



*Direzione centrale vigilanza,
affari legali e contenzioso*

*Alla Provincia Autonoma di Trento
Servizio Lavoro*

Oggetto: contratto di avvalimento ex art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 ed art. 18, D.Lgs. n. 276/2013.

In relazione al quesito in oggetto, concernente l'eventuale applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 nell'ipotesi in cui in sede di accertamento ispettivo sia riscontrabile un rapporto di avvalimento tra due o più imprese, si rappresenta quanto segue.

In via preliminare, va evidenziato che in virtù dell'istituto di origine comunitaria dell'avvalimento, di cui all'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 (già art. 49, D.Lgs. n. 163/2006), un operatore economico che intende partecipare ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, per il quale è richiesto il possesso di determinati requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale può avvalersi, per soddisfare la relativa richiesta, dei requisiti appartenenti ad altri operatori economici, a prescindere dalla natura giuridica dei vincoli intercorrenti con questi ultimi.

Va precisato come l'impresa che "presta" i propri requisiti (impresa ausiliaria) deve impegnarsi formalmente, sia nei confronti della stazione appaltante sia nei confronti dell'impresa partecipante alla gara (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, mezzi, personale, procedure e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto contrattuale (Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2014 n. 3057; id, sez. VI, 13 giugno 2013 n. 3310).

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel "prestito" di un valore puramente cartolare ed astratto, essendo invece necessario che dal contratto **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, ovvero di mezzi d'opera, personale qualificato, attrezzature occorrenti ecc.** (Cons Stato Sez. V, sent. n. 257/2015).

A quest'ultimo riguardo, proprio lo stesso art. 89, sopra citato, al primo comma prevede che gli operatori economici possano avvalersi delle capacità professionali (titoli di studio e/o esperienze) di altri soggetti **solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui le suddette capacità sono richieste.**

Alla luce di tale quadro, nella misura in cui tra le risorse messe a disposizione, oltre ai mezzi e alle attrezzature, rientrano anche i lavoratori dipendenti dell'impresa ausiliaria, anche nell'ipotesi in cui il contratto

di avvalimento non venga successivamente "formalizzato" in un contratto di appalto/subappalto intercorrente tra quest'ultima e l'impresa ausiliata, **si ritiene che il corretto impiego dei lavoratori dipendenti dell'impresa ausiliaria debba essere sempre valutato alla stregua di quanto previsto all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003.**

Gli organi di vigilanza, pertanto, saranno chiamati a verificare in ragione di quanto stabilito nel medesimo contratto di avvalimento nel cui contesto devono essere individuate puntualmente le risorse anche umane messe a disposizione, che nella fattispecie concreta sussistano gli elementi di autenticità dell'intera operazione negoziale con riferimento ai rapporti intercorrenti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata nel rispetto della normativa in tema di liceità dell'appalto.

In altri termini, **la disciplina speciale sancita dal D.Lgs. n. 50/2016 non costituisce deroga al regime sanzionatorio contemplato dall'art. 18 del Decreto n. 276/2003, laddove in sede di accertamento ispettivo venga riscontrato tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata un appalto non genuino:** gli ispettori avranno pertanto cura di accertare che la fattispecie presenti i requisiti fondamentali propri di tale istituto ovvero che i mezzi necessari e il rischio di impresa siano gestiti e organizzati direttamente dall'appaltatore, in capo al quale deve permanere altresì l'esercizio del potere direttivo in quanto effettivo datore di lavoro.

Va infine precisato che, al di fuori dell'ipotesi di cui sopra, nel caso in cui il contratto di avvalimento preveda il distacco di personale, da parte dell'impresa ausiliaria in favore dell'impresa ausiliata, trova comunque applicazione la disciplina di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 e dei relativi obblighi di comunicazione (entro 5 giorni).

In tal caso, tuttavia, occorre tener presente che 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 della effettiva partecipazione dell'ausiliaria all'esecuzione dell'appalto principale (crf. art. 89, comma 5, e T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 marzo 2013, n. 756).

IL DIRETTORE CENTRALE

Dott. Danilo PAPA

IF/Sc