

**I CONTRATTI
ASSOCIATIVI
NEGLI APPALTI**

MATERIALE DIDATTICO

**Il contratto di
avvalimento**

Bologna, 16 Novembre 2017

Contratti associativi negli appalti

AVVALIMENTO

AVV. FRANCESCA PENZO

BOLOGNA 16 novembre 2017

MAXI - GARE

MAXI - PARTECIPAZIONE

AVVALIMENTO=PRESTITO REQUISITO

**RTI, RETE, CONSORZIO=
CONTRATTI ASSOCIATIVI**

AVVALIMENTO=PARTECIPAZIONE

SUBAPPALTO=ESECUZIONE

ARTICOLO 89

DECRETO LEGISLATIVO 50/2016

ART. 89 comma 1

L'operatore economico, **singolo o in raggruppamento** di cui all'articolo 45, per un **determinato** appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei **requisiti** di carattere **economico, finanziario, tecnico e professionale** di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per **partecipare** ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con **esclusione dei requisiti** di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, **anche partecipanti al raggruppamento**, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

ART. 89 comma 1

Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste

ART. 89 comma 1

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento.

ART. 89 comma 1

L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

ART. 89 comma 1

Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante **esclude** il concorrente e **escute** la garanzia.

ART. 89 comma 1

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.

ART. 89 comma 2

Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia.

ART. 89 comma 3

La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

ART. 89 comma 4

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, **le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente** o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

ART. 89 comma 5

Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

ART. 89

Comma 6.

E' ammesso l'avvalimento di **più imprese ausiliarie**. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

Comma 7.

In relazione a ciascuna gara **non è consentito**, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

ART. 89 comma 8

Il contratto 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.

In relazione a ciascuna gara **non è consentito**, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

ART. 89 comma 9

In relazione a ciascun affidamento la **stazione appaltante esegue** in corso d'esecuzione le **verifiche sostanziali** circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. **A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria** che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. **La stazione appaltante trasmette all'Autorità** tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

ART. 89

10. L'avvalimento **non è ammesso** per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del *decreto legislativo 3 aprile 2006, art152*.

11. **Non è ammesso** l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma15.

AVVALIMENTO DI GARANZIA

DIMOSTRAZIONE REQUISITI ORDINE ECONOMICO E FINANZIARIO

CONS. STATO, III, 4.11.2015 n. 5041

CONS. STATO, III, 3.5.2017 n. 2022

AVVALIMENTO OPERATIVO

DIMOSTRAZIONE REQUISITI CAPACITA' TECNICA E PROFESSIONALE

___ Ad. Plen. 4 novembre 2016 n. 23
Cons. Stato, Sez. V, 30/10/2017 n. 4973

NULLITA' CONTRATTO AVVALIMENTO

SOCCORSO ISTRUTTORIO

ESCLUSIONE

Chiarimenti

Accesso agli atti di gara

CONTRATTO

PARTI

PREMESSA

OGGETTO

CORRISPETTIVO

DURATA

OBBLIGHI AUSILIARIA

CLAUSOLA RISOLUTIVA/GARANZIE

CLAUSOLA 231/2001

RISERVATEZZA

FORO

CONTENZIOSO SUL CONTRATTO DI AVVALIMENTO

—
ASPETTO ESTERNO: AUSILIATA-AUSILIARIA-PA =
GIUDICE AMMINISTRATIVO

—
ASPETTO INTERNO: AUSILIARIA- AUSILIATA=
GIUDICE ORDINARIO

ART. 110 comma 4

L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo *161, sesto comma*, del *regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

ART. 110 comma 5

L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

- a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;
- b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

Contratti associativi negli appalti

Il contratto di avvalimento

Aspetti operativi

Dott. Alberto Barbiero

BOLOGNA 16 novembre 2017

Contenuti del contratto di avalimento

Riferimento

Art. 89, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 (penultimo e ultimo periodo)

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 avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Contratto di avalimento: formazione e presentazione

Elementi specifici del contratto di avalimento

Forma del contratto: non regolata (quindi può essere anche una scrittura privata).

Modalità di presentazione in sede di gara: contratto in originale o in copia autentica.

Contenuto essenziale 1: impegno dell'ausiliaria a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (> costituisce vincolo)

Contenuto essenziale 2: specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Rischio: se il contratto non contiene la specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione, il contratto è nullo.

Criticità rilevabili nel bando in ordine all'avvalimento / 1

Criticità

In genere i bandi di gara disciplinano l'avvalimento con una clausola generica o con un semplice rinvio all'art. 89 del Codice senza fornire alcuna specificazione in merito ai requisiti per i quali può essere richiesto l'avvalimento (frequente negli appalti di servizi in relazione ai «servizi precedentemente prestati» o ai requisiti di capacità economico-finanziaria).

Percorso operativo

Presentazione di una richiesta di chiarimenti finalizzata a sollecitare una risposta della SA che definisca in modo chiaro gli elementi che devono essere precisati nel contratto di avvalimento e/o confermi che in caso di requisiti di capacità economico-finanziaria l'avvalimento è «di garanzia» e quindi non è possibile la specificazione delle risorse da mettere a disposizione.

Criticità rilevabili nel bando in ordine all'avvalimento / 2

Esempio richiesta chiarimenti

In relazione ai contenuti del contratto di avvalimento per il requisito di capacità necessari per dimostrare i requisiti prestati e le risorse messe e disposizione si chiede

(versione 1)

di precisare, anche in forma esemplificativa, quali elementi debbano essere specificati nel contratto stesso per la dimostrazione dei requisiti prestati e, soprattutto, delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria

(versione 2)

di confermare che i requisiti prestati dall'ausiliaria da riportare nel contratto sono (es. l'esperienza acquisita in termini di know how maturato) e che le risorse da mettere a disposizione sono, a titolo esemplificativo, risorse umane, risorse formative (es. formazione specifica per trasferire le competenze), risorse strumentali (es. software gestionali, ecc.).

Criticità rilevabili in ordine all'avvalimento / 3

Criticità

La clausola del bando/disciplinare in ordine all'avvalimento evidenzia (anche con richiamo) la sanzione della nullità del contratto in caso di specificazione non adeguata dei requisiti prestati dall'ausiliaria e delle risorse messe a disposizione, ma NON precisa le conseguenze della nullità sulla procedura.

Percorso operativo

Presentazione di una richiesta di chiarimento finalizzata a sollecitare la SA a chiarire quali sono le conseguenze della nullità del contratto di avvalimento.

Criticità rilevabili in ordine all'avvalimento / 4

Esempio possibile richiesta di chiarimenti

In relazione a quanto previsto dall'art. del disciplinare di gara e dall'art. 89, comma 1 ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016, si chiede se in caso di nullità del contratto di avvalimento sulla base della valutazione effettuata in sede di ammissione alla gara la Stazione Appaltante:

- a) procederà ad esercitare il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, richiedendo al concorrente la presentazione di un contratto con maggiori elementi specificativi;
- b) Procederà all'esclusione del concorrente dalla gara, considerando la nullità del contratto di avvalimento come causa di esclusione.

Qualora la Stazione Appaltante fornisca chiarimento che evidenzi l'esclusione dalla gara (ipotesi di cui sopra sub b), si chiede di confermare che tale indicazione costituisce elemento integrativo del bando e che, pertanto, il termine di presentazione delle offerte deve essere prorogato per adeguato periodo.

Criticità rilevabili nell'avvalimento / 5

Cosa deve specificare il contratto di avvalimento in caso di «prestito» della SOA.

(Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 852 del 23 febbraio 2017)

"L'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica".

"Conseguentemente il contratto di avvalimento finalizzato a munire l'impresa ausiliata dell'attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell'insieme delle dette risorse e tale oggetto, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del citato D.P.R. n. 207/2010, dev'essere puntualmente determinato dal contratto, ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, secondo quanto recentemente affermato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con sentenza 4/11/2016, n. 23".

Criticità rilevabili nell'avvalimento /6

Contenuti SOA e elementi da riportare nel contratto di avvalimento / A

l'attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un'articolata verifica istruttoria volta a constatare la sussistenza, in capo all'impresa richiedente, oltre che dei requisiti di ordine generale, di quelli indicati nell'art. 79 del D.P.R. n. 207/2010, nello specifico: "a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo".

Inoltre, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 207/2010, per poter ottenere la qualificazione, in classifiche superiori alla I e alla II, "...le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000...".

Dal che discende che l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica.

Criticità rilevabili nell'avvalimento /7

Contenuti SOA e elementi da riportare nel contratto di avvalimento / B

In contratto di avvalimento della SOA NON è idoneo se...

contempla la messa a disposizione soltanto di alcuni limitati beni, di una non rilevante somma di denaro (in relazione all'importo a base d'asta molto rilevante, soprasolgia) e di un solo lavoratore e che, per contro, non fa riferimento né alla direzione tecnica dell'ausiliaria, né alla certificazione di qualità di quest'ultima.

Pertanto, in caso di appalti di lavori, il contratto di avvalimento deve specificare nell'oggetto tutte le risorse (tecniche, umane e organizzative) messe a disposizione in rapporto alla complessità dell'appalto stesso.

Problemi particolari

Il bando/disciplinare prevede il **divieto dell'avvalimento**

E' possibile solo per gli appalti di lavori, in relazione alle lavorazioni superspecialistiche (art. 89, comma 11).

NON è possibile per gli appalti di lavori per lavorazioni non superspecialistiche.

NON è possibile per gli appalti di forniture.

NON è possibile per gli appalti di servizi, salvo che non siano servizi compresi nell'allegato IX, per i quali l'art. 142, comma 5-septies del d.lgs. n. 50/2016 non prevede l'art. 89 tra le disposizioni che devono essere applicate nel regime particolare di affidamento. In tali casi è tuttavia utile formulare una richiesta di chiarimento, finalizzata a sollecitare la SA a chiarire se l'avvalimento è utilizzabile o meno nella procedura di gara.

Problemi particolari

L'avvalimento NON è ammesso:

- Per i requisiti di idoneità professionale (iscrizione CCIAA, iscrizione albi speciali, possesso licenze specifiche es. NCC, ecc.)
- Per l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali (art. 89, comma 10)

L'avvalimento E' ammesso per la certificazione di qualità, ma il contratto di avvalimento deve specificare i seguenti elementi: ai fini dell'idoneità del contratto, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3710 del 27 luglio 2017).

Problemi particolari

Se il bando prevede come requisito dimostrativo della capacità economico finanziaria il possesso di un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali, quali elementi devono essere dimostrati nel contratto di avvalimento da parte dell'ausiliaria ?

La situazione è particolare, in quanto la copertura assicurativa conseguita dall'ausiliaria è riferita alla sua organizzazione e al suo livello di rischio, quindi, essendo legata a uno specifico contratto con una compagnia assicuratrice, non risulta facilmente «prestabile» all'impresa concorrente (a meno che il contratto assicurativo non preveda tale possibilità).

In tal caso è importante formulare una richiesta di chiarimenti alla Stazione Appaltante, per avere elementi certi.

Problemi particolari

Art. 89, comma 8: «l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

In tal caso, qualora l'appalto sia di valore superiore alle soglie comunitarie o, indipendentemente dal valore, abbia ad oggetto una delle attività per le quali è richiesta la «white list» antimafia l'impresa ausiliaria dovrà essere indicata nella terna dei subappaltatori.

In tali casi il contratto di avvalimento può specificare anche il ruolo dell'impresa ausiliaria come subappaltatrice, rimettendo a specifico contratto di subappalto gli elementi di dettaglio richiesti dall'art. 105 del Cdoice.

La frase «nel limite dei requisiti prestati» deve essere posta in correlazione con il limite del 30% previsto dall'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 per il subappalto (interpretazione resa da giurisprudenza consolidata).

Problemi particolari

L'art. 89 prevede al comma 1 che:

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Problemi particolari

Il concorrente dichiara l'avvalimento nel DGUE:

C: INFORMAZIONI SULL'AFFIDAMENTO SULLE CAPACITÀ DI ALTRI SOGGETTI (ARTICOLO 89 DEL CODICE - AVVALIMENTO)

Affidamento: L'operatore economico fa affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione della parte IV e rispettare i criteri e le regole (eventuali) della parte V?	Risposta: [] Si [] No
In caso affermativo:	
Indicare la denominazione degli operatori economici di cui si intende avvalersi:	[.....]
Indicare i requisiti oggetto di avvalimento:	[.....]

Problemi particolari

L'impresa ausiliaria deve:

- presentare una dichiarazione relativa all'avvalimento nella quale attesta il possesso dei requisiti di ordine generale e di quelli speciali oggetto dell'avvalimento;
- riportare nella stessa dichiarazione l'impegno verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- formare e presentare il DGUE (per le dichiarazioni relative ai requisiti).