

CONSIP S.p.A.

L'avvalimento nelle procedure di gara

Consultazione on line del 16 gennaio 2012

Direzione Legale, Direttore Avv. Martina Beneventi

Si ringrazia codesta rispettabile Autorità per l'iniziativa in oggetto, finalizzata ad approfondire le modalità applicative dell'istituto dell'avvalimento oggetto di attenzione da parte di giurisprudenza e dottrina per le problematiche ad esso connesse.

Apprezzando quanto eloquentemente argomentato da codesta Autorità nel proprio documento, Consip S.p.A. intende fornire il proprio contributo sulla tematica in oggetto esponendo le proprie considerazioni in ordine ad alcune delle problematiche evidenziate nel documento di consultazione alla luce dell'esperienza maturata nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi e forniture.

Per facilitare l'esposizione, le osservazioni della scrivente saranno precedute dai relativi quesiti posti da codesta Autorità nel documento di consultazione.

3.1. Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) Possibilità, in linea generale, di escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'articolo 38 ed in che limite.
- b) Indicare a titolo esemplificativo quali requisiti possano ritenersi esclusi (certificazione di qualità, iscrizione in albi professionali, ecc...);
- c) per i requisiti da ritenersi oggetto di avvalimento specificare quali possono essere i mezzi di prova per la messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento

3.2. Si Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) possono essere oggetto di avvalimento i requisiti immateriali?
- b) In caso di risposta affermativa specificare la posizione sui requisiti di capacità economico-finanziaria e su quelli attinenti all'esperienza pregressa nel settore di riferimento;
- c) in particolare, l'avvalimento dei requisiti economico-finanziari deve sostanziarsi in un contratto di garanzia?

3.1.a e b) L'avvalimento dei requisiti generali assume rilievo sotto due differenti aspetti: quello giuridico legato all'incertezza dell'attuale testo normativo, quello più applicativo relativo alla condotta che le stazioni appaltanti devono assumere per garantire, nello svolgimento della propria attività, il perseguimento degli interessi che governano l'evidenza pubblica. Da ciò discende nell'applicazione dell'art. 49, un comportamento disomogeneo delle stazioni appaltanti che, ad avviso di Consip, sarebbe utile risolvere alla luce di un approccio alla questione in termini prevalentemente pratici. In tale prospettiva il principio della massima concorrenza, ratio dell'istituto dell'avvalimento, non dovrebbe essere considerato aprioristicamente prevalente

rispetto agli altri principi propri dell'evidenza pubblica tra i quali anche la scelta di un fornitore che possa soddisfare le esigenze del committente.

Pertanto, un'interpretazione estensiva dell'art 49, co. 1, del Codice (secondo il quale "l'avvalimento è consentito esclusivamente per soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo") atta a ricomprendere tra i requisiti oggetto di avvalimento anche quelli di natura strettamente personale, quali i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del Codice (quale l'iscrizione in albi o nella Camera di Commercio), esporrebbe la stazione appaltante al rischio di contrattare con operatori economici che si configurano come meri centri di coordinamento di risorse altrui, non aventi alcun legame col mercato oggetto dell'appalto. La tesi trova fondamento nella considerazione per cui anche negli standard della Commissione UE i requisiti di cui all'art. 39 si collocano in una parte distinta del Bando di gara, rispetto ai requisiti cd speciali di natura tecnica ed economica. Quanto precede appare in linea con la recente giurisprudenza che sembra escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 49 i requisiti di cui all'art. 39 del Codice (Cons. St., III, 15 novembre 2011, n. 6040). Del resto è stato anche precisato che "l'istituto dell'avvalimento (...) non può consentire surroga in toto nei requisiti attinenti allo status dell'imprenditore che partecipa alla gara, ma opera, sul piano dell'esecuzione dei lavori o del servizio, agli effetti dell'integrazione dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo" (Cons. St., V, 9 ottobre 2007, n. 5271).

Problematica è la questione inerente le certificazioni ISO che da alcune stazioni appaltanti sono qualificate come requisito generale di natura personale e da altre come requisito tecnico-organizzativo. La ratio della certificazione è quella di garantire che la prestazione venga eseguita da operatori economici che lavorino secondo determinati standard internazionali di qualità accertati da organismi all'uopo qualificati; tale ratio dovrebbe essere salvaguardata non riducendo il soddisfacimento del requisito ad un mero scambio di documentazione in cui la qualificazione del concorrente risulta totalmente slegata dall'esecuzione della prestazione. L'ammissibilità incondizionata del ricorso all'avvalimento anche in questi casi relegherebbe in secondo piano l'interesse collettivo a promuovere la certificazione aziendale sul mercato pubblico.

3.1.c) Consip è consapevole del più recente orientamento giurisprudenziale che invece ammette l'applicazione dell'avvalimento anche rispetto ai requisiti soggettivi, dal momento che l'articolo 49 del codice dei contratti pubblici non contiene alcuno specifico divieto in ordine ad essi, i quali pertanto possono essere comprovati mediante tale strumento (Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2344). Aderendo a questa tesi interpretativa, volta a consentire l'avvalimento anche delle certificazioni di qualità, le stazioni appaltanti potrebbero essere tutelate imponendo, nella propria documentazione di gara, l'obbligo di esecuzione della prestazione in capo all'operatore che effettivamente possiede il requisito (in linea col richiamato art. 49, co.10, del Codice), vincolando in tal senso il soggetto di cui ci si avvale all'effettiva esecuzione della prestazione. Anche a non voler arrivare a questa estrema cautela, comunque, i mezzi di prova da utilizzare per la messa a disposizione delle risorse avvalse dovrebbero essere particolarmente stringenti e puntuali; di conseguenza, l'impresa ausiliaria non dovrebbe impegnarsi semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma dovrebbe assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). Non potrebbe pertanto essere sufficiente la mera disponibilità generica e astratta della certificazione ISO posseduta dall'impresa ausiliaria.

3.2.a) Rispetto ai requisiti tecnici ed economici si distingue il cd. 'avvalimento operativo', laddove l'impresa ausiliaria contribuisca all'esecuzione dell'appalto mettendo a disposizione dell'impresa partecipante mezzi e risorse, dall' 'avvalimento di garanzia', allorché l'impresa ausiliaria si limita a prestare requisiti immateriali (pregressa esperienza, know how, fatturato e quant'altro). Ebbene, l'avvalimento cd 'di garanzia' sembra riproporre i medesimi problemi precedentemente evidenziati relativi ai requisiti personali altrui. La messa a disposizione di

requisiti propri dell'operatore economico che realmente li ha maturati (quali ad es. il fatturato specifico) non sembra garantire la stazione appaltante in maniera adeguata circa la qualificazione del concorrente e la sua reale capacità di eseguire la prestazione nella maniera voluta dalla stazione appaltante (che per questo ha fissato dei requisiti di partecipazione). La legge inoltre non fornisce indicazioni su come la messa a disposizione (intesa come trasferimento dell'esperienza o della solidità finanziaria dell'operatore) possa realmente avvenire quando si ha a che fare con requisiti immateriali. Alla luce di ciò, in un'ottica di massima tutela dell'interesse della stazione appaltante, sarebbe auspicabile un intervento normativo volto a limitare il ricorso all'avvalimento esclusivamente alla fattispecie cd 'operativa', più idoneo a concretizzare (e verificare) un reale trasferimento di risorse e mezzi adeguato alla esecuzione della prestazione.

3.2.b) E' vero però che l'art. 49 del Codice, coerentemente con la direttiva 2004/18/CE, si riferisce a tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, senza prevedere alcuna limitazione al suo ambito di applicazione. Consip è poi consapevole del recente orientamento giurisprudenziale volto a consentire il ricorso all'istituto in questione rispetto a fatturato, esperienza pregressa, numero dei dipendenti a tempo indeterminato (Cons. St., III, 15 novembre 2011, n. 6040) e capitale sociale (Cons. St., V 8 ottobre 2011, n. 5496). In tale prospettiva, la stazione appaltante, nell'adeguare la propria attività alle indicazioni rese dal legislatore e dalla giurisprudenza, potrà solo operare un'attenta verifica sulla prova resa per documentare la messa a disposizione dei suddetti requisiti.

3.2.c) Si ritiene infine che, anche nel caso di avvalimento di requisiti economico finanziari (quali il fatturato), non sia possibile che la *lex specialis* prescriva che il contratto di avvalimento si sostanzii in un contratto di garanzia; la legge infatti non lo prevede e lascia libere le parti di regolare i propri rapporti.

4. Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti: a) Possibilità di prevedere la presentazione della documentazione dell'articolo 49 a pena di esclusione; **b)** Possibilità di escludere il concorrente in assenza di contratto di avvalimento.

4.1. Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti: a) Qual è il contenuto minimo del contratto di avvalimento? **b)** Le disposizioni dell'articolo 88 del Regolamento sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture?

4.a) Ai sensi dell'art. 49, co. 2, lett. da a) ad f) del Codice, il concorrente ai fini della partecipazione ad una gara può avvalersi dei requisiti di un altro soggetto producendo le dichiarazioni indicate nella norma, il contratto di avvalimento (in originale o copia autentica), o, in caso di avvalimento infra gruppo, la dichiarazione sostitutiva attestante il legame esistente tra le imprese.

L'esponente ritiene che la norma vada interpretata nel senso che la documentazione sopra indicata debba essere prodotta dal concorrente, che intenda far ricorso all'istituto, a pena di esclusione.

Invero, la riforma dell'art. 46 co. 1 bis e dell'art. 64 del Codice, attuata dal d.l. n. 70/2011 e dalla l. di conversione n. 106/2011, induce a ritenere che l'esclusione del concorrente dalla gara debba essere disposta anche nel caso di previsione normativa o regolamentare che, pur non prevedendo espressamente come conseguenza della sua violazione la sanzione dell'esclusione, imponga, come nel caso di specie, adempimenti connotati dal requisito della doverosità. Tanto che, la mancanza di una delle dichiarazioni sopra indicate implica incertezza assoluta sul concorrente e sulla provenienza dell'offerta o difetto di elementi essenziali della stessa (art. 46, co. 1 bis, del Codice).

Pertanto, la deroga alla regola della titolarità del possesso dei requisiti in capo al concorrente, in tanto è consentita, in quanto siano rese le prescritte dichiarazioni aventi ad oggetto la volontà di ricorrere all'avvalimento e la titolarità dei requisiti tecnici e delle risorse avvalsi e di quelli di

carattere generale in capo all'ausiliaria e l'impegno di quest'ultima verso la stazione appaltante; le dichiarazioni sono essenziali per la concreta "identificazione" del soggetto che intende contrattare con la pubblica amministrazione e per ritenere idoneo e certo l'impegno assunto nei suoi confronti (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 23.11.2011, n. 2174, Cons. St., sez. V, 18.11. 2011, n. 6079, TAR Calabria, 15 marzo 2011, n. 385, ord. 22.12.2010 n. 5856).

4.b) L'art. 49 (co. 2, lett. f) del Codice impone al concorrente di presentare il contratto di avvalimento in copia autentica o in originale; la ratio è quella di evitare, in seguito all'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario.

In tale prospettiva, la mancata produzione di tale documento, nelle forme indicate, implica, per le ragioni sopra esposte, l'esclusione del concorrente.

Si condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la produzione del contratto di avvalimento non è una limitazione all'applicazione dell'istituto e non si pone in contrasto con le direttive comunitarie (18/2004/CE e 17/2004/CE); esso configura un onere probatorio che può essere assolto facilmente e tendente ad eliminare incertezze in ordine all'individuazione dei soggetti responsabili per le prestazioni oggetto del contratto di appalto (Cons. St., V, 743/2009). In tale prospettiva il contratto contiene le specifiche pattuizioni tra impresa ausiliaria e concorrente e consente la verifica della serietà degli impegni assunti dall'ausiliaria anche in termini di messa a disposizione di mezzi e risorse a favore dell'impresa che partecipa alla gara, pertanto la sua mancanza implica esclusione dalla procedura (TAR Toscana, Firenze, 27 giugno 2011, n. 1110).

La tesi trova conferma nell'art. 49, co. 2, lett. g), che consente l'omissione del deposito del contratto, solo ed esclusivamente nel caso di avvalimento tra imprese infra gruppo, alle quali è richiesta, quale possibile alternativa, la dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico tra le stesse, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dalla normativa antimafia (oltre ovviamente alle dichiarazioni previste dalla lettere precedenti del citato articolo 49 co. 2).

4.1.a) Ai sensi dell'art. 49 co. 2 lett. f) del Codice il contratto di avvalimento deve prevedere l'obbligo della ditta ausiliaria nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione della prestazione per tutta la durata dell'appalto; l'art. 88 co. 1 del regolamento stabilisce che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento. Pertanto, il contratto di avvalimento deve prevedere l'indicazione: delle parti contraenti, della stazione appaltante, della gara nella quale viene presentato e di tutti i requisiti, risorse e mezzi resi disponibili dall'ausiliaria all'appaltatore, puntualmente descritti, della durata dell'obbligo. Da tali elementi non si può prescindere.

Il riferimento ad ogni elemento utile ai fini dell'applicazione dell'istituto consente alle parti di introdurre nel relativo contratto qualsiasi tipo di indicazione strumentale all'accordo; non si tratta di informazioni tipizzate; esse sono quindi rimesse alla libera disponibilità dei contraenti. Oltre il dato normativo non si può andare. La disciplina di riferimento non prevede che nell'ambito del contratto di avvalimento rientri l'indicazione del corrispettivo dovuto dall'appaltatore all'impresa ausiliaria. Le parti contraenti sono pertanto libere di prevedere o meno il prezzo dell'utilizzo di requisiti mezzi e risorse, che resta estraneo all'interesse della stazione appaltante.

Sarebbe opportuno se si potesse suggerire l'inserimento nel testo del contratto o nelle dichiarazioni di avvalimento, in particolare in quelle rese dall'impresa ausiliaria, una precisazione sull'assunzione di responsabilità solidale verso la stazione appaltante, al fine di evitare un uso non pienamente consapevole dell'istituto anche rispetto alle imprese straniere comunitarie; le norme, tuttavia, non lo stabiliscono ed è comunque la legge a prevedere la responsabilità solidale dei contraenti rispetto alle prestazioni dell'oggetto dell'appalto.

4.1.b) L'art. 88, co. 1, rientra nell'ambito della Parte II[^], titolo III^o, Capo III^o (requisiti per la qualificazione), del d.P.R. 207/2010, dedicato agli appalti di lavori, e non è richiamato dalla disciplina normativa del Regolamento sui contratti di servizi e forniture.

L'esponente ritiene tuttavia che essa sia norma di carattere generale suscettibile di un'interpretazione estensiva; di conseguenza le sue previsioni sono applicabili anche agli appalti di servizi e forniture. Del resto l'art. 88 del Regolamento rinvia espressamente all'art. 49 del Codice (riferito a tutti gli appalti pubblici) e precisa in effetti quanto in esso già contenuto; le norme in esame sono oltretutto tra loro assolutamente compatibili.

Le altre previsioni dell'art. 88, in ragione della loro specificità (qualificazione mediante avvalimento), sono trovano applicazione solo ed esclusivamente con riferimento agli appalti di lavori.

5. Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti: a) il contratto di avvalimento deve avere un contenuto dettagliato? In caso di risposta affermativa, quali elementi sono imprescindibili? b) Il contratto di avvalimento deve rispondere ad un particolare tipo (contratto di garanzia, subappalto, affitto di ramo d'azienda) in relazione al requisito/risorsa prestata? c) la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse da parte dell'impresa ausiliata deve essere valutata con rigore dalla stazione appaltante?

5.a) Ai sensi dell'art. 49 co. 2 lett. f) del Codice e dell'art. 88 co. 1 del regolamento, il contratto di avvalimento ha un contenuto imprescindibile che si sostanzia, sommariamente, nell'obbligo della ditta ausiliaria a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione della prestazione per tutta la durata dell'appalto nei confronti del concorrente nonché ad indicare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

5.b) L'esponente ritiene che, in generale, il contratto di avvalimento non necessariamente deve rispondere ad un particolare tipo di contratto in quanto la fattispecie potrebbe essere inquadrata in un contratto atipico per mezzo del quale le parti regolano i propri interessi nell'ambito dell'autonomia contrattuale - garantita dal nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1322 c.c. - purché nel perseguimento di interessi meritevoli di tutela (invero, in re ipsa nell'istituto in argomento). Ciò non toglie che, nello specifico, il contratto possa avere un contenuto tipico in relazione al requisito/risorsa prestata.

5.c) L'esponente ritiene che la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse, da parte dell'impresa ausiliata, debba sicuramente essere rigorosa. In tale prospettiva, ed alla luce del principio di autonomia negoziale, l'analisi probatoria dovrà necessariamente essere condotta caso per caso in ragione dello specifico requisito oggetto di avvalimento. A titolo esemplificativo, nel caso di certificazioni, il "contratto di avvalimento" non può limitarsi a prevedere la disponibilità (generica e astratta) della certificazione ISO posseduta dall'impresa ausiliaria; ma deve contenere un chiaro impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva "concessa" (Cons. St., III[^], 2344/2011). Inoltre, il contratto deve contenere l'assunzione dell'obbligazione in termini di attualità immediata; e, pertanto, non potrebbe essere considerato valido un contratto che prevedesse la sottoscrizione di ulteriore accordo in caso di aggiudicazione per il perfezionamento dell'impegno (TAR Sardegna 11.7.11, n. 774).

6. Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti: a) la responsabilità della impresa ausiliaria è contrattuale o extracontrattuale? b) La responsabilità

dell'impresa ausiliaria riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto o solo le risorse prestate?

6.a) A proposito della responsabilità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, si dibatte, in generale, sulla natura contrattuale ovvero extracontrattuale della stessa.

Per la prima ricostruzione la natura di tale responsabilità discenderebbe non tanto dal contratto di avvalimento tra ausiliaria e ausiliata ma dalla dichiarazione unilaterale d'impegno di cui all'art. 49 lett. d) qualificata come una sorta di promessa unilaterale atipica, la cui efficacia obbligatoria, ai sensi dell'art. 1987 c.c., è prevista "nei casi ammessi dalla legge". Tale interpretazione potrebbe essere a maggior ragione condivisa nel caso in cui la dichiarazione dell'ausiliaria contenesse, unitamente all'impegno verso la stazione appaltante, anche l'espressa assunzione di responsabilità.

Diversamente si afferma che, poiché l'impresa ausiliaria resta totalmente estranea al contratto di appalto - tanto che l'art. 49 comma 10 prevede solo un rapporto diretto con il concorrente appaltatore -, la sua responsabilità nella vicenda non possa avere natura contrattuale. La solidarietà verso la stazione appaltante, dunque, discenderebbe direttamente dalla legge.

Il dibattito è aperto. Si condivide tuttavia l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale "nell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la Stazione appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse, di cui questi sia carente, per tutta la durata dell'appalto (ivi compreso, dunque, l'eventuale periodo di gestione), sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti" (Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742). Di conseguenza, l'assunzione della suddetta obbligazione accessoria da parte della ditta ausiliaria ne implica, in caso di inadempimento, la responsabilità contrattuale verso la stazione appaltante.

6.b) L'ampiezza della responsabilità dell'impresa ausiliaria è condizionata dalla portata della dichiarazione di avvalimento. Se, infatti, il requisito avvalso ha natura "immateriale" (fatturato, capitale sociale ecc...), la responsabilità solidale si estenderà a tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto; se, invece, il requisito e/o la risorsa e/o i mezzi forniti dall'impresa ausiliaria sono previsti in funzione di una specifica prestazione contrattuale, solo di queste prestazioni l'ausiliaria potrà essere chiamata a rispondere; superare siffatto limite, invero, significherebbe configurare una forma di responsabilità per fatto altrui, che esulerebbe dalla ratio dell'istituto.

9. Rapporto con l'istituto del subappalto ed i raggruppamenti di imprese

9.1. Il subappalto

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) è applicabile all'impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall'art. 118 del Codice?

b) Divieto di usufruire dell'avvalimento per il subappaltatore

9.1.a) L'art. 49, al comma 10 del D.Lgs. 163/2006 così come modificato dall'articolo 2 del d.lgs. n. 6 del 2007, consente all'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati; mentre nulla dispone circa l'assoggettabilità alla disciplina dettata dall'art. 118 del citato decreto legislativo. La questione riguarda la possibilità, nel caso in cui l'impresa ausiliaria sia indicata dal concorrente anche come subappaltatrice rispetto ai requisiti prestati, di superare il limite di legge del 30% che la disciplina nazionale impone proprio in caso di subappalto. L'esponente ritiene che tale limite comunque non possa essere superato; se infatti l'art. 49, co. 10, del Codice, non contiene alcun rinvio espresso all'art. 118, non prevede in realtà neanche una specifica deroga alla sua applicazione. Le due norme devono essere interpretate in modo sistematico, tenendo conto della diversa ratio dei due istituti.

Ed invero, il subappalto, rappresenta un modo di essere dello svolgimento dell'appalto, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte delle prestazioni contrattuali, dopo l'eventuale aggiudicazione; ciò presuppone che il concorrente sia titolare dei prescritti requisiti di partecipazione al momento della presentazione dell'offerta. Il subappaltatore assume in fase di esecuzione un ruolo attivo provvedendo direttamente all'adempimento degli obblighi assunti. In tale prospettiva il limite imposto all'applicazione del subappalto svolge la funzione di mitigare la possibilità che in seguito all'individuazione dell'aggiudicatario, l'attività appaltata sia prestata da un diverso soggetto da quello che ha partecipato alla gara.

Diversamente, l'avvalimento è uno strumento pro competitivo che attiene alla fase della selezione, non incontra limiti quantitativi al suo utilizzo, ma probatori in ordine all'effettiva disponibilità dei requisiti, mezzi e risorse dell'impresa ausiliaria; tuttavia in tal caso, il contratto è eseguito dall'impresa concorrente, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione.

In tale prospettiva i due istituti possono certamente coesistere ed essere applicati nel rispetto della relativa disciplina. Di conseguenza, l'impresa ausiliaria potrà mettere a disposizione il requisito o la risorsa di cui il concorrente è carente oltre il limite del 30%, ma non potrà assumere oltre tale valore il ruolo di subappaltatore. Il medesimo ragionamento induce a ritenere che anche nel caso dell'impresa ausiliaria subappaltatrice debba essere resa specifica autorizzazione.

9.1.b) L'art. 49 consente solo al concorrente di provare il possesso dei requisiti tramite avvalimento, in tal modo limitandone l'applicazione. Ciò consente di escludere che la relativa disciplina possa essere utilizzata anche al subappaltatore. Del resto, la norma citata riguarda la fase della procedura di gara in favore di chi presenta direttamente la propria offerta alla stazione appaltante; in tale momento, oltretutto, il concorrente si limita a precisare se intende o meno applicare l'art. 118 del Codice, senza obbligo di identificare il subappaltatore. I controlli sui requisiti posseduti da quest'ultimo attengono ad una fase diversa, successiva all'aggiudicazione.

9.2. I raggruppamenti temporanei di imprese

Si chiede di presentare osservazioni e valutazioni, in particolare, sui seguenti aspetti:

a) Il ricorso all'avvalimento in un'A.T.I. può comprendere anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere?

9.2. a) L'art. 49, comma 1 del D. Lgs. 163/2006 stabilisce che "il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34," può soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto"; la norma va interpretata, coerentemente con la ratio dell'istituto dell'avvalimento diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alla gare, nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono (Cons. St., VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

Del resto le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE prevedono in capo agli operatori economici la facoltà di ricorrere all'avvalimento sia per i requisiti di capacità economico finanziaria che per quelli tecnico professionali, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con l'ausiliaria ed aggiungono che, alle medesime condizioni, un gruppo di imprese può far valere le capacità dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti (art. 54, par. 5, direttiva 2004/17/CE, art. 47, par. 3 e art. 48, par. 4, direttiva 2004/17/CE), senza limitazioni.

Pertanto, nel caso in cui il bando o il disciplinare, nell'ambito di un appalto di servizi o forniture, stabiliscano requisiti minimi di partecipazione per la capogruppo o per le mandanti all'interno di un RTI, queste ultime possono tutte ricorrere all'istituto dell'avvalimento per provare la capacità prescritta. In tale prospettiva, non esistono limitazioni all'applicazione dell'istituto, con la conseguenza che deve essere ritenuto possibile l'utilizzo dell'avvalimento esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al RTI ed in favore di un suo membro) o interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del Raggruppamento dell'impresa avvalsa).

Inoltre, nel caso in cui il concorrente in gara sia un raggruppamento, e una delle imprese del raggruppamento utilizzi l'avvalimento, impresa ausiliaria può anche essere la controllante o la controllata di altra impresa del medesimo raggruppamento.

Auspucando di aver fornito un contributo utile alle determinazioni di codesta Autorità si rimane a disposizione per ogni ulteriore informazione e/o chiarimento.