

## Avvalimento in un appalto integrato il progettista già avvalso non può usufruirne a sua volta

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Pur essendo pacifico in giurisprudenza il carattere generalizzato dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e la effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, tale istituto deve essere pur sempre temperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti. La questione sostanziale pertanto si risolve nello stabilire se il progettista indicato, nella accezione e terminologia usata dall'art. 53 co.3 del codice dei contratti, ("..avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell'offerta.."), possa o meno fare ricorso ad un progettista terzo, utilizzando a sua volta l'istituto dell'avvalimento. Come esattamente rilevato dall'appellante, sia il Consiglio di Stato che l'Autorità di Vigilanza, hanno respinto tale possibilità fornendo all'uopo due fondamentali criteri esegetici: a) il criterio letterale posto dall'art. 49, per il quale solo "il concorrente" singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all'avvalimento trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in sede di gara per cui va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando; b) il fatto che se il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a meno o ragione non è legato il suo ausiliario che è soggetto terzo che non può offrire alcuna garanzia alla amministrazione. Solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante tanto che l'ausiliario, a mente dell'art. 49 co.2 lett. d) 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; inoltre l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49 co.4). La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto la impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento mentre tale vincolo contrattuale diretto con il concorrente e con la stazione appaltante non sussiste nel caso in cui sia lo stesso ausiliario che ricorre ai requisiti posseduti da terzi (Cons. Stato, III, 1.10.2012 n.5161 cit.). D'altro canto la estensione della categoria di "concorrente" sino a comprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la

progettazione, comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di “ausiliari dell’ausiliario” non consente un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti. Nel caso in esame tali principi erano rinvenibili nel bando di gara al punto III.2.2.lett.d) ai sensi del quale è ammesso l’avvalimento alle condizioni dell’art. 49 del codice dei contratti, nel capo 4 parte prima. A.2. relativo a presentazione dell’offerta, ai sensi del quale il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di lavoro, nel capo 2 lett. l) secondo cui “limitatamente ai concorrenti che ricorrono all’avvalimento, ai sensi dell’art. 49 del d.lgs. 163 del 2006 il concorrente può avvalersi per determinati requisiti di ordine speciale relativi alla capacità tecnica dei requisiti posseduti da altro operatore economico (denominato impresa ausiliaria) alle condizioni di cui al successivo capo 4 lett. a)”. Pertanto, coerentemente alla disciplina generale di riferimento, anche la lex specialis prevedeva che l’avvalimento fosse una facoltà di esclusiva pertinenza del “concorrente” e dunque dell’ati CONTROINTERESSATA/Controinteressata 2 e non anche del rtp RT Alfa che in qualità di progettista indicato, non poteva a sua volta far ricorso all’istituto dell’avvalimento. (decisione numero 1072 del 7 marzo 2014 pronunciata dal Consiglio di Stato).

<https://www.diritto.it/avvalimento-in-un-appalto-integrato-il-progettista-gia-avvalso-non-puo-usufruirne-a-sua-volta/>