

**Focus Team
Construction & Engineering**

Focus Team Leader
Paolo Daino
Paolo.Daino@belex.com
+39 02 771131

Autori**Giuseppe Manzo**

Giuseppe.Manzo@belex.com
+39 02 771131

Alessandro Rosi

Alessandro.Rosi@belex.com
+39 02 771131

L'AVVALIMENTO CD. "OPERATIVO", ALLA LUCE DELLE PIU' RECENTI PRONUNCE DELL'ANAC E DELLA GIURISPRUDENZA

L'avvalimento è un istituto di origine comunitaria volto a permettere la più ampia partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, consentendo a un operatore privo dei requisiti tecnici e/o economici richiesti dal bando di gara (cd. impresa ausiliata), di mutuare tali requisiti da un soggetto qualificato (cd. impresa ausiliaria), sulla base di un contratto atipico (il cd. contratto di avvalimento).

1. Distribuzione selettiva, controllo del canale, e tutela del marchio

L'avvalimento dei requisiti economico-finanziari quali, ad esempio, il possesso di un fatturato minimo maturato nell'ultimo triennio (cd. "avvalimento di garanzia"), non desta particolari criticità: affinché il contratto di avvalimento sia valido è sufficiente che esso contenga l'espresso impegno dell'impresa ausiliaria a garantire l'ausiliata con le proprie complessive risorse economiche (il cui indice è il fatturato di impresa), così assicurando alla stazione appaltante un concreto supplemento di responsabilità e solidità economico-finanziaria¹.

2. Avvalimento operativo

Maggiormente problematico è l'avvalimento dei **requisiti tecnico-professionali** (cd. "avvalimento operativo") quali, ad esempio, il possesso di determinati mezzi o risorse professionali, di certificazioni SOA o di qualità, dell'esperienza maturata nello stesso settore oggetto di gara.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale è stata caratterizzata dal tentativo di arginare prestiti di requisiti meramente "cartolari" o "fittizi", ovvero sia privi della concreta ed effettiva messa a disposizione di mezzi/risorse/competenze tecniche, necessarie per la corretta esecuzione del contratto di appalto.

A tal fine, è stata da tempo sancita la **nullità** del contratto di avvalimento in caso di mancata "specificazione" delle risorse (almeno in termini di categorie e qualificazioni) e dei mezzi/attrezzature oggetto di prestito, nonché in caso di mancato espresso impegno da parte dell'ausiliaria alla "ef-

¹ Sul punto, Consiglio di Stato, sez. V, n. 6693/2018, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4798/2018, Consiglio di Stato, sez. V, n. 953/2018.

fettiva” messa a disposizione degli stessi a favore del concorrente e della stazione appaltante².

3. Le ulteriori ipotesi di invalidità del contratto di avvalimento enfatizzate dalle recenti pronunce

Le recenti pronunce dell’Autorità Nazionale Anticorruzione³ e della giurisprudenza enfatizzano l’obbligo di prevedere espressamente nel contratto di avvalimento anche l’impegno dell’ausiliaria a “eseguire direttamente” le prestazioni oggetto dell’appalto per cui vengono richiesti/prestati i requisiti tecnico-professionali.

Secondo tali pronunce il predetto impegno – previsto espressamente per legge nel solo caso di avvalimento relativo a “*titoli di studio e professionali ..., o alle esperienze professionali pertinenti*”⁴ (es. servizi di progettazione) – andrebbe previsto in qualsivoglia contratto di avvalimento operativo, anche quando la prestazione oggetto di appalto non s’incentri su detti titoli ed esperienze pertinenti (es. servizi di ristorazione, servizi di trasporto)⁵.

A prescindere dal **potenziale contrasto di questa interpretazione con il diritto comunitario**⁶ e con la generale previsione secondo cui il contratto di appalto “*è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara*”⁷, tali decisioni determinano non poche difficoltà nell’utilizzo dell’avvalimento, in grado di minare la partecipazione alle gare pubbliche soprattutto delle imprese neocostituite ovvero di contenute dimensioni (le piccole e medie imprese).

² Consiglio di Stato, sez. V, n. 1543/2018, Consiglio di Stato, sez. III, n. 1339/2018, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 23/2016.

³ Delibera ANAC del 2 maggio 2018 n. 419.

⁴ Articolo 89 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016.

⁵ In tal senso, delibera ANAC n. 419/2018, Consiglio di Stato, sez. V, n. 5750/2018, T.A.R. Veneto, sez. I, n. 54/2019, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, n. 1007/2018; *contra*, la isolata pronuncia T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, n. 300/2018.

⁶ Si veda Corte di Giustizia, sez. I, causa C-324/14, 7 aprile 2016. La Corte ricorda che l’avvalimento è un istituto generale che consente di realizzare la massima apertura del confronto concorrenziale e che, pertanto, non può essere soggetto a obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti espressamente dalle relative disposizioni normative, che impongono unicamente all’ausiliario di mettere a disposizione dell’ausiliato i propri mezzi e capacità in modo effettivo, sostanziale. In questo contesto, prosegue la Corte, l’impresa ausiliaria potrebbe essere obbligata a partecipare direttamente e personalmente all’esecuzione dell’appalto solo in casi eccezionali, motivati dalla peculiare natura dello specifico appalto (es. proprio il caso di prestazioni di natura professionale, che richiedono l’iscrizione in albi professionali).

⁷ Articolo 89 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016.

Specie nel caso (piuttosto ricorrente) di prestito della pregressa esperienza tecnica ovvero delle certificazioni ISO o SOA, si pongono infatti le seguenti questioni centrali:

a) se debbano essere indicate e debbano eseguire direttamente l'appalto “**tutte**” le risorse e mezzi dell'ausiliario sottesi a detti requisiti (come sostiene l'ANAC), ovvero – più ragionevolmente – se l'obbligo di esecuzione diretta debba essere limitato solo al personale e alle attrezzature di cui l'ausiliata dovesse risultare priva e che si dovessero rivelare necessari per la corretta esecuzione dell'appalto (come suggerito dal Consiglio di Stato⁸);

b) in particolare nella prima ipotesi, l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria di una notevole porzione dell'appalto potrebbe portare a ritenere l'appaltatore un mero **intermediario**; inoltre, in caso di trasformazione dell'avvalimento in **subappalto** nel corso dell'esecuzione (facoltà consentita dall'art. 89 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016), si potrebbe altresì determinare il superamento dei limiti previsti dalla legge per il primo⁹. Onde ridurre tale ultimo rischio, è utile richiamare la datata circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti¹⁰, che suggerisce di trasformare l'avvalimento in subappalto solo entro i predetti limiti, mantenendo per la parte eventualmente eccedente il rischio organizzativo in capo all'appaltatore (per esempio, ricorrendo al distacco di personale).

4. I rischi derivanti dal contratto di avvalimento

In sede di gara, qualora la stazione appaltante ritenga il contratto di avvalimento non adeguatamente dettagliato ovvero recante un contenuto non conforme alle previsioni di legge, esclude l'impresa dalla gara¹¹.

In corso di esecuzione del contratto di appalto, la stazione appaltante è tenuta ad accertare l'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e che le prestazioni siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria, pena la risoluzione del contratto di appalto e l'escussione della cauzione definitiva. L'eventuale risoluzione e

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, n. 2953/2018.

⁹ Percentuale fissata inizialmente al 30 % dall'art. 105, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, ora innalzata al 50% per effetto del D.L. n. 32/2019 (cd. “sblocca-cantieri”), allo stato in attesa di conversione in legge.

¹⁰ Circolare MIT prot. n. 4536 del 30 ottobre 2012.

¹¹ È pacificamente esclusa la possibilità di integrare eventuali carenze del contratto di avvalimento in corso di gara per il tramite del cd. soccorso istruttorio.

**Contatti del Focus Team
Construction & Engineering:**

Paolo Daino (*team leader*)

Paolo.Daino@belex.com

Riccardo Biciato

Riccardo.Biciato@belex.com

Riccardo Bordi

Riccardo.Bordi@belex.com

Paolo Di Giovanni

Paolo.Digiovanni@belex.com

Monica Iacoviello

Monica.Iacoviello@belex.com

Giuseppe Manzo

Giuseppe.Manzo@belex.com

Catia Tomasetti

Catia.Tomasetti@belex.com

Lorenzo Melchionda

Lorenzo.Melchionda@belex.com

Rosaria Longobardi

Rosaria.Longobardi@belex.com

Alessandro Rosi

Alessandro.Rosi@belex.com

Fabiola Rossi

Fabiola.Rossi@belex.com

L'escussione della cauzione dovranno essere dichiarate in tutte le future gare cui si intende partecipare nei successivi tre anni. Ciascuna stazione appaltante potrà disporre l'esclusione qualora ritenga sussistere un grave illecito professionale tale da minare l'integrità e professionalità dell'impresa e non ritenga sufficienti le misure eventualmente adottate da quest'ultima per evitare il suo ripetersi¹².

¹² Articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016.