



.....OMISSIS.....

Oggetto

Forniture di equipaggiamento e vestiario – applicazione art. 89, comma 4, d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 32/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 25 maggio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 40161, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 12 luglio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto, relativo agli appalti per forniture di vestiario ed equipaggiamento per le esigenze dell'amministrazione istante, si chiede se in ordine a tali tipologie di contratto trovi applicazione la disposizione dell'art. 89, comma 4, del d.lgs. 50/2016 e se possa essere previsto nel bando di gara che talune prestazioni essenziali siano direttamente svolte dall'offerente.

In relazione a quanto richiesto, sembra opportuno richiamare l'art. 89 (*avvalimento*) del Codice, il quale dispone al comma 4 che «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».

La disposizione, dettata nell'ambito della disciplina dell'avvalimento e che riproduce l'art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, introduce la facoltà per la stazione appaltante di escludere, in determinati casi, il ricorso all'avvalimento.

Come chiarito dall'Autorità, «Nonostante la norma faccia riferimento allo svolgimento di determinati compiti e quindi alla fase esecutiva dell'appalto, dal suo inserimento nella disciplina dell'avvalimento si deduce che implica *l'obbligo dell'offerente di possedere in proprio la qualificazione relativa ai suddetti compiti*, non essendo quindi ammessa la possibilità che per l'esecuzione degli stessi si avvalga di un'impresa ausiliaria, tramite prestito dei requisiti da parte della stessa. La norma riproduce in maniera testuale la previsione contenuta nella Direttiva UE 2014/24 (articolo 63, comma 2). Non viene tuttavia offerta alcuna chiave interpretativa per identificare quali possano essere i "*compiti essenziali*" per i quali si può precludere il ricorso

all'avvalimento e la conseguente esecuzione da parte dell'impresa ausiliaria. Specie per i lavori, caratterizzati da una unitarietà di esecuzione, può risultare difficile scorporare dall'insieme complessivo delle prestazioni "compiti essenziali" per sancirne l'obbligo di esecuzione diretta da parte dell'appaltatore principale. Non essendo ancora emanate linee guida, *l'individuazione delle fattispecie da ricondursi al dettato normativo è lasciata alla discrezionalità delle Amministrazioni appaltanti*. In ogni caso, la definizione non è da confondersi con l'altra preclusione all'avvalimento prevista al successivo comma 11 dell'art. 89 che invece riguarda "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali". Nel caso del quarto comma infatti non sembra richiesta una peculiare complessità tecnica e realizzativa dei compiti da svolgere, ma soltanto *una particolare attenzione del committente all'esecuzione di una parte delle prestazioni che nell'ambito del contratto siano determinanti per la complessiva realizzazione dell'opera*. Pertanto, non appare incongruo che in relazione alle finalità e all'oggetto del contratto, particolari cautele siano destinate soprattutto ad alcuni aspetti del lavoro o del servizio commissionato. È importante, per l'individuazione dei compiti essenziali che questi siano scindibili in maniera oggettiva dal resto delle lavorazioni o servizi appaltati (...)» (Anac, delibera n. 94/2017-prec 54/16/L).

L'Autorità ha aggiunto a quanto sopra che «Per quanto riguarda la specifica individuazione dei *compiti essenziali* [di cui all'art. 89, comma 4, del d.lgs. 50/2016], il bando di gara è la *lex specialis* che disciplina la procedura selettiva in ogni suo aspetto e le prescrizioni in esso contenute vincolano i concorrenti e l'amministrazione che non dispone di margini di discrezionalità nella sua completa attuazione. Come afferma Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655: "l'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti. Invero, nel bando di gara, l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito"» (del. citata).

Pertanto, «la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'art. 89, comma 4, d.lgs. 50/2016 e s.m.i può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati, fermo restando il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. L'essenzialità deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto» (delibera n. 1240/2017 - Prec 222/17/S).

Occorre aggiungere a quanto sopra in relazione al citato art. 89, comma 4, che trattandosi di norma limitativa dell'avvalimento, quindi di natura eccezionale, nel senso sopra indicato, l'applicazione della stessa deve limitarsi ai casi ivi espressamente indicati [*appalti di lavori, di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura*], senza possibilità di procedere ad interpretazioni estensive o analogiche degli stessi.

Nel caso degli appalti di forniture, la disposizione *de qua* limita l'ambito applicativo della stessa ai contratti di forniture che includono "operazioni di posa in opera e di installazione".

Per completezza si osserva che il nuovo Codice (d.lgs. 36/2023), ripropone, all'art. 104, comma 11, la disposizione in esame, stabilendo che «11. 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, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

Il nuovo schema di bando-tipo 1/2023 (*"Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra le soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"*) elaborato dall'Autorità, prevede quindi – nell'ambito della disciplina dell'avvalimento (par. 7) – la facoltà, per la stazione appaltante, di introdurre nella *lex specialis*, per *"i servizi o le forniture con operazioni di posa in opera o installazione"*, ai sensi dell'articolo 104, comma 11 del Codice, i *"compiti essenziali"*, prevedendone la relativa descrizione e che *"sono direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di offerta presentata da un raggruppamento, da un partecipante al raggruppamento"* (par. 7).

Per quanto sopra, in relazione al quesito sollevato nell'istanza di parere, non può che evidenziarsi il carattere eccezionale della previsione dell'art. 89, comma 4, del Codice, nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, dal quale deriva l'impossibilità di estenderne l'applicazione oltre i casi ivi espressamente previsti. In tal senso, la norma deve ritenersi riferita esclusivamente agli appalti di lavori, di servizi e alle operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura. Ne deriva l'impossibilità di applicare la stessa ad un appalto di fornitura che non includa operazioni di posa in opera o installazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente