

L'avvalimento dopo il nuovo codice degli appalti

Autore: Panzone Francesco

In: Appalti pubblici

L'articolo 89, quarto comma, del D. Lgs. 50/2016, stabilisce che «nel caso di appalti lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

La disposizione citata può considerarsi un concreto esempio della scrittura affrettata e approssimativa che troppo spesso, purtroppo, si riscontra nel D. Lgs. 50/2016. La lettura della norma, infatti, non suggerisce alcun legame con l'istituto dell'avvalimento:

sembrerebbe piuttosto effettuata una previsione in tema di subappalto.

L'istituto disciplinato ex articolo 105 viene infatti definito al secondo comma, primo periodo, come «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto».

Ciò premesso, quanto sancito dal sopracitato articolo 89 sembrerebbe costituire un'eccezione alla regola generale del subappalto, considerando che le stazioni appaltanti possono prevedere nella documentazione di gara che l'esecuzione di taluni compiti essenziali siano svolti direttamente in capo all'offerente.

A questo punto, però, sorge spontaneo un interrogativo: quale relazione vanta il quarto comma dell'articolo 89 con l'istituto dell'avvalimento?

Difficile dirlo.

Una prima spiegazione, per quanto ciò possa apparire assurdo, è che una disposizione relativa all'istituto di cui all'articolo 105 sia stata erroneamente inserita nella disciplina dell'avvalimento: è innegabile, infatti, che la norma presa in esame disponga in merito ad un istituto per nulla concernente con quanto disposto ex articolo 89.

In tal caso, l'istituto del subappalto vedrebbe introdotta una modifica sostanziale: mentre nell'ormai abrogato articolo 118 del D. Lgs. 163/2006 non veniva previsto alcun vincolo rispetto alle attività subappaltabili, ferma restando la percentuale massima del trenta per cento, il nuovo D. Lgs. 50/2016 potrebbe aver contemplato la possibilità, pur sempre nel rispetto dei limiti massimi del subappalto, di escludere l'applicazione dell'istituto per taluni compiti ritenuti essenziali da parte della Stazione Appaltante, e che perciò dovranno essere svolti direttamente dall'offerente o da un partecipante al raggruppamento nel caso di raggruppamento di operatori economici.

Una seconda spiegazione, invece, poggia le sue fondamenta sulla considerazione di una scrittura quantomeno dubbia del quarto comma dell'articolo 89, anche se l'intento poteva essere quello di rivoluzionare completamente l'avvalimento.

Allineando lo scritto con la natura dell'istituto, si potrebbe ipotizzare che il legislatore intendesse prevedere la possibilità, per le stazioni appaltanti, di stabilire nei documenti di gara che taluni requisiti essenziali siano posseduti direttamente dall'offerente. In questo caso verrebbe introdotta un'eccezione di primaria importanza alla regola generale dell'istituto: sarebbe infatti attribuita alle stazioni appaltanti la facoltà di escludere l'avvalimento per i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c) del D. Lgs. 50/2016.

La ratio fondante l'interpretazione di cui sopra sarebbe quella di tutelare le stazioni appaltanti, che

facendo ricorso a una facoltà come quella sopra indicata vedrebbero scongiurato il rischio di vedere gestito l'appalto da un operatore economico che, in facto, non possiede determinati requisiti di partecipazione, per i quali ha dovuto far ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Sotto il profilo della logica giuridica, pensare all'avvalimento in questa nuova ottica comporterebbe il superamento di situazioni assurde che sono emerse, in passato, dall'esperienza giuridica.

Basti pensare, ad esempio, ad operatori economici che prendono parte a procedure di gara avvalendosi delle referenze bancarie di un altro soggetto, oppure ad altri che risultano aggiudicatari di gare d'appalto senza possedere nemmeno un singolo requisito di capacità tecnica od economica: in quest'ultima ipotesi, in particolare, si crea una situazione grottesca per la quale la Stazione Appaltante si vede gestito un appalto di lavori, servizi o forniture da parte di una ditta che in quel determinato campo non possiede la necessaria esperienza tecnica o solidità economica.

Forse, pur esprimendosi in termini quanto meno poco chiari, il legislatore ha fornito uno strumento per superare quelle situazioni, sopra riportate, che da sempre hanno destato perplessità negli operatori giuridici e difficili giustificazioni dal punto di vista della ratio giuridica.

<https://www.diritto.it/l-avvalimento-dopo-il-nuovo-codice-degli-appalti/>