

Consulenza Legale Appalti

# Avvalimento, le linee guida dell'Autorità di Vigilanza

Determinazione dell'Authority per risolvere le incertezze sull'applicazione dell'istituto

**Claudio Guccione**

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

**Maria Ferrante**

Avvocato, P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la determinazione n. 2 dell'1 agosto 2012 l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture ha dettato alcune importanti linee guida in materia di avvalimento: tale determinazione è stata emanata ad esito di una procedura di consultazione avviata al fine di raccogliere tutti i dubbi e le osservazioni degli operatori sul mercato per tentare di risolvere tutte le incertezze ancora presenti in ordine all'applicazione di questo istituto di derivazione comunitaria.

## Nozione e normativa di riferimento

In primo luogo, deve ricordarsi che, come noto, l'avvalimento si concreta, in estrema sintesi, nella facoltà riconosciuta agli operatori economici di soddisfare la richiesta relativa al possesso di requisiti di partecipazione alle gare facendo affidamento sulla capacità di altri sog-

getti, indipendentemente dalla sussistenza di qualsivoglia legame con questi. L'avvalimento è oggi disciplinato dagli artt. 49 e 50 del Codice dei contratti pubblici e dall'art. 88 del Regolamento attuativo: mentre l'art. 49 riguarda l'avvalimento in relazione alla singola gara, il successivo art. 50 ne disciplina l'utilizzo stabile, con riferimento all'ottenimento delle certificazioni SOA. A seguito di tale premessa, l'Autorità ripercorre brevemente la storia di questo istituto, sottolineandone la derivazione comunitaria, prima di concentrarsi sull'approfondimento dei singoli profili di interesse. Rispetto a tale profilo, l'Authority pone particolarmente l'attenzione sul bilanciamento compiuto dall'Unione Europea tra la necessità di garantire la piena e libera possibilità di utilizzare l'avvalimento per favorire al massimo la partecipazione e la necessità di evitare che l'utilizzo di tale istituto si concreti in un mero prestito di requisiti: come evidenziato nella determinazione in esame, infatti, la normativa comunitaria si è da sempre focalizzata sull'importanza della dimostrazione alla stazione appaltante di disporre di mezzi e risorse necessari all'esecuzione dell'appalto. Sotto questo profilo, l'Autorità sottolinea che *"nell'ottica comunitaria, l'avvalimento rappresenta un modulo organizzativo dell'impresa, nel senso che a questa viene riconosciuta la possibilità di ricorrere ad una pluralità di forme giuridiche di organizzazione della propria attività economica, non necessariamente tipizzate, anche nell'ambito degli appalti pubblici, purché dimostri l'idoneità del soggetto alla materiale esecuzione del contratto pubblico. Dunque, alla piena libertà organizzativa dell'impresa, fa da contrappeso il potere della stazione appaltante di verificare in concreto la capacità dell'impresa attraverso l'esame della documentazione fornita per partecipare alla gara"*.

A conferma di tale necessità di bilanciamento, l'Autorità segnala che anche la normativa comunitaria si sta orientando verso l'introduzione di alcuni limiti all'utilizzabilità di questo istituto: la proposta di modifica delle direttive in materia di appalti, infatti, attualmente in fase di negoziazione, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere che alcune attività relative a "compiti essenziali" (*critical tasks*) siano eseguite direttamente dal soggetto offerente, nell'ambito dei contratti di lavori e servizi, mentre per le forniture questa possibilità è limitata alle operazioni di posa in opera e installazione. Successivamente l'Autorità, dopo aver descritto il contenuto delle norme relative all'avvalimento, specifica che le stesse trovano applicazione anche nei contratti sotto soglia, nei settori speciali, nonché nelle concessioni sia di lavori pubblici che di servizi.

## I requisiti oggetto di avvalimento

Con riguardo ai requisiti che possono formare oggetto di avvalimento, l'Authority, in primo luogo, ribadisce che, come noto, può trattarsi solamente di requisiti di ordine speciale, mentre i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice devono essere posseduti sia dall'impresa avvalente che dal soggetto ausiliario. Inoltre, confermando quanto da sempre affermato dalla giurisprudenza amministrativa, si sottolinea che dell'avvalimento può beneficiare esclusivamente il concorrente, mentre non ci si può avvalere di qualcuno che utilizza già requisiti altrui (c.d. avvalimento a cascata): l'inserimento di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, infatti, finirebbe per spezzare il vincolo di responsabilità solidale prescritto dalla norma e accentuerebbe la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara senza l'introduzione dei necessari meccanismi compensativi. Anche con riguardo ai requisiti speciali, tuttavia, l'Authority ha affermato che vi sono specifici profili estremamente delicati per cui la facoltà di avvalimento non è pacifica né scontata: si fa in particolare riferimento alla certificazione di qualità e ai requisiti di iscrizione ad albi professionali.

Per quanto concerne la certificazione di qualità, l'Autorità, dopo aver riconosciuto il dibattito giurisprudenziale sul punto, ha ritenuto di confermare la propria posizione già assunta in precedenza e tendente a escludere la possibilità di avvalimento per tale peculiare requisito: detta certificazione sarebbe, invero, assimilabile a un requisito soggettivo, in quanto attinente a uno specifico "status" dell'imprenditore, ossia l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità. Vi è una sola eccezione riconosciuta a tale principio, nell'ipotesi in cui l'avvalimento della certificazione di qualità avvenga congiuntamente all'avvalimento della SOA.

Anche per quanto riguarda i requisiti di cui all'art. 39 del Codice, l'Autorità, mutuando il ragionamento già svolto per la certificazione di qualità, ne afferma l'inidoneità a formare oggetto di avvalimento: gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di soggettività, configurerebbero uno "status" e non potrebbero essere oggetto di avvalimento. Conseguentemente l'Authority dichiara con certezza l'impossibilità di avvalimento con riferimento all'iscrizione alla camera di commercio, mentre opera un importante distinguo in ordine all'iscrizione ad



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

Opinione Legale

albi professionali: con riguardo a tale seconda tipologia di requisito, l'avvalimento è sicuramente escluso quanto l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, mentre è ammissibile in altri casi, per cui è necessario che le stazioni appaltanti effettuino una valutazione caso per caso con riferimento allo specifico requisito richiesto.

### L'avvalimento nei lavori pubblici

Successivamente, l'Autorità ha ritenuto di svolgere alcune ulteriori considerazioni e specificazioni sull'avvalimento nei contratti di lavori e ha affermato che:

- l'operatore economico, oltre ad avere i requisiti di ordine generale, deve operare nel settore nel quale va inquadrata la prestazione oggetto della gara;
- come specificato dalla norma, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, salvo che il bando preveda altrimenti;
- è vietato l'utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione: l'Authority sul punto afferma che vi è un divieto di frazionamento del singolo requisito tra impresa avvalente e ausiliaria, per cui un concorrente in possesso di SOA per una classifica inferiore a quella richiesta dal bando non può sommarla a quella posseduta da altra impresa ai fini del raggiungimento della classifica prescritta;
- non è ammissibile che l'aumento del quinto ai sensi dell'art. 61, co. 2, possa operarsi anche sulla parte del requisito SOA oggetto di avvalimento: diversamente opinando, secondo l'Autorità, si verrebbe ad aggirare il divieto del doppio ausiliario, in quanto il concorrente godrebbe contemporaneamente di due benefici (quello dell'avvalimento e quello dell'aumento del quinto) per ottenere il requisito necessario per partecipare alla gara;
- è ammesso l'avvalimento all'interno del medesimo RTI, purché abbia ad oggetto l'intero requisito e il medesimo requisito, prestato per intero, non sia utilizzato dall'ausiliaria nella stessa gara;
- per quanto concerne gli appalti di progettazione ed esecuzione, l'avvalimento non può essere utilizzato dal progettista indicato, non essendo questi un concorrente.

### L'avvalimento nei servizi e nelle forniture

Per quanto concerne i contratti di servizi e forniture, contrariamente a quanto previsto negli appalti di lavori, l'Autorità ammette la possibilità in linea generale di

frazionare i singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza: tuttavia, viene evidenziata la necessità che il requisito oggetto di avvalimento risulti giuridicamente e materialmente frazionabile, senza svilirne la tipicità e la connotazione. Inoltre, richiamando la giurisprudenza amministrativa formata sul punto, l'Autorità conferma l'applicabilità dell'avvalimento anche ai servizi di architettura e ingegneria: tuttavia, si sottolinea che i c.d. "servizi di punta" (art. 263, co. 1, lett. c) del Regolamento) non sono frazionabili, ai sensi dell'art. 261, co. 8, del Regolamento. Dunque, ognuno dei due "servizi di punta" richiesti per ciascuna classe e categoria deve essere stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento. In aggiunta, non possono essere oggetto di avvalimento quei servizi che, oltre a costituire requisiti di partecipazione, possono essere considerati quali elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

### Avvalimento e subappalto

Come noto, l'art. 49 del Codice ora prevede che "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati": con riferimento a tale limite, l'Autorità ritiene che debba farsi riferimento al principio generale per cui l'impresa non può eseguire, in subappalto, quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti e, in caso il subappaltatore sia anche impresa ausiliaria, portati in dote al concorrente attraverso l'avvalimento. Sulla normativa applicabile, poi, l'Autorità afferma che, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita. Inoltre, l'Authority dichiara che l'avvalimento deve ritenersi escluso nell'ambito del subappalto: la ratio dell'istituto, infatti, prettamente pro concorrenziale, trova esplicazione e compimento nella fase di partecipazione alla gara e non si estende alle fasi successive.

### I raggruppamenti temporanei di imprese

Per quanto concerne il coordinamento della disciplina dell'avvalimento con le norme sui raggruppamenti temporanei di imprese, l'Autorità ritiene che il richiamo dell'art. 49 ai raggruppamenti debba essere interpretato, coerentemente con la ratio dell'istituto diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario ma quale unione di soggetti distinti,

possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono.

L'avvalimento, in questo caso, è ammissibile sia nei confronti di imprese terze che internamente al raggruppamento. Da questo punto di vista, l'Autorità specifica che 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 ausiliaria alla medesima gara quando esse siano in concorrenza tra loro, ma non quando le stesse appartengano al medesimo raggruppamento temporaneo di imprese. Inoltre, è necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa ausiliaria in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in RTI sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito della medesima ATI.

Infine, l'Autorità specifica che, se pur l'avvalimento è interno al raggruppamento, non si può prescindere dalla produzione del contratto di avvalimento che preveda l'effettiva disponibilità di mezzi e risorse, in quanto tale circostanza non può considerarsi assorbita nel contratto di mandato dell'ATI.

### Requisiti e contenuto minimo del contratto di avvalimento

In primo luogo, l'Autorità precisa che la volontà di beneficiare dell'avvalimento deve essere espressa sin da subito nella domanda di partecipazione alla gara. In considerazione del contenuto delle norme, la stazione appaltante in queste ipotesi, al fine di verificare l'effettiva idoneità tecnica del concorrente, dovrà analizzare: il contratto tra ausiliaria e avvalente; la dichiarazione della prima nei confronti della seconda e della stazione appaltante con cui essa si obbliga a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui il concorrente è carente; la dichiarazione dell'ausiliaria sul possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. Sul punto, l'Authority dichiara che il contratto di avvalimento non può essere sostituito dalle dichiarazioni, ma tutti i documenti prescritti dall'art. 49 del Codice devono essere presentati, a pena di esclusione dalla gara. Per quanto riguarda il contratto di avvalimento, è considerato ammissibile che lo stesso sia condizionato all'aggiudicazione della gara.

Per quanto concerne il contenuto del contratto di avvalimento, poi, sulla scorta del dettato normativo, si ritiene non sia sufficiente un impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente": devono essere, invece, specificati i mezzi messi a disposizione. Dopodiché spetta alla stazione appaltante valutare in concreto se il contratto di avvalimento sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per la corretta esecuzione del contratto. In ordine, poi, alla durata del contratto, questa deve essere inderogabilmente fissata in coerenza con la durata dell'appalto.

Infine, l'Autorità afferma che il contenuto dell'art. 88 del Regolamento riguardante il contratto di avvalimento debba ritenersi applicabile anche a servizi e forniture, benché non espressamente richiamato. ■■

## OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 7 agosto 2012, recante "Modalità per la prestazione delle garanzie sulle obbligazioni e sui titoli di debito, di cui all'articolo 157 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, concernente emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto - project bond. (12A09671)", pubblicato in GU n. 210 del 8 settembre 2012.

■ Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 maggio 2012, recante "Linee guida per la gestione della sicurezza delle infrastrutture stradali ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 15 marzo 2011, n. 35. (12A09536)", pubblicato in GU n. 209 del 7 settembre 2012 - Suppl. Ordinario n. 182.