

Determinazione dell'AVCP "L'Avvalimento nelle procedure di gara"

3 Settembre 2012

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha recentemente pubblicato la Determinazione n.2/2012 contenente criteri interpretativi per l'utilizzo dell'avvalimento nelle procedure di gara con la quale, a seguito delle modifiche normative intervenute sull'articolo 49 ed in base alla giurisprudenza ormai formatasi sull'argomento, ha ritenuto opportuno intervenire sulla materia offrendo alcune indicazioni interpretative di carattere generale.

Nella Determinazione, l'AVCP inquadra l'istituto nel Diritto comunitario, dal quale ha origine, e nella disciplina nazionale del Codice dei Contratti specificando che l'avvalimento è utilizzabile nei settori speciali e nell'ambito delle concessioni di lavori e di servizi.

Viene effettuata un'analisi dei **requisiti** che possono essere oggetto di avvalimento, quindi quelli relativi alla capacità economico-finanziaria ed a quella tecnico-organizzativa e viene precisato che l'istituto è applicabile al solo concorrente e non anche all'impresa ausiliaria. Pertanto, non può ritenersi consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto (cd "avvalimento a cascata").

L'AVCP sottolinea affronta il problema dei requisiti che, pur non essendo menzionati dall'art.38 del Codice tra quelli "generalisti" o "soggettivi", che non possono essere oggetto di avvalimento, sono comunque connotati da una natura "soggettiva" in quanto "acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso". Tra questi, la certificazione di qualità, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio. Ciò ha dato luogo a diverse interpretazioni, illustrate nella Determinazione, per arrivare alle seguenti conclusioni:

- **La certificazione di qualità:** l'AVCP conferma la posizione già espressa in altre occasioni nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento, per diverse motivazioni.

In primo luogo, perché l'art. 49 del Codice circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione dell'avvalimento ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo o alla certificazione SOA e non vi è dubbio sull'inapplicabilità ai requisiti di ordine generale, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità. La certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata dall'art. 43.

In secondo luogo, tale articolo qualifica la certificazione di qualità come attestazione dell'"ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità", cioè le ISO 9001, che definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, ma non disciplinano il modo in cui l'imprenditore deve realizzare le proprie lavorazioni. La certificazione non riguarda il prodotto, ma testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene i propri processi produttivi. Per tale motivo, ad avviso dell'Autorità, è assimilabile ad un requisito soggettivo perché riguarda uno specifico "status" dell'imprenditore.

Altre valutazioni muovono dalla disciplina dell'avvalimento concernente l'attestazione SOA. Tale disciplina prevede che i requisiti che concorrono al rilascio dell'attestazione in argomento non

possono essere oggetto di utilizzo frazionato e pertanto tale attestazione può essere oggetto di avvalimento solo nella sua totalità. Poiché la certificazione di qualità rientra nel complesso dei requisiti necessari per il rilascio dell'attestazione SOA, se fosse consentito l'avvalimento della sola certificazione di qualità, disgiunta dall'avvalimento della SOA, sarebbe legittimato il frazionamento dei requisiti, in aperto contrasto con la ratio della norma. In sintesi, l'AVCP si ritiene che l'avvalimento della certificazione di qualità non sia consentito, tranne nell'ipotesi in cui la stessa sia compresa nella attestazione SOA.

- **I requisiti di cui all'art. 39 del Codice e l'iscrizione in albi professionali:** un ulteriore argomento sul quale sono stati avanzati dubbi riguarda la possibilità di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di cui all'art. 39 del Codice (Requisiti di idoneità professionale). Anche per questi l'Autorità ritiene non possano essere oggetto di avvalimento in quanto sono caratterizzati da un elevato tasso di "soggettività".

Perquanto riguarda l'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, viene osservato che essa rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dal codice civile, che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, vista la natura soggettiva dell'adempimento.

In relazione all'iscrizione agli albi professionali, l'Autorità ritiene che nel caso in cui l'iscrizione sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento (ad esempio, non potrà riguardare il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali). La stazione appaltante dovrà fare tale verifica nei singoli casi.

Nella Determinazione vengono formulate alcune puntualizzazioni con riferimento all'**avvalimento nei lavori pubblici**.

Viene infatti sottolineato che il concorrente deve imprescindibilmente possedere *i requisiti generali* di cui all'art. 38, nonché operare nel settore nel quale va inquadrata la prestazione oggetto della gara, ai sensi dell'art. 39 del Codice.

Per quanto riguarda il divieto di *utilizzo frazionato dei requisiti*, l'Autorità ritiene che debba essere interpretato sia come divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione sia come divieto di frazionamento del singolo requisito fra impresa ausiliata ed ausiliaria. Di conseguenza, non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria (salvo l'eccezione prevista dalla legge), 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 da un'altra impresa, in modo da raggiungere la classifica prescritta.

L'avvalimento, ad avviso dell'AVCP, incontra, quindi, dei limiti oggettivi, nel senso che, pur consentendo all'impresa principale di ricorrere per i requisiti mancanti ad un'impresa ausiliaria, non permette che quest'ultima sia a sua volta carente, neppure parzialmente, dei suddetti requisiti. Altrimenti, la stazione appaltante non disporrebbe di alcun soggetto integralmente qualificato per eseguire la prestazione.

Ne consegue la non ammissibilità dell'aumento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma 2, sulla parte di requisito SOA oggetto di avvalimento, in quanto l'avvalimento serve a colmare i requisiti di cui il concorrente è carente: ammettere l'aumento del quinto anche sulla parte di requisiti "prestati" consentirebbe di eludere il divieto del doppio ausiliario.

Un problema affrontato dalla Determinazione riguarda l'appalto di progettazione ed esecuzione di cui all'articolo 53, comma 2, lett. b) e c), del Codice, cioè se il *progettista "indicato"*, nel caso in cui fosse carente di un requisito, possa ricorrere dell'avvalimento.

Anche in questo caso l'Autorità esprime una posizione negativa con diverse motivazioni, una delle quali chiarisce che dell'avvalimento può servirsi il soggetto che assume la veste di "concorrente" nella gara, mentre il progettista "indicato" non riveste tale qualifica.

Un altro argomento riguarda il rapporto tra **avvalimento e subappalto**. La normativa stabilisce che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore "nei limiti dei requisiti prestati". Viene posto il problema della interpretazione di tali "limiti" e del coordinamento di tale norma con l'art.118 dello stesso Codice. L'AVCP afferma che l'utilizzo del subappalto, anche nell'ambito dell'avvalimento, deve essere coordinato con la disciplina pubblicistica stabilita dall'art. 118 del Codice e dalle norme regolamentari (art. 170 del Regolamento), non espressamente derogate dalla disciplina sull'avvalimento.

Viene inoltre escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto, in quanto si tratta di un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara, mentre il subappalto rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori.

La Determinazione affronta anche il problema del coordinamento della disciplina dell'avvalimento con quella dei **raggruppamenti temporanei di imprese**. A tale proposito, tra altri aspetti, viene chiarito che il divieto di partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara, stabilito all'art. 49, comma 8, del Codice, deve intendersi riferito al caso in cui tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi.

Per quanto riguarda la **prova della disponibilità dei requisiti**, viene in via preliminare precisato che la volontà di ricorrere all'avvalimento deve essere espressa dal concorrente nella domanda di partecipazione alla gara; 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'art. 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione.

Inoltre non risulta conforme alla norma consentire la partecipazione di un concorrente che, pur utilizzando l'avvalimento al fine della qualificazione nella specifica gara, non produca il relativo contratto, la cui stipula è anzi rinviata ad un momento successivo rispetto alla presentazione dell'offerta. E' ritenuto invece ammissibile il contratto che, pur presentando tutti gli elementi richiesti dal legislatore, sia sottoposto alla condizione che il concorrente risulti aggiudicatario della gara. Pertanto, il contratto di avvalimento deve dettagliare la messa a disposizione delle risorse, non è sufficiente una dichiarazione generica, così che la stazione appaltante possa meglio valutare la serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

In relazione al **contenuto minimo del contratto di avvalimento**, viene puntualizzato l'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, che devono essere elencati "in modo determinato e specifico", quindi devono essere specificati analiticamente.

Ciò perché il contratto di avvalimento non può essere un impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente" e spetta alla stazione appaltante valutare se risulta adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto.

Inoltre l'obbligo di indicare la durata del contratto, che deve coincidere la durata dell'appalto, non è derogabile dalle parti.

1) Gazzetta Ufficiale n. 185 del 09/08/2012

7724-Determinazione n_2 del 1 agosto 2012.pdf [Apri](#)