deve realizzare le proprie lavorazioni. La certificazione di qualità ISO 9001 non copre, quindi, il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici *standard* internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi. Ciò permette di assimilare la certificazione

⁴ Cfr. parere AVCP n. 254 del 10 dicembre 2008; parere AVCP n. 64 del 20 maggio 2009; parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011; parere AVCP n. 97 del 19 maggio 2011.

di qualità ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico “*status*” dell’imprenditore: l’aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l’esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità.

In terzo luogo, occorre considerare che il legislatore ha stabilito una disciplina differenziata per gli appalti di servizi e forniture, da un lato, e per gli appalti di lavori, dall’altro. Nell’ambito dell’avvalimento, come si illustrerà meglio nel proseguo, l’art. 49, comma 6, del Codice, in estrema sintesi, prevede che i requisiti che concorrono al rilascio dell’attestazione SOA non possono essere oggetto di utilizzo frazionato. Ciò può considerarsi un riflesso della scelta operata dal legislatore di costruire un meccanismo di qualificazione alle gare, basato sull’attestazione preliminare ed astratta dell’idoneità dell’impresa (distinta per categorie e classifiche), che mal si concilia con l’idea della suddivisione dei requisiti tipica dell’avvalimento. L’attestazione SOA è considerata sempre un inscindibile elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti, che può essere oggetto di avvalimento nella sua totalità. Inoltre, la attestazione SOA è, secondo quanto previsto da Codice e Regolamento, condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare. Poiché la certificazione di qualità rientra nel complesso dei requisiti necessari per il rilascio dell’attestazione SOA⁵, se ne deduce che consentire l’avvalimento della sola certificazione di qualità, disgiunta dall’avvalimento della SOA, finirebbe per tradursi nella legittimazione di un frazionamento dei requisiti, in aperto contrasto con la *ratio* che permea l’art. 49, comma 6, del Codice. Né può, in senso contrario, osservarsi che, così argomentando, si creerebbe una disparità di trattamento tra il settore dei lavori e quello dei servizi e delle forniture (ove è invece permesso il frazionamento dei requisiti non esistendo un sistema di qualificazione centralizzato), in quanto, come rilevato, è proprio il legislatore ad avere introdotto regole diverse.

In sintesi, alla luce delle argomentazioni esposte, si ritiene che l’art. 49 del Codice vada interpretato nel senso che lo stesso non consente l’avvalimento della certificazione di qualità, tranne nell’ipotesi in cui la stessa sia compresa nella attestazione SOA; tale conclusione tiene conto sia della natura sostanziale

⁵ L’art. 63, comma 1 del Regolamento richiama la certificazione di qualità ai fini della qualificazione SOA, ai sensi dell’art. 40, comma 3, lett. a) del Codice, evidenziando come la stessa debba essere posseduta dalle imprese per classifiche superiori alla II.

della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia del dato formale-testuale, emergente dal diritto comunitario e nazionale, che disciplina la certificazione di qualità in un articolo distinto e separato rispetto a quelli dedicati ai requisiti speciali proprio al fine di sottolinearne la differenza.

3.2 I requisiti di cui all'art. 39 del Codice e l'iscrizione in albi professionali

Un ulteriore argomento dibattuto attiene alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di cui all'art. 39 del Codice. Anche in tal caso, si ritiene che gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno "*status*" e non possano essere oggetto di avvalimento⁶.

In particolare, con riguardo all'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, si osserva che essa rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma.

Per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una

⁶ Cfr. T.A.R. –Puglia Lecce, sez. III - sentenza 28 marzo 2012 n. 559 in cui si afferma che i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 non possono formare oggetto di avvalimento, nello stesso senso cfr. T.A.R. Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220.

regolamentazione *ad hoc*.⁷ Da tutto quanto sopra, si deve concludere che l'avvalimento non possa riguardare, ad esempio, il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali, . Sarà compito della stazione appaltante verificare la sussistenza degli elementi indicati nel singolo caso; a titolo esemplificativo, si ritiene non suscettibili di avvalimento:

- la licenza prefettizia *ex art.28* del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in materia di produzione, detenzione e vendita di contrassegni distintivi delle Forze di Polizia, necessaria – ad esempio – per gli appalti di fornitura aventi ad oggetto uniformi o veicoli per i vari corpi di Polizia;
- il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. legge 3 agosto 2007 n. 124 e DPCM 22 luglio 2011).

4. L'avvalimento nei lavori pubblici

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo all'avvalimento nel settore dei lavori pubblici. Come osservato, l'art. 49, comma 1, del Codice ammette l'avvalimento in occasione della singola gara anche per i lavori pubblici e, quindi, consente di ricorrere all'attestazione SOA di un'altra impresa. Benché l'articolo citato non contenga limitazioni di sorta né alcuna previsione circa il fatto che il concorrente ausiliato debba essere, comunque, provvisto di una attestazione SOA propria, alcuni limiti emergono comunque dal sistema delineato dal Codice e, in particolare, valgono per quei requisiti che debbono imprescindibilmente essere posseduti dal concorrente.

⁷ Sull'Albo dei Gestori Ambientali, cfr T.A.R. Lazio, sez. II-ter, n. 10080 del 2011 secondo cui: "L'art. 212, comma 5, del D.lgs n. 152 del 2006 prevede, invero, che "l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto...", dal che deriva che la normativa nazionale, proprio per la delicatezza e rilevanza delle funzioni svolte da tali soggetti (dal punto di vista ambientale ed igienico-sanitario), ritiene necessario che questi siano in possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tali da connotarli a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi. Ciò significa che la possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa i requisiti previsti dalla normativa nazionale a tutela del bene ambientale proprio perché non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della "quantità") di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi". Anche la giurisprudenza di legittimità, in sede penale, ha dedotto che l'iscrizione all'Albo, in quanto titolo abilitativo, ha natura personale (cfr. Corte di Cassazione n. 38635/2005).

Per poter correttamente avvalersi dei requisiti speciali di un soggetto terzo, un operatore economico deve, infatti, possedere i requisiti generali di cui all'art. 38, nonché operare nel settore nel quale va inquadrata la prestazione oggetto della gara, ai sensi dell'art. 39 del Codice. Ciò implica che anche un'impresa del tutto sprovvista dell'attestazione SOA possa fare ricorso all'attestazione SOA di un operatore economico terzo, purché operi abitualmente nel settore nel quale si colloca l'oggetto della gara, come risulta dalla iscrizione nel Registro delle Imprese⁸.

L'art. 49, comma 6, primo periodo, del Codice prevede che *“per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione”* salvo che sia il bando di gara ad ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliare a causa dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, come indicato nel secondo periodo dello stesso comma 6 dell'art. 49. La norma, inoltre, specifica che resta fermo *“il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria”*.

Sulla base di tale disposizione, si ritiene che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti debba essere interpretato sia come divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione sia come divieto di frazionamento del singolo requisito fra impresa ausiliata ed ausiliaria. Ne consegue non soltanto che non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria (salvo l'eccezione prevista dalla legge), ma anche che il concorrente in possesso dell'attestazione SOA per una classifica inferiore a quella richiesta dal bando di gara non può sommarla a quella posseduta da un'altra impresa, in modo da raggiungere la classifica prescritta.

L'avvalimento incontra, quindi, dei limiti oggettivi, nel senso che, pur consentendo all'impresa principale di ricorrere per i requisiti mancanti ad un'impresa ausiliaria, non permette che quest'ultima sia a sua volta carente, neppure parzialmente, dei suddetti requisiti. Altrimenti, la stazione appaltante non disporrebbe di alcun soggetto integralmente qualificato per eseguire la prestazione.

⁸ cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 23 giugno 2011, n. 3326. Parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011.

Ciò è confermato dal fatto che quando il legislatore ha voluto ammettere il frazionamento dei requisiti tra più soggetti ha introdotto una specifica disciplina, comprensiva delle adeguate cautele per la stazione appaltante. Ci si riferisce, in particolare, agli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dei consorzi ordinari, in cui la ripartizione dei requisiti è sottoposta a regole stringenti e in cui, soprattutto, è disciplinato un regime di responsabilità delle imprese raggruppate o consorziate nei confronti della stazione appaltante che offre a quest'ultima adeguate cautele rispetto all'adempimento delle prestazioni previste nel contratto.

Se ne deve dedurre che il frazionamento dei requisiti non può essere ammesso quando manchi questa disciplina specifica, come appunto nel caso dell'avvalimento, anche perché ciò costituirebbe un'elusione proprio di quelle regole stringenti in tema di raggruppamenti e consorzi che il legislatore ha dettato quando ha voluto consentire il frazionamento stesso⁹. In sintesi, l'avvalimento non consente a soggetti singolarmente non in possesso dei requisiti sufficienti all'esecuzione dell'integrale prestazione di sommare le classifiche possedute in modo da "creare" un soggetto qualificato.

Tale principio vale anche per gli appalti di importo superiore a 20,658 milioni di euro, per i quali l'articolo 61, comma 6, del Regolamento prescrive il possesso, oltre che dell'attestazione SOA, del requisito della cifra d'affari in lavori, da comprovare autonomamente, nei limiti richiesti dal bando.

Ebbene, poiché il requisito della cifra d'affari in lavori (che costituisce un dato storico dell'impresa al fine di attestarne l'esperienza e la capacità pregressa) concorre, con altri requisiti, all'ottenimento dell'attestazione SOA, deve concludersi che la disposizione di cui all'art. 40 comma 3 lett. b) del Codice, laddove impone la infrazionabilità dei requisiti, abbia valenza anche con riferimento a tale specifico requisito che risulterebbe, comunque, non frazionabile.

Allo stesso modo, non è ammissibile che l'aumento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma 2, possa operarsi anche sulla parte di requisito SOA oggetto di avvalimento, in quanto l'avvalimento, come sopra evidenziato, serve a colmare i requisiti di cui il concorrente è carente; in altri termini, un solo avvalimento deve essere sufficiente ad integrare i requisiti che il concorrente non possiede, ai sensi dell'articolo 49, comma 6. Ammettere l'aumento del quinto anche sulla parte di requisiti "prestati"

⁹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 2011, n. 3565.

equivarrebbe ad aggirare il divieto del doppio ausiliario, godendo contemporaneamente di due benefici (quello dell'avvalimento e quello dell'aumento del quinto) per ottenere il requisito necessario per partecipare alla gara.

E', invece, possibile l'avvalimento del requisito SOA all'interno del medesimo raggruppamento (si veda oltre), ma a condizione che:

- (i) l'avvalimento abbia ad oggetto l'intero requisito, in virtù del divieto di frazionamento di cui all'art. 49, comma 6, per cui non sarà possibile ipotizzare che l'impresa ausiliaria possa utilizzare, ai fini della propria qualificazione e della qualificazione dell'intero raggruppamento, la parte di requisito non "prestata" ad altra impresa componente il raggruppamento;
- (ii) il medesimo requisito, "prestato" per intero, non potrà essere utilizzato dall'ausiliaria nella medesima gara.

Altra problematica riguarda l'appalto di progettazione ed esecuzione di cui all'articolo 53, comma 2, lett. b) e c), del Codice. In particolare, si è posto il quesito se il progettista "indicato" o i progettisti "indicati" di cui all'art. 53, comma 3, del Codice, nel caso in cui siano carenti di un requisito, possano ricorrere all'istituto dell'avvalimento. La previsione, che consente di "avvalersi" di progettisti qualificati, nulla ha a che vedere con l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49, tant'è che tale possibilità era già ammessa dall'art. 19, comma 1 *ter*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la quale non disciplinava affatto l'avvalimento benché consentisse, in caso di appalto integrato, alle imprese prive di qualificazione per la progettazione, di "avvalersi" di progettisti qualificati senza dover ricorrere ad un raggruppamento temporaneo di operatori economici.

Inoltre, si osserva che dell'avvalimento può servirsi il soggetto che assume la veste di "concorrente" nella gara, mentre il progettista semplicemente "indicato" non riveste tale qualifica; pertanto, l'avvalimento è utilizzabile tra i progettisti raggruppati ma non dal progettista "indicato".

Si rammenta, infine, che, ai sensi del comma 10 dell'articolo 49, il contratto è eseguito dall'impresa aggiudicataria ed il certificato di esecuzione dei lavori è rilasciato a questa (salvo il caso in cui

l'ausiliaria svolga il ruolo di subappaltatore secondo i limiti di cui si dirà oltre e secondo quanto previsto dall'articolo 85 del Regolamento).

5. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture

Secondo la nuova formulazione del comma 6 dell'articolo 49, come modificato dal terzo decreto correttivo del Codice, il divieto di cumulo di più imprese in relazione ad un singolo requisito è stato eliminato con riferimento agli appalti di servizi e forniture, mentre per i lavori, come descritto nel paragrafo precedente, è consentito l'avvalimento di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non è ammissibile per concorrente di utilizzare in maniera frazionata i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA .

Pertanto, negli appalti di servizi e forniture, sulla base della citata normativa e della giurisprudenza prevalente, non può escludersi, in linea di massima, la possibilità di frazionare i singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III quater, con la pronuncia del 29 marzo 2012 n. 3006). Si ritiene opportuno evidenziare, tuttavia, la necessità che il requisito oggetto di avvalimento risulti giuridicamente e materialmente frazionabile, senza svilirne la tipicità e la connotazione.

Dubbi si sono posti sull'applicabilità dell'avvalimento nel settore dei servizi di ingegneria ed architettura. In merito, come è stato più volte rammentato, secondo giurisprudenza ormai consolidata, l'istituto dell'avvalimento ha portata generale; peraltro, l'art. 91 del Codice contiene un rinvio espresso alla disciplina generale contenuta nella parte II, titolo I e titolo II del Codice stesso per quanto non diversamente disposto dal capo medesimo. Di conseguenza l'avvalimento può trovare applicazione anche ai servizi di ingegneria ed architettura, ed in particolare ai requisiti previsti dall'articolo 263, comma 1, del Regolamento. Si rammenta, tuttavia, che i cd "servizi di punta" (art. 263, comma 1, lett. c) del Regolamento) ai sensi del comma 8 dell'art. 261 del Regolamento non sono frazionabili; di conseguenza, si può concludere nel senso che ognuno dei due "servizi di punta" richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento.

Si rammenta, inoltre, che l'avvalimento è ammissibile con riguardo ai requisiti di partecipazione mentre non può essere utilizzato in relazione agli elementi dell'offerta: quindi, ad esempio, sempre nel settore dei servizi di architettura ed ingegneria, l'avvalimento non è ammissibile in relazione ai servizi previsti all'articolo 266, comma 1, lettera b), punto 1) del Regolamento che possono essere considerati quale elemento di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con relativa attribuzione di punteggio, ai sensi del comma 4, lett. a) del medesimo articolo 266.

6. Avvalimento e subappalto

Il d.lgs. n. 6/2007, c.d. primo decreto correttivo al Codice, ha rimosso il divieto di subappalto all'impresa ausiliaria, novellando il comma 10 dell'art. 49, chiarendo, così, che il subappalto può costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento. Nell'attuale formulazione, infatti, la norma prevede che *“Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*. Per quanto riguarda l'interpretazione dell'inciso *“nei limiti dei requisiti prestati”*, si ritiene che esso faccia riferimento al principio generale per il quale l'impresa non può eseguire, in subappalto, quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti e, in caso il subappaltatore sia anche impresa ausiliaria, portati in dote al concorrente attraverso l'avvalimento. In sostanza, la disposizione conferma solo il limite generale, previsto dall'ordinamento, della corrispondenza tra requisiti posseduti e prestazioni eseguibili sulla base dei predetti requisiti e va rapportata alla disciplina generale del subappalto. La disposizione è infatti estremamente essenziale e non si preoccupa del coordinamento con la disciplina dell'art. 118 del Codice in materia di subappalto: tale ultima disposizione, partendo dall'assunto secondo cui il soggetto affidatario di un contratto pubblico non può cederlo, ma deve eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture in esso comprese, permette il ricorso all'istituto del subappalto per un ammontare non superiore al 30 per cento del valore del contratto o della categoria prevalente per i lavori pubblici. Altre disposizioni prevedono poi limiti al subappalto per i lavori pubblici nel caso il concorrente non

sia in possesso di adeguata qualificazione (art. 37, comma 11 del Codice). Il medesimo articolo 118 del Codice prevede inoltre numerosi vincoli e condizioni che limitano l'utilizzo dell'istituto. L'eterogenea struttura degli istituti evidenzia il diverso ruolo dell'impresa ausiliaria, nei confronti della stazione appaltante, rispetto a quello normalmente assunto dall'impresa subappaltatrice che, come noto, è titolare di un rapporto derivato dal contratto principale. Come sopra rammentato, nell'avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante, essendo, inoltre, prevista una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante stessa, i cui limiti, sono, peraltro, discussi, dove, invece, nel subappalto il soggetto responsabile verso l'amministrazione è la sola impresa appaltatrice, in quanto parte del contratto.

Anche se la previsione della responsabilità solidale e delle altre garanzie sopra individuate avrebbe potuto condurre il legislatore ad un diverso assetto della materia, l'utilizzo del subappalto, anche nel perimetro tracciato dall'avvalimento, deve essere coordinato con le prescrizioni contenute nell'art. 118 del Codice e nelle norme regolamentari (art. 170 del Regolamento) che dettano la disciplina pubblicistica del subappalto, non espressamente derogate dalla disciplina sull'avvalimento. Tale istituto si muove su un piano diverso sotto il profilo strutturale in quanto mezzo per qualificare un concorrente in relazione ad una specifica gara, altrimenti privo di requisiti; concorrente che, se consegue l'aggiudicazione, esegue il contratto (*"il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa aggiudicataria"*)¹⁰. Il subappalto, quindi, non potrà superare i limiti previsti dal Codice e dal Regolamento e sarà sottoposto alle condizioni ivi previste in fase di esecuzione del contratto¹¹. Ne consegue che, a normativa vigente, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita.

Deve ritenersi, inoltre, escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto. L'avvalimento, infatti, è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara. Il

¹⁰ cfr. Consiglio di Stato, V, 20 giugno 2011, n. 3698.

¹¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3791 del 2009.

subappalto, invece, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti ad un altro soggetto che realizzerà parte della prestazione.

La *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, quindi, assolutamente pro concorrenziale, trova esplicazione e compimento nella fase di partecipazione alla gara e non si estende anche alle fasi successive.

7. I raggruppamenti temporanei di imprese

Occorre coordinare la disciplina dell'avvalimento con la normativa dettata dal Codice sui raggruppamenti temporanei di imprese. In particolare, si osserva che il sistema del raggruppamento temporaneo è basato sul frazionamento del requisito unitario richiesto all'operatore economico che partecipa alla singola gara.

L'art. 49 del Codice fa un richiamo espresso al "raggruppato" nell'ambito di coloro che possono utilizzare l'avvalimento¹². La norma va interpretata, coerentemente con la *ratio* dell'istituto diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono¹³.

Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE prevedono in capo agli operatori economici la facoltà di ricorrere all'avvalimento a prescindere dalla natura giuridica dei legami con l'ausiliaria ed aggiungono che, alle medesime condizioni, un gruppo di imprese può far valere le capacità dei partecipanti al gruppo o anche di altri soggetti, senza limitazioni (art. 54, par. 5, direttiva 2004/17/CE, art. 47, par. 3 e art. 48, par. 4, direttiva 2004/17/CE). Pertanto, nel caso in cui il bando o il disciplinare, nell'ambito di un appalto di servizi o forniture, stabiliscano requisiti minimi di partecipazione per la capogruppo o per le mandanti all'interno di un R.T.I., queste possono tutte ricorrere all'istituto dell'avvalimento per provare la capacità prescritta. In tale prospettiva, non esistono limitazioni all'applicazione dell'istituto,

¹² L'art. 49, comma 1 del Codice stabilisce che " *Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto*".

¹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

con la conseguenza che deve essere ritenuto possibile l'utilizzo dell'avvalimento esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al R.T.I. ed in favore di un suo membro) o interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa).

Quindi, il divieto di cui all'art. 49, comma 8, del Codice deve essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi.

È, altresì, necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.¹⁴. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta.

Infine, si ribadisce la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento. Anche nel contesto di un'A.T.I., tale condizione necessita di una specifica prova¹⁵, non essendo sufficiente il contenuto del contratto di mandato, su cui si fonda l'A.T.I., a soddisfare la

¹⁴ Cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820, nonché Parere AVCP n. 34 dell'11 novembre 2009.

¹⁵ Cfr. sul punto Cons. di Stato, sez. V, n. 5279, del 19 settembre 2011 che conferma la decisione assunta dal TAR secondo cui *“il principio dell'avvalimento presupponga pur sempre che in sede di gara venga presentata all'uopo una precisa dichiarazione, indicando i soggetti ed i requisiti di cui il concorrente si intende in concreto avvalere, e nella stessa sede l'impresa avvalente dia la prova che disporrà degli elementi necessari, ad es. presentando il formale impegno dell'impresa ausiliaria. Tutto ciò da presentare in occasione della gara, rispettando così l'elementare esigenza di cristallizzare le caratteristiche dell'offerta a garanzia della sua serietà e a tutela della par condicio tra i concorrenti. Nel caso di specie, invece, il Tribunale ha rimarcato che, in assenza di alcuna dichiarazione formale resa al riguardo nel corso della gara, si è fatto richiamo all'istituto dell'avvalimento (da parte tanto dell'aggiudicataria quanto della stazione appaltante) soltanto a seguito del ricorso di (...), a fronte delle sue censure sulla carenza da parte della mandante della necessaria qualificazione. Il TAR ha infine osservato che anche elementi quali il rapporto di collegamento esistente tra impresa ausiliaria ed ausiliata, ed il fatto della loro partecipazione in ATI alla stessa gara, non avrebbero potuto prescindere, per un'evidente esigenza di certezza, dall'esistenza di una dichiarazione manifesta di avvalimento”*.

richiesta del legislatore, posto che ciascuna impresa dell’A.T.I. si trova in posizione di parità con le altre imprese dell’associazione e, dunque, non è in condizione di incidere unilateralmente sull’organizzazione aziendale delle altre per garantirsi la disponibilità dei mezzi di cui necessita per l’esecuzione dell’appalto¹⁶.

8. La prova della disponibilità dei requisiti

Preliminarmente si precisa che la volontà di ricorrere all’avvalimento deve essere espressa dal concorrente nella domanda di partecipazione alla gara. Ciò si evince da una serie di considerazioni legate alla natura ed alla finalità dell’istituto: se l’avvalimento, infatti, serve a “*soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA*”, allora non può che seguire modalità e termini previsti per la produzione dei requisiti medesimi. Da ciò discende che, poiché l’impresa partecipa alla gara non solo con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche utilizzando quella dell’impresa ausiliaria, il concorrente deve manifestare tale intenzione nel momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara¹⁷.

Nel paragrafo 2 sono elencati i documenti richiesti dal legislatore per il ricorso all’avvalimento (art. 49, comma 2). Al riguardo si segnala che la lettera *e-bis*) del comma 2, dell’articolo 4, del d.l. 70/2011, nel testo modificato dalla legge di conversione, ha integrato l’articolo 49, comma 2, lett. c) del Codice, aggiungendo le seguenti parole “*nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento*”. Tale modifica, letta insieme ai contenuti del contratto di avvalimento previsti dall’articolo 88 del Regolamento, evidenzia una rinnovata attenzione del legislatore sugli aspetti sostanziali dell’istituto, in linea con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia.

Ponendosi nell’ottica della stazione appaltante, gli atti fondamentali da analizzare, al fine di verificare l’effettiva idoneità tecnica del concorrente, sono: il contratto tra l’impresa ausiliaria e l’impresa

¹⁶ Cfr. Parere AVCP n. 34 dell’11 marzo 2009.

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 16 febbraio 2012, n. 810.

concorrente; la dichiarazione della prima nei confronti della seconda e della stazione appaltante con cui essa si obbliga a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui il concorrente è carente; la dichiarazione effettuata dall'impresa ausiliaria del possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, come richiesto dalla novella apportata al testo dell'articolo 49 del Codice.

Si ritiene, in particolare, che il contratto di avvalimento non sia surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato e che i documenti previsti dall'art. 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione¹⁸ (cfr. quanto specificato nel paragrafo 2).

Si ritiene, altresì, non conforme al dettato normativo consentire la partecipazione di un concorrente che, pur utilizzando l'avvalimento al fine della qualificazione nella specifica gara, non produca il relativo contratto la cui stipula è anzi rinviata ad un momento successivo rispetto alla presentazione dell'offerta. Al contrario, deve ritenersi ammissibile il contratto che, pur presentando tutti gli elementi richiesti dal legislatore, sia sottoposto alla condizione che il concorrente risulti aggiudicatario della gara in questione. Nel merito, si ricorda che l'impresa ausiliata, non possedendo i requisiti richiesti dal bando, si serve dei requisiti di un'altra impresa per partecipare alla gara; si è di fronte ad un'eccezione, introdotta per finalità *pro* concorrenziali, alla regola generale per cui ciascun concorrente deve essere qualificato in proprio. L'articolo 49 del Codice detta una disciplina specifica prevedendo espressamente, al comma 2, lett. f), la necessità che venga allegato, anche in originale o in copia autentica, il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti e le risorse di cui la seconda sia carente. Si tratta, quindi, di un documento ulteriore rispetto alla dichiarazione resa dall'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante circa l'obbligo di mettere a disposizione le risorse necessarie, a

¹⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 7 marzo 2012, n. 728, secondo cui deve escludersi che possa mancare la sottoscrizione dell'impegno della società ausiliaria di mettere a disposizione dei propri mezzi a favore della società offerente. Si tratta, infatti, di un impegno che deve essere contratto anche nei confronti della stazione appaltante, divenendo un elemento integrativo dell'offerta (senza il quale la prestazione promessa non è giuridicamente e praticamente realizzabile; per una fattispecie analoga T.A.R. Lazio sez. III, Roma, 4 giugno 2008, n. 5477). Cfr. anche Parere AVCP n.182 del 20 ottobre 2011, secondo cui è legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante per l'inosservanza di una clausola del disciplinare di gara in base alla quale, in caso di avvalimento, l'impresa ausiliata deve presentare, a pena di esclusione, una "*dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria*".

cui fa riferimento la lett. d), comma 2, dell'art. 49. Da ciò si ricava che il legislatore ha inteso fornire alla stazione appaltante uno strumento in più (la verifica del contratto) per poter valutare la serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria infatti la richiesta del possesso di determinati requisiti non è fine a se stessa, ma risponde all'esigenza di assicurare all'amministrazione un operatore economico capace di eseguire il contratto secondo gli *standard* stabiliti. Il suddetto strumento non può venir meno in seguito ad una decisione del concorrente a cui non è rimessa la scelta di allegare o meno, alla domanda di partecipazione, anche il contratto di avvalimento. Pertanto, non solo è necessario produrre il contratto di avvalimento, ma lo stesso deve dettagliare la messa a disposizione delle risorse, non essendo sufficiente una dichiarazione generica¹⁹.

8.1 Il contenuto minimo del contratto di avvalimento

Alcune indicazioni sul contenuto del contratto in esame possono ricavarsi dall'articolo 88 del Regolamento, rubricato "*Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento*", il quale prevede che il contratto di avvalimento riporti "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente*":

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

L'elemento centrale è dato dall'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare "*in modo determinato e specifico*". Nessun dubbio, pertanto, in ordine al fatto che tali elementi debbano essere specificati analiticamente; diversamente opinando, infatti, si profilerebbe una violazione di legge che potrebbe configurare una causa di esclusione del concorrente dalla gara.

Dalle argomentazioni esposte si ricava che il contratto di avvalimento non può sostanziarsi nell'impegno generico "*a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente*". A ben vedere, quello riportato potrebbe essere il contenuto della

¹⁹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2012, n. 1589.

dichiarazione prevista dal Codice all'art. 49, comma 2, lett. d), ma poiché viene richiesto un elemento ulteriore, all'art. 49, comma 2, lett. f), il contratto di avvalimento, non vi è dubbio che lo stesso deve offrire un *quid pluris*, pena il concretizzarsi in un'inutile ripetizione di quanto già fornito alla stazione appaltante. Del resto, al fine di evitare il pericolo che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con le risorse sottostanti, diventa cruciale il passaggio, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della "*prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate*". Verifica che presuppone, *in primis*, una specificazione dei mezzi prestati, quindi il generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie è, in generale, non sufficiente in quanto, pur soddisfacendo in apparenza la lettera della norma, finisce in realtà per tradirne lo spirito.

In ogni caso, spetta alla stazione appaltante valutare se il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto.

Quanto all'obbligo di indicare la durata del contratto di avvalimento, posto che è la stessa disposizione di cui all'articolo 49, comma 2 lett. f) ad esigere che le risorse siano messe a disposizione "*per tutta la durata dell'appalto*", si considera tale termine non derogabile dalle parti, dovendo necessariamente coincidere con la durata dell'appalto.

Infine, si osserva che il menzionato art. 88 svolge una funzione integrativa rispetto a quanto prescritto dall'art. 49 del Codice che, peraltro, viene citato espressamente; pertanto, si ritiene che le prescrizioni di cui al primo comma dell'art. 88 abbiano portata generale e siano applicabili anche al settore dei servizi e delle forniture in quanto non si ravvisano ragioni per effettuare una differenziazione in questo senso nell'ambito degli appalti pubblici²⁰, benché l'articolo 88 sia evidentemente riferibile agli appalti di lavori e non sia richiamato nella parte del Regolamento che disciplina i servizi e forniture (Parte III e Parte IV).

²⁰ Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1589 secondo cui *ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa.*

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore

Piero Calandra

il Presidente

Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio