

CORSO SULL' AVVALIMENTO NELLE GARE PUBBLICHE

MILANO (AUDITORIUM SAN CARLO, C.SO MATTEOTTI N. 14) – 16 NOVEMBRE 2012 -

Enti Formatori ed organizzatori: Fondazione Enti Locali Milano – Upel Srl

Autore e Relatore del Corso: Avv. Valerio Cicchiello (JusticeLaw Firm)

DISPENSA DI SUPPORTO AL CORSO

a. Norme¹

europee:

1. DIRETTIVA 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (*Estratto: artt. 31-32*)..... Pag. 2
2. DIRETTIVA 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (*Estratto: artt. 47 - 48*)..... Pag. 4
3. DIRETTIVA 2004/17/CE del del 31 marzo 2004 (*Estratto: art. 54*)..... Pag. 6
4. Proposta di Direttiva, COM (2011) 896 (*Estratto: art. 62*)..... Pag. 7

nazionali:

5. DECRETO LEGISLATIVO N. 163 DEL 2006 (*c.d. Codice degli Appalti; estratto: art. 49*)..... Pag. 8
6. D.P.R. n. 207 DEL 2010 (*c.d. regolamento unico dei contratti pubblici; estratto: art. 88*) Pag. 10

b. Sentenze:

- SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 2 APRILE 1994 (*estratto*) Pag. 11
- SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 2 DICEMBRE 1999 (*estratto*)..... Pag. 13
- CONS. STATO, Sez. III, Sentenza n. 5161 del 01.10.2012 (*estratto*) Pag. 15
- CONS. STATO, Sez. V, Sentenza n. 5408 del 23.10.2012 (*estratto*) Pag. 18

c. Determinazioni

- DETERMINAZIONE n. 2 del 1.08.2012 dell'AVGP (*"l'avvalimento nella procedura di gara"*) Pag. 21

(1) N.d.r.: Le sottolineature, le parti in grassetto e le annotazioni non appartengono al testo ufficiale delle norme ed hanno mera finalità di supporto alla consultazione del testo. Gli estratti dei testi così inseriti nella presente dispensa non hanno carattere di ufficialità. L'unico testo ufficiale è quello pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o dell'Unione Europea.

a. NORME

Estratto della

DIRETTIVA 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (1)

(1) Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea n. L 209 del 24/07/1992 pag. 0001 – 0024 e consultabile on line al seguente link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0050:IT:HTML>

Articolo 31

1. In linea di massima, **la prova della capacità finanziaria ed economica del prestatore di servizi può venir fornita mediante una o più delle seguenti referenze:**

- a) idonee dichiarazioni bancarie o prova di un'assicurazione contro i rischi d'impresa;
 - b) la presentazione del bilancio o di estratti dello stesso, qualora la pubblicazione del bilancio sia prescritta dal diritto societario del paese nel quale il prestatore di servizi è stabilito;
 - c) una dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per i servizi cui si riferisce l'appalto, relativa ai tre ultimi esercizi finanziari.
2. Le amministrazioni precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, la referenza o le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le eventuali altre referenze da presentare.
3. Qualora per giustificati motivi **il prestatore di servizi** non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato.

Art. 32

1. **La capacità dei prestatori ad eseguire servizi** può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità.

2. **La prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi può venir fornita mediante uno o più dei seguenti mezzi**, a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei servizi da prestare:

- a) l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi e/o dei dirigenti dell'impresa ed in particolare della o delle persone responsabili della prestazione dei servizi;
- b) la presentazione di un elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi:

- nel caso di servizi prestati ad amministrazioni, tale prova deve assumere la forma di certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

- nel caso di servizi prestati a privati, l'effettiva prestazione va certificata dall'acquirente ovvero, in mancanza di un tale certificato, semplicemente dichiarata dal prestatore di servizi;

c) l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, **a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi**, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità;

d) una dichiarazione relativa al numero medio annuo di dipendenti del prestatore di servizi ed al numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

e) una dichiarazione relativa agli strumenti, al materiale od alle apparecchiature tecniche di cui il prestatore di servizi dispone per prestare i servizi in questione;

f) una descrizione delle misure prese dal prestatore di servizi per garantire la qualità, e dei mezzi di studio e di ricerca di cui dispone;

g) qualora i servizi da prestare siano di natura complessa o, eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita dall'amministrazione o per suo conto da un organismo ufficiale competente del paese in cui il prestatore di servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta, in merito alle capacità tecniche del prestatore di servizi e, se necessario, alle infrastrutture di cui dispone a fini di studio e di ricerca e alle misure che prende ai fini del controllo della qualità;

h) l'indicazione della quota del contratto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare.

3. L'amministrazione precisa, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, quali sono le referenze da presentare.

4. Le informazioni di cui all'articolo 31 ed ai paragrafi da 1 a 3 del presente articolo devono limitarsi all'oggetto dell'appalto. Le amministrazioni tengono nel debito conto gli interessi legittimi dei prestatori di servizi per quanto riguarda la tutela dei loro segreti tecnici o commerciali.

2) Estratto 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 (1)

(1) Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea n. L 134 del 30/04/2004 pag. 0114 – 0240 e consultabile on line ai seguenti link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:IT:HTML>

Articolo 47

Capacità economica e finanziaria

1. In linea di massima, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:
 - a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;
 - b) bilanci o estratti di bilanci, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese nel quale l'operatore economico è stabilito;
 - c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su di tali fatturati siano disponibili.
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.
3. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.
4. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le altre eventuali referenze probanti che devono essere presentate.
5. L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Articolo 48

Capacità tecniche e professionali

1. Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3.
2. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi:
 - a) i) presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Tali certificati indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisano se questi sono stati effettuati a regola d'arte e con buon esito; se del caso, questi certificati sono trasmessi direttamente all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente;

Enti formatori ed organizzatori:

FONDAZIONE ENTI LOCALI MILANO – UPEL MILANO Srl

ii) presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Le forniture e le prestazioni di servizi sono provate:

- quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

- quando il destinatario è stato un privato, da una attestazione dall'acquirente ovvero, in mancanza di tale attestazione, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico;

b) indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico, e più particolarmente di quelli responsabili del controllo della qualità e, per gli appalti pubblici di lavori, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera;

c) descrizione dell'attrezzatura tecnica, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore di servizi per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio e di ricerca di cui dispone;

d) qualora i prodotti da fornire o i servizi da prestare siano di natura complessa o, eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita dall'amministrazione aggiudicatrice o, per suo conto, da un organismo ufficiale competente del paese in cui il fornitore o il prestatore dei servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta; la verifica verte sulle capacità di produzione del fornitore e sulla capacità tecnica del prestatore di servizi e, se necessario, sugli strumenti di studio e di ricerca di cui egli dispone, nonché sulle misure adottate per garantire la qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore e/o dei dirigenti dell'impresa, in particolare del responsabile o dei responsabili della prestazione dei servizi o della condotta dei lavori;

f) per gli appalti pubblici di lavori e di servizi e unicamente nei casi appropriati, indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) dichiarazione indicante l'organico medio annuo del prestatore dell'imprenditore o dell'imprenditore e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni;

h) dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della parte di appalto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare;

j) per i prodotti da fornire:

i) campioni, descrizioni e/o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice;

ii) certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche o norme.

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.

4. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

5. Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi a oggetto forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, la fornitura di servizi e/o l'esecuzione di lavori, la capacità degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento, in particolare, alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità.

6. L'amministrazione aggiudicatrice precisa nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte le referenze, fra quelle previste al paragrafo 2, di cui richiede la presentazione.

Estratto della

DIRETTIVA 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (1)

(1) Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea n. L 134 del 30/04/2004, pag. 0001 – 0113 e consultabile on line ai seguenti link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0017:IT:HTML>

Articolo 54

Criteri di selezione qualitativa

1. Gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta, devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.
2. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati ad una procedura di appalto ristretta o negoziata devono farlo secondo regole e criteri oggettivi da essi definiti che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.
3. Nel caso delle procedure ristrette o negoziate, i criteri possono fondarsi sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello che corrisponda a un giusto equilibrio tra caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti tiene conto tuttavia dell'esigenza di garantire un'adeguata concorrenza.
4. I criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 possono comprendere quelli di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE.

Se l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), i criteri e le norme di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo comprendono i criteri di esclusione elencati all'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE.

5. Se i criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 comportano requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, questi **può, se necessario e per un determinato appalto, fare valere le capacità di altri soggetti**, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. **In tal caso, egli deve provare all'ente aggiudicatore di disporre dei mezzi necessari** esibendo, ad esempio, l'impegno di tali soggetti a tal fine.

Alle stesse condizioni, un gruppo di operatori economici di cui all'articolo 11 può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti.

6. Se i criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 comportano requisiti relativi alle capacità tecniche e/o professionali dell'operatore economico, questi **può, se necessario e per un appalto determinato, fare valere le capacità di altri soggetti**, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. In tal caso, egli deve provare all'ente aggiudicatore di disporre dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, esibendo, ad esempio, l'impegno di tali soggetti di mettergli a disposizione i mezzi necessari.

Alle stesse condizioni, un gruppo di operatori economici di cui all'articolo 11 può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti.

Estratto della

Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sugli appalti pubblici

(proposta, attualmente in fase di negoziato, formulata dalla Commissione Europea, con COM/2011/896) (1)

(1) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C102/05 del 05 aprile 2012 e consultabile online al seguente link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:IT:HTML>

Articolo 62

Affidamento sulle capacità di altri soggetti

1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, come indicato ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 56, 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. In tal caso dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Nel caso della capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono 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 16 può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

2. Nel caso di appalti di lavori, di contratti di prestazione di servizi e operazioni di posa in opera e installazione nel quadro di un contratto 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 6, da un partecipante al raggruppamento.

Estratto del
DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (1).

(1) *Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2-5-2006 - Suppl. Ordinario n. 107, o consultabile on line al seguente link:*

www.normattiva.it

Art. 49

Avvalimento

(artt. 47 e 48, direttiva 2004/18; Art. 54, direttiva 2004/17)

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.**

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;

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, nonche' il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;**

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 e' 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;

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 puo' presentare una dichiarazione sostitutiva** attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

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 esclude la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.

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

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.

6. Per i lavori, **il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria** per ciascuna categoria di qualificazione. **Il bando di gara 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 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.

7. COMMA SOPPRESSO DAL D.LGS. 11 SETTEMBRE 2008, N. 152.

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.

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.

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.

11. **In relazione a ciascuna gara**, la stazione appaltante trasmette 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.

Estratto del

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 5 ottobre 2010, n. 207

Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» (1).

(1): pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.288 del 10-12-2010 - Suppl. Ordinario n. 270, e consultabile on line al seguente link:

www.normattiva.it

Art. 88 Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento

1. 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.

2. Per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione ai sensi dell'articolo 50 del codice, l'impresa ausiliata, presenta alla SOA la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento.

3. Per le finalità di cui al comma 2, l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata hanno l'obbligo di documentare alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile, e di comunicare alla SOA e all'Autorita' entro quindici giorni il venire meno di tale rapporto di controllo, ovvero le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse di cui al comma 2.

4. Entro il successivo termine di quindici giorni, la SOA provvede a comunicare all'Autorita' le informazioni di cui al comma 3 e dispone la decadenza, entro lo stesso termine, dell'attestazione dell'impresa ausiliata.

5. L'impresa ausiliata, per conseguire la qualificazione di cui all'articolo 50 del codice, deve possedere:

- a) i requisiti di cui all'articolo 78 in proprio;
- b) i requisiti di cui all'articolo 79 anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria.

6. L'impresa ausiliata e' sottoposta a tutti gli obblighi previsti, per le imprese attestate dalle SOA, secondo le disposizioni del presente titolo III.

7. Le SOA attestano le imprese ausiliate utilizzando uno specifico modello di attestazione predisposto e approvato dall'Autorita' che richiama espressamente l'avvalimento ai sensi dell'articolo 50 del codice.

b. Sentenze

Estratto della

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) di Giustizia del 2 aprile 1994

(Ballast Nedam Groep NV contro Stato belga; Domanda di pronuncia pregiudiziale: Raad Van State - Belgio; Direttive del Consiglio 71/304/CEE e 71/305/CEE; Causa C-389/92) (1)

(1) Pubblicata sulla raccolta della Giurisprudenza 1994 alla pagina -01289, oppure consultabile *on line* al seguente link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992CJ0389:IT:HTML>

13 Come osserva giustamente la Commissione, dal complesso di queste norme si desume che l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provveda direttamente all'esecuzione dell'opera, ma altresì da una persona che le faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organi tecnici esterni ovvero da un raggruppamento di imprenditori, a prescindere dalla sua forma giuridica.

14 Occorre d'altra parte osservare che la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la citata direttiva 71/305/CEE (GU L 210, pag. 1), in particolare al fine di precisare meglio la nozione di appalti di lavori pubblici, ha espressamente indicato all'art. 1 che questi ultimi hanno ad oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera, oppure "di fare eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice". Questa definizione conferma che una persona che non ha l'intenzione di eseguire direttamente i lavori ovvero i mezzi per farlo può partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto.

15 Pertanto, una holding che non esegue direttamente le opere perché le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte non può per tal motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici.

16 Tuttavia, spetta alle amministrazioni aggiudicatrici, come precisa l'art. 20 della direttiva 71/305, procedere all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. da 25 a 28 della medesima direttiva.

17 A tale proposito, qualora, per dimostrare le sue capacità tecniche, finanziarie ed economiche al fine di ottenere l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprese abilitate, una società produca referenze delle sue consociate, essa deve provare che, a prescindere dalla natura del vincolo giuridico intercorrente con dette consociate, essa dispone effettivamente dei mezzi di queste ultime necessari all'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce degli elementi di fatto e di diritto sottopostigli, se ciò sia stato provato nella causa principale.

18 Si deve pertanto risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, vanno interpretate nel

sensu che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, **di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti.** Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale.

Decisione relativa alle spese
Sulle spese

19 Le spese sostenute dalla Commissione delle Comunità europee, che ha presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Dispositivo

Per questi motivi,

LA CORTE (Quinta Sezione),

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Raad van State van België con ordinanza 29 settembre 1992, dichiara:

La direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale.

Estratto della**Sentenza della Corte (Quinta Sezione) di Giustizia del 2 dicembre 1999.**

(Holst Italia SpA contro Comune di Cagliari, con l'intervento di: Ruhrwasser AG International Water Management; Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna - Italia. - Direttiva 92/50/CEE - Causa C-176/98) (1).

(2) Pubblicata sulla raccolta della Giurisprudenza 1999 alla pagina I-08607, oppure consultabile on line al seguente link:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0176:IT:HTML>

“26 Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa (v., nello stesso senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, sentenza Ballast Nedam Groep I, citata, punto 15).

27 Pertanto è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto.

28 Tuttavia tale ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, **spetta all'autorità aggiudicatrice**, come precisato dall'art. 23 della direttiva 92/50, procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto.

29 Pertanto, qualora, per dimostrare le sue capacità finanziarie, economiche e tecniche al fine di essere ammessa a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, una società faccia riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, di qualunque natura giuridica essi siano, spetta ad essa dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non le appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (v., in tal senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, citata sentenza Ballast Nedam Groep I, punto 17).

30 Spetta al giudice nazionale valutare la pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine. Nell'ambito di tale controllo, la direttiva 92/50 non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo d'impresa.

31 Pertanto occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 92/50 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 valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua.

Decisione relativa alle spese

Sulle spese

32 Le spese sostenute dai governi italiano, olandese e austriaco, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa a qua il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Dispositivo

Per questi motivi,

LA CORTE (Quinta Sezione),

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna con ordinanza 10 febbraio 1998, dichiara:

La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 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 valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua.

Estratto della
Sentenza del Consiglio di Stato n. 5161 del 2012

N. 05161/2012REG.PROV.COLL.

N. 00806/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

2. E' fondato il terzo motivo con cui si ripropone la censura svolta col ricorso incidentale in primo grado tendente a far rilevare come il Raggruppamento ricorrente andasse escluso dalla gara per difetto di un requisito di partecipazione e, pertanto, dovesse essere dichiarato inammissibile il ricorso dallo stesso proposto per difetto di interesse.

Sostiene l'appellante che il raggruppamento di progettazione indicato dal RTI XXXXXXXXXXXXX s.r.l. ha dichiarato illegittimamente di volersi avvalere dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi della YYYYYYYYYY s.r.l., ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnico professionale di cui al punto 3.1 3c) del disciplinare di gara ("aver impiegato un numero medio annuo di personale tecnico nei tre migliori annui del quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando in misura di almeno dodici unità, pari cioè a due volte le unità che per lo svolgimento della prestazione si stimano in sei).

L'appellante aveva dedotto in primo grado con il ricorso incidentale l'invalidità dell'avvalimento sotto un duplice ordine di profili: a) il raggruppamento di progettazione non poteva ricorrere all'istituto dell'avvalimento, atteso che l'art. 49 del codice dei contratti riserva tale possibilità solo al "concorrente" ed è pacifico che il raggruppamento di progettazione non assume la qualità di concorrente in gara; b) l'ausiliaria del raggruppamento di progettazione non ha reso le dichiarazioni di cui alle lettere m-bis), m-ter) ed m-quater) dell'art. 38 D.Lgs 163/2006.

Il TAR Lecce ha ritenuto eccessivamente formalistica la prospettazione del ricorrente incidentale riguardo alla impossibilità per l'ausiliario di avvalersi dell'istituto, in ragione del carattere generale e della portata applicativa indifferenziata dell'avvalimento, affermando la prevalenza dell'esigenza di carattere sostanziale della "massima partecipazione".

Il Collegio non condivide tale interpretazione, che contrasta sia con la lettera che con la ratio dell'art 49 del codice dei contratti.

Ed invero, **l'art. 49, comma 2, cod. contratti utilizza in proposito l'espressione "concorrente", con la quale si riferisce in equivocamente al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara**. Questi, ove voglia ricorrere all'avvalimento, è tenuto a dichiarare ed allegare, unitamente alla domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai propri, integrano la prescrizione del bando.

L'avvalimento, in altri termini, è istituto di soccorso al concorrente in sede di gara e, di conseguenza, va escluso chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante (cfr. C.d.S., Sez. VI, 2.5.2012, n. 2508).

Vero è che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari.

Va considerato, infatti, che solo il concorrente assume obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tanto che l'ausiliario si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione (art. 49 comma 3, lett. d)) ed, inoltre, l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4).

La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria è collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi.

Inoltre, l'estensione della categoria di "concorrente" sino a ricomprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione (come nella fattispecie), comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria (potenzialmente all'infinito), non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Nel caso concreto, dunque, il Raggruppamento di progettazione indicato dal RTI capeggiato da WWWWWW, posto che figura come collaboratore esterno del concorrente, non avrebbe potuto avvalersi dei requisiti tecnico organizzativi della YYYYYYYY srl.

3. In conclusione, il Raggruppamento temporaneo XXXXXXXXXXXX s.r.l. andava escluso dalla gara per difetto dei requisiti di natura tecnica necessari per partecipare.

Va, pertanto, accolto l'appello proposto e, conseguentemente, dichiarato inammissibile l'originario ricorso principale, per carenza di interesse, in accoglimento del ricorso incidentale in primo grado.

**Estratto della
Sentenza del Consiglio di Stato n. 5408 del 2012**

N. 05408/2012REG.PROV.COLL.
N. 04318/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

**ha pronunciato la presente
SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4318 del 2011, proposto da:

XXXXXXXXX s.r.l. in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con, rappresentata e difesa dall'avv.;

contro

il Comune di Sala Consilina, rappresentato e difeso dall'avv.;

a.t.i. con capogruppo YYYYYYY del, rappresentata e difesa dall'

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZIONE STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00805/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE AMBIENTALE DEL CENTRO STORICO

.....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

7.- L'appello è fondato nei sensi e nei limiti di cui di seguito.

7.1- E' infondato il primo articolato motivo d'appello, con il quale la ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui avrebbe ritenuto ammissibile il ricorso

all'avvalimento anche con riferimento alla certificazione di qualità, malgrado la previsione della lex di gara consentisse di avvalersi dell'istituto solamente con riguardo ai requisiti di capacità tecnica.

Come ben evidenziato in sentenza, **l'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione**. E ciò, rileva la Sezione, in coerenza con un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato III, 18 aprile 2011 e V, 23 maggio 2011, n. 3066).

L'istituto di matrice comunitaria è finalizzato a consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese.

Gli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, rispettivamente rubricati "Capacità economica e finanziaria" e "Capacità tecniche e professionali" individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la p.a.. L'art. 48, dopo aver elencato i diversi requisiti richiesti, stabilisce che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

L'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, che ha trasfuso nell'ordinamento italiano l'art. 48 della direttiva, afferma che il concorrente "... 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 successivo art. 50, rubricato "avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione", disciplina le modalità attraverso le quali un concorrente sprovvisto di attestazione SOA può avvalersi in via generale e per un determinato periodo, dell'attestazione di altro operatore economico.

La formulazione del citato art. 49 è, dunque, 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.

Invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

In tale ottica, afferendo la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente all'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma lo è anche con la procedura di gara qui in questione, con le norme del disciplinare di gara e, segnatamente, con la disposizione del capo 2, lett. 2). Non sussiste, in conseguenza, il lamentato travisamento della censura di violazione della lex specialis di gara, avendo il TAR aderito all'opzione ermeneutica, che si condivide, che annovera la certificazione di qualità tra i requisiti speciali di carattere tecnico organizzativo, suscettibile, ai sensi del citato capo 2) del disciplinare di gara, di prestito da parte dell'ausiliaria.

7.2 - Sotto altro profilo va considerato che poiché la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA ai sensi del d.p.r. n. 34 del 2000, almeno con riferimento alla classifica III.

In sintesi, può affermarsi che tutti i requisiti di capacità tecnico, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento.

Quand'anche, poi, la "certificazione di qualità" riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale. Un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe, peraltro, in contraddizione con la finalità dell'istituto di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti.

7.3

7.4 – La ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado anche in relazione all'asserita violazione da parte della del divieto dell'avvalimento plurimo.

Si assume che il disciplinare di gara avrebbe limitato l'avvalimento ad una sola impresa, mentre la si sarebbe avvalsa di più imprese ausiliarie.

L'assunto è privo di pregio non ricorrendo, nel caso, la fattispecie dell'avvalimento plurimo.

Il limite di un solo avvalimento è riferito dalla lex di gara alla categoria prevalente di lavori da eseguire, nel senso che i concorrenti non avrebbero potuto avvalersi di più imprese per raggiungere il requisito della categoria di lavori richiesta.

Tanto è, peraltro, in linea con la previsione dell'art. 49, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, come modificato con il d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152, che ha eliminato il limite previgente, consentendo l'avvalimento di più imprese in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni e, solo se ammesso dalla lex concorsualis, con il divieto comunque di cumulo di attestazioni di qualificazione (SOA) relativa alla stessa categoria.

Ciò posto, ha rispettato tale limitazione prevista dal bando, avvalendosi di una sola impresa per la categoria prevalente.

7.5 - Con il quarto motivo, si assume l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto i contratti di avvalimento sarebbero stati stipulati soltanto in favore della, mandante della costituenda a.t.i. e non delle altre associate.

La censura non merita accoglimento.

Come rilevato in sentenza, **la concreta operatività del meccanismo di avvalimento implica assunzione di responsabilità dell'impresa ausiliaria e non la creazione di una struttura associativa, sicché se il concorrente è un raggruppamento, è la mandataria che stipula il relativo contratto di avvalimento, nella qualità di rappresentante dell'a.t.i.**

C. Determinazioni

Estratto della

DETERMINAZIONE n. 2 del primo agosto 20120 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) (1)

(1) pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 185 del 09/08/2012 e consultabile sul sito dell'Autorità al seguente link:
http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/PDF/Det.n.2_01_08.2012.pdf

L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA

Premessa

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

Premessa

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

L'avvalimento è disciplinato dagli articoli 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora innanzi "Codice") e, in relazione al dato normativo, si può distinguere tra: avvalimento nella singola gara,

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

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

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

1. L'avvalimento nel diritto comunitario

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

.....

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

La Corte, quindi, sottolinea il nesso intercorrente tra requisiti di partecipazione alla gara ed effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto, salvo rinviarne al giudice nazionale la concreta verifica; dunque, il giudice comunitario è consapevole del fatto che i requisiti di partecipazione costituiscono un imprescindibile elemento di garanzia dell'amministrazione in vista dell'esatto adempimento della prestazione richiesta.

Il principio elaborato dalla Corte di Giustizia è stato recepito e formalizzato dal legislatore comunitario negli articoli 47 e 48 della direttiva n. 2004/18/CE, che riconoscono all'operatore economico il diritto di fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e tecnico-

organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, a condizione che dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari per eseguire il contratto.

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

....

2. L'avvalimento nel Codice

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

....

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

.....

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

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

per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando, che può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA;

il divieto, a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria, di partecipare in proprio alla stessa gara dell'impresa ausiliata;

il divieto, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara, salvo il caso che, per requisiti tecnici connessi con il

possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, il bando preveda che si possa prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, all'aggiudicatario, alle medesime condizioni.

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

....

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

....

3. I requisiti oggetto di avvalimento

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

I secondi (requisiti "speciali") fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione. A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono formare oggetto di avvalimento.

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

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

interpretazioni contrastanti circa la possibilità di ricorrere, per tali requisiti, all'avvalimento, come meglio illustrato nei paragrafi successivi.

3.1 La certificazione di qualità

La certificazione di qualità esprime ed assicura la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne deriva che **proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni** se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità.

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

In terzo luogo, occorre considerare che il legislatore ha stabilito una disciplina differenziata per gli appalti di servizi e forniture, da un lato, e per gli appalti di lavori, dall'altro. Nell'ambito dell'avvalimento, come si illustrerà meglio nel proseguito, l'art. 49, comma 6, del Codice, in estrema sintesi, prevede che i requisiti che concorrono al rilascio dell'attestazione SOA non possono essere oggetto di utilizzo frazionato. Ciò può considerarsi un riflesso della scelta operata dal legislatore di

costruire un meccanismo di qualificazione alle gare, basato sull'attestazione preliminare ed astratta dell'idoneità dell'impresa (distinta per categorie e classifiche), che mal si concilia con l'idea della suddivisione dei requisiti tipica dell'avvalimento. L'attestazione SOA è considerata sempre un inscindibile elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti, che può essere oggetto di avvalimento nella sua totalità. Inoltre, la attestazione SOA è, secondo quanto previsto da Codice e Regolamento, condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare. Poiché la certificazione di qualità rientra nel complesso dei requisiti necessari per il rilascio dell'attestazione SOA5, se ne deduce che consentire l'avvalimento della sola certificazione di qualità, disgiunta dall'avvalimento della SOA, finirebbe per tradursi nella legittimazione di un frazionamento dei requisiti, in aperto contrasto con la ratio che permea l'art. 49, comma 6, del Codice. Né può, in senso contrario, osservarsi che, così argomentando, si creerebbe una disparità di trattamento tra il settore dei lavori e quello dei servizi e delle forniture (ove è invece permesso il frazionamento dei requisiti non esistendo un sistema di qualificazione centralizzato), in quanto, come rilevato, è proprio il legislatore ad avere introdotto regole diverse.

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

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

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

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

Per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc. 7 Da tutto quanto sopra, si deve concludere che l'avvalimento non possa riguardare, ad esempio, il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali, .

Sarà compito della stazione appaltante verificare la sussistenza degli elementi indicati nel singolo caso; a titolo esemplificativo, si ritiene non suscettibili di avvalimento:

la licenza prefettizia ex art.28 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in materia di produzione, detenzione e vendita di contrassegni distintivi delle Forze di Polizia, necessaria – ad esempio – per gli appalti di fornitura aventi ad oggetto uniformi o veicoli per i vari corpi di Polizia;

il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. legge 3 agosto 2007 n. 124 e DPCM 22 luglio 2011).

4. L'avvalimento nei lavori pubblici

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

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

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

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

L'avvalimento incontra, quindi, dei limiti oggettivi, nel senso che, pur consentendo all'impresa principale di ricorrere per i requisiti mancanti ad un'impresa ausiliaria, non permette che

quest'ultima sia a sua volta carente, neppure parzialmente, dei suddetti requisiti. Altrimenti, la stazione appaltante non disporrebbe di alcun soggetto integralmente qualificato per eseguire la prestazione.

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

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

....

5. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture

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

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

6. Avvalimento e subappalto

Il d.lgs. n. 6/2007, c.d. primo decreto correttivo al Codice, ha rimosso il divieto di subappalto all'impresa ausiliaria, novellando il comma 10 dell'art. 49, chiarendo, così, che il subappalto può costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento. Nell'attuale formulazione, infatti, la norma prevede che "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo

di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati". **Per quanto riguarda l'interpretazione dell'inciso "nei limiti dei requisiti prestati", si ritiene che esso faccia riferimento al principio generale per il quale l'impresa non può eseguire, in subappalto, quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti** e, in caso il subappaltatore sia anche impresa ausiliaria, portati in dote al concorrente attraverso l'avvalimento. In sostanza, la disposizione conferma solo il limite generale, previsto dall'ordinamento, della corrispondenza tra requisiti posseduti e prestazioni eseguibili sulla base dei predetti requisiti e va rapportata alla disciplina generale del subappalto. **La disposizione è infatti estremamente essenziale e non si preoccupa del coordinamento con la disciplina dell'art. 118 del Codice in materia di subappalto: tale ultima disposizione, partendo dall'assunto secondo cui il soggetto affidatario di un contratto pubblico non può cederlo, ma deve eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture in esso comprese, permette il ricorso all'istituto del subappalto per un ammontare non superiore al 30 per cento del valore del contratto o della categoria prevalente per i lavori pubblici.** Altre disposizioni prevedono poi limiti al subappalto per i lavori pubblici nel caso il concorrente non sia in possesso di adeguata qualificazione (art. 37, comma 11 del Codice). **Il medesimo articolo 118 del Codice prevede inoltre numerosi vincoli e condizioni che limitano l'utilizzo dell'istituto.** L'eterogenea struttura degli istituti evidenzia il diverso ruolo dell'impresa ausiliaria, nei confronti della stazione appaltante, rispetto a quello normalmente assunto dall'impresa subappaltatrice che, come noto, è titolare di un rapporto derivato dal contratto principale. Come sopra rammentato, **nell'avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante,** essendo, inoltre, prevista una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante stessa, i cui limiti, sono, peraltro, discussi, **dove, invece, nel subappalto il soggetto responsabile verso l'amministrazione è la sola impresa appaltatrice,** in quanto parte del contratto.

Anche se la previsione della responsabilità solidale e delle altre garanzie sopra individuate avrebbe potuto condurre il legislatore ad un diverso assetto della materia, l'utilizzo del subappalto, anche nel perimetro tracciato dall'avvalimento, deve essere coordinato con le prescrizioni contenute nell'art. 118 del Codice e nelle norme regolamentari (art. 170 del Regolamento) che dettano la disciplina pubblicistica del subappalto, non espressamente derogate dalla disciplina sull'avvalimento. Tale istituto si muove su un piano diverso sotto il profilo strutturale in quanto mezzo per qualificare un concorrente in relazione ad una specifica gara, altrimenti privo di requisiti; concorrente che, se consegue l'aggiudicazione, esegue il contratto ("il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa aggiudicataria")¹⁰. **Il subappalto, quindi, non potrà superare i limiti previsti dal Codice e dal Regolamento e sarà sottoposto alle condizioni ivi previste in fase di esecuzione del contratto**¹¹. Ne consegue che, a normativa vigente, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita.

Deve ritenersi, inoltre, escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto. L'avvalimento, infatti, è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara. Il subappalto, invece, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti ad un altro soggetto che realizzerà parte della prestazione.

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

7. I raggruppamenti temporanei di imprese

.....

8. La prova della disponibilità dei requisiti

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

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

Ponendosi nell'ottica della stazione appaltante, gli atti fondamentali da analizzare, al fine di verificare l'effettiva idoneità tecnica del concorrente, sono: il contratto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente; la dichiarazione della prima nei confronti della seconda e della stazione appaltante con cui essa si obbliga a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui il concorrente è carente; la dichiarazione effettuata dall'impresa ausiliaria del possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, come richiesto dalla novella apportata al testo dell'articolo 49 del Codice.

Si ritiene, in particolare, che **il contratto di avvalimento non sia surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato e che i documenti previsti dall'art. 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione**¹⁸ (cfr. quanto specificato nel paragrafo 2).

Si ritiene, altresì, **non conforme al dettato normativo consentire la partecipazione di un concorrente che, pur utilizzando l'avvalimento al fine della qualificazione nella specifica gara, non produca il relativo contratto la cui stipula è anzi rinviata ad un momento successivo rispetto alla presentazione dell'offerta.** Al contrario, **deve ritenersi ammissibile il contratto che, pur presentando tutti gli elementi richiesti dal legislatore, sia sottoposto alla condizione che il**

concorrente risulti aggiudicatario della gara in questione. Nel merito, si ricorda che l'impresa ausiliata, non possedendo i requisiti richiesti dal bando, si serve dei requisiti di un'altra impresa per partecipare alla gara; si è di fronte ad un'eccezione, introdotta per finalità pro concorrenziali, alla regola generale per cui ciascun concorrente deve essere qualificato in proprio. L'articolo 49 del Codice detta una disciplina specifica prevedendo espressamente, al comma 2, lett. f), la necessità che venga allegato, anche in originale o in copia autentica, il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti e le risorse di cui la seconda sia carente. Si tratta, quindi, di un documento ulteriore rispetto alla dichiarazione resa dall'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante circa l'obbligo di mettere a disposizione le risorse necessarie, a cui fa riferimento la lett. d), comma 2, dell'art. 49. Da ciò si ricava che il legislatore ha inteso fornire alla stazione appaltante uno strumento in più (la verifica del contratto) per poter valutare la serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria infatti la richiesta del possesso di determinati requisiti non è fine a se stessa, ma risponde all'esigenza di assicurare all'amministrazione un operatore economico capace di eseguire il contratto secondo gli standard stabiliti. Il suddetto strumento non può venir meno in seguito ad una decisione del concorrente a cui non è rimessa la scelta di allegare o meno, alla domanda di partecipazione, anche il contratto di avvalimento. Pertanto, non solo è necessario produrre il contratto di avvalimento, ma lo stesso deve dettagliare la messa a disposizione delle risorse, non essendo sufficiente una dichiarazione generica¹⁹.

8.1 Il contenuto minimo del contratto di avvalimento

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

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

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

Dalle argomentazioni esposte si ricava che il contratto di avvalimento non può sostanzarsi nell'impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente". A ben vedere, quello riportato potrebbe essere il contenuto della dichiarazione prevista dal Codice all'art. 49, comma 2, lett. d), ma poiché viene richiesto un elemento ulteriore, all'art. 49, comma 2, lett. f), il contratto di avvalimento, non vi è dubbio che lo stesso deve offrire un quid pluris, pena il concretizzarsi in un'inutile ripetizione di quanto già fornito alla stazione appaltante. Del resto, al fine di evitare il pericolo che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con le risorse sottostanti, diventa cruciale il passaggio, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della "prova dell'effettiva disponibilità delle

risorse prestate". Verifica che presuppone, in primis, una specificazione dei mezzi prestati, quindi il generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie è, in generale, non sufficiente in quanto, pur soddisfacendo in apparenza la lettera della norma, finisce in realtà per tradirne lo spirito.

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

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

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

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore: Piero Calandra

il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 6 agosto 2012

Il Segretario: Rosetta Greco

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18 Cfr. T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 7 marzo 2012, n. 728, secondo cui deve escludersi che possa mancare la sottoscrizione dell'impegno della società ausiliaria di mettere a disposizione dei propri mezzi a favore della società offerente. Si tratta, infatti, di un impegno che deve essere contratto anche nei confronti della stazione appaltante, divenendo un elemento integrativo dell'offerta (senza il quale la prestazione promessa non è giuridicamente e

praticamente realizzabile; per una fattispecie analoga T.A.R. Lazio sez. III, Roma, 4 giugno 2008, n. 5477). Cfr. anche Parere AVCP n.182 del 20 ottobre 2011, secondo cui è legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante per l'inosservanza di una clausola del disciplinare di gara in base alla quale, in caso di avvalimento, l'impresa ausiliata deve presentare, a pena di esclusione, una "dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria".

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

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