

L'avvalimento, un istituto pro-concorrenziale

Autore: Giorgia Cocozza

In: Diritto amministrativo

Il principio della concorrenza è un elemento fondante della disciplina dei contratti pubblici. Da decenni ha superato la “matrice contabilistica”, la quale privilegiava l’obiettivo di garantire una gestione del denaro pubblico nell’interesse esclusivo dell’amministrazione.

Infatti, la disciplina dei contratti pubblici era contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato (r.d. n. 2240 del 1923 e regolamento approvato con r.d. n. 824 del 1924), che prevedeva procedure ad evidenza pubblica sia per i contratti attivi che passivi dello Stato.

Si legga sul punto anche:

- **L’istituto dell’avvalimento rileva nella valutazione dell’offerta**
- **L’avvalimento ed il raggruppamento temporaneo di imprese a tutela della maggior partecipazione**

Invece, a partire dalle direttive 17 e 18 del 2004, uno degli obiettivi centrali diventa quello di garantire un confronto tra le imprese dell’Unione Europea per aggiudicazioni efficienti che tutelino sia gli interessi contabili della p.a. che quelli delle imprese. L’idea di base della politica europea in tema di appalti pubblici è stata, quindi, quella di incrementare la concorrenza tra gli operatori economici.

Le principali fonti normative europee sono rappresentate dalle direttive 23-24-25 del 2014.

L’ordinamento nazionale italiano le ha recepite con il **d. lgs. n. 50/2016**.

L’obiettivo che si è posto il Codice dei contratti pubblici è quello di rendere più efficiente l’uso dei fondi pubblici, garantire la dimensione europea del mercato, incentivando la concorrenza e tutelando le piccole medie imprese. Tra le finalità vi sono l’utilizzo strategico degli appalti pubblici come strumento di politica economico-sociale ed il contrasto della corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti. Tutto ciò anche al fine di contenere e ridurre la spesa pubblica.

In tale contesto **la concorrenza emerge come uno strumento per permettere alle stazioni appaltanti la selezione, in modo imparziale, della migliore offerta.**

I soggetti che hanno intenzione di stipulare un contratto con la p.a. devono essere in possesso dei requisiti previsti dagli artt. 80 e 83 del Codice dei contratti pubblici.

I primi sono requisiti di carattere morale, i secondi sono definiti requisiti di carattere speciale. Nel caso in cui un'impresa voglia partecipare ad una gara, ma è carente di alcuni dei requisiti di cui all'art. 83, è possibile ricorrere a "modelli organizzativi", garantendo in questo modo anche il principio del favor participationis. Questi, appunto, possono essere considerati veri e propri **istituti pro-concorrenziali, tra cui troviamo: i consorzi, le reti di impresa; i raggruppamenti temporanei di impresa; il subappalto; l'avvalimento.**

Il consorzio è un'aggregazione di non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di almeno 5 anni.

La rete d'impresa è un istituto che si concretizza nel momento in cui più imprese si uniscono per partecipare ad alcune categorie di appalti.

Il raggruppamento temporaneo di impresa, disciplinato dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, si ha nel caso in cui più imprese si presentano per una specifica gara diventando, però, un unico soggetto. Infatti, questi dividono tra loro sia il lavoro che il risultato, in termini economici e di qualificazione.

Il subappalto, disciplinato dall'art. 105 del Codice, è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Nella prospettiva del legislatore, questo istituto costituisce una deroga al principio di divieto di cessione dei contratti pubblici.

L'avvalimento, in ultimo, disciplinato dall'art. 89 del Codice, è un istituto volto a consentire ad un operatore economico (impresa ausiliata), privo dei requisiti previsti nel bando, di poter partecipare alla procedura di gara comprovando il possesso di tali requisiti mediante il ricorso ad un'impresa ausiliaria.

I requisiti possono essere solo quelli di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, co.1, lettere b) e c) e non quelli di cui all'art. 80 del Codice.

L'avvalimento può essere interno o esterno a seconda che il soggetto si avvalga o meno dell'aiuto di un'impresa del raggruppamento temporaneo di imprese.

Se l'avvalimento riguarda titoli di studio e professionali, è possibile avvalersi delle capacità di un altro soggetto solo se questi esegue in prima persona le prestazioni per cui quelle capacità sono richieste.

L'operatore economico ausiliato ha l'onere di allegare l'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria ed una dichiarazione sottoscritta dall'impresa dove si attesta il possesso dei requisiti richiesti.

Se le dichiarazioni presentate dall'ausiliaria si dimostrano mendaci, la stazione appaltante può escludere il concorrente ed escutere la garanzia. Ciò con il fine di responsabilizzare maggiormente il concorrente nella fase di scelta dell'impresa ausiliaria.

La stazione appaltante può imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un criterio di selezione o per i quali esistano motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara, invece, è possibile indicare i casi di sostituzione di un soggetto per il quale sussistano motivi non obbligatori di esclusione, ma ciò deve riguardare i requisiti tecnici.

È importante sottolineare che l'impresa ausiliaria si impegna sia verso il concorrente che verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie.

Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono, in ogni caso, responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. Quest'ultima può richiedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente per avere un'effettiva affidabilità e un controllo diretto su colui che svolge una determinata prestazione.

Non è, inoltre, consentito l'avvalimento a cascata, quindi non è ammesso che l'ausiliario si avvalga di un altro soggetto, bensì è possibile un avvalimento frazionato, ovvero di più imprese ausiliarie.

Differenza tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Ricorre l'avvalimento di garanzia nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata una propria solidità economica e finanziaria con lo scopo di assicurare la stazione appaltante sulla corretta esecuzione del contratto di appalto. Tale avvalimento ha ad oggetto, quindi, i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico (si veda Consiglio di Stato, sez. V, n. 1120/2020, che ha esplicitamente incluso il fatturato minimo specifico quale requisito di carattere economico finanziario).

Parliamo, invece, di avvalimento tecnico o operativo, nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale avvalimento ha ad oggetto i requisiti, tra i quali la dotazione di personale.

La giurisprudenza ha chiarito che tale distinzione rileva nel senso che, nel primo caso, non è necessario che la dichiarazione negoziale, costitutiva dell'impegno, faccia riferimento a specifici beni patrimoniali o a indici idonei a esprimere una determinata consistenza patrimoniale, è invece sufficiente che nel tenore letterale del contratto emerga l'impegno a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria.

Nel caso dell'avvalimento tecnico, invece, la precisa e puntuale indicazione delle risorse tecnico-organizzative messe a disposizione è indispensabile ai fini della validità dell'accordo. (Cons. Stato, Sez. V, n. 1216/2018).

Si richiede, inoltre, nel caso assai frequente dell'avvalimento operativo che abbia ad oggetto il prestito di personale, la disponibilità effettiva delle risorse, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire parzialmente ingannevoli (Cons. Stato, Sez. V, n. 953/2018).

Il Consiglio di Stato, recentissimamente, con sentenza n. 6619/2021, ha ribadito che la differenza tra le due forme di avvalimento rileva per definire il contenuto necessario del contratto tra ausiliaria e ausiliata. In particolare, solo nel caso dell'avvalimento tecnico sussiste sempre l'esigenza della puntuale indicazione e della concreta messa a disposizione dei mezzi e delle risorse indicate.

Il mancato rispetto di tale requisito genera, di conseguenza, l'invalidità dell'accordo negoziale.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/lavvalimento-un-istituto-pro-concorrenziale/>