

# Edilizia e Territorio

## **Nuovo Codice/2. Avvalimento: l'ente appaltante può vietarlo per alcuni «compiti essenziali» indicati nel bando**

Spetterà alle Linee guida Anac specificarli, ma intanto decide la Pa. Divieto generale per opere ad alta tecnologia e complessità (servirà un Dm del Mit)

**21 marzo 2016 - Roberto Mangani**

Il Decreto di riforma dedica alla disciplina dell'avvalimento il solo articolo 89, con alcune disposizioni che introducono significativi cambiamenti.

In alcuni casi le modifiche e gli aggiustamenti sono legati alla necessità di adeguamento ai più generali cambiamenti del sistema complessivamente considerato. In questa logica vanno lette, ad esempio, le nuove disposizioni in tema di dimostrazione dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria o di esclusione della stessa dalle gare. Maggiormente significative, anche se circoscritte, sono invece le modifiche relative alle limitazioni di utilizzo dell'istituto, alle modalità di prova della messa a disposizione delle risorse e dei mezzi da parte dell'impresa ausiliaria a favore dell'impresa principale e alle verifiche da svolgere in fase esecutiva in merito all'effettivo impiego di tali risorse e mezzi.

Per alcune delle modifiche introdotte relative ai limiti generali e specifici per l'utilizzo dell'avvalimento, il Decreto riproduce in maniera pressoché identica le corrispondenti disposizioni contenute nella direttiva comunitaria, senza peraltro offrire alcuna chiave di lettura delle stesse. Per quelle inerenti le verifiche da svolgere in fase esecutiva il legislatore delegato ha invece dato puntuale applicazione alle indicazioni riportate nella legge delega.

### **UTILIZZO IN RELAZIONE ALLA QUALIFICAZIONE RINVIATO ALLE LINEE GUIDA ANAC**

In linea generale va evidenziato che, rispetto alla disciplina ad oggi vigente, non sono più presenti le specifiche disposizioni – in realtà molto ridotte – relative alle modalità di utilizzo dell'avvalimento in relazione ai sistemi di qualificazione, attualmente contenute nell'articolo 50 del D.lgs. 163/2006. Si tratta in realtà di una diversità più formale che sostanziale, considerato che è comunque previsto che in sede di definizione del sistema di qualificazione dei lavori l'ANAC, nel dettare le relative linee guida, debba stabilire anche "i casi e le modalità di avvalimento". In sostanza la definizione delle modalità di utilizzo dell'istituto in relazione al sistema di qualificazione dei lavori viene eliminata dalla normativa primaria per essere rinviata all'attività regolatoria dell'ANAC.

La disciplina dell'avvalimento contenuta nel Decreto di riforma si concentra quindi sul ricorso all'istituto in relazione alla singola gara; l'analisi di tale disciplina va condotta anche attraverso un raffronto con le disposizioni ad oggi contenute nell'articolo 49 del D.lgs. 163 al fine di evidenziare da un lato le principali novità e dall'altro gli elementi di continuità.

### **I LIMITI ALL'UTILIZZO DELL'AVVALIMENTO: FACOLTÀ' DELLE STAZIONI APPALTANTI DI ESCLUDERLO**

Una delle novità più rilevanti riguarda la facoltà che viene riconosciuta alle stazioni appaltanti di escludere in determinati casi il ricorso all'avvalimento. Il comma 4 dell'articolo 89 stabilisce infatti che per gli appalti di lavori e servizi, nonché per le operazioni di posa in opera e installazione nell'ambito di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni "compiti essenziali" debbano essere svolti direttamente dall'offerente. Nonostante la norma faccia riferimento allo svolgimento di determinati compiti e quindi alla fase esecutiva dell'appalto, il suo inserimento nella disciplina dell'avvalimento sta a significare che l'offerente deve possedere in proprio la qualificazione relativa ai suddetti compiti, non essendo quindi ammessa la possibilità che si avvalga di un'impresa ausiliaria, ricorrendo ai requisiti della stessa.

La norma riproduce in maniera testuale la previsione contenuta nella Direttiva UE 2014/24 (articolo 63, comma 2). Non viene tuttavia offerta alcuna chiave interpretativa per identificare quali possano essere i "compiti essenziali" per i quali si può precludere il ricorso all'avvalimento e la conseguente esecuzione da parte dell'impresa ausiliaria. Specie per i lavori, caratterizzati da una unitarietà di esecuzione, non appare agevole individuare "compiti essenziali" che possano essere scorporati dall'insieme complessivo delle prestazioni per sancirne l'obbligo di esecuzione diretta da parte dell'appaltatore principale.

Occorrerà verificare se qualche indicazione sul punto verrà offerta dalle linee guida che saranno emanate dall'ANAC. Almeno fino a tale momento, l'onere di individuare tali "compiti essenziali" è destinato a gravare sulle singole stazioni appaltanti, che ne dovranno comunque dare preventiva evidenza nei documenti di gara.

### **LIMITI SPECIFICI ALL'UTILIZZO DELL'AVVALIMENTO: NO PER I LAVORI SUPER-SPECIALISTICI**

Accanto a questa limitazione di carattere generale vi sono poi altri due limiti specifici all'utilizzo dell'avvalimento. Il primo consiste nel divieto di ricorrervi al fine di soddisfare l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del D.lgs. 152/2006 (comma 10). Tale divieto – peraltro già previsto nella disciplina vigente –

comporta quindi che i soggetti che partecipano alle gare per le quali è richiesta tale iscrizione devono necessariamente possederla in proprio.

Il secondo limite è invece contenuto nel comma 11 e rappresenta una novità rispetto alla disciplina vigente. Esso riguarda i lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica inseriti nell'ambito di un appalto più complesso, qualora il loro valore sia superiore al 15 % dell'importo totale dei lavori. Si tratta delle strutture, impianti e opere speciali (comunemente definite opere superspecialistiche) la cui concreta individuazione è rinviata a un decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da emanarsi sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Per queste opere che superano la soglia del 15% sopra indicata non è ammesso il ricorso all'avvalimento. Questa limitazione, a differenza della precedente, non è rimessa alla scelta discrezionale del singolo ente appaltante, trattandosi di un divieto assoluto esplicitamente fissato dalla norma. Si deve ritenere che fino all'emanazione del decreto ministeriale l'indicazione di tali opere possa essere operata in autonomia dall'ente appaltante, che peraltro potrà fare riferimento – almeno come criterio interpretativo - all'individuazione di tali opere oggi contenuta, sia pure ad altri fini, nell'articolo 107, comma 2 del DPR 207/2010.

### **I REQUISITI OGGETTO DI AVVALIMENTO**

Sotto questo profilo viene confermato il principio generale – peraltro di derivazione comunitaria - secondo cui possono essere oggetto di avvalimento tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (comma 1).

Si tratta dei tradizionali requisiti di qualificazione puntualmente elencati all'articolo 83 del Decreto di riforma. Rispetto alla disciplina vigente non è esplicitamente indicata, quale requisito oggetto di possibile avvalimento, l'attestazione SOA. Si tratta però di una diversità più formale che sostanziale, posto che nell'ambito dei requisiti elencati all'articolo 83, cui il comma 1 fa riferimento al fine di delimitare l'ambito di operatività dell'avvalimento, è esplicitamente ricompresa l'attestazione SOA.

Una novità sostanziale, contenuta sempre al comma 1, riguarda invece i due requisiti relativi ai titoli di studio e professionali e alle "esperienze professionali pertinenti". Per essi il ricorso all'avvalimento è ammesso solo a condizione che l'impresa ausiliaria esegua direttamente i lavori o i servizi per i quali tali requisiti sono richiesti. Anche in questo caso la norma riproduce pedissequamente una corrispondente previsione contenuta nella Direttiva comunitaria (articolo 63, comma 1). La trasposizione operata senza alcuna integrazione chiarificatrice lascia peraltro aperto il problema di dare alla stessa un significato concreto e di delinearne l'effettiva ricaduta operativa. Non è infatti agevole interpretare la condizione che subordina la possibilità di ricorrere all'avvalimento dei requisiti indicati al fatto che le relative prestazioni siano eseguite direttamente dall'impresa ausiliaria. Posto che il successivo comma 6 dell'articolo 89 pone un divieto generale – applicabile come tale all'avvalimento di qualunque requisito - per l'impresa ausiliaria di avvalersi a sua volta un altro soggetto (nel senso che la stessa non può utilizzare i requisiti di un terzo soggetto ai fini della qualificazione), si deve ritenere che lo specifico divieto sancito per i due requisiti indicati vada riferito non alla fase della qualificazione ma a quella più propriamente esecutiva. Ciò dovrebbe significare che l'impresa ausiliaria non potrà subaffidare le prestazioni cui si riferiscono i requisiti oggetto di prestito.

Peraltro, mentre questa chiave interpretativa può avere una lettura relativamente agevole per il requisito dei titoli di studio e professionali, più complessa si presenta la situazione in relazione al requisito delle "esperienze professionali pertinenti". Nel primo caso si potrebbe infatti ritenere che se l'impresa principale si qualifica attraverso i titoli di studio e professionali posseduti da soggetti che operano nell'impresa ausiliaria, tali soggetti dovranno svolgere in prima persona le relative prestazioni. Al contrario, è tutto da approfondire l'obbligo di eseguire direttamente le prestazioni collegate alle "esperienze professionali pertinenti", anche in relazione alla difficoltà di inquadrare correttamente i caratteri di tale requisito.

Va infine segnalato che non sembra aver trovato spazio l'indicazione contenuta nella legge delega secondo cui l'avvalimento non doveva considerarsi consentito ai fini della dimostrazione del "possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare". E ciò a testimonianza dell'estrema difficoltà di tradurre questa indicazione in norme puntuali, posto che la stessa sembra negare alla radice la funzione stessa dell'avvalimento, che è proprio quella di utilizzare i requisiti di un altro soggetto ai fini della qualificazione.

### **LA PROVA DELLA DISPONIBILITÀ' DEI MEZZI E RISORSE DELL'IMPRESA AUSILIARIA**

Sul punto la previsione, contenuta nel comma 1, è molto scarna. E' infatti semplicemente stabilito che l'impresa principale che si avvale dell'impresa ausiliaria deve dimostrare alla stazione appaltante l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari che fanno capo a quest'ultima.

Vengono quindi meno le previsioni più dettagliate ad oggi contenute nel comma 1 dell'articolo 49 del D.lgs. 163, in base alle quali da un lato l'impresa ausiliaria deve fornire una dichiarazione con la quale si impegna nei confronti dell'impresa principale e della stazione appaltante a mettere a disposizione le proprie risorse per tutta la durata dell'appalto; dall'altro, l'impresa principale deve fornire copia del contratto attraverso cui avviene tale messa a disposizione (il così detto contratto di avvalimento).

Venendo meno queste previsioni specifiche e considerata la formulazione generica utilizzata nel Decreto si deve ritenere che le modalità attraverso cui l'impresa principale deve dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria debbano essere indicate dalla stazione appaltante nel bando di gara. La soluzione più ragionevole è che debba essere fornita copia del contratto di avvalimento che - anche alla luce degli indirizzi giurisprudenziali che sono maturati sul punto - deve avere un contenuto dettagliato, indicando puntualmente le risorse e i mezzi messi a disposizione dell'impresa ausiliaria. Sulla necessità che il contratto di avvalimento abbia un contenuto dettagliato vi era peraltro un'esplicita indicazione nel criterio di delega, che non è stata recepita nelle disposizioni del Decreto delegato.

## **I REQUISITI DELL'IMPRESA AUSILIARIA**

In base alla previsione del comma 3 la stazione appaltante deve verificare il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dei requisiti generali e speciali. Il mancato possesso di tali requisiti, tuttavia, non comporta l'automatica esclusione del concorrente che ha fatto ricorso all'avvalimento, bensì l'obbligo a carico dello stesso di sostituzione dell'impresa ausiliaria con altra idonea.

Con una previsione di difficile interpretazione - frutto anche in questo caso della trasposizione, con qualche modifica, di una corrispondente disposizione contenuta nella direttiva comunitaria - è infine precisato che la sostituzione dell'impresa ausiliaria può essere richiesta, dandone preventiva evidenza nel bando, anche qualora sussistano motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici. Si tratta di una formulazione difficile da decifrare, anche considerando che il Decreto di riforma non contempla la categoria dei motivi non obbligatori di esclusione, prevedendo solo le ordinarie cause (obbligatorie) di esclusione dalle gare.

### **NOVITÀ: LE VERIFICHE IN FASE ESECUTIVA**

Totalmente innovativa la previsione contenuta nel comma 9, che nasce da un'esplicita indicazione contenuta nella legge delega. Viene precisato che la stazione appaltante effettua delle verifiche in corso di esecuzione al fine di accertare sia che l'impresa ausiliaria possieda i requisiti e le risorse nel periodo di durata dell'appalto, sia che la stessa svolga effettivamente, attraverso le proprie risorse umane e strumentali, le prestazioni di sua competenza, in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

La norma ha l'evidente finalità di dare una effettiva portata operativa all'avvalimento, attraverso l'introduzione di un meccanismo che mira a rafforzare la corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione. In sostanza, si vuole garantire, in una logica di trasparenza e di efficacia in merito al corretto funzionamento dell'istituto, che l'impresa che ha prestato i propri requisiti ai fini della qualificazione del concorrente esegua poi effettivamente le relative prestazioni.

### **LE NORME IMMUTATE (CON QUALCHE AGGIUSTAMENTO)**

L'articolo 89 del Decreto di riforma lascia sostanzialmente inalterati una serie di profili rispetto alla disciplina attualmente dettata dall'articolo 49 del D.lgs. 163.

Restano immutati i caratteri del rapporto tra impresa principale, impresa ausiliaria e stazione appaltante. Infatti, il comma 8 ribadisce che il contratto di appalto è eseguito dall'impresa principale, cui viene rilasciato il certificato di esecuzione, mentre l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Nel contempo, il comma 5 conferma la responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (il riferimento si deve intendere al contratto di avvalimento).

Sotto altro profilo il comma 6 ammette, conformemente alla previsione attualmente contenuta nell'articolo 49 (comma 6) del D.lgs. 163, il così detto avvalimento plurimo, cioè la possibilità di avvalersi di più imprese ausiliarie. Rispetto alla disciplina vigente è stata peraltro opportunamente eliminata la precisazione, di difficile interpretazione e fonte di molti dubbi e problemi applicativi, secondo cui è da ritenersi vietato l'utilizzo frazionato dei singoli requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA nella specifica categoria di riferimento.

Sempre al comma 6 viene ribadito il divieto del così detto avvalimento a cascata, cioè l'impossibilità che l'impresa ausiliaria possa a sua volta, ai fini della qualificazione, avvalersi dei requisiti di un altro soggetto.

Infine, un'ulteriore conferma viene operata dal comma 7 in merito al principio secondo cui l'impresa ausiliaria può prestare i propri requisiti a un solo concorrente nell'ambito della specifica gara. L'unica diversità è che tale principio assume un valore assoluto, essendo stata eliminata la previsione attualmente contenuta nel comma 9 dell'articolo 49 del D.lgs. 163 che ammette che una medesima impresa possa assumere il ruolo di ausiliaria nei confronti di una pluralità di concorrenti nell'ipotesi in cui l'appalto richieda il possesso di particolari attrezzature tecniche possedute da un numero ristretto di operatori presenti sul mercato.

Lo stesso comma 7 ribadisce inoltre il divieto per l'impresa ausiliaria che presta i propri requisiti a un concorrente di partecipare in via autonoma alla medesima gara.