



I SEMINARI DELLA RETE NAZIONALE SERVIZI

LA RIFORMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (PARTE II) LE NOVITÀ IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI



webinar 10 maggio 2023





L'AVVALIMENTO

Relatore: Alessandra Tatoni
Soa Group SpA



LE ORIGINI DELL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO NEL DIRITTO COMUNITARIO

A livello comunitario la possibilità, per i concorrenti, di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti in modo indiretto, è stata affermata per la prima volta con la sentenza del 14.4.1994 causa – 389/92 Ballast Nedam Groep, con la quale la Corte di Giustizia Europea ha stabilito che una società capogruppo possa dimostrare la sussistenza dei requisiti di partecipazione ricorrendo a quelli di una società del gruppo di appartenenza. I principi elaborati dai giudici comunitari sono stati recepiti a livello normativo nelle direttive ue 2004/17 e 2004/18 che sono state accolte nel nostro ordinamento prima con l'art. 49 del d.lgs. 163 del 2006 che manteneva tuttavia rigorosi vincoli applicativi in contrasto con la *voluntas legis* comunitaria e a distanza di 10 anni nell'art. 89 del d.lgs. 50/2016

Sin dall'inizio la disciplina dell'Avvalimento, sia a livello comunitario che a livello nazionale, si contraddistingue per due contrapposte esigenze da bilanciare. Da una parte, quella di rafforzare la competitività del mercato, garantendo il favor participationis, dall'altra, contrastare un utilizzo dell'avvalimento dell'istituto per scopi estranei alla sua ratio, favorendo la partecipazione alle procedure di operatori economici privi di stabilità e struttura adeguate.

Per tale motivo la disciplina nazionale della sua introduzione (2006) appare rispetto a quella comunitaria più analitica e restrittiva e spesso motivo di conflitto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

AVVALIMENTO STABILE

Ai sensi dell'art. 88 del D.p.r. 207/2010 l'avvalimento stabile consente ad un operatore economico, che non soddisfi da solo i requisiti per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione, di far valere dinanzi alla SOA le capacità, i mezzi e le risorse di altra impresa con la quale intercorra un rapporto ex art 2359, primo e secondo comma, Codice Civile.

Rispetto all'avvalimento in gara disciplinato dall'art. 89 Codice dei contratti pubblici, quello stabile consente all'operatore economico di ottenere un'attestazione autonoma e valida per 5 anni (con una verifica intermedia), e che costituisce condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle procedure di affidamento.

Comunicato ANAC del 3 agosto 2016 - in ossequio alla necessità di una interpretazione sistematica delle disposizioni tesa ad evitare situazioni di vacatio legis, le disposizioni tutte del d.p.r. 207/2010 devono ritenersi, medio tempore, ancora vigenti e, in conseguenza di tale vigenza, deve ritenersi, ai limitati fini in esame, applicabile quanto previsto dall'art. 50 del d.lgs. 163/2006, in quanto richiamato dall'art. 88 del citato d.p.r. n. 207/2010

LA RATIO DELL'AVVALIMENTO - CONSIGLIO DI STATO IV

16.01.2023 N.502

Come sottolineato dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5765 del 2018, Sez. V, n. 2953 del 2018) in linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa). L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, SWM Costruzioni).

MA COS'E' L'AVVALIMENTO?

Una delle più complete definizioni dell'avvalimento è stata elaborata dalla Giurisprudenza (cfr., CONS. ST, SEZ. V, 14 MAGGIO 2016, N. 1504; CONS. DI ST., SEZ. VI, 15 MAGGIO 2015, N. 2486, CONS. ST., SEZ. VI, 31 LUGLIO 2014, N. 4056).

«L'ISTITUTO IN QUESTIONE, DI ORIGINE COMUNITARIA, CONSENTE CHE UN IMPRENDITORE (C.D. AUSILIATO) POSSA COMPROVARE ALLA STAZIONE APPALTANTE IL POSSESSO DEI NECESSARI REQUISITI ECONOMICI, FINANZIARI, TECNICI E ORGANIZZATIVI - NONCHÉ DI ATTESTAZIONE DELLA CERTIFICAZIONE SOA - A FINI DI PARTECIPAZIONE AD UNA GARA, FACENDO RIFERIMENTO ALLE CAPACITÀ DI ALTRO SOGGETTO (C.D. AUSILIARIO), CHE ASSUMA CONTRATTUALMENTE CON LO STESSO UNA RESPONSABILITÀ SOLIDALE »

SCHEGGE DI AVVALIMENTO

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici, l'Avvalimento è disciplinato principalmente dall'art.104 al quale si affiancano precise disposizioni contenute in altre norme che sono:

art. 101: richiama la necessità che il contratto di avvalimento debba avere data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte

Art. 67, comma 7: indica i limiti ai requisiti avallabili da parte di un consorzio

Allegato II.12

Art. 26 stabilisce i i requisiti specifici del contratto di avvalimento avente ad oggetto la SOA

Art. 45: disciplina i requisiti dell'attestazione mediante avvalimento del contraente generale

Art. 132: ribadisce il divieto al ricorso dell'avvalimento nel settore dei beni culturali

L'AVVALIMENTO NEL NUOVO CODICE

L'art. 104 definisce il contratto e l'oggetto dell'avvalimento, la documentazione necessaria per la partecipazione, le esclusioni e le sostituzioni previste per l'impresa ausiliaria e le relative incompatibilità.

In linea con quanto rilevato nella Relazione illustrativa, la norma segna un cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento e consentendo il **cd. Avvalimento premiale**.

Infatti il comma 4 della norma in esame prevede espressamente la possibilità di ricorrere all'avvalimento per migliorare la propria offerta e cercare di conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica

L'avvalimento si definisce premiale, ad avviso della giurisprudenza, quando il prestito dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria è volto al riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica. Si distingue così dall'avvalimento «puro» che riguarda il caso in cui il prestito dei requisiti sia volto a consentire la partecipazione alla gara di un soggetto che ne sia privo, in risposta ai principi di concorrenzialità e di favor participationis.

Tale possibilità è stata sancita con la sentenza del **Consiglio di Stato n.2526 del 25 marzo 2021** che, ponendo fine ad un contrasto giurisprudenziale, ha ammesso il ricorso all'avvalimento premiale nel caso in cui sia volto al concreto prestito di mezzi, risorse e personale ma non quando riguardi il presti di requisiti soggettivi o curricolari.

Tuttavia il successivo comma 12 pone un vincolo all'Avvalimento premiale, sancendo il **divieto di partecipazione** alla stessa gara dell'ausiliata e dell'ausiliaria.

Tale specificazione sembra avere un corollario ancora più importante nell'applicazione dell'avvalimento ossia che in caso di prestito dei soli requisiti di ammissione non vige più il divieto di partecipazione alla stessa di ausiliata ed ausiliaria

Restano fermi due importanti vincoli dell'istituto, mutuati dalla precedente disciplina:

- il principio della responsabilità in solido di ausiliata ed ausiliaria nei confronti della stazione appaltante (comma 7)
- l'obbligo dell'ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliata e della stazione appaltante le risorse oggetto di avvalimento per tutta la durata dell'appalto.



GRAZIE A TUTTI PER L'ATTENZIONE

**Per domande scrivere a:
«L'esperto risponde»**

<https://www.legacoop.coop/rns/lesperto-risponde/>

(il servizio è riservato agli iscritti alla Rete Nazionale Servizi)

