

Avvalimento di SOA: la qualificazione è gara per gara!

di Arrigo Varlaro Sinisi

In giurisprudenza si va affermando con sempre maggiore fermezza l'orientamento in base al quale la Stazione Appaltante, al momento dell'espletamento della gara, deve verificare che i concorrenti siano in possesso di "tutti" requisiti (tecnico, economico e finanziari) richiesti dalla *lex specialis* ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

In altre parole, la Stazione Appaltante non deve rinviare ad un momento successivo alla gara, la verifica del possesso, in capo a ciascun concorrente, della qualificazione richiesta dalla *lex specialis* per tutte le prestazioni oggetto dell'appalto.

D'altra parte – secondo la giurisprudenza in commento – se così non fosse, si consentirebbe di partecipare alla gara ad imprese sfortunate dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare *ex post*, in sede di esecuzione del contratto, i requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Questi principi impongono al concorrente – il quale, poiché privo dei necessari requisiti per aggiudicarsi un contratto d'appalto di lavori, intende avvalersi della SOA di altra impresa – di osservare alcune accortezze nel predisporre "il contratto di avvalimento", per evitare di incorrere nella mannaia dell'esclusione dalla gara, per non aver dimostrato il possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

1. Il contratto di avvalimento

L'insidia si cela nell'oggetto del contratto di avvalimento.

Come noto, l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, recante il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, al comma 1 prevede che "Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, comma 2 lettera f) del codice (ossia, quello di "avvalimento", n.d.r.), deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

Al riguardo la giurisprudenza ritiene insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo del contratto di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

Secondo la menzionata giurisprudenza, è necessario che dal contratto di avvalimento risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: *mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti*).

In tale contesto, la giurisprudenza ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che aveva fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto privo della

analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che – sempre secondo la medesima giurisprudenza – l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale **causa di nullità** di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella **necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare** (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; 17 marzo 2014, n. 1322; 27 marzo 2013, n. 1772).

Tale principi, sono stati recentemente ribaditi dal Consiglio di Stato, il quale ha altresì evidenziato come l'attestazione SOA sia finalizzata a dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di **avvalimento** ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori (Cons. St. Sez. V 19 maggio 2015, n. 2547). Risorse che devono essere evidenziate nel contratto di avvalimento, così che la stazione appaltante possa verificare, in concreto, che il concorrente, proprio grazie all'avvalimento è in possesso dei requisiti occorrenti per aggiudicarsi – e quindi, per eseguire – l'appalto.

2. Analogie con il cosiddetto "subappalto necessario"

L'orientamento del Giudice amministrativo, secondo il quale la stazione appaltante, in caso di avvalimento di SOA, deve verificare, al momento della gara, il possesso, in capo al concorrente, dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, è coerente con l'orientamento consolidatosi negli ultimi due anni nella giurisprudenza dello stesso giudice, in tema di "subappalto necessario".

A tal proposito, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo, deve essere interpretato nel senso che "la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso in capo al medesimo dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in conseguenza del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (cd. subappalto necessario). La stessa giurisprudenza ha evidenziato che detta dichiarazione può invece essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nell'ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia quando il ricorso al subappalto rappresenti per lo stesso concorrente una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944; id., 10 febbraio 2015, n. 676; id., sez. III, 26 novembre 2014, n. 5856; id., sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; id., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; id., 26 maggio 2014, nr 2675; id., 13 marzo 2014, n. 1224; id., 5 dicembre 2013, n. 5781).

La *ratio* di tale orientamento – oramai consolidatosi nelle pronunce dei giudici di Palazzo Spada – risiede nell'esigenza di assicurare sempre e comunque la partecipazione alle gare di concorrenti i quali risultino in possesso della qualificazione richiesta dalla *lex specialis* per tutte le prestazioni oggetto dell'appalto; l'opposto indirizzo, infatti, produrrebbe l'effetto di consentire la partecipazione di imprese sfortunate dei necessari

“È necessario che dal contratto di avvalimento risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità”

”

La *ratio* di tale orientamento – oramai consolidatosi nelle pronunce dei giudici di Palazzo Spada – risiede nell'esigenza di assicurare sempre e comunque la partecipazione alle gare di concorrenti i quali risultino in possesso della qualificazione richiesta dalla *lex specialis* per tutte le prestazioni oggetto dell'appalto; l'opposto indirizzo, infatti, produrrebbe l'effetto di consentire la partecipazione di imprese sfortunate dei necessari

requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare *ex post*, in sede di esecuzione del contratto ed al momento della successiva indicazione dei subappaltatori, i predetti requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

3. Problematiche operative: lo "stabilimento di produzione"

Tornando all'argomento principale di queste note, ossia circa la necessità che il contratto di avvalimento che abbia ad oggetto una o più categorie SOA, precisi analiticamente le risorse, tecniche, materiali, strumentali ed umane messe effettivamente a disposizione dall'ausiliario, si rileva come una tale enucleazione non sempre appare agevole.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di avvalimento nelle categorie OS13, OS18A, OS18B e OS32. Un'impresa per conseguire la Certificazione SOA in tali categorie deve dimostrare "di disporre di un adeguato stabilimento industriale specificatamente adibito alla produzione dei beni oggetto della categoria" (art. 79, comma 20 del d.P.R. n. 207/2010).

Come ha avuto modi di evidenziare l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (oggi A.N.A.C.), il riconoscimento della qualificazione nelle summenzionate categorie (invero, la determinazione dell'A.V.C.P. aveva ad oggetto la sola categoria OS18, ma il principio ivi affermato può trovare applicazione anche alle altre categorie specialistiche sopra menzionate), non può prescindere dalla verifica circa la effettiva disponibilità dello stabilimento di produzione dei

manufatti e componenti da mettere in opera in capo all'impresa richiedente. Non solo, la stessa A.V.C.P. ha precisato che la disponibilità dello "stabilimento di produzione" deve essere attuale e futura, posto che solo attraverso l'accertamento della disponibilità dello stabilimento per l'intera durata dell'attestazione, è comprovata la capacità dell'impresa ad eseguire la specifica prestazione richiesta dalla declaratoria della categoria in questione. Ed ancora, e sempre nelle medesima determinazione, l'Autorità

ha affermato che lo stabilimento in questione dovrà essere acquisito dall'impresa richiedente in maniera continuativa e stabile dall'impresa richiedente, anche a titolo diverso dalla proprietà (AVCP Determinazione 13 aprile 2005, n. 4).

Si tratta ora di stabilire - dandone evidenza nell'oggetto del contratto di avvalimento - in che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente il proprio "stabilimento di produzione".

A tecnici ed ai legali l'arduo compito.

Ora, al di là dell'esempio sopra riportato, che riguarda solo al-

cune categorie di lavori, è evidente che un contratto di avvalimento, per risultare immune da possibili contestazioni circa la genericità dell'oggetto, deve tener conto anche delle specificità dei requisiti tecnici richiesti per la qualificazione nella categoria di lavori richiesta dagli atti di gara. Ogni valutazione circa la esaustività o meno di quanto evidenziato nell'oggetto del contratto di avvalimento sarà rimessa alla valutazione della stazione appaltante.

In altre parole, con l'avvalimento di categorie SOA, stando al richiamato indirizzo giurisprudenziale, la verifica del possesso dei requisiti in capo al concorrente dovrà essere fatta gara per gara.

“ Un contratto di avvalimento, per risultare immune da possibili contestazioni circa la genericità dell'oggetto, deve tener conto anche delle specificità dei requisiti tecnici richiesti per la qualificazione nella categoria di lavori richiesta dagli atti di gara ”