



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 18 Dicembre 2020
14 e 21 Gennaio 2021

SEMINARIO

Subappalto e Avvallimento

Avv. Ada Alessia Innocente



Unione Europea



Repubblica Italiana



Regione Siciliana

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

Il subappalto nel D.lgs. N.50/2016

La disciplina del subappalto è contenuta **all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016**, il quale ha riprodotto, con alcune innovazioni, le disposizioni di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006

- La regolamentazione del subappalto è stata oggetto di modifiche normative ad opera del c.d. **Decreto Correttivo** (d.lgs. n. 56/2017) e, successivamente, ad opera del c.d. **DL Sbloccacantieri** (dl n. 32/2019 convertito con legge 55/2019)
- Due recenti sentenze della Corte di Giustizia UE impattano sulla disciplina del subappalto, in relazione ai profili inerenti:
 - **la quota di prestazioni subappaltabili** (CGUE sentenza C-63/18 del 26 settembre 2019)
 - **il ribasso da applicare ai subappaltatori** (CGUE sentenza C-492/18 del 27 novembre 2019)



Le regole generali sul subappalto

- I soggetti affidatari di contratti pubblici di norma **eseguono in proprio** le prestazioni oggetto del contratto.
- Il contratto **non** può essere **ceduto a pena di nullità**, fatto salvo quanto previsto dall'articolo **106, comma 1, lettera d)** del d.lgs. CCP sulle modifiche in corso di esecuzione del contratto.
- E' ammesso il subappalto, nei limiti ed alle condizioni stabilite dall'art. 105 del CCP(?)
- Il subappalto è **assoggettato ad autorizzazione** da parte della stazione appaltante



La nozione di subappalto

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a **terzi l'esecuzione di parte** delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto

- L'art. 105 indica alcune **categorie di forniture o servizi che**, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto e quindi **restano al di fuori del campo di applicazione del regime del subappalto**:
 - è stata confermata la non riconducibilità al subappalto dell'affidamento di «**attività specifiche a lavoratori autonomi**», per le quali è stato tuttavia introdotto l'obbligo, in capo all'appaltatore, di effettuare apposita comunicazione alla stazione appaltante;
 - con il Decreto Correttivo è stata introdotta la figura dei «**contratti continuativi di cooperazione**» come categoria estranea al subappalto, prevedendo che non costituiscono subappalto «*le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto*» e disponendo che i relativi contratti **devono essere depositati alla stazione appaltante** prima o contestualmente alla **sottoscrizione del contratto di appalto**.



I contratti continuativi di cooperazione

I **contratti continuativi di cooperazione** costituiscono una formula contrattuale mediante la quale è possibile eseguire per mezzo di terzi le prestazioni oggetto di un contratto d'appalto, senza dover ricorrere al subappalto e quindi senza le relative limitazioni e condizioni.

I limiti posti dalla giurisprudenza all'ambito di operatività dei contratti continuativi di cooperazione:

- « (...) *l'esclusione alla nozione di subappalto operata dalla lett c-bis del comma 3 dell'art. 105 del decreto legislativo n. 50\2016, debbono essere limitate ad **attività sussidiarie e secondarie** rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, pena una "vistosa deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto»(TAR Lazio, Roma, n. 1135/2019;)*



Condizioni del subappalto:

I soggetti affidatari possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture previa autorizzazione della stazione appaltante purché sussistano:

- la **dichiarazione dell'offerente** in fase di gara delle prestazioni (lavori, servizi, forniture) che **intende subappaltare**, quale condizione presupposta indispensabile per la futura autorizzazione;
- l'**assenza** di tale dichiarazione **preclude** il successivo subappalto;
- il subappalto deve essere **sempre richiesto e autorizzato** preventivamente;
- il subappaltatore **non deve aver** partecipato al procedimento di affidamento dell'appalto come **offerente** singolo o in forma aggregata;
- il subappaltatore non deve incorrere **nelle cause di esclusione** di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5, del Codice;
- il subappaltatore deve **possedere la qualificazione** relativa alle prestazioni o alla parte di prestazioni che assume in subappalto;



Una questione trascurata:

- **in caso di RTI** la dichiarazione di subappalto spetta alla **mandataria**, in quanto i rapporti si costituiscono in capo al RTI e non in capo ai singoli componenti, questi non possono disporre di obbligazioni di cui non sono titolari (anche da un punto di vista più strettamente pubblicistico, è solo accentrando la sub negoziazione al livello della mandataria che la stazione appaltante può agevolmente ed efficacemente disporre della necessaria visione panoramica sul complesso dei subappalti);
- se è tollerabile che l'indicazione del subappalto in gara possa essere fatta anche dalle mandanti, **i contratti di subappalto a valle saranno sempre stipulati dalla mandataria in nome e per conto del raggruppamento**



La terna dei subappaltatori:

- Il D.lgs. n. 50/2016 (art. 105 comma 6) aveva introdotto l'obbligo del concorrente di fornire **in sede di offerta l'indicazione della terna di subappaltatori**, per gli appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla soglia comunitaria e per i quali non era necessaria una particolare specializzazione.
- Il **Decreto Correttivo** aveva rafforzato gli adempimenti sulla terna dei subappaltatori prevedendo **l'obbligo di indicazione** della terna per gli appalti sopra soglia o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per gli appalti che riguardano **le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione** mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.
- In sede di conversione del **D.L. c.d. «Sbloccacantieri»**, è stata **disposta la sospensione dell'art. 105 comma 6 del CCP fino al 31 dicembre 2020** in gara i concorrenti devono pertanto fornire la dichiarazione di subappalto senza indicazione di nominativi.



Inadempimento nei confronti del subappaltatore

Nuova causa di esclusione (art. 80 comma 5 lett. c-quater) introdotta dal DL Sbloccantieri:

- E' prevista l'esclusione dalla gara qualora **l'operatore economico** abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato
- I mancati pagamenti al subappaltatore possono condurre all'esclusione dalla gara dell'operatore economico se costituiscono un grave inadempimento risultante da una sentenza definitiva.
- Motivazioni a fondamento della norma: *“La prassi dimostra che le cause del rallentamento della realizzazione delle opere siano da individuare anche nella circostanza che le imprese affidatarie si aggiudicano un appalto a prezzi troppo bassi, nominando un subappaltatore per l'esecuzione dei lavori, servizi o forniture, ma poi non corrispondono a quest'ultimo il corrispettivo per l'attività espletata.*



La quota subappaltabile

La questione della **quota subappaltabile**:

- Il D.L. c.d. «Sblocca-cantieri» (come convertito in legge) ha previsto che fino al 31.12.2020 il subappalto **non può superare il 40%** dell'importo complessivo del contratto
- innalzamento della precedente soglia (30%) ma riduzione di quella prevista dal DL «ante-conversione» (50%)
- L'innalzamento della quota subappaltabile era stato introdotto come misura volta a superare i rilievi sollevati dalla Commissione Europea nel gennaio 2019 in relazione al limite del 30% fissato dalla normativa italiana, che non è presente nelle direttive europee sui contratti pubblici



La quota subappaltabile

Il Legislatore italiano con il decreto-legge n.32/2019 c.d. “sblocca cantieri”, convertito in legge di conversione n.55/2019 1, ha apportato alcune modifiche – seppur a carattere transitorio 2 (valide fino al 31.12.2020) alla disciplina del subappalto, in particolare:

1. Il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara **e non può superare la quota del 40%** dell'importo complessivo del contratto di lavori, forniture o servizi;
2. **La sospensione** dell'applicazione del comma 6 dell'art.105 (obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara) , nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore (dato che il medesimo non è più indicato prima della fase esecutiva).



La quota subappaltabile

Sul tema dei limiti alla **quota di subappalto** è intervenuta la Corte di Giustizia UE con sentenza del 26 settembre 2019 nell'ambito della quale:

- ha stabilito che il **limite quantitativo** al subappalto (pari al 30% ma la decisione è estendibile alla attuale quota del 40%), si pone **in contrasto** con gli obiettivi di **apertura alla concorrenza** e di favorire **l'accesso delle PMI** agli appalti pubblici.
- Impone, infatti, una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, per la **generalità degli appalti** e a prescindere dalla possibilità di verificare le **capacità di eventuali subappaltatori**.
- La pronuncia di non conformità alla normativa UE adottata dalla CGUE comporta rilevanti **problematiche sotto il profilo operativo**, con conseguente rischio di contenziosi.



La quota subappaltabile

Intervento dell'ANAC con l'atto di segnalazione n. 8 del 13.11.2019.

Le osservazioni dell'ANAC:

- La CGUE ha stabilito la non conformità al diritto UE del limite quantitativo al subappalto ma non sembra aver sancito la possibilità per gli offerenti di **ricorrere illimitatamente al subappalto**.
- L'art. 105 comma 1 del CCP prevede che di regola l'operatore economico esegua in proprio le prestazioni oggetto dell'appalto pertanto il **subappalto «integrale»** snaturerebbe il senso **dell'affidamento al contraente principale** e la regola della **responsabilità esclusiva** di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante.
- Anche dal tenore delle disposizioni della direttiva europea 2004/18/CE (che reca il riferimento alle «parti» dell'appalto subappaltabili a terzi) sembra evincersi **un limite al subappalto «integrale»**.



La quota subappaltabile

In tale situazione, l'**ANAC** segnala la necessità di un **intervento normativo** urgente al fine di allineare la disciplina interna alle indicazioni provenienti dalla sentenza, prevedendo **accorgimenti e «contrappesi»**

- Valutare il **mantenimento del divieto di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante.**
- Valutare **di non porre limiti normativi alla quota subappaltabile** ma consentire alla stazione appaltante di poter introdurre eventuali limiti al subappalto **sulla base di una idonea motivazione** (in relazione ad esempio, al settore economico/merceologico di riferimento; alla natura della prestazione; al valore e/o complessità del contratto ecc.).
- Valutare la richiesta in gara della indicazione dei nominativi dei subappaltatori (anche modulando la prescrizione in base a determinate soglie)



La quota subappaltabile

La sentenza **CGUE del 26 novembre 2019** ha confermato la posizione espressa nella precedente pronuncia del 26 settembre 2019

- La Corte ha ribadito che il **limite generalizzato al ricorso al subappalto risulta** eccedente rispetto **all'obiettivo di contrastare la criminalità organizzata** nell'ambito dell'appalto di cui trattasi e che il fine perseguito dal **legislatore italiano potrebbe essere raggiunto da misure meno restrittive** quali, ad esempio obbligare l'offerente ad individuare in sede di offerta gli eventuali subappaltatori, al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti dei subappaltatori proposti, perlomeno nel caso degli appalti che si ritiene rappresentino un maggior rischio di infiltrazione da parte della criminalità organizzata



La quota subappaltabile

Le modifiche apportate dal nostro legislatore, tuttavia, si sono palesate **insufficienti e inadatte a sanare le incompatibilità** con la normativa comunitaria.

Sarebbe stato auspicabile un intervento di più ampio spettro che consentisse alla normativa italiana di adeguarsi al «diritto euro-unitario», sulla scorta delle indicazioni della Commissione Europea / Corte Europea



La quota subappaltabile

Ciò trova puntuale riscontro nella lettera della Commissione n.4160967 del 7.08.2020.

La posizione dell'organo di Governo europeo è sempre la stessa.

Il passaggio dal 30% al 40% stabilito con lo sblocca- cantieri della quota consentita di subappalto, non si è dimostrato idoneo a sanare il contrasto con il diritto unionale.

Ed invero il problema non è di tipo quantitativo, **il problema è l'apposizione stessa di un limite generalmente imposto al subappalto.**

Le limitazioni al ricorso a subappaltatori a solo una quota dell'appalto, prestabilita in **termini astratti come percentuale** di tale appalto – a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità dei subappaltatori potenziali e senza prendere in considerazione l'eventuale carattere essenziale dei compiti in questione – sono state ripetutamente considerate non conformi sia dalla Commissione che dalla Corte di Giustizia Europea.

Ha nuovamente confermato che l'applicazione di una limitazione quantitativa generale del subappalto risulta essere in violazione della direttiva 2014/24/UE.



La quota subappaltabile

Con la sentenza n.4832/2020 del 29.07.2020, anche il **Consiglio di Stato** si è pronunciato sul tema allineandosi (a differenza del Legislatore interno) alle disposizioni euro-unitarie così come interpretate dalla Corte di Giustizia (e dalla Commissione).

In particolare la VI sez. ha statuito che “ *la sentenza 27 novembre 2019 ha affermato che la direttiva n. 2004/18/CE, in materia di appalti pubblici, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale – quale l’art. 118 del codice del 2006 5 – che limita al trenta per cento la parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi e al venti per cento la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate rispetto ai prezzi risultanti dall’aggiudicazione.*

Di conseguenza, non risulta applicabile, in quanto contraria al diritto europeo, la disciplina di cui all’art. 116 cit.”.

.



La quota subappaltabile

In conclusione, appare necessario adeguare e armonizzare la disciplina interna rispetto a quanto sancito nelle sedi europee. Il principio di diritto è chiaro: non può essere imposto un limite generale e assoluto al subappalto;

Le singole stazioni appaltanti potrebbero (se del caso) prevedere **un limite ad hoc**, pensato per la singola procedura di appalto e giustificata dalla particolare **natura delle prestazioni da svolgere**.



La quota subappaltabile

Nel caso di specie la ricorrente impugnava il bando di gara nella parte in cui prevedeva il limite massimo del 30% all'importo subappaltabile. La clausola del bando recepiva la prescrizione contenuta nell'[art. 105 del D. Leg.vo 50/2016 \(Codice dei contratti pubblici\)](#) secondo il quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture

IL TAR Toscana, con la sentenza 706/2020, ha ricordato tuttavia che il limite quantitativo del 30% al subappalto contrasta con il diritto europeo. Ne consegue che **il bando di gara**, nella parte in cui abbia fatto applicazione di tale norma nazionale - contrastante con la vigente Direttiva in materia di appalti pubblici così come interpretata dalla Corte di Giustizia - **è quindi illegittimo e va annullato.**

I giudici amministrativi hanno inoltre precisato che **l'effetto del predetto annullamento travolge l'intera procedura** atteso che la eliminazione del limite all'importo subappaltabile incide sulle regole concorrenziali per l'accesso alla commessa e **richiede quindi la apertura di un nuovo confronto pubblico e trasparente sulla base di regole conformi alla disciplina comunitaria.**

Sul tema è opportuno segnalare peraltro un'altra pronuncia, questa volta del TAR Lazio-Roma ([sentenza 24/04/2020, n. 4183](#)).



Gli importi corrisposti al subappaltatore

- ❑ Art. 105 comma 14 del CCP (riproduce l'art. 118 comma 4 del d.lgs. N. 163/2006)
L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi **prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione**, con **ribasso non superiore al venti per cento**, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto
 - Si tratta di una disposizione posta a **tutela del subappaltatore** in quanto preclude la possibilità che l'appaltatore possa praticare nei confronti del subappaltatore condizioni economiche significativamente peggiorative rispetto ai prezzi di aggiudicazione
 - La verifica del rispetto di tale prescrizione viene operata dalla stazione appaltante al momento del deposito del contratto di subappalto



Gli importi corrisposti al subappaltatore

La sentenza CGUE del 27 novembre 2019 esamina il tema della compatibilità del limite del 20% con la normativa europea > giudizio di non conformità con le disposizioni europee

- *«Il limite del 20% si impone in **modo imperativo**, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Inoltre, da tale domanda discende che detto limite è definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, nel caso di un dato appalto, al fine di assicurare ai lavoratori di un subappaltatore interessati una tutela salariale minima»*
- *«Il medesimo limite si applica altresì a **prescindere dal settore economico o dall'attività interessata e indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione delle leggi, dei regolamenti o dei contratti collettivi**, tanto nazionali quanto dell'Unione europea, in vigore in materia di condizioni di lavoro, che sarebbero normalmente applicabili a detti lavoratori»*



Gli importi corrisposti al subappaltatore

- *«il limite del 20% è idoneo a rendere meno allettante la possibilità offerta dalla direttiva 2004/18 di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, dal momento che tale **normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto** presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità»*
- *«tale effetto dissuasivo contrasta con l'obiettivo (...) perseguito dalle **direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile** e, in particolare, dell'accesso delle **piccole e medie imprese agli appalti pubblici***



Gli importi corrisposti al subappaltatore

L'obiettivo di **tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto** non consente di giustificare il limite del 20%

- *«un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale» in quanto «**non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice**, dal momento che si applica indipendentemente da **qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi**, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati»*
- *«il diritto italiano prevede che il subappaltatore sia tenuto, così come l'aggiudicatario, a rispettare pienamente, nei confronti dei propri dipendenti, per le prestazioni effettuate nell'ambito del subappalto, il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali vigenti per il settore e per la zona in cui le prestazioni vengono effettuate. In base ai medesimi elementi, l'aggiudicatario è anche responsabile in solido del rispetto, da parte del subappaltatore, di detta normativa»*



Gli importi corrisposti al subappaltatore

- il limite del 20% non può essere giustificato neppure:
 - dall'obiettivo consistente nel voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto;
 - dalla circostanza che la corresponsione di prezzi ridotti ai subappaltatori, comporterebbe una riduzione sostanziale dei costi per l'offerente e aumenterebbe in tal modo il profitto che egli ricava dall'appalto.



Parte II: Avvalimento



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

FormezPA

Parte II: Avalimento

L'istituto dell'**avalimento** è ormai un punto fermo, generalizzato e inevitabile se non nei **limitati** casi previsti dalla **norma art 89 del d.lgs 50/2016 ss.mm.ii** .

Un primo punto a favore della serietà degli **offerenti** è il **divieto di avalimento dell'idoneità professionale**, per intenderci dell'iscrizione alla CCIAA.

La **giurisprudenza** è ormai costante nel **legittimare la pretesa che l'attività esercitata citata nel camerale** (in sintesi il codice ATECO) abbia un **nesso logico con l'oggetto dell'appalto**: è fugato il pericolo che mediante avalimento il parrucchiere concorra alla costruzione della scuola o il carrozziere per la mensa scolastica.



L'Avvalimento: principi

L'istituto giuridico dell'avvalimento, previsto dall'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), prevede, in sede di partecipazione ad una gara d'appalto, che **un'impresa (detta ausiliata)** possa soddisfare i requisiti di carattere **economico, finanziario, tecnico e organizzativo** previsti dalla gara d'appalto avvalendosi del **supporto di un'altra impresa (detta ausiliaria)**.

L'impresa **ausiliaria**, si impegna dunque, per mezzo di tale istituto: *“a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. [...] Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

Pena **l'esclusione dalla gara**, non è consentito, che più di un concorrente si avvalga della stessa impresa ausiliaria.



L'ausiliario in fase di gara

L'**offerente** che intende avvalersi di un ausiliario deve **dichiararlo e segnalarlo** in fase di gara.

Deve altresì indicare i **requisiti dei quali è carente** e per i quali ricorre all'ausiliario.

Per il tramite dell'offerente, che deve allegarle alla documentazione, **l'ausiliario attesta l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80** del Codice e il possesso dei **requisiti di selezione** e delle **risorse** oggetto di avvalimento (ovvero che «presta» all'offerente).

Assenza di cause di esclusione e requisiti di selezione che, di norma, **devono risultare dal DGUE dell'ausiliario.**

Questa documentazione è **autonoma dal contratto di avvalimento** e non può essere surrogata dal predetto contratto, del quale si tratta oltre (Cons. di Stato, sez. V, 1 agosto 2018, n. 4765)



L'ausiliario in fase di gara

L'ausiliario può anche essere un componente del raggruppamento temporaneo (**cosiddetto avvalimento «interno»**).

Il contratto di avvalimento è un documento essenziale ai fini dell'ammissione al procedimento.

L'avvalimento può essere frazionato nel senso può essere utilizzato ricorrendo a **più imprese ausiliarie** per lo **stesso requisito**, mentre è **vietato** il cosiddetto **avvalimento «a cascata»** ovvero l'ausiliaria che si avvale a sua volta a un'ausiliaria.

È altresì **vietata** la partecipazione **dell'ausiliario alla stessa gara in concorrenza con l'offerente**.



L'ausiliario in fase di gara

L'avvalimento può anche riguardare **una sola parte o frazione dei requisiti**, nel senso che **può «integrare»** i requisiti posseduti dall'offerente.

Tuttavia, vi sono casi in cui i requisiti o le risorse messe a disposizione dall'ausiliario non possono che essere «totali» anche in presenza (carenza) solo parziale di requisiti dell'offerente.

Si tratta dei **requisiti «indivisibili»**, quali le referenze bancarie, il fatturato e in generale il cosiddetto **avvalimento operativo**.

Oppure delle certificazioni di qualità che, per essere oggetto di avvalimento, necessitano che l'ausiliario metta a disposizione l'intero complesso aziendale, le misure, le conoscenze e le esperienze che hanno consentito il rilascio delle certificazioni di qualità le quali, come noto, rispetto ad un determinato «scopo» non possono essere frazionate.



Il contratto di avvalimento:

Non deve avere solo i contenuti minimi di cui all'art. 1325 del codice civile, né limitarsi a ribadire gli obblighi di legge con **formule tautologiche** (responsabilità solidale, messa a disposizione di mezzi e risorse, impegno fino al collaudo ecc.) ma deve **indicare effettivamente le risorse, i mezzi, materiali e personali**, oggetto di avvalimento e che, messi a disposizione dell'offerente, consentono l'esecuzione delle prestazioni per le quali i requisiti sono richiesti prestati.

L'oggetto del contratto deve essere quindi **determinato o determinabile** senza ulteriori interpretazioni (Cons. Stato, A.P., 4 novembre 2016, n. 23) a **pena di nullità dello stesso**.

Il confine tra un contratto di avvalimento «**impreciso**» o «**parzialmente incompleto**» quindi suscettibile di **soccorso istruttorio** e un **contratto nullo** quindi inesistente non è nettissimo.



Contratto di avvalimento a titolo oneroso o gratuito?

L'art. 89 del Codice non prevede che il contratto di avvalimento debba essere a titolo oneroso.

Tuttavia, **la giurisprudenza** ha ammesso la possibilità che il contratto di avvalimento sia a titolo gratuito – inteso come assenza di un corrispettivo di natura monetaria – solo qualora l'ausiliaria abbia comunque un interesse patrimoniale connesso alla conclusione del contratto e all'assunzione delle relative responsabilità (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3277/2016).



Contratto di avvalimento a titolo oneroso o gratuito?

A sua volta l'ANAC con delibera n. 578/2019 si è espressa nel senso di ritenere *“conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara della [concorrente] e **non attivabile il soccorso istruttorio per sanare le lacune del contratto di avvalimento che non indichi il costo o la diversa utilità economica dell'ausiliaria**”*.

In linea con la sentenza n. 23/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che già aveva ritenuto che: *“laddove, peraltro, in sede contrattuale non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'impresa ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità”*.



Contratto di avvalimento a titolo oneroso o gratuito?

Risulta pertanto necessario inserire nel contratto di avvalimento **a titolo gratuito** una **clausola** che descrive l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria che giustifica l'assenza di un corrispettivo.

Si pensi, **ad esempio**, al caso in cui concorrente e ausiliaria appartengono al medesimo gruppo di società (il Consiglio di Stato con sentenza n. 3885/2019 ha chiarito appunto di ***“unico centro decisionale e dunque un interesse economico unitario che giustifica sul piano causale l'assenza di un corrispettivo per l'avvalimento”***).



Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

È ormai consolidata in giurisprudenza la differenza tra **avvalimento «di garanzia»** e **avvalimento «operativo»**, che si riflette sul contenuto delle dichiarazioni e del contratto:

- con il **primo** sono messi a **disposizione la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale dell'ausiliaria** così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità, quindi si tratta **di risorse «immateriali»** che non agiscono in cantiere ma ad un livello generale superiore.
- con il **secondo** devono essere messe a disposizione **strutture organizzative, mezzi materiali**, attrezzature, personale e altre risorse attive nell'esecuzione delle prestazioni.

L'individuazione e la descrizione delle obbligazioni (dell'onerosità delle quali il contratto di avvalimento può rinviare ad altri atti che non rivestono interesse per la stazione appaltante) richiede una particolare cura in fase di esame e di verifica.



Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Resta inteso che se ricorrono **le rare ipotesi di soccorso istruttorio** relativamente a taluni contenuti del **contratto di avvalimento**, la «sanatoria» sarà possibile solo se le condizioni che rimediano a tali difetti siano preesistenti alla data di scadenza per la presentazione delle offerte e tale preesistenza sia documentabile o comprovabile con data certa dall'offerente.

In altri termini non può essere ammessa una integrazione «postuma» del contratto di avvalimento.

In fase esecutiva il RUP accerta che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria che l'appaltatore utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la **risoluzione del contratto d'appalto.**



Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Con la sentenza dell'8 gennaio 2020, n. 91, il Tar Lazio ha ribadito che, per essere **ritenuto valido un contratto di avvalimento c.d. "operativo"**, così come per essere ritenuta ammissibile la sua offerta, il contratto dev'essere fornito di **una analitica e dettagliata elencazione delle risorse umane**, dei beni e dei servizi che occorrono per realizzare quanto richiesto dal bando di gara così come dev'essere **chiara l'individuazione delle esatte funzioni** che l'impresa ausiliaria svolgerà: *la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa concorrente-ausiliata deve essere **concreta ed effettiva**, non potendo risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Risulta dunque necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, con l'indicazione precisa dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr., ex multis, Cons. St. Sez. V, n. 1612/2018, 5429/2017, n. 5423/2016; Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 5341/2018*



Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Nel contratto **di avvalimento di garanzia** non è necessario elencare puntualmente i beni messi a disposizione del concorrente, essendo sufficiente che dal contratto emerga l'impegno dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione del concorrente la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo alla stazione appaltante una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 953/2018).



Responsabilità solidale

Concorrente e ausiliaria sono **responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante** in relazione alle prestazioni oggetto del contratto aggiudicato.

Non è ammissibile una clausola di limitazione della responsabilità dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante (cfr. delibera ANAC n. 392/2017 e sentenza n. 591/2019 del TAR Reggio Calabria). La presenza di una **clausola di questo tipo vizia il contratto di avvalimento**, ma l'ANAC ha ritenuto **sanabile il vizio tramite soccorso istruttorio**.

Chiarito che la responsabilità solidale verso la stazione appaltante (c.d. rapporto esterno) non può essere modificata, è invece possibile ripartire le responsabilità nei rapporti tra concorrente e ausiliaria (c.d. rapporto interno). Così il Consiglio di Stato con sentenza n. 4703/2015.



Altre regole importanti

Il concorrente può avvalersi di più imprese ausiliarie (c.d. **avvalimento plurimo**).

L'ausiliaria non può avvalersi a sua volta di un altro soggetto (c.d. divieto di avvalimento a cascata).

Non è consentito che della stessa ausiliaria si avvalgano più concorrenti nella stessa gara.

È quindi necessario prevedere **nel contratto di avvalimento una sorta di esclusiva a favore del concorrente**.

Non è ammesso che partecipino alla gara sia l'ausiliaria sia il concorrente che si avvale della stessa.

Se concorrente e ausiliaria appartengono al medesimo gruppo di società, è comunque necessario sottoscrivere un contratto di avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 907/2018).

L'ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.



Avvalimento e Subappalto

È importante non confondere l'avvalimento con il subappalto.

L'**avvalimento** consente al concorrente di partecipare alla gara rispettando tutti i requisiti di partecipazione.

Il subappalto, invece, è un **metodo di organizzazione delle attività oggetto** del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria e comporta una mera sostituzione soggettiva nell'esecuzione della prestazione contrattuale.

L'avvalimento prevede una responsabilità solidale di concorrente e ausiliaria verso la stazione appaltante. Nel **subappalto**, invece, solo il **concorrente** aggiudicatario è responsabile verso la stazione appaltante, la quale non potrà agire nei confronti del subappaltatore.



Avvalimento e Subappalto

Il subappalto all'ausiliario

L'articolo 89, comma 8, del Codice, dopo aver imposto che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, prevede che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

In realtà quello dei «requisiti prestati» non è il solo limite; **sussiste sempre il limite generale del 30% di cui all'articolo 105, comma 2.????**



Avvalimento e Subappalto

In caso di subappalto all'impresa ausiliaria non si applica il limite percentuale ex art. 105 del Codice dei contratti pubblici – limite oggi peraltro superato dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE – ma solo quello dei requisiti prestati ex art. 89, comma 8, del Codice stesso.

In tali circostanze, dunque, il suddetto limite di subappalto – che oggi deve peraltro ritenersi superato dalle recenti pronunce rese in materia dalla Corte di Giustizia UE in data 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18) – potrà essere travalicato, fermo il rispetto del (diverso) limite dei requisiti posseduti dalla impresa ausiliaria fatti oggetto di avvalimento e occorrenti per l'esecuzione in subappalto delle relative attività.



Avvalimento e Subappalto

Una controversia insorta nell'ambito di una **procedura aperta indetta da un Comune** per l'affidamento di servizi di refezione scolastica, i Giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati a **indagare e perimetrare quella** terra di confine esistente tra gli **istituti del subappalto e dell'avvalimento**, con particolare riguardo ai casi di intersezione dei due istituti previsti dal Codice e ai margini di applicabilità, dei limiti imposti dal legislatore interno all'operatività del subappalto.

L'impresa aggiudicataria **dichiarato di subappaltare le prestazioni oggetto di avvalimento alla impresa ausiliaria**, in una misura percentuale superiore a quella massima consentita dal citato art. 105, comma 2, del Codice (dapprima fissata al 30% e, a seguito dell'entrata in vigore del citato Decreto Sblocca Cantieri e fino alla data del 31 dicembre 2020, oggi stabilita al 40%).



Avvalimento e Subappalto

Nessuna violazione dell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici è ravvisabile per il fatto che all'ausiliaria sia affidata una quota preponderante delle attività oggetto dell'appalto e finanche di quelle principali, mentre al concorrente residui la sola direzione e coordinamento di tali attività.

Nel prevedere che in caso di avvalimento l'appalto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati»,

la richiamata disposizione del codice dei contratti pubblici ha inteso affermare la regola secondo cui l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e che le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).



Non è pertinente al riguardo neppure il richiamo all'istituto del **subappalto** previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici ed ai limiti ad esso relativi.

Il subappalto dà infatti **luogo ad un contratto derivato**, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.



*Il riferimento contenuto invece nell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici all'istituto del subappalto, relativamente alle prestazioni eseguite materialmente dall'ausiliario, è **oggetto di una facoltà («l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore»)**, destinata anch'essa ad operare nella fase di esecuzione del contratto e la cui concretizzazione postula l'assenso dell'amministrazione.*

Per questa ipotesi non è comunque previsto un limite quantitativo come nel caso del subappalto vero e proprio, ai sensi del sopra richiamato art. 105, comma 2, d.lgs n. 50 del 2016, ma è richiesto il solo rispetto del limite «dei requisiti prestati» dall'ausiliario.

Ciò in coerenza con la finalità tipica dell'avvalimento, di utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ed affinché all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica.

*Si tratta di una **diversità di disciplina** per i profili di interesse nel presente giudizio che **impedisce di operare una commistione tra i due istituti**, così che le censure vanno respinte (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535)*



In buona sostanza, il Consiglio di Stato ha chiarito l'inapplicabilità del limite percentuale stabilito dal legislatore ai sensi dell'art. 105, comma 2, del Codice in caso di subappalto delle prestazioni oggetto di avvalimento alla impresa ausiliaria, giacché in tale peculiare circostanza il limite da osservare è quello – differente – contemplato dall'art. 89, comma 8, del Codice medesimo, alla cui stregua *“(...) l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*.

In questi termini sono state perciò fornite indicazioni di assoluto rilievo, altresì sotto il profilo operativo, in ordine al combinato disposto dei menzionati artt. 105, comma 2, e 89, comma 8, del Codice.



Avvalimento nei servizi

Negli appalti di servizi, trattandosi di requisiti di natura economico-finanziaria (fatturato, referenze bancarie, indici di bilancio) e di natura tecnica (servizi svolti, personale, attrezzature) l'avvalimento, nella sostanza, non conosce limiti.

Tuttavia, se per espressa previsione normativa non è ammesso l'avvalimento dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali, ci si domanda se sia ammesso l'avvalimento di altre forme di abilitazione analoghe, ad esempio le abilitazioni:

- del prefetto per i servizi di vigilanza (art. 134 TULPS, d.m. n. 269 del 2010);
- all'attività di pulizia (legge n. 82 del 1994, d.m. n. 274 del 1997);
- alla custodia di veicoli a motore e di natanti (art. 8, d.P.R. n. 571 del 1982);
- all'albo autotrasportatori.



Avvalimento nei servizi

La risposta **dovrebbe essere negativa**, per la natura **qualificante «soggettiva» di tali requisiti**, ma non solo non risulta un orientamento univoco sul punto, in **assenza di un divieto esplicito**, ma di una preclusione è lecito dubitare se l'Allegato.XVII, Parte II, lettera f), richiamato dall'art. **89, comma 11, del Codice**, **ammette l'avvalimento** perfino dei **titoli di studio e professionali** a due condizioni:

- che **non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione**;
- che gli **ausiliari** che apportano i titoli di studio e professionali eseguano **direttamente le prestazioni per cui tali capacità sono richieste**.

Questo può creare controindicazioni negli appalti dei servizi di ingegneria e architettura (ma anche in servizi dove sono richiesti professionisti in sanità, dietologi, biologi, commercialisti, attuari, assistenti sociali, avvocati ecc.).



L'avvalimento nei servizi di ingegneria e architettura

Sarebbe stravagante (anche se la norma pare ammetterlo) la **partecipazione di un qualunque perito o** altro operatore minore (purché con codice ATECO della categoria 71) che si avvale di ingegneri, architetti, geologi, restauratori, archeologi i quali, per ragioni ovvie, oltre che per rendere legittimo l'avvalimento, devono eseguire direttamente le prestazioni professionali in affidamento (quindi non tramite un ipotetico subappalto, peraltro vietato).

Ma allora si potrebbe giungere ad una inammissibile cessione del contratto.

Si consiglia pertanto di **ricorrere all'articolo 89, comma 4**, del Codice (norma già vista per limitare il ricorso a subappalti professionali) e riservare le prestazioni principali (progettazione, direzione, CSP e CSE) agli offerenti che, di conseguenza, dovranno doverosamente possedere in proprio i pertinenti titoli di studio e professionali.



Grazie per l'attenzione!



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

FormezPA

L'avvalimento nei lavori

Negli appalti di lavori l'avvalimento sostanzialmente si riduce all'attestazione SOA, almeno nella maggior parte dei casi.

L'avvalimento è ammesso anche per la cifra d'affari, ma trattandosi di requisito richiesto solo per appalti di importo superiore a 20.000.000 di euro è di interesse secondario.

L'avvalimento è ammesso anche per i requisiti semplificati di cui all'articolo 90 del d.P.R. n. 207 del 2010 (lavori svolti, costo del personale e attrezzatura adeguata) per lavori di importo fino a 150.000 euro ma, anche in questo caso, l'argomento è di interesse secondario trattandosi di requisiti talmente blandi che il ricorso all'avvalimento avviene solo in casi più che eccezionali.



Il divieto di avvalimento

Negli appalti di lavori l'avvalimento è vietato per tutte le categorie elencate nel d.m. n. 248 del 2016, attuativo dell'art. 89 del Codice, se singolarmente di importo superiore al 10% dell'importo dell'appalto.

Si noti che, diversamente dal subappalto «necessario e qualificante» e dal subappalto «limitato», anche se vi sono alcuni aspetti in comune, il divieto di avvalimento non fa distinzione tra categoria prevalente e scorporabili.

Il divieto opera sempre in presenza delle due sole condizioni:

- categoria individuata tra quelle di cui al d.m. n. 248 del 2016;
- importo superiore al 10% del totale d'appalto (non rileva la soglia di 150.000 euro);



Il divieto di avvalimento

I divieti non si esauriscono qui, è infatti vietato l'avvalimento a prescindere dall'importo e dall'incidenza percentuale (quindi sempre e comunque), anche:

- della categoria OG2 (non prevista dall'art. 89, comma 11, del Codice e dal relativo d.m. di attuazione n. 248 del 2016);
- delle categorie OS2-A, OS2-B e OS25 (laddove l'art. 89, comma 11, del Codice e il d.m. n. 248 del 2016 vietano l'avvalimento solo se di importo superiore al 10%).

Questo in forza della norma speciale di cui all'articolo 146, comma 3, del Codice

