

DETERMINAZIONE AVCP N 2 DEL 1° AGOSTO 2012

ESAME E COMMENTO

L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha pubblicato sul proprio sito l'atto di **Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012** (GURI n. 185 del 9/8/2012) in cui sono chiariti alcuni punti riguardanti l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento (*cf.* artt. 49 e 50 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006 e artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE). Anche la giurisprudenza è più volte intervenuta sull'istituto e, da ultimo, il Ministero delle Infrastrutture ha fornito la propria posizione sul rapporto tra tale istituto ed il subappalto.

L'Autorità ricorda che l'avvalimento consiste, in estrema sintesi, *"nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso 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"*.

Alla luce di tali interventi sembra opportuno fornire un quadro riassuntivo dei principali aspetti dell'istituto che sono stati esaminati e chiariti, secondo il seguente ordine:

1. Requisiti soggettivi ed oggettivi	3
2. Certificazione di qualità.....	4
3. Iscrizione alla CCIAA e in albi professionali	6
4. Avvalimento negli appalti di lavori.....	7
5. Qualificazione SOA	8
6. Avvalimento e progettisti	12
7. Subappalto.....	12
8. ATI.....	14
9. Contratto di avvalimento.....	15

1. Requisiti soggettivi ed oggettivi

La determinazione, dopo brevi cenni sull'istituto dell'avvalimento, si preoccupa di fornire un'interpretazione certa sulla problematica dell'applicabilità dell'istituto ai requisiti soggettivi.

La problematica nasce dal fatto che la disciplina dell'articolo 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali, di carattere generale, di cui all'articolo 38 del Codice degli appalti. Nei bandi di gara possono essere però inseriti ulteriori requisiti che hanno comunque natura "soggettiva"; si tratta di requisiti acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non separabili da esso, quali, ad esempio, la certificazione di qualità, le certificazioni tecniche del settore informatico e di idoneità professionale di cui all'articolo 39 del Codice, relativa all'iscrizione ad Albi speciali e all'iscrizione alla Camera di Commercio (CCIAA).

In particolare, l'Autorità, partendo dall'intrinseca natura «soggettiva» dei suddetti requisiti, ha desunto che è **inammissibile il ricorso all'avvalimento** per dimostrare il possesso degli stessi, poiché tale istituto non si presta ad essere utilizzato per **requisiti "personali"**, e cioè **inscindibili dal soggetto avvalso**, mentre trova applicazione in rapporto ai requisiti "oggettivi" di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo (tra cui anche l'attestazione SOA), che, al contrario, possono essere messi a disposizione dell'impresa ausiliata.

Anche la giurisprudenza in materia è concorde nel ritenere non applicabile l'istituto dell'avvalimento in ordine ai requisiti strettamente personali di idoneità morale (*cf.* i requisiti di carattere generale ex articolo 38 del codice) e professionale (*cf.* i requisiti di idoneità, individuati nel successivo articolo 39 del codice).

A tale proposito, è stato, infatti, osservato che i suddetti requisiti "*non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; essi, invece, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità (professionale) del concorrente (quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore) a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica Amministrazione*" (Consiglio di Stato, Sez. V , Sentenza 5 novembre 2012, n. 5595).

Ad ulteriore supporto di questa interpretazione è stato osservato che l'articolo 88, comma 5, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante "Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici") richiede espressamente, seppure con riferimento alla qualificazione SOA per avvalimento, che l'impresa ausiliata per conseguire l'attestazione di cui all'articolo 50 del codice, deve possedere in proprio i requisiti di cui all'articolo 78, ovvero proprio i requisiti d'ordine generale che sono quelli previsti dai citati articoli 38, comma 1, e 39 commi 1 e 2, del codice dei contratti (Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 5595/2012 cit.).

Dopo aver fornito in linea generale la propria posizione, l'Autorità affronta singolarmente alcuni requisiti di carattere soggettivo aventi particolare rilevanza per le procedure di gara.

2. Certificazione di qualità

Tra i requisiti soggettivi per i quali dovrebbe essere escluso il ricorso all'avvalimento, l'Autorità ricomprende anche la certificazione di qualità (UNI EN ISO), dando così una soluzione interpretativa sull'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento che appare **in controtendenza con l'orientamento del Consiglio di Stato**.

La giurisprudenza, infatti, ha spesso ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento anche con riguardo alla disponibilità di requisiti che l'Autorità ricomprende tra quelli soggettivi, in base alla considerazione che non è la tipologia del requisito a costituire un limite invalicabile per l'applicabilità dell'istituto, ma l'effettiva traslazione dal soggetto avvalso a quello avvalente della struttura cui è legato il requisito "soggettivo" (cfr. sez. III, 18/4/2011, n. 2343 e n. 2344; Sez. V, 26/5/2011, n. 3066; Sez. V, 10/11/2011, n. 6079; Sez. III, 15/11/2011, n. 6040).

Coerentemente a questo indirizzo giurisprudenziale, il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza del 23 ottobre 2012, n. 5408, ha evidenziato la portata generale dell'istituto dell'avvalimento il quale, per ampiezza e assenza di limiti all'impiego, non consentirebbe alcuna deroga applicativa.

Secondo tale impostazione, l'avvalimento dei requisiti soggettivi rientra nell'ambito dell'istituto in generale, che si basa sulla possibilità di eseguire un appalto con le risorse di un terzo e che, portato ad una conseguenza estrema, può comportare la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale.

Non è pertanto possibile, secondo il Consiglio di Stato, escludere l'avvalimento del requisito della **certificazione di qualità**, che “*essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa **requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa**, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto*”. Sotto tale aspetto, lo stesso Collegio ha, pertanto, ritenuto impropria la qualificazione meramente soggettiva della qualità del sistema aziendale, essendo questa certificazione riconducibile ai requisiti di capacità tecnica dell'imprenditore, e dunque suscettibile di avvalimento.

Molto interessante è, infine, il passaggio della sentenza n. 5408/2012 in cui si evidenzia, sotto altro profilo, che la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed “*essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA ai sensi del d.P.R. n. 34 del 2000, almeno con riferimento alla classifica III*”.

Al riguardo, si ritiene che la tesi giurisprudenziale sopra esposta possa ritenersi in linea con la finalità dell'istituto di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti. Si ritiene, inoltre, che l'ampliamento della portata dell'istituto dell'avvalimento possa essere comunque bilanciato dalla responsabilità solidale dell'ausiliaria. Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva comunitaria, ha, infatti, riconosciuto un “rilievo esterno” all'impresa ausiliaria, la quale è responsabile in solido (con il concorrente) nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (*cf.* articolo 49, comma 4, del codice dei contratti e T.A.R. Lazio, Roma, III-ter, 27 dicembre 2007, n. 14081).

E', tuttavia, necessario osservare come il ricorso all'avvalimento, riferito alla certificazione di qualità, rimanga di **difficile attuazione**, poiché se, in astratto, la ricostruzione è, come visto, coerente con l'istituto in generale, in concreto, la traslazione da un soggetto ad un altro di tale requisito pone ulteriori incertezze.

L'avvalimento è, infatti, basato sulla possibilità di eseguire un appalto con le risorse proprie di un'impresa terza che assume la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, tanto che non si rinviene alcun rischio

per la stessa che può contare, per una corretta esecuzione del contratto, su un'organizzazione professionalmente "qualificata", oltre che sulla responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria.

Come la stessa giurisprudenza favorevole rileva, il requisito soggettivo non è, tuttavia, sempre ricollegabile ad un singolo elemento individuato all'interno dell'ausiliaria, ma è spesso riferibile "*all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività*" (Cons. di Stato n. 2344/2011 cit. in merito alla certificazione di qualità). Ne consegue, in ragione della peculiarità della certificazione di "qualità", come requisito che identifica una struttura che agisce in modo "qualificato", la necessità per l'ausiliato di avvalersi dell'intera organizzazione aziendale del soggetto cui è direttamente riferibile tale requisito.

In tale ricostruzione l'avvalimento potrebbe essere, quindi, snaturato a favore di un'operazione assimilabile alla cessione temporanea d'azienda o di un suo ramo, oppure, come *extrema ratio*, alla messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale.

Tanto osservato, residua un margine d'incertezza sull'applicabilità della tesi giurisprudenziale esaminata, considerato che il requisito della qualità aziendale deve essere comunque riferito all'intera struttura dell'impresa ausiliaria e non ad una singola parte di essa.

Nella completa traslazione della qualità espressa dall'organizzazione aziendale dell'avvalsa, intesa nel suo complesso, vi è, infatti, il pericolo di trasformare il ruolo dell'**impresa ausiliata** che, avvalendosi *in toto* della prima potrebbe divenire **un mero centro d'imputazione di rapporti giuridici** e di coordinamento delle prestazioni svolte.

3. Iscrizione alla CCIAA e in albi professionali

Nell'analisi dell'avvalimento è spesso risultata problematica l'applicabilità dell'istituto ai requisiti di cui all'articolo 39 del Codice, connotati da un elevato tasso di "soggettività", poiché configuranti uno "status".

In particolare, con riguardo all'**iscrizione al registro delle imprese**, l'Autorità osserva nella determinazione n. 2/2012 che tale iscrizione rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti

ad esse connessi. Dalla natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto ne discende che la mancata iscrizione non può, quindi, essere posseduta tramite l'iscrizione di altra impresa.

Per quanto concerne gli altri requisiti connotati da un elevato tasso di "soggettività", l'Autorità afferma che qualora sia previsto un *"meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali"* non è possibile ammettere il ricorso all'avvalimento per la dimostrazione del possesso di **specifiche abilitazioni o iscrizioni agli albi professionali** *"altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc"*.

L'Autorità porta a titolo di esempio la giurisprudenza in materia d'iscrizione all'**Albo dei Gestori Ambientali**, secondo la quale non è possibile avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria, poiché in tal modo non sarebbero soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa nazionale a tutela del bene ambientale. La normativa nazionale, proprio per la delicatezza e rilevanza delle funzioni svolte da tali soggetti (dal punto di vista ambientale ed igienico-sanitario), ritiene, infatti, necessario che i soggetti abilitati siano in possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tanto inscindibili, da connotare tali soggetti a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-ter, sentenza n. 10080/2011). A conferma di tale posizione, anche la giurisprudenza di legittimità, in sede penale, ha dedotto che l'iscrizione all'Albo, in quanto titolo abilitativo, ha natura personale (cfr. Corte di Cassazione n. 38635/2005).

Stanti queste premesse, per l'Autorità l'avvalimento non può riguardare neppure altri requisiti di carattere strettamente personale, ossia il **nulla osta di sicurezza** (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. legge 3 agosto 2007 n. 124 e DPCM del 22 luglio 2011).

4. Avvalimento negli appalti di lavori

La determinazione dell'Autorità n. 2 del 1° agosto 2012 affronta, tra le altre, le problematiche attinenti all'avvalimento della qualificazione SOA e dei requisiti professionali, richiesti in sede di esecuzione del contratto.

Al riguardo, la stessa Autorità rileva 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. Ne consegue, per l'impresa ausiliata, la necessità di presentare in gara un certificato della camera di commercio dalla quale si evinca una coerenza tra l'oggetto sociale e la prestazione dedotta nel contratto di appalto.

L'Autorità non chiarisce cosa debba intendersi con il termine "settore"; tuttavia, si ritiene che con tale termine si intenda genericamente fare riferimento all'attività riconducibile ai "lavori", intesi nel senso più ampio. Al riguardo si potrebbe ipotizzare che un'impresa, operante nell'edilizia, possa, indipendentemente da ogni categoria posseduta, avvalersi di altra impresa per la realizzazione di un impianto e viceversa. Il termine "settore" non deve essere, quindi, interpretato come sinonimo di tipologia di lavori o categoria di qualificazione.

Si ritiene in proposito che una diversa lettura apparirebbe in aperto contrasto con la direttiva europea sull'avvalimento e, più in generale, con il principio della libera concorrenza.

Di contro sull'argomento è, invece, condivisibile la suddetta ricostruzione "restrittiva" dell'avvalimento, poiché il requisito dell'**iscrizione alla camera di commercio** deve ritenersi un requisito avente carattere personalissimo, in quanto attiene all'idoneità professionale, e come tale ha carattere personale ed è incedibile; tale requisito deve, pertanto, essere posseduto in proprio dall'operatore economico che contrae con la pubblica amministrazione e non tramite un terzo avvalso.

5. Qualificazione SOA

L'Autorità dopo aver ha fugato ogni dubbio circa la possibilità per un'impresa non in possesso di attestazione SOA di potersi avvalere dell'attestato di un'altra impresa, affronta nel prosieguo della determinazione n. 2/2012 la questione del **divieto di utilizzo frazionato dei requisiti** previsto dall'articolo 49, comma 6 del codice.

Tale problematica può essere scissa idealmente in due aspetti.

Il primo aspetto concerne il contenuto del primo periodo dell'articolo 49, comma 6, del Codice che prevede: *"per i lavori, il concorrente può avvalersi*

di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione” salvo, come indicato nel secondo periodo dello stesso articolo, che sia il bando di gara ad ammettere “l’avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni”.

Il secondo aspetto della questione riguarda l’ultima parte dell’articolo 49 citato che specifica altresì come resta fermo *“il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all’articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell’attestazione in quella categoria”.*

Riguardo al primo aspetto (**c.d. divieto di avvalimento plurimo**), si condivide quanto evidenziato dall’Autorità, ossia che il divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per la medesima categoria sia esplicitamente contenuto nel comma 6 dell’articolo 49, che precisa chiaramente che, per i lavori, il concorrente può avvalersi di **una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione**, salvo le eccezioni previste dalla stessa disposizione.

In altri termini, dunque, i concorrenti non possono avvalersi di **più imprese per raggiungere la qualificazione** nella categoria di lavori richiesta.

La ratio di tale disposizione va ravvisata, secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza V, 13 giugno 2011, n. 3565, che ha individuato la finalità dell’avvalimento nel consentire a soggetti che siano privi di qualificazione *“di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti [...], se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti [...], in coerenza con la normativa comunitaria”.* Lo scopo della normativa comunitaria consiste, infatti, nel *“far concorrere alle gare anche i soggetti che non hanno i requisiti se li ha l’impresa ausiliaria”* ma non nel *“consentire che chi non ha i requisiti possa comunque presentare offerte, così impegnandosi ad eseguire prestazioni per cui non ha i presupposti”.*

La necessità della stazione appaltante di non trovarsi di fronte ad un concorrente integralmente dotato dei requisiti, piuttosto che di fronte a più soggetti che singolarmente non li possiedono, comporta un’ulteriore conseguenza: non può ritenersi neppure ammissibile un mero **cumulo fra le classificazioni possedute da ausiliata ed ausiliaria**. Anche in questo caso la stazione appaltante si troverebbe, infatti, davanti ad ausiliata ed ausiliaria che non sarebbero in grado, singolarmente, di procedere all’esecuzione di

un'opera per quella specifica classifica di importo (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 5161 del 1° ottobre 2012).

E' altresì escluso che l'impresa ausiliaria possa avvalersi di un altro soggetto (**c.d. divieto di subavvalimento**). L'istituto dell'avvalimento va, infatti, letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta a favorire la massima concorrenza, come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Da quanto sopra esposto, la giurisprudenza deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili "**subausiliari**". La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'articolo 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi.

Da notare che, secondo la giurisprudenza, il **divieto del cd. "avvalimento plurimo"** (ovvero l'avvalimento dei requisiti di più soggetti) è **limitato unicamente alla stessa categoria di lavori da eseguire**. E' quindi sempre possibile avvalersi di più imprese che singolarmente dimostrino una qualificazione per una classifica d'importo sufficiente anche per diverse categorie previste nel bando.

Quanto, invece, al secondo aspetto del divieto di frazionamento dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio della SOA, l'Autorità assimila a tale divieto il **requisito della cifra d'affari in lavori** svolta negli ultimi 5 anni per gli appalti di importo superiore a 20,658 milioni di euro.

Secondo l'Autorità è, infatti, da ritenersi inammissibile il ricorso all'avvalimento frazionato per la dimostrazione della cifra d'affari minima. Il presupposto di questa interpretazione risiede nella considerazione che l'oggetto dell'avvalimento deve riferirsi all'insieme indivisibile di tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, elencati dall'articolo 79 del Regolamento, d.P.R. n. 207/2010, i quali solo se considerati nel loro insieme consentono la qualificazione del concorrente.

Tuttavia, a parere dell'Associazione, la ricostruzione dell'Autorità pone serie perplessità, in quanto il comma 6 dell'articolo 49 del codice fa espresso riferimento ai requisiti "che hanno consentito il rilascio della SOA", mentre il requisito della cifra d'affari costituisce requisito ulteriore ed aggiuntivo rispetto all'attestato SOA.

Più in generale, su di un piano sistematico, si ritiene che non vi sia uno stretto collegamento tra fatturato dimostrato in sede di qualificazione SOA e fatturato dimostrato per la partecipazione alla gara di importo superiore alla predetta soglia di 20,658 milioni di euro. Il quinquennio dell'attestazione SOA è, infatti, calcolato sui migliori 5 degli ultimi 10 risultanti dai bilanci depositati alla data della stipulazione del contratto di attestazione con la SOA. Il quinquennio portato all'attenzione della stazione appaltante per la cifra d'affari è, invece, relativo agli ultimi cinque anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando. Si tratta, quindi, di requisiti che soltanto in limitatissimi casi possono coincidere, proprio perché il primo è un requisito di qualificazione SOA e l'altro di qualificazione in gara.

L'Autorità avrebbe potuto più opportunamente assimilare il predetto fatturato ai requisiti di carattere tecnico non ricompresi nell'attestazione SOA, per i quali la stessa Autorità non ritiene operante la limitazione prevista dalla disposizione sul divieto di utilizzo frazionato dei requisiti di qualificazione (*cf.* ad es. la citata sentenza n. 5408/2012, nella quale il Consiglio di Stato, con riferimento ai requisiti tecnico-professionali per l'installazione degli impianti previsti dal D.M. n. 37/2008, ha ritenuto possibile avvalersi di un'impresa per l'abilitazione riportata alla lettera "a", riferita ad "impianti elettrici", e di un'altra impresa per le lettere "d", "e", "g" riferite ad "impianti idrici, fognari, antincendio e del gas").

Si potrebbe, pertanto, ritenere che la cifra d'affari possa essere dimostrata anche attraverso il ricorso all'avvalimento di altra impresa, considerata la sussistenza della responsabilità solidale in capo alla stessa.

La peculiarità dell'istituto non consente, infine, per la stessa Autorità, di applicare il beneficio del cd. "incremento del quinto" previsto all'articolo 61, comma 1, sulla parte di requisito SOA oggetto di avvalimento.

6. Avvalimento e progettisti

Riguardo all'**appalto integrato**, l'Autorità esclude radicalmente che il progettista "indicato" previsto all'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti possa avvalersi dei requisiti di altro progettista.

Pertanto, alla luce della posizione espressa dall'Autorità, in caso di appalto integrato, la scelta tra associare ovvero indicare il progettista deve tenere conto del fatto che nel primo caso sarà possibile ricorrere all'avvalimento, mentre nel secondo caso il progettista dovrà possedere in proprio i requisiti richiesti nel bando.

7. Subappalto

In merito all'esame del rapporto tra **avvalimento** e subappalto, nella determinazione n. 2/2012 si osserva preliminarmente che la volontà di ricorrere all'avvalimento deve essere espressa dal concorrente nella domanda di partecipazione alla gara. Se ne deduce che se l'avvalimento è ammesso soltanto **in fase di gara, è impossibile ricorrervi in un momento successivo** ossia in sede di esecuzione per consentire la qualificazione del subappaltatore.

L'Autorità precisa inoltre che, in caso di **affidamento dei lavori di subappalto all'impresa ausiliaria**, devono essere rispettati i limiti per esso stabiliti dalla disciplina pubblicistica, ossia i limiti inerenti alla propria qualificazione e il limite del 30% della quota subappaltabile nella categoria prevalente.

In tema di avvalimento e subappalto, anche il **Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti** ha inteso fornire chiarimenti interpretativi ed applicativi, attraverso la **circolare 30 ottobre 2012, n. 4536**.

In particolare, il Ministero ricorda che il codice dei contratti riserva all'impresa che ha partecipato alla gara l'esecuzione dell'appalto, alla quale sarà rilasciato il certificato di esecuzione, e che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (articolo 49, comma 10). Tale disposizione non chiarisce, tuttavia, se il richiamo ivi contenuto al subappalto implichi anche l'applicazione di tutti i limiti previsti

per il ricorso a tale istituto, ovvero se si tratti di una ipotesi particolare di subappalto, non assoggettabile ai limiti previsti dall'articolo 118.

Nella citata circolare il Ministero ritiene applicabili i limiti previsti, poiché l'articolo 118, contenente la disciplina generale del subappalto, è norma di ordine pubblico che non può intendersi implicitamente derogata dall'articolo 49, comma 10.

Ne consegue che il contratto di subappalto stipulato con l'impresa ausiliaria deve essere sottoposto alla **disciplina generale del subappalto** e, pertanto, per il settore dei lavori, ciò comporta che: 1) l'esecuzione in subappalto da parte dell'ausiliaria dei lavori relativi alla categoria prevalente può avvenire solo nel limite del 30% della stessa; 2) deve trovare applicazione la disciplina prevista per le c.d. categorie superspecializzate, di cui all'articolo 37, comma 11; 3) il subappalto deve comunque essere assoggettato ad autorizzazione della stazione appaltante; 4) il prezzo praticato all'ausiliaria subappaltatrice non può avere un ribasso superiore al 20% del prezzo di appalto.

Naturalmente, a questi limiti desumibili dalla disposizione generale che regola il subappalto, si aggiunge il limite desumibile dallo stesso articolo 49, comma 10, ossia quello relativo ai requisiti prestati.

La determinazione dell'Autorità è in linea con la posizione espressa dal Ministero, ed entrambi forniscono un importante chiarimento sull'applicabilità al subappalto, previsto dall'articolo 49, comma 10, della disciplina generale prevista per tale istituto.

L'interpretazione fornita da tali organi fa propria la posizione più rigida emersa nel corso del dibattito sorto sul punto.

A tale riguardo, si era, in passato, obiettato che l'impresa ausiliaria non diviene una semplice subappaltatrice ma, in quanto ausiliaria, resta sempre responsabile in solido con l'impresa principale nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto, in base alla disciplina dell'avvalimento. Sulla in base di tali argomentazioni, si era dedotta la sussistenza di una specifica differenza fra il subappalto "classico", disciplinato dall'articolo 118 del codice dei contratti, e quello cui è possibile ricorrere nell'avvalimento. In questa seconda ipotesi, infatti, l'impresa ausiliaria avrebbe potuto eseguire in subappalto anche lavori che superino la quota del 30% prevista nell'articolo 118, purché nei limiti dei requisiti prestati.

In effetti, per quanto apparisse fortemente suggestiva e per certi versi auspicabile la lettura che riportava l'ipotesi prevista dall'articolo 49, comma 10 ad un'autonoma figura di subappalto, svincolata dai limiti di cui all'articolo 118, la soluzione dell'Autorità e del Ministero, oltre ad essere estremamente chiara, risulta maggiormente in linea con un approccio interpretativo di tipo sistematico. Si è, infatti, correttamente ritenuto che l'eventuale scelta del legislatore di rendere autonomo il subappalto all'impresa ausiliaria, rispetto all'ipotesi generale di subappalto, avrebbe richiesto una norma specifica in tal senso, poiché l'articolo 118 è **norma di ordine pubblico** e, pertanto, come tale, è verosimile che un'eventuale deroga sarebbe stata espressa in forma diretta, e non desumibile implicitamente dalla formulazione dell'articolo 49, comma 10.

8. ATI

Nella determinazione n. 2/2012 è affrontata la problematica afferente l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento ai raggruppamenti temporanei d'impresa.

In particolare, nella stessa determinazione, è chiarito che, coerentemente con la ratio dell'istituto diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, la norma deve essere interpretata 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”*.

Ciò comporta, dunque, che le imprese che compongono l'ATI possono ricorrere all'avvalimento per fornire la qualificazione che, cumulata con quella delle altre imprese, determina il possesso dei requisiti in capo all'associazione. Rimangono comunque ferme le regole che afferiscono alla disciplina dell'ATI.

A tale proposito, il Consiglio di Stato, con la più volte citata sentenza del 23 ottobre 2012, n. 5408, evidenziando la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, ritiene che, *“la concreta operatività del meccanismo di avvalimento implica assunzione di responsabilità dell'impresa ausiliaria e non la creazione di una struttura associativa, sicché se il concorrente è un raggruppamento, è la **mandataria che stipula il relativo contratto di avvalimento**, nella qualità di rappresentante dell'A.T.I.”*.

Peraltro, l'avvalimento nell'ATI non integra una lesione del divieto di utilizzo frazionato dei requisiti, poiché ciascuna impresa che ricorra all'avvalimento può farlo esclusivamente nel rispetto dei principi desumibili dall'art. 49, comma 6, esaminato nel precedente paragrafo 5. La giurisprudenza ha, infatti, di volta in volta ammesso l'applicabilità dell'istituto alle associazioni di tipo orizzontale, verticale ovvero misto (*cf.* Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, pareri 21 maggio 2008, n. 159 e 31 luglio 2008, n. 206, nonché T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sent. 23/1/2009 n. 1).

Sulla possibilità di **avvalersi della qualificazione dei componenti il raggruppamento** concorrente alla gara di appalto, l'Autorità chiarisce che i singoli componenti possono utilizzare l'istituto dell'avvalimento sia ricorrendo all'avvalimento esterno, ossia di un'impresa estranea al raggruppamento, che interno, ossia di un'impresa associata. In quest'ultimo caso è necessaria la **stipula di un autonomo contratto di avvalimento** tra le due imprese associate, non essendo sufficiente il semplice rapporto associativo intercorrente tra le stesse due, a seguito della costituzione del raggruppamento.

L'ammissibilità dell'avvalimento interno può ritenersi condivisibile, in quanto il legislatore – in sede di recepimento della direttiva – non ha posto particolari limiti con riguardo al modello dell'associazione temporanea, di conseguenza il ricorso all'avvalimento deve ritenersi consentito non solo per i requisiti di imprese "esterne", ma anche per i requisiti posseduti da imprese facenti parte dello stesso raggruppamento temporaneo.

9. Contratto di avvalimento

Tra gli aspetti dell'avvalimento più controversi sotto il profilo applicativo vi è quello che attiene alla prova della disponibilità dei mezzi in capo al soggetto del quale si invocano i requisiti.

La condizione preliminare per il legittimo utilizzo dei requisiti di capacità posseduti da un altro soggetto è sempre stata, per Autorità e giurisprudenza (anche comunitaria), la dimostrazione da parte del partecipante alla gara di disporre effettivamente, sulla base di adeguato titolo giuridico, dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa propri del soggetto, individuale o collettivo, di cui intende avvalersi.

Sulla base di tale comun denominatore, si è dibattuto intorno all'oggetto ed al tipo di prova che il partecipante deve fornire.

La determinazione n. 2/2012 dell'Autorità di vigilanza non fugge ogni dubbio su come rendere operativa e non formale la messa a disposizione dei requisiti. Tuttavia, ponendosi nell'ottica della stazione appaltante, la stessa Autorità evidenzia l'importanza di verificare singolarmente tutti gli atti previsti all'articolo 49 del codice, presentati a dimostrazione dell'avvalimento.

Ruolo centrale, tra i documenti da presentare in gara, assume il contratto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente cui si aggiungono le dichiarazioni con cui l'ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie e i requisiti tecnici di cui è in possesso; ciò al fine di verificare l'**effettiva idoneità tecnica del concorrente**.

Concordando con la giurisprudenza, l'Autorità ritiene che il contratto di avvalimento non sia surrogabile con le **dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato** e che i documenti previsti dall'articolo 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione; ciò anche in ragione del contenuto specifico che questi devono avere.

L'Autorità, infatti, in ragione dell'oggetto del contratto, evidenzia la necessità che il contratto di avvalimento, indichi "**in modo determinato e specifico**" le risorse e i mezzi prestati, ossia li indichi analiticamente; diversamente, si potrebbe configurare una causa di esclusione del concorrente dalla gara. Non è, quindi, possibile che il contratto di avvalimento si sostanzi nell'impegno generico di mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

La posizione espressa dall'Autorità non appare, tuttavia, allineata con la citata sentenza n. 5408/2012, in cui il Consiglio di Stato sembrerebbe ritenere sufficiente il contratto di avvalimento, con il quale si stabilisce che l'ausiliaria metterà a disposizione dell'avvalente la propria qualificazione SOA e la relativa certificazione di qualità, nonché tutte le risorse necessarie nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dell'opera oggetto della categoria. Tale posizione giurisprudenziale poggerebbe essenzialmente sull'assunto che non verrebbe comunque meno la responsabilità solidale tra ausiliaria e concorrente (cfr. in tal senso anche Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza n. 5692 dell'8 novembre 2012 in merito all'avvalimento infragruppo).

Al riguardo, si ritiene, tuttavia, di dover seguire l'esplicita indicazione contenuta nell'articolo 88, comma 1, del regolamento sui contratti pubblici circa il modo "**determinato e specifico**" con cui si obbliga il concorrente a

indicare nel contratto quali risorse, necessarie all'esecuzione dell'appalto, siano messe a disposizione dell'impresa ausiliata affidataria dell'appalto. Ciò significa, a titolo esemplificativo, che oltre alla messa a disposizione dell'attestato SOA, per l'esecuzione dei lavori dovranno essere espressamente indicate - in modo chiaro, esplicito e puntuale - tutte le risorse necessarie, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dei lavori relativi alla categoria prestata. Tali requisiti consistono essenzialmente in: risorse organizzative e umane; mezzi e attrezzature; fatturato globale in lavori (in caso di lavori nella classifica illimitata).

Inoltre, come evidenzia l'Autorità, **spetta alla sola stazione appaltante valutare** se *“il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto”*.

La determinazione non affronta la questione relativa alle tipologie di contratto da utilizzare (ad es. affitto, distacco, nolo, etc.) per la messa a disposizione in concreto dei singoli requisiti prestati. Al riguardo, si ritiene che l'avvalimento dei requisiti altrui dovrebbe consentire l'**immediata disponibilità dei mezzi e del personale necessari per eseguire l'appalto**, senza l'intermediazione dell'impresa ausiliaria. Tale profilo è stato condiviso dalla giurisprudenza, che ha chiarito come sia *“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'articolo 1322 del codice civile”* (Consiglio di Stato, sezione V, sent. n. 3791/2009).

In altri termini, il giudice amministrativo ipotizza l'utilizzabilità anche di contratti atipici, purché l'aggiudicataria utilizzi in via diretta le risorse messe a disposizione. Non bisogna, infatti, dimenticare che, nonostante i requisiti di qualificazione siano propri dell'ausiliaria, è soltanto l'impresa ausiliata ad essere titolare del contratto di appalto, e come tale a disporre dei fattori della produzione direttamente in modo da realizzare in piena autonomia i lavori oggetto dell'appalto.

Infatti, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto determina effetti giuridici direttamente in capo all'impresa affidataria sino all'estinzione del rapporto contrattuale.

Quanto all'obbligo di indicare la **durata del contratto di avvalimento**, posto che è la stessa disposizione di cui all'articolo 49, comma 2 lett. f) ad esigere che le risorse siano messe a disposizione "per tutta la durata dell'appalto", l'Autorità considera tale termine non derogabile dalle parti, dovendo necessariamente coincidere con la durata del contratto.