

Una riflessione a voce bassa: ricorso all'avvalimento, attenzione alle “bucce di banana”¹

di Arrigo Varlaro Sinisi

È noto a tutti che, grazie all'istituto dell'avvalimento, un operatore economico può partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto anche nel caso in cui sia sprovvisto dei requisiti economico, finanziario, tecnico o professionale richiesti a tal fine dalla *lex specialis* di gara.

Tranne rare eccezioni previste dal Codice, infatti, (vedasi l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, o, nei lavori, il possesso delle categorie cosiddette “SIOS”: rispettivamente, art. 89, commi 10 e 11 dal Codice), e altri casi individuati dalla giurisprudenza come, ad esempio, il progettista esterno nell'appalto integrato (in argomento si veda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9 luglio 2020, n. 13), il concorrente sprovvisto dei requisiti di partecipazione potrà comunque concorrere alla gara, *avvalendosi* dei requisiti di altri operatori economici.

È appena il caso di rammentare che l'*avvalimento* è un istituto di derivazione comunitaria che permette all'operatore economico che intenda partecipare ad una gara, ma che non abbia taluni requisiti richiesti dal bando, di avvalersi di risorse, mezzi e strumenti di altro operatore economico. La *ratio* dell'istituto è certamente quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica

¹ Pubblicato in www.appalti&contratti.it 20/01/2021.

amministrazione. Per tale ragione la giurisprudenza ha affermato che, al di fuori dei casi previsti dalla legge, una stazione appaltante non può introdurre, attraverso la *lex specialis* di gara, clausole “atipiche” che vietino e/o limitino il diritto dei concorrenti di fare ricorso all’istituto dell’avvalimento (in argomento, si veda Ad. Plenaria del Cons. St. 16 ottobre 2020 n. 22).

Acclarato, dunque, che l’ordinamento riconosce agli operatori economici che intendano partecipare ad una gara, un ampio potere di *avvalersi* dell’avvalimento, occorre tuttavia prestare attenzione alle “bucce di banana” sulla quale potrebbero incappare i concorrenti, che potrebbe determinare la loro esclusione dalla gara.

Se è vero, come è vero, che l’ordinamento consente al concorrente che sia sprovvisto dei necessari requisiti, di partecipare alla gara, avvalendosi di quelli altri operatori economici, è altrettanto vero che lo stesso ordinamento stabilisce regole di partecipazione che non possono essere superate né dall’avvalimento, né da eventuali contrarie previsioni della *lex specialis* di gara.

È il caso, ad esempio, della previsione normativa secondo la quale la mandataria di un R.T.I. deve possedere i requisiti economico-finanziario, tecnico e/o professionale, in misura prevalente rispetto alle mandanti.

Ci riferiamo, in particolare, alle previsioni contenute agli artt. 48 e 83 del Codice dei contratti del 2016 e all’art. 92 del d.P.R. n. 207/2010 (ancora oggi applicabile, in via transitoria).

Dalla lettura coordinata di tali norme si ricava che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (art. 83, c. 8 cit.); e ancora che la mandataria, sia in un raggruppamento orizzontale sia in uno verticale, debba assumere un ruolo predominante, spendendo i requisiti in misura maggioritaria (art. 92 del citato regolamento, commi 2 e 3).

Queste regole trovano applicazione nel caso di avvalimento interno di un costituendo raggruppamento tra imprese; ossia quando il requisito di cui è carente la mandataria gli sia prestato dalla mandante. La giurisprudenza ha affermato che tale avvalimento è sempre possibile, a condizione che si rispetti la regola secondo cui la mandataria deve “in ogni caso” possedere i requisiti ed eseguire

le prestazioni in misura maggioritaria (Cons. Giust. Amm. per la Reg. Siciliana 18 febbraio 2019, n. 147; Con. St. Cons. St., III, n. 1339/2018 e IV, n. 5687/2017). Ove ciò non sia, l'R.T.I. sarà escluso dalla gara, per carenza del requisito prevalente in capo alla mandataria.

Alla luce di quanto precede, è bene che l'operatore economico che decida di far ricorso all'avvalimento "interno" per coprire i requisiti di cui è carente presti attenzione non solo alle specifiche norme sull'avvalimento (art. 89 del Codice), ma anche a quelle più generali sulla partecipazione gare che, se non rispettate, potrebbero rappresentare la classica "buccia di banana" sulla quale il concorrente rischia di scivolare, con ogni conseguenza sulla sua permanenza nella gara stessa.

È quindi auspicabile una riflessione in più in fase di "preparazione" alla gara, piuttosto che cercare di porre rimedio in corso di gara, quando oramai l'incontro con la "buccia di banana" potrebbe rivelarsi esiziale

.