



Autorità Nazionale Anticorruzione

Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento.

Documento di consultazione

SOMMARIO

Premessa 3

Art. 1 - Definizione e finalità dell'avvalimento 3

Art. 2 - Oggetto dell'avvalimento 3

Art. 3 - Contratto di avvalimento..... 5

Art. 4 - Indicazioni specifiche per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione del contratto 6

Art. 5 - Avvalimento frazionato 7

Art. 6 – Divieto di avvalimento a cascata 7

Art. 7 - Avvalimento prestato a favore di più imprese 8

Premessa

Il presente documento è finalizzato alla formulazione della proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 volto a disciplinare, tra l'altro, i casi e le modalità di avvalimento di cui all'art. 89 del codice.

Le scelte dell'Autorità sono state dettate dall'esigenza, emersa fortemente nell'esercizio dell'attività di vigilanza sui contratti pubblici, di scongiurare che l'avvalimento si riduca ad un prestito soltanto formale di requisiti, non supportato dall'effettiva messa a disposizione di risorse umane e strumentali idonee a garantire la capacità esecutiva dell'impresa ausiliata. In tale direzione vanno le previsioni che impongono l'esatta e dettagliata individuazione dei requisiti oggetto di avvalimento, richiedono un contenuto minimo del contratto e attribuiscono valenza, ai fini del conseguimento del rating di impresa, all'esito negativo dei controlli ex art. 89, comma 9, del codice.

Si evidenzia che il decreto correttivo ha eliminato, dall'art. 89, l'inciso che consentiva l'avvalimento anche per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84 del codice. Conseguentemente, il documento di consultazione non prevede la possibilità di conseguire l'attestazione di qualificazione mediante ricorso al prestito dei requisiti di idoneità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

Gli *stakeholder* sono invitati a esprimere il loro avviso e a formulare proposte operative in merito alle questioni evidenziate negli appositi box, avendo presente che le scelte dell'Autorità sono vincolate all'esigenza di assicurare, per ciascun intervento, l'equilibrio tra costi e benefici ad esso connessi e alla necessità di rispettare il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee (*divieto di gold plating*).

Art. 1 - Definizione e finalità dell'avvalimento

1. Mediante l'avvalimento un operatore economico («impresa ausiliata») ottiene da un altro soggetto («impresa ausiliaria») la messa a disposizione dei requisiti richiesti per la partecipazione a una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione di lavori, servizi o forniture in cambio di un corrispettivo in denaro oppure di altra utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale.

Art. 2 - Oggetto dell'avvalimento

1. L'avvalimento ha ad oggetto i requisiti di capacità economica, professionale, tecnica e finanziaria di cui all'art. 83, comma 1, del codice e al decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, riferiti ad altri operatori economici.
2. La possibilità, per l'impresa ausiliata, di avvalersi dei requisiti di altri soggetti è subordinata all'effettiva messa a disposizione, in suo favore, delle corrispondenti risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria per tutto il tempo necessario all'esecuzione del contratto.
3. Le risorse oggetto dell'avvalimento sono determinate o determinabili e dettagliatamente individuate nel contratto di avvalimento.
4. Qualora l'avvalimento abbia ad oggetto requisiti immateriali e non sia possibile una precisa individuazione e/o delimitazione dei mezzi e delle risorse a questi correlati, il contratto di avvalimento deve prevedere l'effettiva messa a disposizione, anche non esclusiva, del complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma. L'impresa ausiliaria può continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale, purché l'esecutore abbia in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.
5. Nel caso in cui l'avvalimento abbia ad oggetto risorse materiali, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria devono essere destinati esclusivamente all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario, con l'impossibilità, per l'impresa ausiliaria, di utilizzarli nella propria attività aziendale. Nel caso di assoluta impossibilità di separare le risorse e i mezzi prestati dal complesso aziendale dell'impresa ausiliaria oppure qualora l'impossibilità di utilizzazione degli stessi comporti un sacrificio insostenibile per l'impresa ausiliaria stessa, quest'ultima potrà servirsi dei mezzi e delle risorse prestate anche per le proprie attività, purché le necessità dell'esecutore abbiano comunque la priorità e quest'ultimo possa, in qualunque momento, acquisire la disponibilità materiale dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.
6. Non possono costituire oggetto di avvalimento le certificazioni di qualità di cui all'art. 87, del Codice.

Gli Stakeholder sono invitati ad esprimere il loro avviso in ordine alle previsioni dei commi 4 e 5, evidenziando eventuali criticità dell'impostazione proposta e indicando possibili alternative, nel rispetto dell'esigenza di fornire indicazioni volte a garantire, in ogni caso, l'effettiva messa a disposizione delle risorse correlate ai requisiti oggetto di avvalimento.

Gli stakeholder sono altresì invitati a pronunciarsi in merito al comma 6 che esclude espressamente che le certificazioni di qualità possano costituire oggetto di avalimento.

Art. 3 - Contratto di avalimento

1. Il contratto di avalimento deve indicare in modo specifico ed esauriente:
 - a) i requisiti e le risorse messe a disposizione, sufficientemente determinati o determinabili, tali da consentire alla stazione appaltante una sicura verifica circa la loro effettiva disponibilità da parte dell'impresa ausiliata;
 - b) la durata del contratto;
 - c) se l'impresa ausiliaria si è impegnata al prestito di propri requisiti in favore di altre imprese con contratti di avalimento in corso di validità, indicando in modo specifico e dettagliato i requisiti e le risorse messi a disposizione e le modalità concordate di utilizzo delle stesse;
 - d) le circostanze di cui all'art. 2, commi 4 e 5;
 - e) ogni altro elemento utile a determinare con precisione l'oggetto del contratto.
2. La mancata specificazione degli elementi di cui alla lettera a) del comma precedente comporta la nullità del contratto di avalimento ai sensi dell'art. 89, comma 1, del codice. L'assenza delle previsioni di cui alle lettere b), c) e d) o di altri elementi utili ai sensi della lettera e) del comma precedente comporta l'impossibilità per l'impresa ausiliata di avvalersi dei requisiti dell'impresa ausiliaria.
3. Non è consentito ricorrere al soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice per sanare la carenza degli elementi indicati al comma 1, lett. a). La mancata produzione del contratto di avalimento può essere sanata a condizione che il contratto medesimo sia stato sottoscritto prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte.
4. Nei casi di avalimento infragruppo e di avalimento tra imprese consorziate di cui all'art. 47, comma 2, del codice, le informazioni riportate al comma 1 devono risultare dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, anche con riferimento alla durata dell'impegno dalla stessa assunto.

Gli Stakeholder sono invitati a indicare eventuali ulteriori contenuti del contratto di avalimento che ritengono debbano essere inseriti nella disposizione in esame e a palesare eventuali criticità derivanti dall'applicazione del comma 4 che consente, in caso di avalimento infragruppo e di avalimento tra imprese consorziate, di superare la necessità di ricorrere al contratto di avalimento, ritenendo sufficiente una dichiarazione unilaterale di impegno da

parte dell'impresa ausiliaria. La previsione si giustifica in considerazione dei rapporti intercorrenti tra imprese appartenenti allo stesso gruppo/ al consorzio e, in tale ultimo caso, della finalità mutualistica del rapporto consortile.

Art. 4 - Indicazioni specifiche per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione del contratto

1. Il concorrente che intenda avvalersi dei requisiti di un soggetto ausiliario deve produrre, unitamente alla domanda di partecipazione e in aggiunta alla documentazione di cui all'art. 89, comma 1, del codice, una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio, o associata o consorziata ai sensi dell'art. 45 del codice. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 1, lett. f-bis) e comma 12, del codice nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed esclude la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 213, comma 13, del codice.
2. La facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'art. 89, comma 4, del codice può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati, fermo restando il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. L'essenzialità deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto.
3. La possibilità dell'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore prevista dall'art. 89, comma 8, del codice è subordinata al rispetto dei limiti quantitativi previsti dagli artt. 105 e 174 del codice.
4. In caso di avvalimento, la garanzia fideiussoria di cui all'art. 93, comma 1, del Codice, deve riguardare unicamente il concorrente.
5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.
6. La sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del codice deve intervenire anche qualora la sussistenza di motivi di esclusione, in capo a quest'ultima, emerga nella fase di esecuzione del contratto.
7. L'impresa ausiliaria può avvalersi del beneficio dell'aumento del quinto previsto dall'art. 3, comma 6, della proposta al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, avente ad oggetto il sistema di qualificazione degli operatori economici.

8. Al responsabile unico del procedimento è fatto obbligo di comunicare all'A.N.AC. l'eventuale esito negativo dei controlli di cui all'art. 89, comma 9, del Codice, affinché l'Autorità possa tenerne conto ai fini del sistema di rating di impresa di cui all'art. 83, comma 10, del Codice.
9. L'impresa ausiliaria è responsabile, nei confronti della stazione appaltante, in solido con l'esecutore del contratto, in relazione alle carenze connesse ai requisiti oggetto di avvalimento.

Gli stakeholder sono invitati ad avanzare suggerimenti per una più puntuale perimetrazione dei "compiti essenziali" di cui all'art. 89, comma 4, del Codice, al fine di fornire chiari parametri alle stazioni appaltanti.

Gli Stakeholder indichino eventuali elementi riferiti alle previsioni dei commi 9 e 11 dell'art. 89 del codice che necessitano di chiarimenti e/o precisazioni ed esprimano il loro avviso in merito all'esplicito richiamo ai limiti previsti per il subappalto dagli artt. 105 e 174. Tale posizione appare coerente con la ratio dei suddetti artt. 105 e 174, che risulterebbe vanificata qualora la previsione per cui l'impresa ausiliaria può rivestire il ruolo di subappaltatore "nel limite dei requisiti prestati" fosse considerata derogatoria rispetto alla disciplina prevista per il subappalto in via generale.

Gli Stakeholder sono invitati ad esprimersi circa l'opportunità di concedere anche all'impresa ausiliaria la possibilità di usufruire del beneficio del c.d. aumento del quinto, che l'art. 61, d.P.R. n. 207/2010 riferiva all'operatore economico partecipante alla gara.

Art. 5 - Avvalimento frazionato

1. La possibilità di avvalersi di più imprese ausiliarie prevista dall'art. 89, comma 6, del codice, può essere esclusa, in sede di gara, nel caso di prestazioni che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità non ottenibile con la somma di capacità inferiori riferite a più operatori. In tali ipotesi, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione, da indicare in termini di classifica minima, sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento a un numero limitato di operatori economici, fornendo adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre oppure nel bando di gara.

Gli Stakeholder sono invitati ad esprimere l'esigenza di ulteriori specificazioni riferite all'ipotesi di cui all'art. 89, comma 6, del codice.

Art. 6 – Divieto di avvalimento a cascata

1. Si ha un avvalimento a cascata, vietato dall'art. 89, comma 6, del codice, quando un'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'altra impresa. Rientra tra le fattispecie dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio.
2. Nel caso previsto all'art. 11, commi 4 e 5, della proposta al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, nella parte relativa al sistema di qualificazione degli operatori economici, il progettista indicato in sede di offerta non può avvalersi a sua volta di altro soggetto per la dimostrazione dei requisiti richiesti.

Gli Stakeholder sono invitati ad esprimere la loro opinione sulle prescrizioni proposte, segnalando eventuali ulteriori ipotesi che necessitano di specifiche previsioni.

Art. 7 - Avvalimento prestato a favore di più imprese

1. Fermo restando il divieto previsto dall'art. 89, comma 7, del codice, della medesima impresa ausiliaria possono avvalersi più operatori economici a condizione che sia evitata la contemporanea messa a disposizione delle medesime risorse in favore di più imprese ausiliate.
2. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Gli Stakeholder sono invitati a esprimere la loro opinione sulle prescrizioni proposte, segnalando eventuali ulteriori precisazioni che si ritengono necessarie al fine di evitare che il prestito di requisiti in favore di più imprese ausiliarie possa vanificare l'effettiva messa a disposizione, a tutti gli aventi diritto, delle risorse correlate ai requisiti prestati, con pregiudizio per la relativa capacità esecutiva.