

Guida Pratica L'Avvalimento nelle Procedure di Gara

Sommario

- 1. L'avvalimento nel diritto comunitario**
- 2. L'avvalimento nel Codice dei Contratti pubblici**
- 3. I requisiti oggetto di avvalimento**
 - 3.1. Requisiti "soggettivi": aspetti problematici**
 - 3.2. I requisiti speciali**
- 4. I documenti da allegare**
 - 4.1. Focus sul contenuto minimo del contratto di avvalimento**
- 5. La prova della effettiva messa a disposizione dei mezzi**
- 6. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria**
- 7. L'avvalimento nel settore dei lavori pubblici**
- 8. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture: focus sui requisiti speciali nei servizi di ingegneria ed architettura**
- 9. Rapporto con l'istituto del subappalto ed i raggruppamenti di imprese**
 - 9.1. Il subappalto**
 - 9.2. I raggruppamenti temporanei di imprese**
- 10. L'avvalimento nei settori speciali**
- 11. L'avvalimento infragruppo**
- 12. L'avvalimento di imprese extracomunitarie**

Obiettivo della consultazione

L'avvalimento consiste, in estrema sintesi, nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso 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.

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

L'istituto dell'avvalimento è oggi disciplinato dagli articoli 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora innanzi "Codice"). In particolare si può distinguere, in relazione al dato normativo, tra: avvalimento nella singola gara, di cui all'articolo 49, comma 1, che prevede 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, che 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 .

Trattandosi di una materia suscettibile di incidere profondamente su settori delicati, quali ad esempio il sistema di qualificazione nazionale delle imprese, è stato predisposto il presente documento di consultazione, che ha ad oggetto l'avvalimento in gara, secondo la disciplina dell'articolo 49 del Codice (recentemente modificata dal d.l. 70/2011 sopra citato), che riassume le criticità rilevate dall'Autorità a seguito delle indagini effettuate¹ e dei dubbi manifestati dagli operatori nei quesiti pervenuti, facendo il punto anche sulla giurisprudenza in argomento, ormai copiosa.

L'obiettivo è individuare modalità applicative compatibili con la normativa comunitaria e con il sistema nazionale di partecipazione e di esecuzione degli appalti pubblici.

Alla fine di alcuni paragrafi sono riassunte le questioni applicative più importanti, sulle quali si chiede, in particolare, di formulare osservazioni o integrazioni.

All'esito della presente consultazione, l'Autorità, sulla base delle osservazioni pervenute, valuterà l'opportunità di adottare linee guida applicative sull'avvalimento e/o un atto di segnalazione al Governo e Parlamento se si ravvisasse la necessità di modifiche normative.

1. L'avvalimento nel diritto comunitario

Qualsiasi analisi dell'avvalimento deve necessariamente prendere le mosse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che costituisce imprescindibile punto di riferimento sia sotto il profilo della compatibilità comunitaria delle interpretazioni sia, e soprattutto, per individuare soluzioni applicative che rispecchino oltre il dettato anche la ratio delle norme.

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 del 14 aprile 1994, causa C-389/92, nella quale 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)², la Corte di Giustizia si è spinta oltre giungendo a teorizzare, con riferimento specifico ad un appalto di servizi, il principio generale, 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 rapporto con tali soggetti.

Tipica del diritto comunitario è 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 di tali 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: la Corte ravvisa, quindi, una precisa relazione tra requisiti di capacità richiesti in sede di gara e concreta disponibilità delle (corrispondenti) risorse necessarie ai fini dell'esecuzione del contratto, tant'è che ne prescrive la dimostrazione, ancorché le vicende relative all'esecuzione del contratto siano state fino ad oggi lasciate alla disciplina degli ordinamenti nazionali. 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.

Nelle poche disposizioni comunitarie destinate all'avvalimento traspare un'evidente attenzione alle fase esecutiva della prestazione, in linea con il ricordato approccio concreto e sostanzialistico che caratterizza le decisioni della Corte di Giustizia.

In altri termini: intanto si mettono a disposizione i requisiti, in quanto gli stessi possono essere spesi ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

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 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 le prove fornite in gara.

2. L'avvalimento nel Codice dei Contratti pubblici

L'articolo 49 fornisce una disciplina dettagliata della documentazione occorrente per provare l'avvalimento, in recepimento della direttiva 18/2004 che, pur prevedendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari, non pone alcuna restrizione in ordine ai mezzi di prova, limitandosi ad indicare, come esempio, la possibilità di una dichiarazione da parte dell'avvalso, spostando così sul legislatore nazionale l'onere di individuare la modalità di prova.

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

a) nel caso di lavori pubblici, l'attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria;

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'articolo 48 del Codice (si veda, da ultimo, la determinazione n. 5 del 2009).

c) una dichiarazione concernente il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 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 avvalimento³;

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 e di non trovarsi in una situazione di controllo con una delle altre imprese che partecipano alla gara;

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.

E' bene precisare da subito che i documenti elencati devono essere allegati alla domanda di partecipazione a pena di esclusione. Chiaramente non si tratta solo di un onere di tipo formale: come si chiarirà meglio oltre, la stazione appaltante ha, infatti, il diritto/dovere di verificare la reale idoneità dell'impresa in relazione alla specifica prestazione.

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

a) la responsabilità in solido, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto;

b) 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;

c) 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 il quale 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;

-per i servizi e le forniture, è ammesso che il concorrente possa avvalersi di più imprese ausiliarie per il medesimo requisito;

– 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, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

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

L'articolo 49, comma 10, del Codice prevede, poi, 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". A riguardo si deve tenere presente la regola generale stabilita dall'articolo 118, comma 1, del Codice che afferma: "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità ...". Da ciò discende che l'ausiliato deve eseguire almeno una parte delle prestazioni oggetto del contratto con l'amministrazione, non sarebbe ammissibile, infatti, che l'apporto dell'ausiliato si riduca ad una mera funzione di intermediazione, diversamente argomentando l'avvalimento si risolverebbe nella cessione integrale del contratto.

Dall'esame del dettato normativo emerge che il primo profilo da analizzare è quello relativo ai requisiti che possono essere oggetto di avvalimento, poi quello relativo alla documentazione da presentare in gara, ponendo particolare attenzione al contenuto del contratto di avvalimento; occorre inoltre indagare quali strumenti ha a disposizione la stazione appaltante per verificare la concretezza del prestito, soprattutto in riferimento alle dichiarazioni relative alle risorse oggetto di avvalimento ed al possesso dei requisiti tecnici, infine sembra necessario tracciare alcune distinzioni tra l'istituto del subappalto e l'avvalimento ed accennare ai rapporti tra avvalimento e raggruppamenti temporanei. Nei paragrafi seguenti si procederà evidenziando le questioni più problematiche riscontrate nelle tematiche specificate.

3. I requisiti oggetto di avvalimento

La questione fondamentale e preliminare, che ha un riflesso immediato sul contenuto del contratto, è rappresentata dall'individuazione dei requisiti, o meglio delle risorse, seguendo l'ottica comunitaria sopra sintetizzata, che possono essere 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 "general" 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, difatti l'articolo 49 del Codice prescrive che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata ne siano provviste direttamente, di conseguenza i requisiti morali di cui all'articolo 38 del Codice non possono essere oggetto di avvalimento.

I secondi (requisiti speciali) fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato non nella sua persona, ma sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione. A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono essere oggetto di avvalimento da parte dell'impresa che ne è sprovvista, questo perché, sempre nell'ottica comunitaria, si tratta di acquisire risorse e mezzi e non situazioni meramente soggettive.

3.1. Requisiti "soggettivi": aspetti problematici

Come sopra precisato, il Codice esclude l'avvalimento per i requisiti generali di cui all'articolo 38. Nei bandi di gara possono essere però inseriti ulteriori requisiti che, pur non rientrando nell'elenco dell'articolo 38, hanno comunque una natura "soggettiva"; si tratta di requisiti acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non separabili da esso, ad esempio, la certificazione di qualità, le certificazioni tecniche del settore informatico, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio⁴.

Per quanto riguarda la certificazione di qualità, essa 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. Appare evidente, quindi, che il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne 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 (ancorché rientrante fra i requisiti di ordine speciale e, più precisamente, tecnico-organizzativo) e come tale non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità⁵.

Peraltro, occorre rammentare che il possesso della certificazione di qualità permette al concorrente di usufruire del beneficio, ex articolo 75, comma 7, del Codice, della riduzione alla metà dell'importo della garanzia provvisoria e definitiva: estendendo tale possibilità all'ausiliato si intaccano in modo sostanziale le garanzie per l'amministrazione visto che l'impresa non possiede in proprio la certificazione suddetta.⁶

La questione affrontata è tutt'altro che pacifica, anche la giurisprudenza sull'argomento appare divisa: si registra un orientamento restrittivo che nasce dal diffuso concetto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, debba essere ricondotta nel novero dei requisiti di ordine soggettivo di affidabilità che dovrebbero, in via di principio, essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione⁷. Secondo un altro orientamento, estensivo, la disciplina dell'articolo 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali, di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, mentre il requisito della certificazione di qualità - in quanto riconnesso semplicemente ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività, a seguito di valutazione, sia conforme ai requisiti specificati da norme

tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere (pur sempre) tecnico- organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento ⁸ .

Si segnala, infine, una recente pronuncia ⁹ secondo la quale potrebbe ammettersi l'astratta operatività dell'avvalimento per la certificazione di qualità, ma occorre sul piano pratico che l'impresa concorrente dimostri, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne. In questo contesto, è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). Il problema, allora, si sposta sul versante della prova della effettiva disponibilità da parte dell'impresa ausiliata, onere difficoltoso da assolvere e che comunque comporta il correlativo potere della stazione appaltante di escludere il concorrente dalla gara.

Va peraltro evidenziato che solo accogliendo un'impostazione "sostanzialista" si garantisce che, anche in relazione all'istituto dell'avvalimento, vi sia una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione, evitando una mera circolazione di certificati e documenti cui non corrisponde la messa a disposizione di risorse reali. Va sempre considerata, infatti, l'esigenza della stazione appaltante di verificare, in sede di gara, che l'impresa che è ricorsa all'avvalimento disponga poi effettivamente in fase esecutiva delle risorse proprie di cui era carente, poiché solo in questo modo si assicurano i presupposti per il corretto adempimento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Si devono, però, anche valutare alcune controindicazioni derivanti da tale interpretazione: se l'impresa ausiliaria, che presta la propria certificazione di qualità, fosse obbligata a mettere a disposizione una serie di elementi che, in sostanza, si identificano con l'organizzazione aziendale, allora dovrebbe essere utilizzata, per il materiale svolgimento della prestazione oggetto del contratto di appalto, proprio tale organizzazione, con la conseguenza inevitabile di rendere l'impresa principale (quella ausiliata) titolare solo formalmente del rapporto contrattuale con l'ente appaltante, assumendo, al massimo, una funzione di supervisione e di coordinamento dell'attività dell'impresa ausiliaria. Situazione questa che, come evidenziato, pare vietata nel nostro ordinamento oltre che piuttosto pericolosa per la stazione appaltante. In altri termini, si produrrebbe una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, che sarebbe la logica conseguenza della carenza in capo all'impresa principale (e titolare del contratto) dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione.

La posizione sopra riportata è stata sostenuta dall'Autorità in un recente parere ¹⁰, reso ex articolo 6, comma 7, lettera n) del Codice, ove, a confutazione della tesi sostenuta dalla giurisprudenza, secondo cui l'avvalimento della certificazione di qualità sarebbe possibile nel caso in cui l'ausiliaria mettesse contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'esecuzione le risorse di cui quest'ultimo risulta privo, sono stati opposti due diversi ordini di considerazioni. In primo luogo si sottolinea che, in generale, il concorrente privo della certificazione di qualità non è di per sé, e solo per questo motivo, carente dei mezzi economici, finanziari, tecnici o organizzativi necessari per eseguire a regola d'arte le prestazioni di cui dovesse eventualmente risultare aggiudicatario, bensì risulta privo di un certificato che attesta la sua ottemperanza alle norme in materia di garanzia della qualità. Conseguentemente, anche se un altro operatore economico gli mettesse a disposizione la propria certificazione di qualità e la relativa organizzazione d'impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d'impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto. In secondo luogo, si evidenzia che, qualora il concorrente privo della certificazione di qualità per la propria organizzazione d'impresa decidesse di avvalersi non solo di determinati beni aziendali di un terzo (mezzi, personale, ecc.), ma dell'intera struttura aziendale altrui "certificata" sotto il profilo della qualità organizzativa dei suoi processi produttivi – come prospettato nel caso di specie – , allora costui sarebbe tenuto ad eseguire tutta la commessa pubblica esclusivamente con la struttura avvalsa, con la conseguenza che, sotto il profilo operativo, la realizzazione della commessa sarebbe in realtà affidata alla conduzione dell'ausiliaria, mentre l'aggiudicatario sarebbe più o meno un intermediario.

La stessa ratio potrebbe essere applicata al requisito dell'iscrizione ad un albo specialistico (per esempio l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale) ¹¹, che presuppone un'organizzazione aziendale ad hoc, necessaria per assicurare il corretto espletamento di attività delicate o pericolose,

caratterizzata dalla presenza di attrezzature particolari e competenze specifiche. Ciò concretizza una 'soggettività' dell'iscrizione che non è equiparabile ad un requisito da poter prestare se disgiunta dall'organizzazione che l'ha conseguita.

Secondo altra tesi, potrebbe sostenersi che così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA, deve ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo in esame, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività.

Altra questione riguarda la richiesta prevista normalmente nei bandi di gara, ai sensi dell'articolo 39 del Codice, dell'iscrizione nel registro delle imprese, per attività analoga a quella dell'appalto. Parte della giurisprudenza¹² ha ritenuto ammissibile l'avvalimento in quanto i requisiti di idoneità professionale, di cui al citato articolo 39, vanno tenuti ben distinti dai requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento, disciplinati dall'articolo 38.

Nel campo dell'informatica, il requisito più frequentemente prestato, nei casi analizzati dall'Autorità in una indagine svolta nel 2009, riguarda il possesso di certificazioni Microsoft, Oracle, ecc.

Anche tale requisito si caratterizza per una esplicita 'soggettività'; non vi è dubbio, infatti, che un eventuale prestito delle certificazioni conseguite dai tecnici informatici, senza il diretto impegno delle loro professionalità, rende l'avvalimento un mezzo idoneo a falsare la concorrenza tra gli operatori economici, in danno di coloro che posseggono la necessaria idoneità alla svolgimento della prestazione richiesta dalla stazione appaltante. Al contrario, se le risorse umane in questione vengono effettivamente 'distaccate' presso l'operatore ausiliato, potrebbe ritenersi utilizzabile l'avvalimento, sulla base dell'interpretazione sostanzialistica sopra prospettata.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) Possibilità, in linea generale, di escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'articolo 38 ed in che limite.
- b) Indicare a titolo esemplificativo quali requisiti possano ritenersi esclusi (certificazione di qualità, iscrizione in albi professionali, ecc...);
- c) per i requisiti da ritenersi oggetto di avvalimento specificare quali possono essere i mezzi di prova per la messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento

3.2. I requisiti speciali

Per ciò che concerne i requisiti di capacità economico-finanziaria, si può affermare che essi sono finalizzati a garantire l'affidabilità e la solidità del concorrente sotto il duplice profilo sia della capacità di sostenere finanziariamente la realizzazione dell'opera oggetto di affidamento sia della capacità di ristorare l'amministrazione nel caso di inadempimenti. Nell'ambito della descritta categoria, possono essere ricompresi i requisiti del fatturato¹³ e del capitale sociale minimo¹⁴.

Per quanto riguarda, poi, i requisiti concernenti la capacità tecnico-organizzativa, essi sono volti ad assicurare la capacità imprenditoriale del concorrente e non vanno confusi con il merito tecnico che attiene, invece, alla qualità tecnica del prodotto o del servizio che forma oggetto di apprezzamento in sede di gara. L'avvalimento di tali requisiti, quali ad esempio, le attrezzature tecniche; i lavori, i servizi e le forniture analoghi prestati precedentemente, è, in linea di principio, ammesso e può assumere la forma del prestito della singola risorsa o del singolo mezzo (es., l'impresa ausiliata contribuisce all'esecuzione dell'appalto

mettendo a disposizione il proprio know-how, i propri mezzi, senza assumere un ruolo esecutivo) o la forma del prestito dell'intero complesso aziendale con attribuzione all'impresa ausiliaria di un ruolo esecutivo ben definito.

Un'ulteriore distinzione, utile ai fini del ragionamento che si va sviluppando, è quella tra requisiti "immateriali" e requisiti "materiali". I primi si riferiscono ad un complesso di situazioni e posizioni quali quelle rappresentate, ad esempio, dall'esperienza maturata nel settore, i secondi invece richiamano il prestito di entità materiali di facile individuazione (es. attrezzature o personale specializzato. Solo per questi ultimi è possibile stabilire un collegamento puntuale con una determinata componente della prestazione richiesta all'appaltatore e con le strutture aziendali necessarie per farvi fronte. In riferimento ai requisiti immateriali, si parla anche di avvalimento di garanzia che si contrappone all'avvalimento operativo.

L'avvalimento di garanzia concerne requisiti, quale ad esempio il fatturato globale, non strettamente legati alla prestazione specifica: l'avvalimento va ad operare su fattori che costituiscono lo strumento con cui la Stazione Appaltante si tutela e si assicura per il corretto adempimento delle prestazioni che è in procinto di affidare. Parte della giurisprudenza mette in discussione l'ammissibilità di un mero avvalimento di garanzia; è il caso della pronuncia del TAR Campania del 2 febbraio 2011 n. 644, ove si esclude il ricorso all'istituto per supplire alla mancanza del requisito della pregressa esperienza specifica nel settore quinquennale.¹⁵

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) possono essere oggetto di avvalimento i requisiti immateriali?

b) In caso di risposta affermativa specificare la posizione sui requisiti di capacità economico-finanziaria e su quelli attinenti all'esperienza pregressa nel settore di riferimento;

c) in particolare, l'avvalimento dei requisiti economico-finanziari deve sostanziarsi in un contratto di garanzia?

4. I documenti da allegare

Nel paragrafo 2 sono stati elencati nel dettaglio i documenti richiesti dal legislatore, all'articolo 49 del Codice, per il ricorso all'avvalimento. A riguardo si segnala che la lettera e-bis) del comma 2, dell'articolo 4, del d.l. 70/2011, nel testo modificato dalla relativa 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 (che si illustreranno nel proseguo), evidenzia una rinnovata attenzione del legislatore sugli aspetti sostanziali dell'istituto, in linea con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia come sopra evidenziato.

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 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, nonché 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.

Va rilevato che, anche sulla tipologia delle allegazioni che le imprese che intendono usufruire delle risorse di altre imprese devono presentare, non si riscontra un indirizzo unanime in giurisprudenza. In particolare, un primo orientamento ritiene che ad attestare la volontà di ricorrere all'avvalimento non sia sufficiente la produzione del contratto, ma vada inserita anche la dichiarazione di avvalimento, non potendosi considerare sanata tale omissione dalla esibizione del relativo contratto¹⁶. Altro filone giurisprudenziale si schiera a

favore della semplificazione ed afferma che la sola allegazione del contratto di avvalimento, a norma dell'articolo 49 del Codice, è sufficiente a comprovare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti necessari.¹⁷

La giurisprudenza non ha, inoltre, una posizione univoca sul profilo della necessità o meno dell'allegazione del contratto di avvalimento: il dettato dell'articolo 49 del Codice, parlando espressamente di "originale" del contratto e di "copia autentica," pare richiedere la forma scritta dell'atto quale requisito indispensabile almeno per assolvere l'onere probatorio e dimostrare, in sede di gara, l'effettività dell'avvalimento¹⁸. La richiesta di allegazione del contratto consente alla stazione appaltante di verificare la disponibilità effettiva, in capo all'impresa ausiliata, dei requisiti di cui la stessa è sprovvista. Occorre, poi, ricordare che l'avvalimento costituisce una sensibile eccezione al principio generale secondo cui i concorrenti devono possedere in proprio i requisiti richiesti dal bando di gara; pertanto, a parere dell'Autorità, le norme relative all'istituto in esame richiedono un'interpretazione restrittiva¹⁹, secondo il canone ermeneutico del rapporto regola-eccezione²⁰, quindi, il documento contrattuale appare necessario.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) Possibilità di prevedere la presentazione della documentazione dell'articolo 49 a pena di esclusione;
- b) Possibilità di escludere il concorrente in assenza di contratto di avvalimento.

4.1. Focus sul contenuto minimo del contratto di avvalimento

Dall'analisi svolta dall'Autorità sui contratti di avvalimento pervenuti nel settore dei servizi e delle forniture, si rileva che un'indicazione precisa sulla responsabilità solidale che, per legge, deve legare l'ausiliato e l'ausiliario nei confronti della stazione appaltante, è rintracciabile solo nel 37,2% del totale dei casi presi in considerazione.

Singolare è il fatto che l'indicazione del corrispettivo per il prestito del requisito risulti presente solo nel 14,5% dei casi in esame. Vi è, quindi, una stragrande maggioranza di contratti che non disciplinano la remunerazione per la messa a disposizione dei requisiti, ma anzi, in molti casi, la relativa trattativa economica è demandata alla fase esecutiva dell'appalto, nell'eventualità che si renda effettivamente necessario prestare le risorse.

Emerge, pertanto, dalle considerazioni esposte, l'opportunità di offrire indicazioni operative circa i contenuti minimi essenziali del contratto di avvalimento.

Si premette che l'avvalimento, nel nostro ordinamento, è configurabile come un contratto atipico: esso può essere inquadrato in varie tipologie contrattuali²¹, sia tipiche che atipiche, purché le stesse risultino funzionali allo scopo seguito dal legislatore.²² In argomento si segnala una pronuncia del TAR Lazio, in cui si afferma che il contratto di avvalimento può rivestire qualunque forma anche se non esattamente documentale e la sua esistenza può esser provata in qualunque modo idoneo.²³ Inoltre, si sottolinea che la produzione del contratto di avvalimento, atteso che soltanto quest'ultimo contiene le specifiche pattuizioni tra impresa ausiliaria e concorrente e permette, quindi, alla stazione appaltante di avere gli elementi per procedere alla verifica della serietà degli impegni assunti dall'ausiliaria, non può essere sostituita dalla sola dichiarazione di impegno dell'ausiliaria a fornire al concorrente quanto necessario per l'esecuzione del contratto.²⁴

Alcune indicazioni sul contenuto del contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f) del Codice 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 potrebbe profilare una violazione di legge che potrebbe configurare verosimilmente una causa di esclusione dalla gara del concorrente.

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”, tale termine non pare derogabile dalle parti, dovendo necessariamente coincidere con la durata dell'appalto.

Quanto al riferimento ad “ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento”, esso potrebbe essere rappresentato dall'eventuale assunzione del ruolo di subappaltatore da parte del soggetto che presta i requisiti, facoltà già prevista dal comma 10, articolo 49 del Codice e compatibile con l'indicazione della assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Le disposizioni di cui all'articolo 88 del Regolamento sono contenute nel Capo III del Titolo III della Parte II, quindi nel Capo relativo agli appalti di lavori pubblici, infatti il comma 2 si riferisce all'avvalimento stabile all'interno del sistema di qualificazione SOA; l'articolo 88, comma 1 non è richiamato nella parte del Regolamento che disciplina i servizi e forniture (Parte III e Parte IV). Di conseguenza la disciplina del contratto di avvalimento sembrerebbe trovare applicazione esclusivamente per gli appalti di lavori. Tuttavia, si osserva che il primo comma dell'articolo 88 si limita a specificare quanto già disposto dal Codice, da ciò si ricava che le disposizioni in esame sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) Qual è il contenuto minimo del contratto di avvalimento?
- b) Le disposizioni dell'articolo 88 del Regolamento sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture?

5. La prova della effettiva messa a disposizione dei mezzi

Se, dunque, l'avvalimento è ammesso a condizione che l'impresa ausiliata possa provare di avere effettivamente a disposizione i mezzi di soggetti terzi necessari all'esecuzione del contratto, un aspetto essenziale concerne la prova di tale circostanza, al fine di garantire l'amministrazione circa l'effettiva disponibilità delle risorse necessarie sia in sede di gara sia in sede di esecuzione degli obblighi contrattualmente assunti.

L'articolo 49, comma 2, lett. f, del Codice impone al concorrente che intende avvalersi dei requisiti di un altro soggetto per partecipare ad una gara, di allegare, in originale o in copia autentica, il contratto con il quale

l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornire i requisiti o a mettere a disposizione le risorse occorrenti per la durata dell'appalto.

Il profilo in esame appare estremamente delicato considerando il fatto che l'avvalimento sembra non incontrare limiti di applicazioni per il legislatore comunitario e per una parte della giurisprudenza amministrativa²⁵, pertanto, in assenza di interventi normativi in grado di precisarne meglio la portata, al fine di evitare il rischio della comparsa di operatori qualificabili come "holding scatole vuote", diventa cruciale il passaggio dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della "prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate".

Si precisa, poi, che la prova dei requisiti assume connotati diversi a seconda della natura degli stessi. In linea generale, si può affermare che la prova si presenta più semplice per i requisiti materiali, mentre è più complessa per quelli immateriali. Nell'ambito di quest'ultima categoria, occorre distinguere tra il prestito di requisiti di ordine economico-finanziario ed il prestito di requisiti di ordine tecnico-organizzativo. In relazione ai primi, di cui costituiscono esempi l'avvalimento di referenze bancarie o del fatturato pregresso, si osserva che essi non comportano il materiale trasferimento di beni, risorse o, in generale, del complessivo know-how aziendale, ma risultano finalizzati a garantire quella solidità economica e finanziaria che la stazione appaltante richiede a tutti i concorrenti alla gara per accertarsi di affidare l'appalto ad un soggetto idoneo a condurlo correttamente a termine. L'effettiva disponibilità di un siffatto requisito si traduce, in termini di prova, in un sostanziale avallo, perciò l'ausiliario dovrebbe costituirsi fideiussore del concorrente ausiliato, prestando la garanzia nei modi previsti ed assumendo pienamente la responsabilità solidale con l'aggiudicatario nei confronti della stazione appaltante.

La situazione diventa più complessa, invece, ove si considerino i beni immateriali cioè quei requisiti che non hanno un'immediata espressione in elementi fisicamente percepibili (si pensi alle prestazioni analoghe), allora il prestito che li riguarda deve verteere sull'insieme delle risorse e dei mezzi necessari alla produzione di detti requisiti. Atteso, però, che essi non sono identificabili con uno specifico bene appartenente all'imprenditore, ma, al contrario, finiscono per coincidere con l'organizzazione aziendale nel suo complesso, è quest'ultima che deve costituire oggetto del contratto di avvalimento, utilizzando forme contrattuali che consentono questo risultato²⁶.

In sintesi, anche se il contratto di avvalimento non può essere ricondotto ad alcuna specifica tipologia (è stata più volte ribadita la sua atipicità, tra l'altro lasciata all'autonomia negoziale delle parti), la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato comporta la necessità che il contratto di avvalimento si sostanzia in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito. Ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture ove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio (come per i lavori) ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di gara.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) il contratto di avvalimento deve avere un contenuto dettagliato? In caso di risposta affermativa, quali elementi sono imprescindibili?

b) Il contratto di avvalimento deve rispondere ad un particolare tipo (contratto di garanzia, subappalto, affitto di ramo d'azienda) in relazione al requisito/ risorsa prestata?

c) la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse da parte dell'impresa ausiliata deve essere valutata con rigore dalla stazione appaltante?

6. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria

Dal combinato disposto dei commi 4 e 10 dell'articolo 49 del Codice emergono alcune peculiarità proprie dell'avvalimento: l'impresa ausiliaria rimane formalmente estranea sia alla gara che al contratto (difatti è specificato che in ogni caso il contratto si intende eseguito dall'impresa ausiliata), tuttavia si richiede che la stessa si impegni formalmente, verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione dell'impresa che partecipa alla gara i mezzi di cui quest'ultima è carente. Si impone, altresì, un regime di responsabilità solidale tra l'impresa ausiliaria e l'ausiliata verso la stazione appaltante, in riferimento alle prestazioni oggetto del contratto. Il rapporto di avvalimento determina, quindi, la costituzione di una duplice relazione: una tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente e l'altra tra l'amministrazione e l'impresa ausiliaria ²⁷.

Si discute sulla natura di tale responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; si tratta di una questione che non riveste interesse solo sotto un profilo teorico, ma comporta anche riflessi pratici ad esempio per l'onere della prova o la presunzione di responsabilità.

La tesi che riconosce natura contrattuale alla responsabilità solidale si fonda sulla circostanza per cui la dichiarazione di impegno resa alla stazione appaltante da parte dell'impresa ausiliaria determinerebbe il venir meno della sua posizione di terzietà: la stessa, pur essendo esclusa dal rapporto contrattuale con la stazione appaltante, attraverso la citata dichiarazione, assumerebbe un'obbligazione autonoma di carattere accessorio nei confronti della stazione stessa, dipendente rispetto a quella principale del concorrente ausiliato.

Un'altra ricostruzione, partendo dal dato della mancanza di un vero e proprio rapporto negoziale tra stazione appaltante ed impresa ausiliaria, qualifica come extracontrattuale la responsabilità gravante su quest'ultima. In altri termini, secondo questa tesi, si tratterebbe di una responsabilità che trova la propria fonte direttamente nella disposizione di legge. Per quanto concerne, nello specifico, la portata della responsabilità che grava sull'impresa ausiliaria rispetto alle prestazioni che costituiscono oggetto del contratto pubblico, si osserva che ci sono diverse interpretazioni riassumibili in due posizioni: la prima secondo cui il vincolo di solidarietà dovrebbe riferirsi alle sole prestazioni eseguite dall'impresa principale ricorrendo all'avvalimento; la seconda che estende la responsabilità dell'impresa ausiliaria portandola ad abbracciare l'intero contratto d'appalto.

La prima soluzione ha l'innegabile pregio di fornire una adeguata garanzia alle stazioni appaltanti senza scoraggiare il ricorso all'avvalimento, consente infatti di calibrare il vincolo in rapporto alle risorse effettivamente promesse dall'ausiliario. Una responsabilità solidale integrale, secondo la tesi esposta, si avrebbe solo in presenza di un avvalimento che coinvolge la generalità delle risorse dell'ausiliario, come accadrebbe nel caso di prestito dei requisiti di capacità economica (ad es., il fatturato) ovvero dell'azienda o di un suo ramo.

In ogni caso, appare evidente la differenza tra la disciplina dell'avvalimento ed il regime disposto per il subappalto in cui (cfr. articolo 1656 del codice civile e articolo 118 del Codice) è preclusa al committente l'azione di responsabilità diretta nei confronti dell'impresa subappaltatrice a fronte dell'inadempimento dell'impresa principale.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) la responsabilità della impresa ausiliaria è contrattuale o extracontrattuale?

b) La responsabilità dell'impresa ausiliaria riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto o solo le risorse prestate?

7. L'avvalimento nel settore dei lavori pubblici

Nel settore dei lavori pubblici, com'è noto, l'attestazione SOA non è solo condizione necessaria e sufficiente a dimostrare i requisiti richiesti nel bando di gara per una data categoria ed importo di lavori, ma anche, ai sensi dell'articolo 40, comma 1, del Codice, requisito necessario per eseguire i lavori, tant'è che l'articolo 135, comma 1-bis del Codice dispone la risoluzione del contratto in caso di decadenza dell'attestazione.

L'articolo 60 del Regolamento, riprendendo il contenuto dell'abrogato articolo 1 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, specifica ulteriormente che la qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro e che l'attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori.

In questo senso si è indirettamente espresso anche il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di Regolamento: nel valutare la previsione dell'articolo 85, comma 1, lett. g), n. 2 e 3, quanto all'utilizzabilità dei lavori affidati in subappalto ai fini della qualificazione dell'appaltatore, il Collegio ha osservato che i principi che hanno dato origine al sistema di qualificazione si fondano sulla certificazione delle imprese in base alle lavorazioni effettivamente eseguite, avendo come obiettivo quello di creare le condizioni affinché nel mercato operino solo le imprese in grado di garantire la migliore qualità delle opere da realizzare.

Il comma 10 dell'articolo 49 del Codice, poi, prevede che il contratto sia in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara che consegue il certificato di esecuzione dei lavori: se si ammettesse l'esecuzione del contratto d'appalto da parte dell'impresa aggiudicataria priva di adeguata qualificazione, verrebbe meno il principio secondo cui l'esecutore di un lavoro pubblico deve essere comunque qualificato.

L'articolo 49, comma 2, del Codice richiede, quale onere probatorio, "oltre all'eventuale attestazione SOA propria (del concorrente) e dell'impresa ausiliaria", una serie di dichiarazioni attestanti l'avvalimento, il possesso dei requisiti generali in capo ad entrambe le imprese, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria del possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, la messa a disposizione delle risorse occorrenti. Quanto al termine "eventuale" riferito all'allegazione dell'attestazione SOA del concorrente, considerando il fatto che l'articolo in esame contiene la disciplina generale dell'istituto, esso prende in considerazione sia le gare del settore dei lavori sia quelle dei settori dei servizi e delle forniture, ciò giustifica l'impiego dell'aggettivo "eventuale" collegato all'attestazione SOA.

Le norme sull'avvalimento dovrebbe potersi coordinare con i suesposti principi, in particolare con l'articolo 60 del Regolamento. ²⁸

Ora, l'ipotesi in cui un operatore abbia l'attestazione SOA per un importo inferiore rispetto a quello richiesto dalla stazione appaltante o per una categoria differente non presenta particolari problemi in quanto, sicuramente, anche in mancanza di esplicita previsione da parte del bando, sarà consentito all'operatore di avvalersi dell'attestazione di un'altra impresa. La situazione diventa, invece, più complessa e delicata ove il ricorso all'avvalimento sia effettuato da un soggetto completamente sprovvisto di attestazione SOA. Il quesito che si pone è quindi il seguente: possono le stazioni appaltanti esigere, per la partecipazione ad una determinata procedura, che i soggetti interessati debbano possedere in proprio almeno un livello minimo di qualificazione necessario per assicurare all'amministrazione un corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali?

Dando una risposta negativa all'interrogativo si ammetterebbe la partecipazione ad una gara di un'impresa sprovvista di attestazione SOA, verrebbe meno il principio per cui per eseguire lavori pubblici occorre essere qualificati; occorrerebbe, in altri termini, accettare il fatto che l'avvalimento comporta la creazione di un doppio binario di qualificazione: 1) il possesso diretto dei requisiti certificato dalla relativa attestazione SOA; 2) l'utilizzo dell'attestazione SOA di un altro soggetto, con la dimostrazione della effettiva disponibilità del complesso di mezzi e risorse che ne ha permesso il rilascio.

Dall'analisi statistica delle dichiarazioni di avvalimento pervenute nel 2011 all'Autorità, compiuta dalla Direzione OSAM e pubblicata unitamente al presente documento, emerge che più del 40% delle imprese che ricorrono all'avvalimento, nel settore dei lavori pubblici, sono prive di attestazione SOA.

Ulteriore conseguenza di una diversa impostazione sarebbe quella di permettere ad imprese operanti in settori economici diversi di partecipare alle stesse gare in concorrenza tra loro, violando i principi di una corretta competizione .

Inoltre la qualificazione SOA comporta la valutazione di un complesso di requisiti appartenenti all'intera azienda, tanto che è stato da più parti sostenuto che l'avvalimento dell'attestazione SOA deve sostanzialmente consistere in affitto di ramo d'azienda o cessione di azienda. In questo caso, però, l'ausiliario non dovrebbe più poter partecipare ad altre gare ed eseguire contratti, posto che la propria attestazione ed, in ultima analisi, la propria azienda, è utilizzata da un'altra impresa.

In argomento, occorre poi specificare che secondo la tesi sostenuta da una recente giurisprudenza, è da escludersi il ricorso all'avvalimento quando esso si risolve nel frazionamento del requisito di qualificazione, individuato dalla stazione appaltante, tra l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria, in quanto così facendo si permetterebbe ad un soggetto privo del requisito di qualificazione, nella sua integrità, di partecipare ad una procedura concorsuale, eludendo la normativa sul sistema che governa l'esecuzione dei lavori pubblici. Del resto, il principio della più ampia concorrenzialità trova un limite nell'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che il soggetto aggiudicatario sia in grado di eseguire le prestazioni scaturenti dal contratto secondo adeguati standard qualitativi. La soluzione prospettata trova conforto anche nel Codice, dove all'articolo 49, comma 6, si afferma, per i lavori, che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, quindi il divieto di frazionamento del requisito di qualificazione disposto nei confronti di più imprese ausiliarie si applica anche ai rapporti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata. Tale ultima previsione appare di dubbia interpretazione con riferimento al divieto di utilizzo frazionato dei requisiti di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b) e cioè dei requisiti sulla base dei quali si consegue l'attestazione SOA, in connessione con il divieto di utilizzo di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria (salva espressa disposizione del bando in casi particolari). Una possibile interpretazione porterebbe a sostenere che nei lavori pubblici, data la particolare natura dell'attestazione SOA, è consentito l'avvalimento di un'impresa in possesso dell'attestazione di una categoria per l'intera classifica richiesta nel bando e non sommando le classifiche dell'ausiliata e dell'ausiliario (come nel raggruppamento).

Un ulteriore argomento a conferma della bontà dell'esposta interpretazione può essere ricavato dal fatto che il legislatore quando ha ritenuto di ammettere il frazionamento dei requisiti tra più soggetti ha disciplinato nel dettaglio tale ipotesi prevedendo una serie di regole e cautele per la stazione appaltante, come nel caso dei consorzi ordinari ed ei raggruppamenti temporanei di imprese.²⁹

Un'altra questione molto dibattuta riguarda la perdita della certificazione SOA da parte di un'impresa ausiliaria per scadenza della stessa, sia in corso di gara che dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipulazione del contratto. Si evidenzia, a proposito, la peculiare condizione dell'avvalimento che impone alle imprese interessate (avvalente ed ausiliaria) di aver formalizzato il proprio rapporto negoziale ancor prima dell'esperimento della gara pubblica. In altri termini, dunque, l'avvalimento si configura come modulo organizzativo dell'impresa, perché, similmente ad altri moduli di carattere generale (quale l'associazione temporanea di imprese), produce effetti giuridicamente rilevanti nei confronti dell'amministrazione sia nel momento di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica sia nel momento di esecuzione del contratto.

Dalle riportate disposizioni, quindi, non emerge un principio di sostituibilità da parte dell'offerente dei partecipanti alla gara, la cui individuazione, legittimazione, partecipazione e selezione è operata attraverso le procedure e nel rispetto delle regole stabilite per il loro svolgimento, tra le quali vi è quella della tendenziale invarianza dei soggetti direttamente o indirettamente (attraverso l'avvalimento) partecipanti.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) è compatibile con il principio secondo cui ogni soggetto che esegue lavori pubblici deve essere qualificato il fatto che un'impresa sprovvista di certificazione SOA partecipi ad una gara avvalendosi della certificazione di un'altra impresa, considerando che l'aggiudicatario del contratto dovrà comunque eseguire una parte dello stesso in proprio? In particolare, il problema si pone se la quota di lavori che l'impresa si accinge ad eseguire superi il valore di 150.000 euro

b) Qual è il significato da attribuire al divieto di utilizzo frazionato dei requisiti previsto dall'articolo 49, comma 6 del codice?

c) E' ammissibile la sostituzione dell'impresa ausiliaria prima della stipula del contratto?

8. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture: focus sui requisiti speciali nei servizi di ingegneria ed architettura

Sul fronte dell'applicabilità dell'istituto in esame al settore dei servizi e delle forniture si premette che mentre la qualificazione SOA costituisce, normalmente, oggetto di avvalimento, come si ricava dagli articoli 49 e 50 del Codice, altrettanto non può dirsi per gli altri sistemi legali di attestazione o di qualificazione vigenti nei servizi e forniture per i quali le disposizioni dell'articolo 50 "si applicano in quanto compatibili".

Particolarmente complesso, poi, risulta il problema dell'applicabilità o meno dell'avvalimento a servizi di tipo intellettuale, quali la progettazione e la direzione dei lavori; su tale particolare aspetto della normativa sono pervenuti numerosi quesiti all'Autorità.

Appaiono sostenibili due diverse interpretazioni. La prima, più rigorosa, esclude l'operatività dell'avvalimento, per gli affidamenti menzionati, sulla base della natura della prestazione, fondamentalmente di tipo intellettuale, e del divieto di subappalto disposto al comma 3 dell'articolo 91 del Codice. Il ragionamento seguito muove dalla considerazione per cui se il legislatore ha escluso, nel settore di riferimento, il ricorso al subappalto volendo assicurarsi che il soggetto aggiudicatario del contratto lo esegua direttamente, senza l'ausilio di terzi, a maggior ragione, non è accettabile la soluzione di consentire l'avvalimento permettendo ad un operatore economico, sprovvisto di alcuni dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, di svolgere le prestazioni previste dal contratto senza poter contare sull'appoggio dell'impresa ausiliaria la cui presenza, stante la vigenza del divieto di subappalto, difficilmente troverebbe legittimità giuridica.

La seconda interpretazione non esclude a priori l'applicabilità dell'avvalimento agli incarichi sopra citati, ma ritiene che occorre verificare la compatibilità dell'istituto con la normativa specifica di settore, analizzando i diversi profili.

A questo proposito, si sottolinea il fatto che i servizi di progettazione e di coordinamento della sicurezza, della direzione lavori, di collaudo, sono contraddistinti dal carattere personale della prestazione e dalla relativa responsabilità. L'articolo 90 del Codice, che nel comma 1 indica i soggetti che possono partecipare alle prestazioni concernenti la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché la direzione lavori e gli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici, si affretta a specificare, nel comma 7, che a prescindere dalla natura giuridica del soggetto che risulti affidatario degli incarichi di cui sopra, gli stessi, in ogni caso, devono essere espletati da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. In tali ipotesi, richiedendo il legislatore espressamente una determinata competenza tecnico-professionale, si ritiene che il soggetto che materialmente effettua la prestazione deve avere, in proprio, i requisiti per espletarla, non essendo ammissibile che, per esempio, un incarico di progettazione possa essere svolto da un architetto, non iscritto nell'albo professionale, o con un'esperienza nel campo inferiore a quella richiesta, che si avvale dell'iscrizione o dell'esperienza di un altro soggetto.

Occorre fare, poi un ulteriore ragionamento, considerando la disciplina applicabile sotto il profilo della responsabilità: l'avvalimento, com'è noto, prevede la responsabilità diretta dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante che si affianca a quella della concorrente; tale sistema sembra non compatibile con le ipotesi in cui il Codice prescrive la responsabilità personale di un unico soggetto, come per esempio nel caso di affidamento dell'incarico di progettazione, ai sensi del comma 7 dell'articolo 90.

Di conseguenza, l'avvalimento dei requisiti tecnici attinenti ai servizi svolti per tali tipi di prestazioni comporterebbe che la prestazione debba essere eseguita dall'ausiliario, ma in tal caso significherebbe che l'incarico è stato in realtà affidato ad un soggetto diverso rispetto a quello con cui l'amministrazione pubblica ha stipulato il contratto per ottenere la prestazione progettuale.

Sembra poi sussistere il presupposto per l'esclusione, allorché l'ausilio si estenda – oltre alla specifica esperienza professionale progressa – anche al possesso di determinate abilitazioni.

È questo il caso della procedura di affidamento dell'incarico di Coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, cui voglia partecipare un tecnico che non solo non può dimostrare l'espletamento di analoghi incarichi nei precedenti anni, ma non ha neanche acquisito l'abilitazione prevista dal d.lgs. n.81/08 e s.m.i. (che si ottiene in esito alla frequenza di uno specifico corso), e si avvale di altro professionista ausiliario.

Infatti, non sembrano sussistere dubbi sul fatto che l'abilitazione in esame, implicando significative responsabilità soggettive, in un ambito che riguarda la sicurezza dei lavoratori e che, non di rado, ha ricadute in materia penale, non può comunque essere dimostrata per interposta persona.

Appare, invece, configurabile il ricorso all'avvalimento per i requisiti specifici di garanzia come, per esempio, l'aver conseguito un determinato fatturato in un dato arco temporale. In sintesi, anche per l'avvalimento nell'ambito dei servizi di ingegneria e architettura è possibile porre delle condizioni limitative al ricorso del prestito dei requisiti, ed anzi, si possono ragionevolmente ipotizzare alcune fattispecie di requisiti per i quali tale prestito resta precluso.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) è ammissibile l'avvalimento per i servizi di tipo intellettuale, quali, ad esempio, la progettazione e la direzione dei lavori?

b) In caso di risposta affermativa, quali specifici requisiti possono formare oggetto di avvalimento?

9. Rapporto con l'istituto del subappalto ed i raggruppamenti di imprese

9.1. Il subappalto

In base ai documenti analizzati dall'Autorità, è emerso che talora il contratto di avvalimento risulta classificabile – per forma e contenuto – come un contratto di subappalto o subfornitura, esteso all'intera prestazione richiesta: queste ultime notazioni aprono il campo ad un'ulteriore riflessione sulla possibilità di un uso distorto dell'istituto in esame, il quale, nella sua scarna disciplina attuale, potrebbe essere preferito ad altre forme perché non soggetto ad alcuna regolazione.

Si ritiene opportuno procedere ad un approfondimento del rapporto tra avvalimento e subappalto partendo dalla disciplina contenuta nel Codice.

Il d.lgs. 26 gennaio 2007 n.6 (c.d. primo decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici) ha rimosso il divieto di subappalto all'impresa ausiliaria, novellando il comma 10 dell'articolo 49, mettendo così fine al dibattito che si era sviluppato in argomento, ma aprendo per le stazioni appaltanti un'altra questione, di notevole complessità applicativa, in relazione al regime vincolistico che nel nostro ordinamento caratterizza la disciplina del subappalto.

Con la nuova formulazione del comma 10 dell'articolo 49³⁰, tutte le imprese ausiliarie possono partecipare all'esecuzione dell'appalto e, quindi, avere il ruolo di subappaltatori.

La disposizione è estremamente essenziale e non si preoccupa del coordinamento con la disciplina dell'articolo 118 del Codice in materia di subappalto:³¹ il problema scaturisce dal fatto che il comma riportato, partendo dall'assunto secondo cui il soggetto affidatario di un contratto pubblico non possa cederlo, ma deve eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture in esso comprese, permette il ricorso al subappalto nel limite del 30 per cento del valore del contratto o della categoria prevalente per i lavori pubblici.

La questione, pertanto, ruota intorno alla tassatività del divieto descritto. Il dubbio investe anche altre norme del Codice, come, ad esempio, l'articolo 37, comma 11, che prevede (dopo le modifiche apportate dal terzo decreto correttivo) ulteriori limiti al subappalto negli appalti di lavori pubblici per le cosiddette categorie "superspecialistiche".

Il comma 10 dell'articolo 49, poi, dispone che il contratto sia in ogni caso eseguito dall'aggiudicatario che consegua il certificato di esecuzione dei lavori: il Codice sembra così consentire l'esecuzione del contratto d'appalto da parte dell'impresa aggiudicataria pur priva di adeguata qualificazione. La conseguenza paradossale per la stazione appaltante del divieto di subappalto, inserito in tale contesto, è che il lavoro può essere eseguito in toto da un'impresa non qualificata, mentre un'impresa in possesso di qualificazione non potrebbe rivestire il ruolo di subappaltatore oltre i limiti previsti dalla legge. Ciò mette in crisi un principio cardine del sistema: l'esecuzione dei lavori deve essere svolta da soggetti in possesso della qualificazione. Appare rilevante, dunque, per l'analisi della fattispecie in esame, stabilire se il limite del trenta per cento sia applicabile anche all'avvalimento.

In caso si ritenesse non operante il limite di cui all'articolo 118, comma 2, del Codice, l'impresa ausiliaria potrebbe svolgere direttamente quelle operazioni per cui l'impresa concorrente difetta di qualificazione, senza precluderne la partecipazione all'appalto, anzi realizzando un ampliamento della platea dei possibili partecipanti alla competizione.

A favore di questa tesi milita, poi, un'altra considerazione, relativa al diverso regime della responsabilità per l'impresa ausiliaria previsto dall'articolo 49 del Codice rispetto a quello dell'articolo 118 del Codice. Una delle caratteristiche peculiari dell'avvalimento è data dal fatto che l'operatore economico che presta i requisiti deve obbligarsi direttamente nei confronti della stazione appaltante, in solido con il soggetto concorrente, alla realizzazione delle prestazioni dedotte nel contratto, mentre, nel subappalto di cui all'articolo 118, la responsabilità verso la stazione appaltante rimane circoscritta all'impresa appaltatrice e non investe in alcun modo il subappaltatore che risponde solo a quest'ultima, risultando estraneo al rapporto con il committente.

L'analisi del delicato profilo della responsabilità sembra confortare l'ipotesi secondo cui il subappalto nell'avvalimento assuma connotati peculiari e "speciali" rispetto alla fattispecie ordinaria, situazione questa che giustificerebbe la disapplicazione della disciplina vincolistica all'utilizzo dell'istituto di cui all'articolo 118.

Al contrario, diversamente interpretando il dettato dell'articolo 49, comma 10, si giungerebbe alla conclusione secondo cui l'impresa ausiliaria può rivestire il ruolo di subappaltatore entro il limite del 30% del valore del contratto, con tutte le conseguenze preclusive che ne deriverebbero sull'impossibilità di svolgere determinate prestazioni per l'impresa ausiliaria, la sola ad avere i requisiti richiesti dal bando.

Appare, poi, sufficientemente chiara la distinzione tra l'istituto dell'avvalimento e quello del subappalto, il primo, infatti, risponde ad un'esigenza di ampliamento della concorrenza ed ha come scopo quello di soccorrere un'impresa che non potrebbe partecipare ad una gara specifica in quanto sprovvista dei requisiti richiesti, il secondo, invece, rappresenta una modalità organizzativa dell'esecuzione dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, restando fermo che i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante.³²

Pertanto, deve ritenersi escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto poiché l'istituto in esame, come sopra specificato, risponde ad una ratio pro-concorrenziale che si esaurisce nella fase di partecipazione alla gara.

Deve, infine, essere ribadita la necessità dell'autorizzazione al subappalto anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, tenuto conto delle possibili implicazioni penali.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) è applicabile all'impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall'art. 118 del Codice?

b) Divieto di usufruire dell'avvalimento per il subappaltatore

9.2. I raggruppamenti temporanei di imprese

L'avvalimento prevede che un concorrente possa far affidamento per intero su un requisito posseduto da un altro concorrente; occorre coordinare questa disposizione con la normativa sui raggruppamenti temporanei di imprese, in particolare si osserva che il sistema dell'A.T.I. è basato sul frazionamento del requisito unitario richiesto all'operatore economico che partecipa alla singola gara. A riguardo, il legislatore si è espresso nel senso di ammettere che un'impresa raggruppata possa soddisfare il requisito ad essa richiesto (pro quota) avvalendosi di un'altra impresa (art. 49, comma 1 del Codice), sia esterna al gruppo che facente parte dello stesso (c.d. avvalimento esterno ed avvalimento interno). Pertanto, 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 quindi 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 consentire sia la sua partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara dell'impresa avvalente nell'ambito del medesimo R.T.I. ³³

Un ulteriore profilo di indagine è rivestito dal fatto che la disciplina nazionale, a differenza di quella comunitaria, impone, nei lavori pubblici, che ciascun partecipante al raggruppamento possieda una percentuale minima di requisiti (cfr. art. 92 del Regolamento) e rispetti una rigorosa corrispondenza tra la percentuale di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione del contratto di appalto (art. 37, comma 13 del Codice). Per i servizi e forniture è il bando di gara a stabilire i requisiti che devono possedere mandante e mandataria. Per i servizi di ingegneria e di architettura è il Regolamento a stabilire i limiti. Occorre, quindi, chiedersi se dette percentuali debbono essere possedute in proprio dal concorrente o se sia ammissibile che la mandataria faccia ricorso all'avvalimento prendendo a prestito capacità di altri che siano componenti del raggruppamento o terzi. Il medesimo discorso vale per le mandanti, rispetto alla percentuale di requisiti loro richiesta.

In argomento, un orientamento giurisprudenziale ritiene che, nonostante la legislazione vigente in materia di lavori pubblici (articolo 37 del Codice ed articolo 92 del Regolamento) fissi in tema di A.T.I. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che devono essere posseduti da ciascun componente, le disposizioni citate non possano comportare un limite all'avvalimento. Secondo tale orientamento, la disciplina nazionale andrebbe intesa, quindi, non solo nel senso che anche nell'ambito di un'A.T.I. è legittimo l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di requisiti, che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere, possa essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento ³⁴.

Ove si dovesse aderire alla suddetta interpretazione, in sostanza, i limiti prescritti dal Regolamento sarebbero facilmente superabili attraverso l'avvalimento.

Nell'esame dei rapporti tra l'avvalimento ed ATI, 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 prova ³⁵, non essendo sufficiente il contenuto del contratto di mandato, su cui si fonda l'A.T.I., a soddisfare la richiesta del legislatore, posto che ciascuna impresa dell'A.T.I. si trova in posizione di parità con le altre imprese dell'associazione, 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'appalto.³⁶

Altro principio fermo in tema di raggruppamenti, 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, deve possedere 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.

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) Il ricorso all'avvalimento in un'A.T.I. può comprendere anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere?

10. L'avvalimento nei settori speciali

L'istituto dell'avvalimento trova applicazione anche nell'ambito dei settori speciali. In realtà l'articolo 206 del Codice, che individua le norme ordinarie applicabili agli appalti sopra soglia nei settori speciali, non menziona né l'articolo 49 né l'articolo 50. Tuttavia, l'articolo 230 concernente "Disposizioni generali in materia di selezione qualitativa degli offerenti" precisa che a prescindere dal sistema di selezione qualitativa scelto, si applicano gli articoli 49 e 50 con esclusione del comma 1, lett. a).³⁷

Inoltre, il comma 1 dell'articolo 233 del Codice dispone che i criteri di selezione qualitativa sono stabiliti nel rispetto dei principi ricavabili dagli articoli da 39 a 50. Infine, il comma 5 dell'articolo 233 stabilisce che quando il concorrente intende avvalersi della capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale si applica l'articolo 49 del Codice nei limiti di compatibilità. Si tratta di un'espressione in verità poco chiara che sembra limitare la portata del richiamo all'istituto dell'avvalimento presente negli altri articoli menzionati; in ogni caso è certa l'estensione dell'operatività dell'istituto in commento ai contratti dei settori speciali sia sopra soglia che sotto soglia (per questi ultimi opera il rinvio contenuto nel comma 1 dell'articolo 238 del Codice).

11. L'avvalimento infragruppo

Con riferimento all'avvalimento infragruppo, sono venuti in evidenza alcuni aspetti relativi alle modalità di prova dell'avvalimento interno a gruppi di imprese (holding); a riguardo si specifica che l'impresa concorrente deve sempre fornire la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti del soggetto avvalso, producendo, sia la dichiarazione dell'impresa ausiliaria, con cui la stessa si obbliga verso il concorrente e - soprattutto - verso la stazione appaltante, sia la dichiarazione di cui alla lettera g), dell'articolo 49 del Codice, diretta a dimostrare il legame giuridico tra il concorrente e la società di cui il medesimo si è avvalso, che deve contenere tutti i requisiti previsti dall'articolo 88 del Regolamento (specificati nel paragrafo sul contenuto minimo del contratto), ed ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento.

12. L'avvalimento di imprese extracomunitarie

Con riguardo alle imprese extracomunitarie, si segnalano diverse pronunce giurisprudenziali³⁸ che hanno considerato legittima l'esclusione del candidato che si è avvalso di un operatore extracomunitario il cui Paese di riferimento non abbia firmato alcun accordo con l'Italia circa la partecipazione delle imprese agli

appalti pubblici. In particolare, è stato osservato che mentre sussiste un vincolo giuridico di conformazione alle direttive dell'Unione Europea per lo Stato comunitario e, in parallelo, un diritto per l'operatore comunitario di avvalersi della norma self executing che gli conferisce una data facoltà, certamente tale diritto non sussiste nei confronti di un'impresa non destinataria delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 47 del Codice, la quale non ha alcun titolo per pretendere la partecipazione agli appalti comunitari. Né a riguardo vale sostenere l'argomentazione dell'interesse all'allargamento della platea dei concorrenti perché si potrebbe facilmente obiettare che occorre applicare il principio della par condicio degli operatori economici che verrebbero lesi da un allargamento acritico della base di partecipazione a vantaggio di ditte i cui costi, sia sotto il profilo della gestione ambientale, sia sotto quello della gestione operativa che tecnica, non sono paragonabili a quelli delle imprese comunitarie.

¹ L'articolo 49, comma 11 del Codice prevede che in relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmetta all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio. L'invio delle dichiarazioni di avvalimento avviene mediante collegamento al sito dell'Autorità.

² “La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto (...). Spetta al giudice nazionale, dinanzi al quale è sollevata la questione relativa all'ammissibilità dell'offerta alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico, valutare se il concorrente abbia fornito la prova della disponibilità effettiva dei mezzi che ne attestano la capacità a concorrere, pur se appartenenti a soggetti distinti da esso”.

³ Gli ultimi due elementi relativi al possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento sono stati aggiunti all'art. 49, comma 2, lett. c, del Codice dall'art. 4, comma 2, lettera e-bis), della legge n. 106 del 2011.

⁴ Occorre considerare anche un recente orientamento giurisprudenziale (TAR Campania Napoli, I. Sezione, n. 644 del 2.2.2011), sulla possibilità di avvalersi, nell'ambito di un appalto di servizi, “dell'esperienza quinquennale e continuativa richiesta dal punto III.2.3. del bando di gara”, a riguardo il Tribunale ritiene che “l'esperienza pregressa nel settore appartenga alla condizione soggettiva di ciascun soggetto che partecipa alla gara”... “Nel caso di specie, tuttavia il requisito oggetto di avvalimento consiste in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati.

⁵ Cfr. *ex multis*, TAR Campania, Napoli, Sez. I, sentenza n. 4796 del 13 ottobre 2011; 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; Contra TAR Piemonte, Sez. I, n. 224 del 2010; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18 aprile 2011.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 8043 del 15 novembre 2010.

⁷ Cfr. TAR Sardegna, Sez. I, n. 665 del 6 aprile 2010.

⁸ Cfr. TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18 aprile 2011

¹⁰ Cfr. Parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011

¹¹ Cfr. TAR Puglia, Bari, Sez.I, n. 1379/2009 secondo cui: "l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali è regolata dall'art. 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152.... la disciplina contiene una serie di particolarità quanto alle garanzie economiche e di professionalità, giustificate dalla pericolosità di tale tipo di attività. È infatti imposto... alle imprese il possesso (ovvero la 'piena ed esclusiva disponibilità') delle attrezzature minime, specificamente individuate nella tipologia e nel loro valore, e la presenza di responsabili tecnici con precisi requisiti professionali". In riferimento all'ammissibilità dell'avvalimento circa il possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo regionale delle associazioni per la protezione degli animali prevista dalla legge regionale, l'Autorità (cfr. Parere n. 22 del 9 febbraio 2011) si è espressa nel senso di ritenere, l'iscrizione in albi o elenchi del genere di quello indicato, non rientranti tra i "requisiti generali" tassativamente previsti dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 ma integranti requisiti di "capacità" e, quindi, di idoneità allo svolgimento di una determinata attività, sicché può costituire oggetto di avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici.

¹² Cfr. TAR Emilia, Bologna, sez. II, 17 gennaio 2007, n. 137.

¹³ Per quanto riguarda, nello specifico, il requisito del fatturato, si evidenzia che lo stesso è stato oggetto di un ampio dibattito, sia dottrinario che giurisprudenziale, in quanto si dubitava della legittimità del ricorso all'avvalimento per la dimostrazione del possesso di un certo volume di fatturato. Sul punto è intervenuto il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1589, del 16 marzo 2009, che si è espresso a favore di tale possibilità sul presupposto per cui il fatturato IVA vada considerato come un requisito di carattere economico-finanziario, ai sensi dell'articolo 41 del Codice, in relazione al quale, in virtù del richiamo operato dall'articolo 49 del Codice, 1 comma, l'avvalimento sia sempre ammissibile.

¹⁴ Occorre precisare che l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento al capitale sociale minimo è discussa, in particolare si segnalano due opposti orientamenti giurisprudenziali: quello che, muovendo dalla considerazione per cui "l'istituto dell'avvalimento così come disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è di applicazione generale e consente al partecipante ad una gara di avvalersi dei requisiti di carattere economico – finanziario – tecnico di ogni altro soggetto", ritiene che "il capitale sociale minimo attiene ad un requisito di carattere economico, sicché ben poteva essere oggetto di avvalimento" (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 496 del 2.2.2011) e quello che considera che "la generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento a tutti gli appalti, trova un limite laddove, ai fini della partecipazione ad una gara, sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo, come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa" (Cfr. TAR Lazio, Sez. Latina, sentenza n. 1865 del 5 novembre 2010). Occorre specificare che tale ultima sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez. V, n. 5496 dell'8 ottobre 2011) il quale ritiene che il capitale sociale minimo sia requisito economico – finanziario che ai sensi dell'art. 49 non incontra alcun limite e prevale su qualunque disposizione contraria.

¹⁵ Si riportano alcuni dei passaggi più significativi: "Nel caso di specie, tuttavia il requisito oggetto di avvalimento consiste in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati.

Pertanto, esclusa l'ipotesi dell'avvalimento operativo, di portata generale, la fattispecie in esame è da ricondurre al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto.

Tuttavia tale figura, che peraltro trova riscontri limitati nell'ordinamento, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l'avvalimento di garanzia dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

Al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara".

¹⁶ Cfr. TAR Campania, sentenza del 22 maggio 2009, n. 2852

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 10 febbraio 2009, n. 743.

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 marzo 2008, n. 430, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 641, secondo cui "Il Collegio non può non condividere, invero, quanto dal primo giudice sostenuto laddove ha affermato che la dimostrazione delle condizioni per l'avvalimento dei requisiti non può essere desunta dal mero dato fattuale dell'esistenza di un contratto di consorzio, di per sé non comprovante la disponibilità dei mezzi propri del consorzio stesso. E' invero necessario che il soggetto terzo (ausiliante) si impegni formalmente a mettere a disposizione i propri (specificati) mezzi per tutto l'arco temporale di esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, senza che possa assumere un rilievo sostitutivo, sul versante probatorio, la sola esistenza di un "rapporto di gruppo"."

¹⁹ In senso contrario all'interpretazione prospettata, si segnala la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054, in cui i giudici di Palazzo Spada ritengono che la richiesta in avvalimento di un requisito tecnico implichi necessariamente l'attribuzione di tutte le risorse necessarie per integrare il predetto requisito, al di là di quanto specificato nel contratto dalle parti.

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, secondo cui, partendo dalla considerazione che la facoltà di avvalimento rappresenta un'eccezione al principio generale che impone ai concorrenti di un appalto pubblico di possedere in proprio i requisiti di qualificazione, afferma che la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in maniera rigorosa, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata del medesimo. A tal fine non viene considerata sufficiente la mera allegazione dei legami societari che avvincano i due soggetti, se non altro per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

²¹ Vedi a riguardo T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, secondo cui l'avvalimento è un contratto atipico assimilabile al mandato attraverso il quale l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda e Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054, secondo cui, condividendo l'opinione di una parte della dottrina, l'avvalimento è un contratto a favore di terzo, con responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria direttamente nei confronti dell'Amministrazione.

²² Cfr. T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472 e T.A.R. Lazio, sez. II, 30 aprile 2008, n. 3637

²³ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sentenza n. 1865 del 5 novembre 2010

²⁴ Cfr. sul punto TAR Toscana, sez. I, sentenza n. 1110 del 27 giugno 2011 e Parere AVCP n. 100 del 9 giugno 2011 in cui si afferma che la mancanza di una espressa dichiarazione di impegno da parte della ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, dà vita ad una carenza documentale che non può superarsi con la sola allegazione del contratto di avvalimento.

²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742 "la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica od economica che sia) del concorrente, ma anzi all'opposto, quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, che devono comunque rispondere ai "requisiti particolarmente rigorosi" nel caso di specie richiesti, ogni eventuale situazione di inadempimento contrattuale potendo essere utilmente scongiurata con una sorvegliata condotta dell'Amministrazione sia nella fase della selezione che in sede di esecuzione" e "il fatto, poi, che la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte sia comunitaria che nazionale avente portata generale (...) comporta ch'esso, così come risulta dalla ricostruzione fornita dalla corte di giustizia CE, non incontra limiti applicativi di sorta, se non di natura probatoria".

²⁶ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, sentenza n. 4796 del 13 ottobre 2011 ove si esclude l'avvalimento di una certificazione di qualità in quanto la prova fornita non è stata ritenuta sufficiente poiché "la società ausiliaria non si è impegnata a mettere a disposizione della ricorrente l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità, bensì solo le risorse necessarie per consentire la fornitura dei "trattori agricoli forestali predisposti al montaggio di accessori", i quali, peraltro, coprono solo una parte della fornitura richiesta, come compendiate nell'art. 1 del capitolato d'appalto".

²⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 novembre 2007, n. 10990 secondo cui: “nell’istituto dell’avvalimento 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 a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l’ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l’impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un’obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l’aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti”.

²⁸ Sul tema dell’avvalimento dell’attestazione SOA, il TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, con sentenza n. 24077 del 12.11.2010, ha ritenuto “legittima l’esclusione di una ditta che in caso di avvalimento non allega alla propria domanda l’attestazione SOA della ditta ausiliaria” la cui produzione, nel caso di specie, era richiesta a pena di esclusione dal bando di gara, ritenendosi irrilevante il richiamo dell’attestazione stessa nel contratto di avvalimento”.

²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565

³⁰ “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”

³¹ L’articolo 118 del Codice - che riproduce sostanzialmente le norme previgenti e da tempo presenti nell’ordinamento nazionale - introduce, infatti, ulteriori vincoli e condizioni che limitano l’utilizzo dell’istituto. Si può rammentare che il ricorso al subappalto è sottoposto ad autorizzazione da parte della stazione appaltante; che le opere oggetto di subappalto devono essere individuate dal concorrente già in sede di offerta; che per le prestazioni oggetto di subappalto devono essere applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall’aggiudicazione con un ribasso non superiore al 20 per cento; che è sancito il divieto del subappalto a cascata.

³² Cfr. sul punto Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 20 giugno 2011, n. 3698

³³ Cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820, nonché Parere n. 34 dell’undici novembre 2009 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

³⁴ Cfr. sul punto Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 9577 del 29 dicembre 2010.

³⁵ 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.”

³⁶ Cfr. Parere AVCP n. 34 dell’11 marzo 2009

³⁷ In forza dell’esclusione del comma 1, lett. a) dell’art. 50, operata dall’art. 230, viene ammesso l’avvalimento “permanente” nei settori speciali anche a favore di imprese che non sono tra loro in una situazione di controllo societario ex art. 2359 c.c.

³⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, sentenza n. 5896/2007 e TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, sentenza n. 11405/2008