

Il regime sanzionatorio nel contratto di avvalimento



di Gesuele Bellini

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro con proprio Parere n. 5504 del 19 giugno 2017, in risposta ad un apposito quesito della Provincia autonoma di Trento, ha fornito opportune precisazioni in tema di attività di avvalimento tra due o più imprese, riscontrabile a seguito di accertamento ispettivo.

Lavoro : Rapporto di lavoro : Appalti
D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 30
D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 50
D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, art. 53, comma 3
D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 30
Nota n. 5504 del 19 giugno 2017



L'INL, con Parere n. 5504/2017, ha sottolineato, in particolare, la necessità dell'esercizio dell'attività sanzionatoria in presenza di accertamento di un contratto non genuino tra impresa ausiliaria e quella ausiliata, atteso che non è contemplata alcuna deroga alla speciale disciplina a cui è soggetta la pratica di avvalimento.

Prima però di entrare nel merito della specifica questione appare utile ripercorrere a grandi linee la disciplina e la natura giuridica del contratto di avvalimento.

L'istituto dell'avvalimento trae origine da un'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie, risalente al 1994, avente riscontro nelle Direttive comunitarie n. 71/304 e n. 71/305 (Corte di Giustizia Europea 14 aprile 1994, n. 389). In tale contesto la Corte ha ammesso la possibilità per l'operatore economico partecipante alla gara di soddisfare la richiesta dei requisiti speciali per il tramite di soggetti terzi anche non appartenenti ad una riunione temporanea di imprese.

La ratio dell'istituto dell'avvalimento, che ha fatto propendere per la suddetta tesi, è stata quella di favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, consentendo la dimostrazione del possesso dei requisiti di gara per relationem, ossia servendosi di imprese terze dette ausiliarie. In tal modo si consentiva ai concorrenti più piccoli e quindi più deboli di prendere agevolmente in prestito da altri operatori economici i requisiti di capacità tecnico-professionale e/o economico-finanziaria dei quali potevano essere di volta in volta carenti. A tale interpretazione, tuttavia, il legislatore nazionale aveva inizialmente posto delle resistenze applicando all'istituto dell'avvalimento molte e significative limitazioni operative.

Malgrado l'avvalimento sia a tutti gli effetti un contratto di diritto privato stipulato tra imprenditori, tipicamente funzionale all'esercizio dell'attività d'impresa in relazione alla partecipazione ed

esecuzione di un determinato appalto pubblico, le varie questioni insorte hanno esclusivamente interessato la giurisdizione amministrativa.

In sostanza, di avvalimento si è molto discusso unicamente a seguito dei provvedimenti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici nella prima fase del procedimento di affidamento degli appalti pubblici, ossia quella avente carattere pubblicistico, che pacificamente si conclude con l'individuazione del soggetto aggiudicatario formalmente in possesso di tutti i previsti requisiti idoneativi, tanto soggettivi quanto oggettivi, necessari per l'ammissione alla gara.

Dopo diversi interventi giurisprudenziali, principalmente della giustizia amministrativa, l'istituto ha avuto poi il suo riconoscimento formale con gli artt. 47 e 48 della Dir. n. 2005/18 e dall'art. 50 della Dir. n. 2004/17, attraverso poche disposizioni che si limitavano ad imporre un onere modale di dimostrazione in capo all'impresa ausiliata dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, restando in ogni caso esclusa la possibilità dell'utilizzo del detto avvalimento per il possesso dei requisiti soggettivi.

Pertanto, nelle gare di appalto, per l'accertamento dei requisiti di ordine generale, tecnico-professionali ed economici, vi è stata piena equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori in rapporto di avvalimento.

In altre parole, vi è parità di situazione tra i primi e tra gli imprenditori con possesso solo mediato e indiretto dei requisiti di partecipazione alla gara, perciò, la giurisprudenza dominante ritiene coerente l'esclusione di chi si avvale di un soggetto ausiliario privo di uno di questi requisiti (Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2016, n. 4558).

Ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento

Si ritiene che l'istituto dell'avvalimento abbia una portata di carattere generale ed un ambito di applicazione oggettivo non limitato ad una particolare tipologia di appalti.

Al riguardo, anche alla luce della predetta considerazione e della stessa formulazione letterale dell'art. 53, comma 3, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la giurisprudenza prevalente è dell'avviso che sia sempre ammessa la facoltà che il concorrente ad una gara d'appalto, per l'integrazione dei requisiti occorrenti per la progettazione, faccia ricorso all'avvalimento, anche per il fatto che, tra l'altro, l'avvalimento costituisce un elemento aggiuntivo rispetto alla semplice indicazione in sede di offerta del progettista ausiliario.

Tale istituto, in particolare, ai sensi dell'art. 30, D.Lgs. n. 163/2006, trova applicazione anche in presenza di una concessione di servizi pubblici, avendo riguardo che le parti devono far risultare con chiarezza che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, ad esempio, mezzi, personale, e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

In talune condizioni, non è tuttavia escluso che l'esercizio del ricorso all'istituto dell'avvalimento possa essere limitato. Ciò può concretizzarsi in presenza di circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. Un esempio può essere tratto dal caso in cui le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto

appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.

Avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia

Una importante differenziazione dell'istituto in argomento è stato fatto dalla giurisprudenza in base ai requisiti oggetto dello stesso, ricorrendo ad una differenziazione tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia. Ricorre il primo quando il bando di gara richiede un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, mentre il secondo quando è prevista una dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale, anche se non necessariamente si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale (Cons. di Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Al riguardo, si ritiene che quando il bando prevede l'ammissione esclusivamente delle imprese che hanno prodotto negli anni precedenti un determinato fatturato non globale, ma specificamente attinente a rapporti identici o analoghi a quello da instaurare in esito al procedimento la stazione appaltante non richiede un requisito di natura finanziaria (per la quale si provvede, ad esempio, con il richiamo al fatturato globale), ma un requisito di natura tecnica (consistente nel possesso di precedenti esperienze che consentono di fare affidamento sulla capacità dell'imprenditore di svolgere la prestazione richiesta).

In tali condizioni, l'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico limitandosi ad un richiamo meramente cartaceo o dichiarato allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze, ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (Cons. di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 864).

In altre parole, il ricorso all'istituto dell'avvalimento non può tradursi nel prestito formale e astratto di requisiti ma richiede la specifica individuazione delle risorse materiali o immateriali messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria.

Sotto il profilo pratico, quando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un cd. contratto di avvalimento dei requisiti finanziari di un'altra (cd. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando; pertanto, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della cd. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

L'avvalimento di garanzia può spiegare la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner

commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se renda palese la concreta disponibilità attuale delle risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata; pertanto, anche nel caso di prestito di un requisito immateriale e cartolare, come nel caso di avalimento di garanzia, proprio per evitare che l'avalimento si riduca ad un valore astratto è necessario indicare quanto meno i contratti od altri adeguati documenti, anche di carattere contabile, idonei a dar conto dell'effettivo raggiungimento del requisito.

Le dichiarazioni relative all'avalimento

Così come previsto per il contratto di avalimento ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti, anche la dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria deve avere - a pena di nullità - un oggetto determinato e quindi non deve limitarsi ad esprimere, in maniera generica e tautologica, la messa a disposizione delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, ma deve esprimere il chiaro impegno negoziale a prestare gli specifici e ben individuati requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliaria difetta, con l'insieme delle dotazioni organizzative e finanziarie ad essi connessi (nel caso in esame si ritiene che siano adeguatamente specificati gli elementi tecnici volti a qualificare la "analogia" rispetto alla fornitura oggetto dell'appalto, relativa al requisito di specifica competenza e di affidabilità dell'impresa aggiudicataria).

Nella disciplina dell'avalimento negli appalti pubblici assume, pertanto valore decisivo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente dei mezzi e dei requisiti offerti da altra impresa e a tale fine l'art. 4, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, richiede che il concorrente produca una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria e 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. Inoltre, deve essere prodotto il contratto di avalimento, in originale o copia autentica, 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.

La dichiarazione dell'impresa ausiliaria costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, mentre il contratto di avalimento rappresenta l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla procedura competitiva e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate le reciproche obbligazioni delle parti, e le prestazioni da esse discendenti.

Essendo tali negozi giuridici due atti distinti il contratto non può limitarsi ad avere un contenuto meramente riproduttivo della dichiarazione unilaterale né, al tempo stesso, può considerarsi che da quest'ultima norma discenda un onere di verifica del contenuto del contratto di avalimento, se non della esistenza o determinatezza dell'oggetto, ovvero della possibile nullità del contratto medesimo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., posto che ciò che occorre appurare è se l'accordo individua in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la sua durata per tutto il tempo dell'appalto, la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati.

Il contratto di avvalimento

Quello di avvalimento è un contratto consensuale bilaterale e a effetti obbligatori, nella cui ragione è evidente un'essenziale finalità pubblicistica, insita nella funzione di voler supplire, davanti alla Stazione appaltante, alla mancanza di certe caratteristiche soggettive dell'ausiliato, qualità che, per loro natura, corrispondono all'interesse pubblico che presiede alla scelta in via competitiva del contraente e alla posizione contrattuale dell'Amministrazione, e che sono stimate imprescindibili per l'affidamento del contratto.

In particolare, l'impresa ausiliaria spende una sua qualità soggettiva mettendola contrattualmente a disposizione dell'ausiliato per quella gara, impegnandosi non soltanto verso l'impresa ausiliata, ma anche verso la stazione appaltante a garantire di avere e di mettere a disposizione di quella concorrente le risorse di cui quella stessa è carente e che sono reputate indefettibili.

L'ausiliario, inoltre, è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti proprio della Stazione appaltante.

Non sono invece rilevanti per il corretto esercizio dell'istituto dell'avvalimento la natura dei rapporti sottostanti fra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, posto che ciò che va considerato dall'Amministrazione è solo che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi della seconda e tanto è sufficiente ai fini dell'accertamento dei requisiti per concorrere.

Circa l'oggetto del contratto questi deve essere determinato o determinabile indicando dettagliatamente e concretamente la messa a disposizione delle proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, ed evidenziando con chiarezza tutti gli elementi dell'offerta sin dal momento della sua formulazione, onde evitare agevoli aggiramenti dei requisiti di ingresso.

Il contratto di avvalimento, inoltre, deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente il relativo oggetto, da intendersi come specifica indicazione delle risorse e dei mezzi prestati dall'impresa ausiliaria al concorrente, nonché la durata ed ogni altro elemento utile, in quanto tale impresa non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo.

L'indirizzo dell'Ispettorato nazionale del lavoro

Con il contratto di avvalimento, come è stato sopra esplicitato, l'impresa che intende partecipare a una gara per l'affidamento di un appalto pubblico per il quale è richiesto il possesso di determinati requisiti può avvalersi dei requisiti di un'altra impresa, a prescindere dalla natura giuridica dei vincoli che tra loro intercorrono.

Con tale contratto, l'impresa dunque concede i propri requisiti (impresa ausiliaria) e nel contempo si impegna formalmente, sia nei confronti della stazione appaltante e sia nei confronti dell'impresa partecipante alla gara (impresa ausiliata), a mettere a disposizione di quest'ultima, per l'intera durata dell'appalto, tutto il necessario aziendale.

Così come precisato dalla giurisprudenza l'impresa ausiliaria che fornisce i propri requisiti deve

impegnarsi formalmente, sia nei confronti della stazione appaltante sia nei confronti dell'impresa partecipante alla gara (cd. impresa ausiliata) a mettere a disposizione di quest'ultima, per l'intera durata dell'appalto, tutte le risorse e l'apparato organizzativo necessari ovvero, a seconda dei casi, i mezzi, il personale, le procedure e tutti gli altri elementi qualificanti in relazione all'oggetto contrattuale (Cons. di Stato, Sent. n. 3310/2013).

Tra le risorse rese disponibili, oltre a mezzi e attrezzature, rientrano pure i lavoratori dipendenti.

Su tale aspetto l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha evidenziato che, anche nell'ipotesi in cui il contratto di avvalimento non venga successivamente formalizzato in un regolare contratto di appalto/subappalto tra le imprese, il corretto impiego dei lavoratori dipendenti dell'impresa ausiliaria va sempre valutato in base all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, in materia di appalto.

In altri termini, gli ispettori dovranno controllare che nel contratto di avvalimento sussistano gli elementi di autenticità dell'intera operazione negoziale con riferimento ai rapporti intercorrenti tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata nel rispetto della normativa in tema di liceità dell'appalto.

Quindi il contratto di avvalimento dovrà presentare i requisiti fondamentali propri del contratto di appalto ovvero che i mezzi necessari e il rischio d'impresa siano gestiti e organizzati direttamente dall'appaltatore (impresa ausiliaria), in capo al quale deve permanere altresì l'esercizio del potere direttivo in quanto effettivo datore di lavoro.

A tal proposito, ai fini della legittimità del distacco, l'interesse dell'impresa ausiliaria distaccante, non può in alcun modo coincidere con la mera messa a disposizione dei lavoratori, ma trova ragione nell'oggetto del contratto di avvalimento la cui stipula determina l'assunzione ex lege di una responsabilità solidale da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'Amministrazione appaltante relativamente ai lavori oggetto dell'appalto che si giustifica in ragione dell'effettiva partecipazione dell'ausiliaria all'esecuzione dell'appalto principale.

In sintesi, secondo l'INL, la disciplina del D.Lgs. n. 50/2016 non va intesa come una deroga al regime sanzionatorio dell'art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003 legato all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, nel caso in cui, in sede di accertamento ispettivo, venga riscontrato tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata un appalto non genuino.

Infine, l'INL precisa che, oltre a tale ipotesi, nel caso in cui il contratto di avvalimento preveda il distacco di personale, da parte dell'impresa ausiliaria a favore dell'impresa ausiliata, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 con relativi obblighi di comunicazione, da effettuarsi entro cinque giorni.