

L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA. BREVE COMMENTO ALLA DETERMINAZIONE N. 2 DELL'1.8.2012 DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

Nota dell' avv. Alessandro Bonanni



AVCP - Determinazione n. 2 dell'1 agosto 2012, pubblicato nella G.U.R.I. n. 185 del 9 agosto 2012

L'avvalimento consiste nella possibilità riconosciuta a qualunque operatore economico di soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi. A seguito delle modifiche normative intervenute sull'art. 49 Codice Appalti e della copiosa giurisprudenza ormai formatasi sull'argomento l'Autorità ha ritenuto opportuno avviare una procedura per l'emanazione di un atto a carattere generale con il quale offrire alcune indicazioni interpretative di carattere generale.

* * *

Con l'atto di Determinazione n. 2 dell'1.8.2012, pubblicato nella GURI n. 185 del 9.8.2012, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici si è addentrata nella perigliosa materia dell'avvalimento, al fine di fornire qualche elemento chiarificatore a beneficio degli operatori economici che intendono utilizzare tale istituto nelle procedure di gara, e per prendere posizione, in alcuni casi, su problematiche ancora aperte (che comunque rimangono tali).

Tra i profili di maggiore interesse affrontati nell'atto adottato dall'AVCP, viene anzitutto in rilievo la questione dell'avvalimento dei requisiti connotati da un'intrinseca natura "soggettiva", in relazione ai quali si esaminano specificamente i casi della certificazione di qualità (UNI EN ISO), dei requisiti di cui all'art. 39 del Codice e dell'iscrizione in albi professionali. Pur prendendo atto del contrasto giurisprudenziale sul punto, l'Autorità, in merito alla

certificazione di qualità, ribadisce l'indicazione della inammissibilità del ricorso all'avvalimento, circoscrivendo l'ambito oggettivo di applicazione di tale istituto ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo, ovvero alla certificazione SOA (e ciò in contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato che ha invece ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento anche con riguardo alla disponibilità di requisiti soggettivi di qualità; cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343 e n. 2344; Sez. V, 26 maggio 2011, n. 3066; Sez. V, 10 novembre 2011, n. 6079; Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040). Analoga preclusione viene espressa dall'AVCP anche con riferimento ai requisiti dell'art. 39 del Codice, tra i quali essa include espressamente la licenza prefettizia ex art. 28 del T.U.L.P.S., il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza.

Un paragrafo della Determinazione è dedicato, poi, alla specifica materia dei lavori pubblici e, quindi, all'avvalimento dell'attestazione SOA. Al riguardo, si affronta la tematica della partecipazione alla gara, tramite avvalimento, da parte di un'impresa del tutto sprovvista di attestazione, riconoscendosi la possibilità di fare integrale ricorso all'attestazione SOA di un operatore economico terzo, purché l'offerente, sulla base delle risultanze del Registro delle Imprese, dimostri di operare abitualmente nel settore nel quale si colloca l'oggetto della gara (si richiamano, sul punto, la statuizione del TAR Campania, Napoli, n. 3326 del 23.6.2011, nonché il parere AVCP n. 80 del 5.5.2011).

Si entra poi nella problematica del divieto di utilizzo frazionato dei requisiti, nell'ambito della quale l'AVCP prende posizione affermando non soltanto l'impossibilità di utilizzare più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria (salvo l'eccezione prevista dall'art. 49, comma 6, del Codice), ma anche che il concorrente in possesso dell'attestazione SOA per una classifica

inferiore a quella richiesta dal bando di gara non può sommarla a quella posseduta dall'impresa ausiliaria in modo da raggiungere la classifica prescritta dalla legge di gara.

Viene in tal modo implicitamente condiviso, da parte dell'AVCP, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la pronuncia n. 3565 del 13.06.2011 (per osservazioni anche critiche sul punto, cfr.: Alessandro Bonanni, "Avvalimento: impossibile l'integrazione parziale di un requisito già posseduto dal concorrente", in www.contratti-pubblici.it).

Analoga preclusione all'avvalimento parziale viene poi espressa anche con riferimento al requisito della cifra d'affari in lavori per gli appalti di importo superiore a 20,658 milioni di euro (cfr. art. 61, comma 6, del Regolamento), per il quale pure viene predicato il principio dell'infrazionabilità. Quale ulteriore ricaduta dello stesso principio, si nega anche la possibilità che l'incremento del quinto, sancito dall'art. 61, comma 2, del Regolamento, possa operare sulla parte di requisito SOA oggetto di avvalimento.

Ulteriore interessante presa di posizione dell'AVCP riguarda l'appalto integrato, ed in particolare la qualificazione giuridica del rapporto con i progettisti di cui il concorrente intenda "avvalersi" ai sensi dell'art. 53, comma 3, del Codice, indicandoli nell'offerta. Si afferma, al riguardo, che tale previsione nulla avrebbe a che vedere con l'istituto dell'avvalimento. Inoltre, si osserva che dell'avvalimento potrebbe servirsi solo il soggetto che assume la veste di "concorrente", mentre il progettista semplicemente "indicato" non rivestirebbe tale qualifica, non potendo dunque fare ricorso all'avvalimento (prerogativa utilizzabile pertanto solo dai progettisti raggruppati). Al riguardo, qualche perplessità pare potersi esprimere, posto che – escludendo così radicalmente dal principio dell'avvalimento il caso dei progettisti indicati di cui l'offerente intenda "avvalersi", rimane piuttosto incerta la categoria giuridica alla quale ricondurre tale fattispecie (che,

proprio in quanto afferente a soggetti che portano requisiti senza assumere la veste formale di concorrenti, parrebbe bene attagliarsi all'ipotesi dell'avvalimento).

Per quanto concerne i servizi e le forniture, l'AVCP afferma che l'avvalimento può trovare applicazione anche ai servizi di ingegneria ed architettura, ed in particolare ai requisiti previsti dall'art. 263, comma 1, del Regolamento, ribadendo al contempo il carattere infrazionabile dei c.d. "servizi di punta" (ex art. 263, comma 1, lett. c) del Regolamento); da ciò si trae la conseguenza che ciascuno dei due "servizi di punta", richiesti per ogni classe e categoria di lavori da progettare, dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento.

Si ribadisce altresì – come del resto recentemente affermato anche dal Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 4298/2012 - che l'avvalimento non è ammissibile in relazione agli elementi dell'offerta e, dunque, ai fini di incrementare l'attribuzione del punteggio; donde l'inammissibilità dell'avvalimento, nel settore dei servizi di architettura ed ingegneria, in relazione ai servizi previsti dall'art. 266, comma 1, lettera b), punto 1) del Regolamento (servizi pregressi significativi della capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico).

Altri spunti di interesse riguardano l'esame del rapporto tra avvalimento e subappalto. Al riguardo l'AVCP afferma che mentre il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento in fase di qualificazione, qualora esso nella fase esecutiva si concretizzi in subappalto, quest'ultimo dovrà rispettare i limiti per esso stabiliti dalla disciplina speciale pubblicistica. Il subappalto, quindi, non potrà superare i limiti previsti dal Codice e dal Regolamento e sarà sottoposto alle condizioni ivi previste in fase di esecuzione del contratto. A conferma delle proprie deduzioni l'AVCP richiama anzitutto la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3698 del 20.6.2011; il richiamo non pare però del tutto pertinente, poiché nella

fattispecie esaminata in sede giurisdizionale la problematica di base era diversa, e riguardava la pretesa del concorrente di considerare la quota di lavori per la quale aveva dichiarato la volontà di ricorrere al subappalto come “in detrazione rispetto all’entità dei lavori per i quali era richiesta la qualificazione”, vale a dire come se la dichiarazione di subappalto potesse ridurre la qualificazione richiesta dal bando al concorrente, ovvero integrarne i carenti requisiti. Non vi era stato, quindi, nel caso sottoposto all’esame del Consiglio di Stato, un effettivo ricorso all’avvalimento in fase di gara; le considerazioni espresse nella sentenza si riferiscono, quindi, ad un ordinario rapporto di subappalto, e non a quello che troverebbe presupposto in un pregresso avvalimento ai sensi dell’art. 49, comma 10, del Codice.

Non del tutto conferente risulta anche l’altra pronuncia richiamata dall’AVCP a sostegno della tesi sostenuta (Cons. Stato, sez. V, n. 3791 del 12.6.2009), la quale pure non riguarda un rapporto di avvalimento costituito in fase di gara ai sensi dell’art. 49 del Codice, ma si riferisce all’interpretazione di una clausola della *lex specialis* che imponeva ai concorrenti di presentare una dichiarazione di impegno ad avere, in caso di aggiudicazione, la “disponibilità” di determinate attrezzature tecniche considerate necessarie al corretto svolgimento del servizio di smaltimento rifiuti.

Infine, l’Autorità esamina la tematica del contenuto minimo del contratto di avvalimento, confermando che, in base alla disposizione dell’art. 88, comma 1, del Regolamento, il contratto dovrebbe indicare analiticamente, a pena di esclusione dalla gara, le risorse e i mezzi prestati, da elencare “in modo determinato e specifico”. Pertanto, esso non potrebbe sostanzarsi in un impegno generico “a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente”.

Rimane inesplorata, tuttavia, la questione di fondo che riguarda la ratio di tale obbligo riferito al sistema SOA (come pare debba

certamente riferirsi, stante la collocazione sistematica dell'art. 88 del Regolamento tra le norme che riguardano i requisiti per gli esecutori di lavori pubblici).

Infatti, l'art. 49, comma 6, del Codice afferma perentoriamente “il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi” che hanno consentito il rilascio dell'attestazione nella categoria interessata dall'avvalimento. E la stessa Autorità, nella Determinazione in esame, riconosce che “*i requisiti che concorrono al rilascio dell'attestazione SOA non possono essere oggetto di utilizzo frazionato. ... L'attestazione SOA è considerata sempre un inscindibile elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti, che può essere oggetto di avvalimento nella sua totalità. Inoltre, la attestazione SOA è, secondo quanto previsto da Codice e Regolamento, condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare*”.

Nei lavori pubblici, pertanto, l'oggetto dell'avvalimento non pare possa riferirsi ad altro, se non all'insieme indivisibile di tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, elencati dall'art. 79 del Regolamento, che hanno consentito all'ausiliario il rilascio dell'attestazione nella categoria (o nelle categorie) di lavorazioni di cui il concorrente è carente, ed in relazione alle quali si intende perfezionare la messa a disposizione dei requisiti.

Se ciò è esatto (come pare sia anche per la stessa AVCP) le risorse ed i mezzi prestati non potrebbero in alcun modo differire da quelli esattamente “fotografati” dall'organismo di attestazione all'atto del rilascio della SOA (la quale, peraltro, in base alla previsione dell'art. 40, comma 9, del Codice, e dell'art. 89, comma 2, del Regolamento, dovrebbe indicarli espressamente).

Ciò posto, nell'ambito dei lavori pubblici, non si comprende appieno la perentorietà dell'obbligo di indicare analiticamente, nel contratto di

avvalimento, i mezzi e le risorse prestatati: laddove infatti questi ultimi devono necessariamente ed inderogabilmente coincidere con quelli già vincolati dall'ordinamento, un riferimento anche generico ad essi parrebbe assolvere in modo adeguato alla funzione di definire compiutamente l'oggetto del contratto, ed eviterebbe il rischio che – elencando mezzi e risorse diversi da quelli previsti per il rilascio dell'attestazione - i concorrenti incorrano nell'utilizzo frazionato dei requisiti, vietato dall'art. 49, comma 6, del Codice.

Ad opinione di chi scrive, ciò che sembrerebbe doversi meglio specificare, nel contratto di avvalimento, non sono tanto le risorse ed i mezzi prestatati (indicazione che è ridondante nel caso dei lavori pubblici), ma le modalità operative della loro messa a disposizione, che devono essere tali da esprimerne la “*disponibilità immediata*”, in modo che, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, il concorrente possa farne uso per eseguire il contratto “*senza intermediazione dell'impresa ausiliaria*” (così statuisce, infatti, il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza n. 3791 del 12.06.2009, richiamata anche dalla Determinazione in commento, in base alla quale “*risulta in definitiva indefettibile la possibilità, per l'aggiudicataria, di usare in via diretta ed immediata la risorsa con qualsiasi strumento giuridico, comprensivo sia dei contratti tipici (ad esempio il comodato o l'affitto di azienda), ovvero di pattuizioni atipiche ai sensi del capoverso dell'art. 1322 del codice civile*”).

Proprio tali aspetti dell'oggetto del vincolo negoziale dell'avvalimento, che sono massimamente funzionali a rendere operativa e non formale la messa a disposizione dei requisiti, vengono infatti generalmente ignorati e trascurati nella formalizzazione dell'impegno da dimostrare già in fase di gara, rendendo lacunoso ed ambiguo il contratto, ben più di quanto non avvenga omettendo l'elencazione (spesso anche disattenta) dei mezzi e delle risorse prestate.