

L'Avalimento

art. 49 D.Lgs. 163/2006

Principi Generali

● Definizione

- L'avvalimento può essere definito come l'istituto mediante il quale un'impresa può utilizzare “*per relationem*” uno o più requisiti di un altro soggetto, al fine di integrare i propri per partecipare ad una procedura di gara pubblica
- L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che trae origine dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia
- In particolare a partire dalla sentenza Holst Italia del 2 dicembre 1999 sez. V – causa C-176/98 (provocata dal T.A.R. Sardegna del 23 aprile 1998, n. 438) secondo la quale:
“ *La Direttiva 92/50Ce ...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 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...*”

- In sostanza la funzione dell'avvalimento è quella di
 - *«consentire la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese»*
(Consiglio di Stato sez. III 07/04/2014 n. 1636; Consiglio di Stato, Sezione III, n. 5161 del 1 ottobre 2012)

- Con la pubblicazione delle Direttive n. 17/2004 e 18/2004 l'istituto dell'avvalimento è assunto a previsione normativa
- Ai sensi dell' art. 47 commi 2 e 3 della Dir. 18/2004 (capacità economico-finanziaria):

“2. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti...”
- Ai sensi dell'art. 48 commi 3 e 4 della Dir. 18/2004 (capacità tecnico - professionale):

“3. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie...”

● In sintesi i punti cardine comunitari in materia di avvalimento sono:

- L'avvalimento è una libera scelta dell'impresa
- È possibile nei tre settori ordinari (lavori, servizi, forniture)
- Sono irrilevanti i legami giuridici tra avvalente ed impresa ausiliaria
- Sussiste l'obbligo di dimostrare alla stazione appaltante di avere la disponibilità delle risorse altrui

*“In ordine al principio dell'**avvalimento**, la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a 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”* [T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271](#)

- Non sussistono limitazioni quantitative all'avvalimento
- È possibile per le società infra gruppo utilizzare il meccanismo dell'avvalimento per concorrere alla singola gara o per iscriversi in un sistema di certificazione
- Gli articoli 47 e 48 della Direttiva 18/2004 sono stati recepiti dal nostro legislatore con gli artt. 49 e 50 del D.Lgs. 163/2006

Ambito oggettivo

- E' ammesso nei tre settori ordinari (lavori, forniture e servizi)
- Riguarda esclusivamente i requisiti di ordine speciale
- i requisiti economici
- i requisiti finanziari
- i requisiti tecnici
- I requisiti organizzativi

- *«La disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e, di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III 29/12/2012 n. 3290 Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040) Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496)*

● I Divieti

- Non ci si può mai avvalere dei requisiti riferiti alla soggettività dell'operatore economico:
 - requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.lgs. 163/2008. Ciò si desume dal fatto che:
 - La norma espressamente si riferisce ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi
 - La lett. c) dell'art. 49 richiede al concorrente di autocertificare i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice
 - I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non sono contemplati nell'art. 38

- Non ci si può mai avvalere dei requisiti di idoneità professionale ex artt. 39 del Codice (iscrizione in registri vari: Camere di Commercio, Ordini professionali etc..)
- Anche la direttiva Comunitaria all'art. 46 li considera distintamente
- *«Il possesso di specifiche abilitazioni e l'iscrizione agli albi professionali, entrambi requisiti di idoneità professionale ex art. 39 del D. Lgs. n. 163/2006, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche, e, configurando uno status connotato da un elevato tasso di soggettività, non possono essere oggetto di avvalimento (cfr. AVCP Determinazione 2/2012). Nella specie è stato ritenuto non suscettibile di avvalimento il requisito dell'iscrizione all'Albo regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico»* Parere di Precontenzioso n. 218 del 18/12/2013

- E' vietata la possibilità di prestito permanente dei requisiti
- Il comma 1 dell'art. 49 del Codice degli Appalti prevede infatti che *“il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture*
- E' vietata il c.d. avvalimento a cascata, ossia l'ulteriore mediazione nel prestito dei requisiti, da parte dell'avvalso.
- «L'istituto dell'avvalimento (artt. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163/2006) può essere utilizzato dall'impresa partecipante alla gara, ma non dalla sua ausiliaria. Dunque, non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto (c.d avvalimento a cascata)» (Consiglio di Stato con la sentenza n. 1072 del 7 marzo 2014)

- L'avvalimento della certificazione di qualità
- L'Autorità ritiene che il concorrente non possa avvalersi della certificazione di qualità (salvo l'ipotesi in cui la stessa sia compresa nella SOA)
- *«In sintesi, alla luce delle argomentazioni esposte, si ritiene che l'art. 49 del Codice vada interpretato nel senso che lo stesso non consente l'avvalimento della certificazione di qualità, tranne nell'ipotesi in cui la stessa sia compresa nella attestazione SOA; tale conclusione tiene conto sia della natura sostanziale della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia del dato formale-testuale, emergente dal diritto comunitario e nazionale, che disciplina la certificazione di qualità in un articolo distinto e separato rispetto a quelli dedicati ai requisiti speciali proprio al fine di sottolinearne la differenza» (AVCP DETERMINAZIONE n. 2 del 1 agosto 2012)*

-

- La giurisprudenza, viceversa, ammette la possibilità di avvalersi della certificazione di qualità a patto che l'avvalente dimostri realmente di avere la disponibilità del requisito

- **«La formulazione dell'art. 49 è molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica, non rilevando, in contrario, che la certificazione di qualità è requisito immanente l'impresa.»** (Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 5408 del 23.10.2012; Consiglio di Stato sez. III 18/04/2011 n. 2343)

- *«L'**avvalimento** nei requisiti soggettivi di qualità deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente « prestare » la **certificazione** posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati» (Consiglio di Stato sez. V 18/11/2011 n. 6079)*

- Ancora più esplicite sono le recenti pronunce giurisprudenziali secondo le quali
- « L'istituto dell'**avvalimento** può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità", atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale, ma che tuttavia 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» (Consiglio di Stato sez. III 07/04/2014 n. 1636; Consiglio di Stato sez. III 07/04/2014 n. 1636; T.A.R. Venezia (Veneto) sez. 30/01/2014 n. 128)

➤ In altre parole

- *«la prova del corretto avvalimento della qualità deve essere ricercata nella possibilità dell'ausiliata di potersi avvalere della parte organizzativa dell'impresa ausiliaria in grado di definire una politica della qualità, fissando gli obiettivi, le linee guida e gli strumenti, che l'ausiliata stessa dovrà attuare nei processi lavorativi tesi alla realizzazione dell'appalto. L'obiettivo è di traslare da un soggetto ad un altro "processi produttivi certificati, know how sul controllo di qualità e sulla rilevazione e analisi delle attività». Di conseguenza l'ammissibilità è legata alla messa a disposizione del "complesso della organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa» (Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343; Tar Campania, Salerno, sezione prima, con la sentenza del 29 aprile 2011 n. 813)*

- L'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato, oltre che negli appalti ordinari
- anche nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, ex art. 121 del Codice
- anche negli appalti speciali in virtù del richiamo espresso contenuto negli artt. 230 e 232 del Codice
- anche nelle concessioni di lavori

- Anche nelle concessioni di servizi
- *«...considerando il tenore letterale dell'art. 30, comma 3, del Codice, che sottopone le procedure per la scelta del concessionario di servizi al rispetto non solo dei principi desumibili dal Trattato, ma altresì di quelli relativi ai contratti pubblici ed atteso il fatto che nella disciplina dei contratti pubblici l'avvalimento ha assunto valore di principio generale, può concludersi che l'istituto in esame può trovare applicazione anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario di servizi, le quali devono rispettare i principi generali propri dei contratti pubblici» (AVCP DETERMINAZIONE n. 2 del 1 agosto 2012; T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 8 giugno 2012, n. 5224; Tar Molise, 23 dicembre 2011, n. 990)*

Art. 49 comma 1

“Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'[articolo 34](#), in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”

- Il legislatore riconosce che l'avvalimento possa essere utilizzato da qualunque concorrente (sia esso “singolo, consorziato o raggruppato”)

- Anche la giurisprudenza ha ormai eliminato qualsiasi dubbio sulla eventuale limitazione che l'avvalimento potesse subire in caso di ATI o Consorzi

*“Il principio del c.d. **"avvalimento"**, di derivazione comunitaria, immeditamente operativo nell'ordinamento italiano, con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18 del 2004 del 31 marzo 2004 (da recepire entro il 31 gennaio 2006), e recepito puntualmente dall'art. 49 del nuovo codice dei contratti di cui al d.lg. n. 163 del 2006; esso consente all'operatore economico o ad un raggruppamento di operatori economici, se del caso e per un determinato appalto, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine della prova della capacità economica e finanziaria. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti” (T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 17 gennaio 2007, n. 12; Consiglio di stato sez. VI, 17 settembre 2003 n. 5287)*

- Allo stesso modo il Tar Puglia

*“In tema di **avvalimento**, uno dei caratteri fondamentali dell'istituto, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, è l'assoluta irrilevanza ed indifferenza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto "avvalso", essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo” [T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486](#)*

- Il legislatore non pone inoltre alcuna limitazione di tipo quantitativo o qualitativo circa l'avvalimento dei requisiti (ad es. il capitale sociale, il fatturato nel triennio, un numero prefissato di attrezzature...)
- Salvo quelli posti dai commi 6 e 7 dell'art. 49 i quali sono stati riformati con l'entrata in vigore del III Decreto Correttivo e con le pronunce della Corte di Giustizia
- È possibile quindi avvalersi dell'intero requisito, o di una sua quota

● Il bando può vietare l'avvalimento?

➤ Assolutamente no

➤ Lo stesso Consiglio di Stato ha recentemente definito l'avvalimento come

“il riconoscimento agli operatori economici del diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, ponendo come unica condizione quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto” (Cons. Stato, Sez. VI, 22.04.2008, n. 1856)

- Si tratta, pertanto, di un diritto non comprimibile al di fuori delle ipotesi previste dalla legge.
- Ciò è dimostrato anche dal fatto che
 - Non esiste una norma che vieti in toto l'avvalimento
 - Il codice aveva previsto un avvalimento parziale con i commi 6 e 7 dell'art. 49
 - Come vedremo tali commi sono stati riformati al fine di estendere il principio della libertà dell'avvalimento inteso come diritto dell'appaltatore ad usufruire di risorse altrui

● Ancora più chiara è stata l'AVCP

- *«Per quanto concerne il “divieto di avvalimento” l’Autorità ha avuto modo di rimarcare che nella disciplina dei contratti pubblici l’avvalimento ha assunto valore di principio generale (Determinazione n. 2/2012). Il parere di questa Autorità n. 174/2012 (che fa riferimento anche al precedente parere n. 22/2011) ha concluso nel senso dell’illegittimità della clausola della lex specialis che esclude il ricorso all’avvalimento, per contrarietà alla normativa nazionale (art.49 D.Lgs. n. 163/2006) e comunitaria (artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18), come in più occasioni riconosciuto anche dalla giurisprudenza amministrativa» (AVCP Parere n.197 del 20/11/2013; in senso conforme Consiglio di Stato, sez.III, n. 6040 del 15.11.2011)»*

- L'utilizzo dell'avvalimento dovrà avvenire a maggior ragione nel silenzio del bando

*“ In mancanza di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando, trova applicazione l'istituto dell'**avvalimento** nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 d.lg. n. 163 del 2006, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo e, dunque, l'assenza di espresse previsioni nella "lex specialis" di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata” [T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271](#)*

- La potestà di **avvalimento** costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale alla quale, pure in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai sensi dell'art. 49 comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione a gara pubblica” ([Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762](#))

- L'avvalimento nei confronti delle imprese extracomunitarie
- La Direttiva comunitaria tace in tal senso così come il codice degli appalti sembrando dunque indifferenti a tale facoltà
- E' stato tuttavia molto discusso se ci si possa avvalere anche delle imprese extracomunitarie
 - Secondo un orientamento per il fatto che in uno stato liberale ciò che non è vietato è permesso l'avvalimento sarebbe ammissibile
- Secondo altri il bando potrebbe in tali casi richiedere prove più circostanziate ed approfondite o addirittura escludere le imprese extracomunitarie dalla categoria degli avvalsi
- La giurisprudenza (Tar Lazio, sez. I, 2 luglio 2007, n. 5896) ha ritenuto che
 - ci si può avvalere soltanto delle imprese che abbiano sottoscritto l'Accordo W.T.O. (Organizzazione Mondiale del Commercio)
- Anche per queste imprese il bando può prevedere delle limitazioni ed anche la loro esclusione

- Nel caso di specie, in applicazione di ciò, il TAR Lazio n° 5896 del 2 luglio 2007 stabilì:

“la Repubblica popolare cinese, pur avendo aderito nel 2001 al WTO (Organizzazione mondiale del commercio), non ha, a tutt’oggi, sottoscritto anche l’accordo sugli appalti pubblici, che risulta nell’allegato 4 del citato Accordo istitutivo del WTO. Di conseguenza, non trova applicazione nei riguardi della Cina l’articolo 47, comma 1, del codice dei contratti pubblici, che consente alle imprese extracomunitarie la partecipazione agli appalti pubblici comunitari”,né in qualità di impresa ausiliaria di ditta comunitaria diretta concorrente”.

➤ Conferma il Consiglio di Stato

- *«Deve escludersi che un'impresa comunitaria possa avvalersi dei requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei paesi di cui al comma 1 dell'art. 47 d.lg. 163 del 2006, ovvero che non abbiano stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione europea o con l'Italia. Tale **divieto**, inoltre, deve ritenersi esteso non soltanto alle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ma anche nelle ipotesi di partecipazione indiretta che possono, per l'appunto, realizzarsi proprio con il ricorso all'istituto dell'**avvalimento** di cui all'art. 49 d.lg. 163 del 2006 e successive modifiche» (Consiglio di Stato sez. IV, 23/02/2012 n. 969)*

Art. 49 comma 2

“Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

- a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'[articolo 48](#), attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;*
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'[articolo 38](#), nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;*
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'[articolo 38](#);*
- d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima 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;*

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'[articolo 34](#) {nè si trova in una situazione di controllo di cui all'[articolo 34](#), comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara}*; *(periodo abrogato dal D.L. 135/2009)

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”

- L'attestazione SOA
- Il primo dei documenti che la norma richiede obbligatoriamente sia al concorrente che all'impresa ausiliaria
- L'espressione "oltre all'eventuale attestazione SOA..." significa che può mancare in casi di appalti di servizi e forniture ma è obbligatoria per quelli di lavori (salvo per quelli di importo inferiore a € 150.000)
- Ma cosa succede se il concorrente è del tutto privo di attestazione SOA?

- Secondo un orientamento non potrà partecipare alla gara d'appalto, in quanto:
 - 1) L'art. 40 dispone che “i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati...”
 - 2) l'art. 49 comma 10 chiarisce che il contratto deve essere eseguito dall'impresa che partecipa alla gara
 - 3) Ne discende che l'avvalente deve essere in possesso di almeno un'attestazione SOA dovendosi considerare al contrario un imprenditore che svolge la sua impresa in un settore del tutto diverso da quello oggetto del bando

- Secondo l'orientamento contrario e prevalente:
- Il concorrente privo dell'attestazione SOA può avvalersi per partecipare alla gara di un impresa che ne abbia il possesso (**AVCP DETERMINAZIONE n. 2 del 1 agosto 2012; T.A.R. Campania, Napoli, 23 giugno 2011, n. 3326; T.A.R. Potenza (Basilicata) sez. I 08/11/2012 n.492; Parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011)**)

- Secondo l'indirizzo intermedio l'avvalimento della SOA è sempre ammesso anche da parte dell'avvalente che ne sia privo salvo restrizioni della *lex specialis*
- «A fronte di un'evidente "*voluntas legis*" di garantire la massima espansione del principio dell'**avvalimento** per la partecipazione alle gare l'art. 49 comma 1 attribuisce alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della "*lex specialis*" della procedura, la possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, purché tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti. Ne consegue che, solo in mancanza di indicazioni (confermative o restrittive) espressamente riportate dal bando, trova applicazione l'istituto dell'**avvalimento** nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo» (**Consiglio di Stato sez. V 27/03/2013 n. 1772**)

Art. 49 lett. a)

- Il concorrente deve allegare una dichiarazione contenente
 - 1) La sua manifestazione di volontà di avvalersi dei requisiti necessari alla partecipazione alla gara
 - 2) I requisiti di cui intende avvalersi
 - 3) L'impresa ausiliaria in possesso di tali requisiti
- La dichiarazione è verificabile ai sensi dell'art. 48 del Codice
 - Facoltà dell'amministrazione di sottoporre a verifica la reale esistenza del rapporto di avalimento
 - Facoltà dall'amministrazione di verificare l'effettivo possesso dei requisiti dell'avvalso
 - Per poter effettuare le suddette verifiche si ritiene che l'avvalso debba far pervenire all'avvalente tutti i documenti attestanti i requisiti offerti con le modalità previste nel bando di gara

- E' legittimo un bando di gara che preveda per l'avvalso un prova più rigorosa ai fini della dimostrazione dei requisiti posseduti?
- Può ad es. richiedere che l'avvalso dimostri certi requisiti non ricorrendo all'autocertificazione ma presentando i documenti pubblici necessari?

La risposta non può che essere negativa

- Ragionando diversamente si violerebbe
 - Le norme generali che prevedono il diritto di autocertificazione nei confronti della pubblica amministrazione
 - Il principio di parità di trattamento tra i concorrenti e gli avvalsi
- L'avvalso quindi dovrà presentare documentazione e dichiarazioni identiche a quelle richieste ai concorrenti e sottoposte a verifica ex art. 48

Art. 49 lett. b)

- Il concorrente deve allegare una dichiarazione di possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice
- Trattasi dei requisiti relativi alla moralità dell'impresa, la regolarità delle posizioni fiscali, previdenziali ecc.

Art. 49 lett. c)

- Il concorrente deve allegare una dichiarazione dell'avvalso circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento
- Ciò a dimostrazione di quanto detto in ordine al fatto che anche l'avvalso deve essere un imprenditore facente parte del circuito degli appaltatori di opere pubbliche

Art. 49 lett. d)

- Il concorrente deve allegare una dichiarazione dell'avvalso con cui quest'ultimo si obbliga nei confronti dell'appaltatore e nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il primo
- Tale dichiarazione che apparentemente ha un contenuto simile al contratto di avvalimento di cui alla lett. f) produce effetti giuridici diversi
- non solo l'avvalente ma anche la stazione appaltante può pretendere l'adempimento dell'obbligazione ivi contenuta

- La p.a. potrà (in alternativa all'esclusione del concorrente) agire in sede di autotutela esecutiva per costringere l'avvalso a porre a disposizione le risorse necessarie
- La suddetta obbligazione (differentemente dal contratto di cui alla lett. f) che parla di requisiti) si riferisce alle risorse e quindi a uomini, mezzi, forniture che possono essere oggetto di ordinanze esecutive
- Senza tale dichiarazione invece:
 - l'unico strumento giuridico per far valere la prestazione sarebbe stato il contratto, il quale viene firmato esclusivamente dall'avvalente

Art. 49 lett. e)

- Il concorrente dovrà allegare una dichiarazione dell'avvalso in cui attesta:
 - di non partecipare alla gara in proprio
 - di non partecipare alla gara in associazione o consorzio con altre imprese
- La disposizione mira ad evitare
 - un palese conflitto di interessi
 - La conoscenza da parte dell'avvalso degli elementi economici dell'offerta dell'avvalente

Art. 49 lett. f)

- Il concorrente deve allegare il contratto di avvalimento in originale o copia autentica
- Il contratto contiene:
 - obbligo di fornire all'avvalente i requisiti per tutta la durata dell'appalto
 - Fornire i requisiti significa spendere il requisito di partecipazione (es. fatturato triennale)
 - obbligo di fornire all'avvalente le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto
 - In questo caso dovranno essere indicati esattamente i mezzi tecnici e le professionalità che verranno utilizzate dall'avvalente (es. operai, macchinari)

● La forma del contratto

“Nell'ordinamento interno italiano non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese; questo, perciò, peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 cit. tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo” TAR Lazio, sez. II ter, 30/4/2008 n. 3637.

“Può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria e dell'impresa partecipante nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente; in presenza di tali dichiarazioni, infatti, può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, senza che sia necessaria documentazione ulteriore” (T.A.R. Bolzano (Trentino-Alto Adige) sez. I 26/11/2010 n. 314; TAR Lazio, sez. II ter, 30/4/2008 n. 3637.

- Di contrario avviso l'Autorità di Vigilanza secondo la quale il contratto non può essere sostituito con le dichiarazioni reciproche
- *«Si ritiene, in particolare, che il contratto di avvalimento non sia surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato e che i documenti previsti dall'art. 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione...Il suddetto strumento non può venir meno in seguito ad una decisione del concorrente a cui non è rimessa la scelta di allegare o meno, alla domanda di partecipazione, anche il contratto di avvalimento. Pertanto, non solo è necessario produrre il contratto di avvalimento, ma lo stesso deve dettagliare la messa a disposizione delle risorse, non essendo sufficiente una dichiarazione generica» (AVCP DETERMINAZIONE n. 2 del 1 agosto 2012)*

➤ **Il contenuto minimo del contratto di avvalimento**

➤ **Ai sensi dell'art. 88 del D.P.R. 207/2010 (solo per lavori)**

- *«Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare 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»*

- Le prescrizioni di cui all'art. 88 D.P.R. 207/2010, benchè previste esclusivamente per i lavori, parrebbero estendersi anche ai servizi ed alle forniture
- *«il menzionato art. 88 svolge una funzione integrativa rispetto a quanto prescritto dall'art. 49 del Codice che, peraltro, viene citato espressamente; pertanto, si ritiene che le prescrizioni di cui al primo comma dell'art. 88 abbiano portata generale e siano applicabili anche al settore dei servizi e delle forniture in quanto non si ravvisano ragioni per effettuare una differenziazione in questo senso nell'ambito degli appalti pubblici, benché l'articolo 88 sia evidentemente riferibile agli appalti di lavori e non sia richiamato nella parte del Regolamento che disciplina i servizi e forniture» (AVCP DETERMINAZIONE n. 2 del 1 agosto 2012)*

- Nello stesso senso anche la recente giurisprudenza
- *«Ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa»* (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1589; Consiglio di Stato, sez. IV, 01 agosto 2012, n. 4406; Consiglio di Stato, sez. VI, 02 maggio 2012, n. 2508)

- Si desume pertanto che il contratto di avvalimento non possa sostanziarsi nell'impegno generico *a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente* ma deve contenere l'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati in modo analitico e preciso
- In difetto l'amministrazione dovrà procedere all'esclusione dalla gara del partecipante

- Al riguardo la giurisprudenza è pacifica affermando che
 - *«E' onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegni 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 ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto»* (Consiglio di Stato sez V 27.01.2014 n. 412; Consiglio di Stato, sez. III, 03/09/2013, n. 4386; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Consiglio di Stato sez. V 10/01/2013 n. 90)

➤ Nello specifico stabilisce che:

- «Ai sensi degli artt. 49, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 e 48 della direttiva 2004/18/Ce, con l'istituto dell'**avvalimento** l'ausiliario deve mettere a disposizione del concorrente e della stazione appaltante non solo il requisito di partecipazione genericamente considerato, ma anche le risorse che assicurino l'effettiva disponibilità di detto requisito ed esse devono essere espressamente indicate nel **contratto**. In questa prospettiva, la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o espressioni simili) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti» (Consiglio di Stato sez. VI 13/06/2013 n. 3310; Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510; T.A.R. Napoli (Campania) sez. II 28/06/2013 n. 3349; Consiglio di Stato sez. V 05/12/2012 n. 6233; T.A.R. Napoli (Campania) sez. I 4/04/2012 n. 1589; T.A.R. Firenze (Toscana) sez. I 21/05/2012 n. 986)

- L'esigenza di specificare le risorse prestate è particolarmente avvertita laddove l'avvalimento sia di tipo "operativo", ovvero riguardi esperienza e capacità tecniche e debba, pertanto, essere effettuato mediante l'apporto di mezzi materiali per l'esecuzione dell'appalto
- In particolare, nell'ambito dell'avvalimento del requisito dell'esperienza pregressa la giurisprudenza ritiene che
 - *«il contratto di avvalimento, a pena di esclusione, debba identificare in modo chiaro ed esauriente la volontà del soggetto ausiliario di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la concreta portata delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento, consistente ad esempio nel prestito di una “congrua porzione delle risorse organizzative, personali, di mezzi e di know how maturate ed affinate dall'ausiliaria attraverso le proprie qualificate esperienze curricolari”* (T.A.R. sez. I Firenze , Toscana 21/03/2013 n. 443; in senso conforme si vedano anche Cons. Stato, V, 5.12.2012, n. 6233; TAR Lombardia, Milano, III, 29.12.2012, n. 3290; TAR Toscana, I, 21.5.2012, n. 986)

➤ *E ancora che*

- *«Per condivisibile indirizzo giurisprudenziale il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa (C.d.S., sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040), va a questo riguardo osservato che, ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa» (Cons. Stato 6.08.2012 n. 4510)*

- Viceversa, l'onere di specificazione dovrebbe essere più attenuato dove l'avvalimento non sia di tipo operativo ma "di garanzia", ovvero nel caso in cui il prestito abbia riguardato esclusivamente requisiti di carattere economico (ad esempio le referenze bancarie o la solidità finanziaria)
- *«...ne consegue, secondo quanto ha condivisibilmente osservato la difesa dell'appellata, che la responsabilità solidale dell'ausiliaria potrebbe probabilmente essere sufficiente alla tutela delle esigenze pubbliche nei casi di avvalimento detto “di garanzia”, concernente requisiti di contenuto economico (referenze bancarie e simili), ma certo non anche nei casi, come il presente, di avvalimento operativo» (Cons. Stato 6.08.2012 n. 4510*

—

- Conferma la recente giurisprudenza
- «Quando il requisito immateriale fornito riguarda, come nella specie, il solo dato finanziario, allora la rigorosa predeterminazione di tali mezzi e risorse, al di là d'ogni puntigliosa solennità (non richiesta né dall'art. 47, 3 della dir. n. 2004/18/CE, né dall'art. 49, c. 2 del Dlg 163/2006), non s'elide, ma va intesa secondo le ordinarie regole sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c. Il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche quando, in sede esecutiva, la necessità sottesa al requisito si renda attuale. Ciò non implica per forza il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di detta impresa —dove la non necessità di dedurli in contratto—, se questi non rispondano al concreto interesse della stazione appaltante, desumibile dall'indicazione del requisito stesso» (Cons. Stato sentenza del 6.02.2014 n. 84)

- Al predetto orientamento se ne contrappone un altro che, al contrario, stabilisce che l'avvalimento di garanzia debba seguire le stesse regole previste per l'avvalimento operativo
- *«Il cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe e l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia. Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi» (Cons. Stato sentenza del 22.01.2014 n. 294)*

- Alcuni contrasti interpretativi si devono registrare anche in ordine al grado di specificazione che deve avere l'oggetto del contratto di avalimento quando il requisito prestato sia relativo alla certificazione Soa

- Secondo un indirizzo
 - Il contratto di avalimento che si limiti a prevedere la messa a disposizione della qualificazione Soa per una determinata categoria e classifica senza l'ulteriore precisa indicazione delle risorse e dei mezzi dell'impresa ausiliaria posti a disposizione dell'impresa principale, sarebbe indeterminato (Tar Puglia Lecce Sez. II, Sent., 27-09-2013, n. 2055)

➤ **Secondo l'opposto indirizzo invece**

- Il contratto di avvalimento che preveda la messa a disposizione del requisito dell'attestazione Soa per una determinata categoria e classifica non necessita di alcuna ulteriore dettagliata individuazione di mezzi e risorse da fornire, posto che le risorse in parola devono considerarsi immanenti ed assorbite entro le qualificazioni Soa» (Tar Campania Napoli Sez. I, Sent., 10-09-2013, n. 4212; Tar Lazio Roma Sez. III, Sent., 11-04-2013, n. 3672)

- **L'indirizzo più restrittivo sembrerebbe tuttavia il più condiviso dalla recente giurisprudenza**
- *«La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che l'avvalimento deve essere reale e non formale e la messa a disposizione di requisiti svincolati da collegamento concreto con risorse materiali o immateriali è suscettibile di snaturare l'istituto per piegarlo a una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gare. In questa prospettiva l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010 dispone che il contratto deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. La norma, così come formulata, esclude quindi la possibilità che l'oggetto del contratto possa essere determinato per relationem alla qualificazione SOA» (Cons. di Stato 17.03.2014 n. 1322)*

- L'esigenza di determinazione delle risorse oggetto di avalimento sussiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale resa dall'ausiliario
- Infatti perfino quest'ultima ha il compito di soddisfare «...*esigenze di certezza dell'amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario*” (ex multis Consiglio di Stato sez V 27.01.2014 n. 412; Consiglio di Stato sez. VI 13/06/2013 n. 3310; Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956)

Art. 49 lett. g)

- In caso di avvalimento tra società appartenenti allo stesso gruppo l'impresa concorrente potrà allegare, in luogo del contratto:
- Una semplice dichiarazione sostitutiva dichiarante il legame giuridico-economico esistente tra le due imprese

La giurisprudenza tuttavia sostiene che

*“A fini di **avvalimento**, ai sensi dell'art. 49 d.lg. 163 del 2006 se è vero che in caso di gruppi societari si prescinde dalla presentazione di copia del **contratto** tra avvalente ed avvalso 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 (lett. f), nondimeno è necessaria - anche in questo caso - la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e - soprattutto - verso la stazione appaltante (lett. d)”*[T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 20 giugno 2007, n. 1125](#)

Art.49 comma 3

“Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'[articolo 38](#), lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'[articolo 6](#), comma 11”

- La norma disciplina le ipotesi in cui l'avvalente e/o l'avvalso rilascino dichiarazioni mendaci
- Le sanzioni per il concorrente saranno:
 - Esclusione dalla gara
 - Escussione della garanzia
 - Divieto di partecipare alle gare pubbliche per un anno ex art. 38 lett. h) D.Lgs. 163/2006
 - Trasmissione degli atti all'Autorità (sanzione pecuniaria fino a € 51.545,00)
- Si ritiene che l'Autorità di Vigilanza possa comminare anche all'avvalso le sanzioni amministrativo-pecuniarie

Art. 49 comma 4)

“Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”

- Il legislatore ha voluto garantire maggiormente la stazione appaltante in caso di inadempimento contrattuale
- In tal caso oltre alla naturale responsabilità dell'avvalente sottoscrittore del contratto lo sarà in solido anche l'avvalso
- Naturalmente se l'inadempimento sia attribuibile a negligenza del solo avvalente l'avvalso potrà agire in regresso nei suoi confronti e viceversa

Art. 49 comma 5)

“Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara”

- Il Codice equipara l'avvalso al concorrente principale nella sottoposizione agli obblighi di cui alla normativa antimafia
- La norma è stata necessaria perché l'avvalso non ha un rapporto diretto con la stazione appaltante e non avrebbe potuto operare nei suoi confronti il divieto generale

Art. 49 comma 6) e 7)

TESTO ORIGINARIO

- *« 6. Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; ma in tale ipotesi, per i lavori non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria.*
- *7. Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso»*

- La nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C -2208-0108 del 30 gennaio 2008
- La Commissione Europea aveva aperto una procedura di infrazione contro l'Italia osservando che:
 - L'unica condizione prevista dal diritto comunitario per l'esercizio del diritto di avvalersi di requisiti di terzi fosse quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disponesse delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto
 - Motivo per cui i limiti alla facoltà di avvalimento previsti nei commi 6 e 7 dell'art. 49 contrastavano con la normativa comunitaria

Art. 49 comma 6) e 7)

- L'art. 1 comma 1 lett. n) del D.lgs. 152/2008 (cd. III Correttivo) ha apportato all'art. 49 comma 6 e 7 le seguenti modificazioni:

il comma 6 e' sostituito dal seguente:

« Per i lavori, il concorrente puo' avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara puo' ammettere l'avvalimento di piu' imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarita' delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria»

“il comma 7 e' soppresso”

● Per i servizi e forniture

- Il nuovo comma 6 elimina per i servizi e forniture qualsiasi limite all'utilizzo di più imprese ausiliarie in relazione ad un unico requisito
- Specificando, infatti, che il limite è riferito esclusivamente ai lavori

● Per i lavori

- Il legislatore ribadisce la regola secondo la quale il concorrente può avvalersi di una sola impresa per ogni categoria di qualificazione
- Deroga
 - Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie anche per ogni singola categoria in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni
 - Limiti: è in ogni caso vietato per il concorrente l'utilizzo frazionato dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno permesso il rilascio dell'attestazione in quella categoria

➤ Secondo L'Autorità di Vigilanza

- *«il divieto di cumulo di più imprese in relazione ad un singolo requisito è stato eliminato con riferimento agli appalti di servizi e forniture, mentre per i lavori, come descritto nel paragrafo precedente, è consentito l'avvalimento di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non è ammissibile per concorrente di utilizzare in maniera frazionata i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA .Pertanto, negli appalti di servizi e forniture, sulla base della citata normativa e della giurisprudenza prevalente, non può escludersi, in linea di massima, la possibilità di frazionare i singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie (AVCP Determinazione n. 2 del 1.08.2012; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, con la pronuncia del 29 marzo 2012 n. 3006)*

- La sentenza della Corte di Giustizia del 10.10.2013 Causa C-94/12
- L'art. 49 comma 6 è stato ritenuto non conforme alla normativa europea anche per quanto riguarda i lavori
- La Corte di giustizia, infatti, ha ritenuto tale norma in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di avvalimento

- Secondo il Giudice comunitario, infatti:
 - I dati testuali e sistematici contenuti nelle direttive portano a ritenere che non possa considerarsi consentito al legislatore nazionale di imporre un divieto di utilizzo di più imprese ausiliarie
 - Ciò in quanto il principio dell'unicità dell'impresa ausiliaria costituisce infatti un vincolo all'utilizzo dell'istituto che non trova corrispondenza in alcuna previsione del diritto comunitario

- Nello specifico la Corte ha statuito che :
 - *«È pertanto d'uopo considerare che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. Un'interpretazione del genere è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici . Inoltre essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32»*
 - (Corte di Giustizia del 10.10.2013 Causa C-94/12)

- La Corte di Giustizia ha previsto un'eccezione in casi particolari
- *«È pur vero che non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato» (Corte di Giustizia del 10.10.2013 Causa C-94/12)*

● In conclusione

- Anche per i lavori pubblici è prevista la possibilità per un concorrente in possesso di parte del requisito di qualificazione, di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese
- Viene riconosciuta, pertanto, l'ammissibilità del cosiddetto avvalimento plurimo o frazionato, con il quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto di appalto raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti.

- Con una recente sentenza il Consiglio di Stato si è subito allineato all'indicazione della Corte di Giustizia
- *«Osserva il Collegio che la Corte di Giustizia, Sez. V, con sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, ha affermato che “gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come l'art. 49 c. 6 del d.lgs. 163/06, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”. La Corte ha quindi definitivamente chiarito l'ammissibilità del cosiddetto avvalimento plurimo o frazionato, con il quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto di appalto raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti» (Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874)*

- A seguito della sentenza della Corte di Giustizia il Presidente dell'AVCP ha pubblicato un COMUNICATO «Indicazioni alle Stazioni Appaltanti in materia di Avvalimento a seguito della Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 nella Causa C-94/12»
- Con il suddetto le p.a. sono state richiamate ad osservare le seguenti indicazioni:
 - *«In attuazione della sentenza della Corte di Giustizia Europea è ammessa, in sede di gara, la possibilità che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria;*
 - *Resta fermo il principio espresso dalla Corte nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrà legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici»* **(COMUNICATO DEL PRESIDENTE AVCP del 20.03.2014)**

Art. 49 comma 7)

- Il comma 7 stabiliva che:

“Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso”

- Veniva disciplinato il c.d. avvalimento parziale

- La stazione appaltante poteva

- limitare l'avvalimento ai soli requisiti economici
- limitare l'avvalimento ai soli requisiti tecnici
- Permettere soltanto l'integrazione di requisiti che comunque l'impresa doveva in una certa misura o percentuale

- In tal modo veniva limitato l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento (per questo poi censurato dalla Commissione)

Il Terzo Decreto Correttivo

- Abroga il comma 7 dell'art. 49 del Codice
- Tale abrogazione
 - Impedisce alla stazione appaltante di poter limitare a sua discrezione l'utilizzo dei requisiti di altre imprese
 - Ciò non toglie, comunque, la facoltà per le concorrenti di avvalersi parzialmente dei requisiti di altra impresa utilizzando solo alcuni di essi o integrandoli con quelli già posseduti

- La stessa giurisprudenza, infatti, anche nel vigore del comma 7 sosteneva che

“anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all’avvalimento parziale verticale; quanto disposto dall’art. 49, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui “Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all’importo dell’appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l’avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall’impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso”) costituisce eccezione al sistema; il quale consente - in ogni caso e a prescindere da specifica previsione del bando - al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione a una specifica gara di lavori, servizi e forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell’attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006)

Art. 49 comma 8)

“in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”

- La ratio del divieto è quella di:
 - Evitare che il rapporto tra l'avvalso e più avvalenti violi il principio di segretezza delle offerte
 - Escludere i conflitti di interesse tra avvalente ed avvalso che sarebbero rivali e sodali allo stesso tempo
- La norma prevede l'esclusione in caso di prestito di requisiti a più concorrenti
- A chi deve applicarsi la misura dell'esclusione dalla gara?
 - Si ritiene che debbano essere escluse tutte le imprese che si siano avvalse dello stesso soggetto
 - Se le concorrenti non erano consapevoli che l'avvalso avesse prestato requisiti anche ad altri potranno agire nei confronti di quest'ultimo per ottenere il risarcimento del danno

- Mentre in caso di violazione da parte dell'avvalso del divieto di partecipazione alla gara



La dottrina sostiene che in tal caso solo l'avvalso dovrà essere escluso

Ciò in quanto

- L'avvalente è del tutto estraneo a tale scelta
- Mentre nella precedente ipotesi le imprese possono aver avuto conoscenza dei criteri di formazione delle altre offerte (giustamente da escludere), in questo caso è solo l'avvalso che eventualmente ha presentato l'offerta basandosi su quella dell'avvalente che già conosceva

- Il divieto di partecipazione contestuale dell'ausiliaria e dell'ausiliata non si applica in caso di raggruppamento temporaneo o Consorzio
- *«Quindi, il divieto di cui all'art. 49, comma 8, del Codice deve essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi» (AVCP Determinazione n. 2 del 1.08.2012)*

- In questi casi l'amministrazione deve comunque verificare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.
- *«Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta» AVCP Determinazione n. 2 del 1.08.2012*

Art. 49 comma 9)

“Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano 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”

- Detta disposizione contiene una deroga al comma 8 dell'art. 49
- Sarà possibile che un'impresa presti i requisiti a favore di più di un concorrente quando:
 - Solo in relazione alla particolare natura dell'appalto che l'amministrazione dovrà adeguatamente motivare
 - Solo qualora l'appalto richieda delle attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese
 - Solo se previsto nel bando di gara
- Il bando dovrà contenere il numero massimo dei concorrenti a cui prestare le risorse

Art. 49 comma 10)

“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”

- La norma chiarisce che il rapporto contrattuale si instaura solo e soltanto tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario
 - Soltanto quest'ultimo potrà eseguire i lavori
 - Soltanto a quest'ultimo verrà rilasciato il certificato di esecuzione
- L'ausiliario può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti richiesti
 - La disposizione è stata inserita con il D.Lgs. 6/2007 (cd. I Decreto Correttivo)
- Prima della riforma il comma 10 prevedeva che l'ausiliario non potesse assumere a qualsiasi titolo nè il ruolo di appaltatore nè quello di subappaltatore

- La Direttiva 2014/24/UE del 26.02.2014

- La nuova direttiva si occupa dell'avvalimento all'articolo 63

- *«Affidamento sulle capacità di altri soggetti» - Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.....*

- *«.....L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione. Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto. Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti»*

➤ In sostanza:

- Viene ribadito il principio secondo cui l'avvalimento ha carattere generalizzato essendo un istituto che può essere utilizzato indifferentemente in relazione a tutti i requisiti che attestano la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesta ai concorrenti
- La prima novità riguarda i requisiti relativi ai titoli di studio e professionali e alle esperienze professionali
- Per questi requisiti viene introdotta una previsione specifica, secondo cui l'avvalimento è consentito solo se l'impresa ausiliaria esegue effettivamente i lavori o i servizi per i quali sono richiesti i suddetti titoli di studio o professionali ovvero le pertinenti esperienze professionali

- La seconda novità riguarda la verifica dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria ed oggetto di prestito.
- Viene precisato che tale verifica riguarda il possesso sia dei requisiti specialistici relativi alla capacità tecnica, economico e finanziaria che di quelli generali che attengono all'idoneità morale, la cui mancanza costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara. Sotto questo profilo la norma non appare meritevole di particolare attenzione, poiché già nell'attuale sistema deve considerarsi scontato che la verifica dei requisiti condotta anche nei confronti dell'impresa ausiliaria

- La terza novità riguarda la previsione secondo cui l'ente committente deve imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria che non risulti in possesso dei requisiti richiesti o che, in relazione alla mancanza di quelli che attengono all'idoneità morale, incorra in una causa di esclusione
- La disposizione in esame sembra offrire al concorrente la possibilità di superare la carenza dei requisiti riscontrata in capo all'impresa ausiliaria attraverso la sostituzione della stessa, con un'evidente deroga ai principi generali che governano la materia

- La quarta novità riguarda la responsabilità solidale
- Viene infatti riconosciuta la possibilità all'ente appaltante di richiedere la responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria in relazione all'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.
- Questa possibilità non era contemplata nella Direttiva 2004/18 ma, come visto, è stata invece autonomamente introdotta dal nostro legislatore
- La nuova direttiva stabilisce tuttavia che la richiamata responsabilità solidale può operare solo se l'avvalimento riguarda i requisiti di capacità economico finanziaria, e quindi le dichiarazioni bancarie, le coperture assicurative e il fatturato.

- L'ultima novità riguarda il divieto di avvalersi di ausiliari per particolari compiti essenziali
- *«Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento»*