

Avvalimento: le novità del nuovo codice degli appalti

Autore: Avvocato Anna Apicella

In: Appalti pubblici

L'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria,[1] è strettamente funzionale al principio di libera concorrenza, o meglio finalizzato a promuovere la competizione fra le imprese operanti nel mercato internazionale[2], giacché per mezzo di esso si allarga esponenzialmente la maglia dei potenziali concorrenti ad una procedura di gara pubblica.

In particolare, il ricorso all'avvalimento consente all'operatore economico, che difetti dei requisiti di partecipazione a tal fine richiesti nell'ambito di una gara pubblica, di avvalersi per relationem delle capacità possedute da altre imprese a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di questi soggetti economici necessari all'esecuzione dell'appalto[3].

Trattasi di un diritto non comprimibile, se non ex lege, in virtù della riconosciuta portata precettiva imperativa[4] della disposizione codicistica, tale che un eventuale divieto imposto dalla Pubblica Amministrazione con lex specialis (rectius bando di gara) deve considerarsi come non opposto.

Il valore di principio generale, riconosciuto non solo dall'Autorità Giudiziaria Amministrativa ma anche dall'Avcp[5] comporta che il diritto di avvalimento si cali nel rapporto contrattuale con la PA in forza di un meccanismo di eterointegrazione, a prescindere dalle prescrizioni di cui al bando, consentendo così al concorrente di potervi ricorrere in ogni caso ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione richiesti.

Nel bilanciamento degli interessi in gioco, a questa libertà organizzativa concessa all'operatore economico, fa da contrappeso il potere di verifica da parte della Stazione Appaltante circa l'effettività delle risorse di cui si avvale il soggetto ausiliato, esaminando l'avvalimento in concreto apprestato; tale verifica si perfeziona attraverso la produzione, da parte del soggetto interessato, di una serie di documenti dettagliatamente specificati in seno all'art.49 del dlgs n.163/2006, oggi abrogato e riformulato con la disciplina di cui all'art.89 del dlgs.n.50 del 18.04.2016.

Con l'introduzione del nuovo codice si apportano rilevanti novità nell'ambito che qui ci interessa, ovvero in tema di avvalimento:

Avvalimento infragruppo:

con la nuova disciplina si formalizza un principio ormai stabilmente affermato in giurisprudenza, secondo cui l'operatore economico, al fine di garantirsi la partecipazione ad una gara pubblica, può fare affidamento alle capacità di altri soggetti, anche di imprese partecipanti ad un raggruppamento temporaneo, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

Limiti all'avvalimento:

a) La nuova disposizione conferma l'assenza di limiti, precedentemente previsti, circa l'avvalimento plurimo e frazionato, i quali incontravano dissensi in giurisprudenza non solo in ambito nazionale ma anche comunitario. Questo principio, consentendo al soggetto economico partecipante ad una gara pubblica di avvalersi delle capacità possedute da più imprese ausiliarie ai fini dell'avvalimento, facilita di gran lunga l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, obiettivo prefissato dalla direttiva 2004/18 dell'Unione Europea. Sul piano nazionale si segnala un comunicato dell'Avcp (ora ANAC), del 31.03.2014 il quale, anticipando la novella legislativa, recepisce il dettato della sentenza del 10.10.2013 causa c-94/12 della Corte di Giustizia con cui quest'ultima ha dichiarato l'art.49 del dlgs.n.169/2006

contrastante con il diritto comunitario. Inoltre la disciplina nazionale, nell'ossequio al dettato interpretativo della citata sentenza comunitaria, deve tener conto di ogni prescrizione ivi contenuta, ed in particolare della parte in cui si stabilisce che si deve consentire alle Pubbliche Amministrazioni-stazioni appaltanti, in via del tutto eccezionale e fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità, di porre dei limiti all'avvalimento plurimo nelle ipotesi in cui le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto richiedano la sussistenza di particolari capacità di esecuzione della commessa pubblica in capo ad un unico operatore economico o ad un numero limitato di imprese. Pertanto, seppur ad oggi la normativa nazionale vigente non lo preveda, tale facoltà è da riconoscere in capo alle PA come principio promanante da giurisprudenza comunitaria quale fonte di diritto di tipo complementare, ugualmente degna di recepimento al pari delle altre fonti del diritto dell'Unione Europea, ovvero le fonti primarie-i trattati istitutivi- e le fonti di diritto derivato- atti unilaterali e convenzionali dell'UE;

b) nell'ipotesi in cui l'appalto abbia ad oggetto

“compiti essenziali”, la Stazione Appaltante ha facoltà di prevedere con *lex specialis* che siano svolti direttamente e quindi esclusivamente dall'offerente o, nel caso di offerta presentata da un raggruppamento, da un partecipante a quest'ultimo. Resta da chiarire, ed arginare, il concetto di “essenzialità”

che deve connotare i compiti in questione, pena un'irrefrenabile discrezionalità della Pubblica Amministrazione appaltante;

c) nel caso di avvalimento ai fini della dimostrazione del possesso dei titoli professionali, di cui all'allegato VIII, parte II, lett.F, e del requisito esperienziale, la norma impone di adottare un avvalimento di tipo operativo, nel senso che è data la possibilità all'operatore economico di avvalersi delle capacità di altri soggetti economici purché siano questi ultimi ad eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste ;

d) vige espresso divieto di ricorrere all'avvalimento ove nell'oggetto dell'appalto, o della concessione di lavori, rientrino oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di essi di notevole contenuto tecnologico, o di rilevante complessità tecnica; ai fini della configurabilità dell'ipotesi appena delineata, il valore di queste opere deve superare il 10 % dell'importo totale dei lavori.

Quanto alla categoria delle opere in questione, sarà il Ministero delle Infrastrutture e dei

Trasporti che, sentito il Consiglio Superiore dei lavori pubblici, con decreto da adottare entro

90 giorni dalla data di entrata in vigore del nuovo codice, a stilare un elenco tassativo.

e) Viene introdotto, con l'art.146 co.3, un divieto assoluto di ricorrere all'istituto in esame per i contratti di appalto nel settore dei beni culturali, in virtù della specificità del settore ai sensi dell'art.36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Il citato comma 3 è preceduto da una disposizione che stabilisce che i lavori ricadenti in tali settori debbano esser utilizzati, ai fini della qualificazione, unicamente dall'operatore economico che li ha eseguiti.

f) La norma conferma, inoltre, il precedente dettato nella parte in cui si fa divieto di ricorrere all'avvalimento nel caso in cui l'operatore economico voglia servirsene allo scopo di soddisfare i requisiti di iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali di cui all'art.212 del dlgs del 3 aprile 2006 n.152.

Sostituzione del soggetto ausiliario:

ove, a seguito di verifiche da parte della Pubblica Amministrazione appaltante l'impresa ausiliaria difetti dei requisiti di selezione, o sussistano a carico della stessa motivi di esclusione, obbligatori e non[6], l'impresa ausiliata ha l'obbligo di sostituirla con altro operatore economico a tal fine idoneo[7].

Verifiche in concreto:

la disposizione in commento attribuisce alla Pubblica Amministrazione appaltante, e per suo conto al responsabile del procedimento, un incisivo potere di verifica che la norma definisce sostanziale, e che investe non solo il controllo del possesso dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese ausiliate e ausiliarie, ma anche l'effettività dell'allocazione delle risorse della seconda a favore della prima, ai fini della corretta esecuzione della commessa pubblica. A tal fine il responsabile del procedimento è autorizzato ad accertare in corso d'opera, e quindi in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto, che a svolgere le prestazioni siano proprio le risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria (art.89 co.9).

La nuova disciplina si pone, ad avviso di chi scrive, nella direzione di arginare il più possibile i dubbi applicativi di cui finora sono state investite la giurisprudenza amministrativa e la dottrina.

A cura dell'avv. Anna Apicella

[1] L'istituto dell'avvalimento trae origine dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea, in particolare con la sentenza del 14.04.1994, causa n.C-389/92, nella cui circostanza si è concluso per l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento da parte di una società capogruppo nei confronti dei requisiti posseduti dalle consociate, e con la sentenza del 02.12.1999 causa n.C-176/98 la quale, interpretando la direttiva n.92/50/CEE, e differenziandosi dalla prima pronuncia menzionata, teorizza un principio di portata generale, riconoscendo il diritto all'avvalimento agli operatori economici interessati a prescindere dalla natura giuridica del rapporto tra questi e i soggetti economici ausiliari. Tale principio è stato formalizzato negli artt.47 e 48 della direttiva n.2004/18/CE, e in ambito nazionale è stato recepito con gli artt. 49 e 50 del Dlgs n. 163 del 12.04.2006.

[2] Cfr. Avcp, "L'avvalimento nelle procedure di gara", documento di consultazione, determinazione n.2 del 2012

[3] Cfr. Tar Campania Napoli, Sez. VIII, sentenza del 30 Ottobre 2007 n. 10271.

[4] Cfr. Ibidem.

[5] Cfr. determinazione n.2 del 2012.

[6] Cfr. art.89 co.3 Dlgs n.50/2016:

i motivi di esclusione non obbligatori vengono previsti con lex specialis dalla Stazione Appaltante e attengono ai requisiti di natura tecnica.

[7] Ibidem.

<https://www.diritto.it/avvalimento-le-novita-del-nuovo-codice-degli-appalti/>