

Brevi note sull'avvalimento: un istituto antico rimodellato dal diritto europeo
di Luigi Alla

SOMMARIO: 1. Le origini: nell'ordinamento interno e nell'ordinamento europeo. - 2 Le direttive comunitarie - 3. Il Codice dei contratti pubblici - 3.1. L'avvalimento nella singola gara. - 3.2. L'avvalimento stabile. - 3.3. L'avvalimento interno ed esterno. - 4 Riflessioni conclusive.

1. Le origini: nell'ordinamento interno e nell'ordinamento europeo

L'avvalimento ha origini antiche.

Nell'ordinamento interno l'avvalimento designava una particolare figura organizzatoria della pubblica amministrazione che, non disponendo di un ufficio o di un apparato organizzativo idoneo all'esercizio di una o più funzioni, si avvaleva della struttura, del personale, degli uffici di un altro ente o organo, conservando però la titolarità e l'esercizio della propria funzione, con imputazione degli atti compiuti dal soggetto pubblico avvalso direttamente all'amministrazione avvalente¹.

L'istituto nei rapporti tra Regione e uffici degli enti locali godeva anche di copertura costituzionale, in quanto, ai sensi dell'art. 118, comma 3 Cost., nella formulazione anteriore alla riforma del titolo V della Costituzione operata dalla L.Cost.18 ottobre 2001, n.3, la Regione esercita le sue funzioni amministrative "valendosi degli uffici" dei Comuni o degli enti locali.

L'avvalimento comportava, quindi, l'assunzione funzionale dell'ufficio di un ente nella organizzazione di un altro, che veniva così a trovarsi in una posizione di dipendenza funzionale dall'ente avvalente, agendo come ufficio dello stesso e restando soggetto, nei limiti delle attribuzioni della Regione, ai poteri di direzione e controllo degli organi regionali².

La giurisprudenza stessa qualificava l'avvalimento come una formula organizzatoria regolatrice dei rapporti intersoggettivi tra enti, caratterizzata dal fatto che un ente assumeva veste ausiliaria di un'altro ente al fine di compiere operazioni tecniche, esecutive, preparatorie, in funzione di semplificazione dell'azione amministrativa e anche di risparmio di spesa, posto che l'utilizzo di tale strumento giuridico evita alla amministrazione di fare ricorso a professionalità esterne alla stessa³.

Con particolare riferimento al settore degli appalti di opere pubbliche, l'avvalimento trovava applicazione nei casi in cui una pubblica amministrazione, pur essendovi tenuta, non poteva realizzare un'opera pubblica e si avvaleva dell'opera realizzata da un apparato della stessa amministrazione - diverso, tuttavia, da quello che avrebbe dovuto provvedervi- o di un'altra pubblica amministrazione.

¹A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003, p.114 ss..

²G. G. A. DATO, *L'istituto dell'avvalimento nel codice dei contratti pubblici ed i problematici profili di responsabilità delle imprese nei confronti della stazione appaltante*, in AA.VV., *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*" a cura di Gian Franco Cartei, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p.251 ss.

³TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*,5 maggio 2005,n.3452; TAR Puglia, Lecce, sez.I,4 dicembre 2002, n.7263; Cons. Stato, sez.V, 29 settembre 1999, n.1200.

L'avvalimento, oggi, non designa più una formula organizzatoria dei pubblici poteri, ma una modalità pro concorrenziale di partecipazione alle pubbliche gare, nelle quali l'offerente (denominato per ciò avvalente) si avvale, a dimostrazione dei requisiti minimi di partecipazione richiesti dal bando, dei requisiti di un altro operatore economico (denominato avvalso), che resta però estraneo alla gara, perché non assume il ruolo di concorrente e, nel caso in cui l'avvalente diventa aggiudicatario, l'avvalso non assume neppure la qualità di appaltatore, ma al più quella di subappaltatore⁴.

L'avvalso, quindi, "presta" i suoi requisiti ad un altro operatore economico, favorendo in tal modo la partecipazione di questi ad una gara che, altrimenti, sarebbe preclusa.

L'avvalimento, come efficacemente affermato dall'Autorità per la vigilanza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁵, consiste *"nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi"*.

L'avvalimento nasce come strumento per garantire la massima partecipazione delle imprese alle procedure di gara e la sua principale finalità non è quella di arricchire la capacità del concorrente, ma di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere a una pubblica gara utilizzando i requisiti partecipativi di un altro operatore economico⁶.

Questa nozione è penetrata nel nostro ordinamento attraverso il formante europeo costituito dalle sentenze della Corte di Giustizia, che hanno delineato i tratti essenziali dell'istituto dapprima con riferimento a fattispecie caratterizzate da vincoli di gruppo e successivamente anche in fattispecie non caratterizzate da tali relazioni⁷.

Tali decisioni della Corte di giustizia si innestavano nel tessuto normativo tracciato dalle direttive 92/50 e 37/93, che ammettevano la prova dei requisiti tecnici di partecipazione anche attraverso l'indicazione di tecnici o organismi tecnici che non fossero incardinati nell'organizzazione del prestatore di servizi.

In tali direttive, tuttavia, non compare ancora la nozione di avvalimento, ma si può dire che esse hanno gettato le solide basi per escludere qualsivoglia forma di personalizzazione dei requisiti partecipativi⁸.

Come si è accennato, le prime sentenze della Corte di Giustizia sul tema erano riferite ai rapporti infragruppo e in particolare all'ipotesi in cui una società holding intendeva avvalersi dei requisiti posseduti dalle altre società del gruppo. La sentenza "Ballast Nedam Groep I"⁹, in particolare, riguardava una holding olandese alla quale era stato negato il rinnovo di una abilitazione per mancanza dei requisiti. La Corte di Giustizia, investita della questione in via pregiudiziale, ha affermato che anche se una holding non esegue direttamente le opere, perché l'esecuzione è affidata alle altre società del gruppo, le è consentito dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione attraverso i requisiti di una società dello stesso gruppo imprenditoriale a condizione che la società controllante provasse l'effettiva disponibilità dei mezzi della controllata, ai fini del corretto adempimento del contratto.

Nella successiva sentenza "Ballast Nedam Groep II" la Corte di Giustizia ha offerto l'interpretazione autentica- si passi l'espressione- del termine "consentono", utilizzato nella prima

⁴ M.C.ROSATI, "Brevi considerazioni sull'avvalimento nei contratti pubblici", Lexitalia.it, n.7-8 2007.

⁵ Determina dell'Autorità di vigilanza, n. 2 del 2 agosto 2012.

⁶ M.C.ROSATI, *cit.*; TAR Puglia,Bari, sez. I,10 ottobre 2007,n.2486.

⁷ CGUE, 2 dicembre 1999, in causa C-178/98.

⁸ C. ZUCHELLI, L. GERMANI, *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in www.giustiziaamministrativa.it

⁹ CGCE,14 aprile 1994 (CausaC-389/92) e ,in Giur.it.,1995,I,545 ss.

sentenza, precisando che lo stesso deve essere interpretato nel senso di “impongono”; conseguentemente, quando è provato che la persona giuridica posta in posizione dominante nell'ambito di un gruppo dispone dei mezzi delle società appartenenti al gruppo, l'autorità competente deve tener conto anche del possesso mediato delle referenze di cui dispongono le altre società del gruppo.

L'avvalimento quindi è possibile solo in presenza di un vicolo forte tra le imprese che determini il controllo dell'impresa ausiliata su quella ausiliaria, a garanzia dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁰.

Nella giurisprudenza comunitaria, quindi, nel caso dei rapporti infragruppo, la società capogruppo può avvalersi dei requisiti di capacità economica, tecnica e finanziaria delle consociate, purchè provi la disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Il principio sotteso all'avvalimento è stato applicato anche nella sentenza emessa nel caso *Holst Italia spa c. Comune di Cagliari*¹¹ che è riferita ai rapporti infragruppo, ma nella particolare fattispecie in cui la società consociata si avvaleva dei requisiti di altre società del gruppo. Si trattava quindi di un avvalimento infragruppo, che non operava, tuttavia, con riferimento a soggetti posti in posizione di dominanza.

Nella richiamata sentenza la Corte di Giustizia assume che è possibile per un soggetto avvalersi dei requisiti di un altro operatore economico a prescindere dai legami e dalla natura giuridica del vincolo che lo lega ad essi e dunque anche con riferimento ad un soggetto che, all'interno del gruppo, non si trova in posizione di dominanza.

La Corte di Giustizia, quindi, pur pronunciandosi con riferimento all'avvalimento infragruppo, espone per la prima volta il principio secondo cui l'avvalimento può operare anche al di fuori ed a prescindere da legami societari tra avvalso e avvalente, con l'unica condizione, mutuata dall'approccio sostanzialistico proprio del diritto europeo, della prova della effettiva disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto.

La sussistenza di un legame, quindi, non solo non è un elemento essenziale per ammettere l'avvalimento, ma neppure sufficiente, perché in ogni caso deve essere accompagnata dalla prova della effettiva disponibilità in capo al soggetto avvalente dei mezzi di cui dispone l'avvalso, prova che secondo la Corte di Giustizia può essere data con ogni mezzo.

Come rileva la dottrina, la tesi comunitaria muoveva da istanze di tipo sostanzialistico, in quanto il rapporto infragruppo consentiva una “*sorta di requisizione di mezzi e beni di una impresa da parte della capofila, sia per eseguire uno specifico appalto, sia per acquisire una abilitazione durevole per appalti futuri*”¹².

Un ulteriore impulso al principio che valorizza la massima partecipazione alle pubbliche gare attraverso l'avvalimento dei requisiti, si registra, infine, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia emessa nel caso *Siemens AG contro Arge Telekom & Partner*¹³, che riconosce al concorrente di una pubblica gara la possibilità di fare affidamento sui requisiti del subappaltatore.

La giurisprudenza interna ha recepito in modo non unanime le sentenze della Corte di Giustizia, perché talvolta ha assunto che la prova della disponibilità dei mezzi fosse implicita nella sussistenza del rapporto infragruppo (¹⁴), altre volte, invece, ha preteso l'assolvimento di un più intenso onere probatorio, assumendo che l'avvalente doveva comunque dare la dimostrazione seria ed attuale

¹⁰ P. CORCIULO, *L'avvalimento*, SSAL, in http://doc.sspal.it/bitstream/10120/1382/1/Corciulo_avvalimento.pdf

¹¹ CGCE 2 dicembre 1999, causa C-176/98 *Holst Italia spa c. Comune di Cagliari*.

¹² P. CORCIULO, *op. cit.*

¹³ CGE 18 marzo 2004, causa C-314/01 *Siemes AG contro Arge Telekom & Partner*.

¹⁴ CDS, sez.IV,3 aprile 2001, n. 1938.

della effettiva disponibilità futura dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto e che tale onere non era assolto dalla mera dimostrazione del legame di gruppo ⁽¹⁵⁾.

2. Le direttive comunitarie

Nel 2004 sono state emanate le direttive comunitarie che costituiscono il sostrato fondamentale della legislazione domestica in materia di appalti. La direttiva 2004/18/CE disciplina gli appalti nei settori ordinari, mentre la direttiva 2004/18/CE rappresenta il quadro di riferimento per gli appalti nei settori speciali.

Entrambe le direttive contengono norme sull'avvalimento.

L'art. 47, punto 2 e l'art. 48, punto 3 della Direttiva 2004/18/CE utilizzano una significativa espressione "fare affidamento", che rispecchia l'essenza stessa dell'avvalimento: l'operatore economico che partecipa ad una pubblica gara può contare sui requisiti di un altro operatore economico "se del caso" e "per un determinato appalto".

Tale direttiva stabilisce che l'avvalimento non è un fenomeno diffuso, ma circoscritto ad uno specifico appalto ed è consentito "se del caso", ovvero solo se necessario per la buona esecuzione dell'appalto.

Inoltre è valorizzato l'onere dell'avvalente di provare la disponibilità effettiva dei mezzi per l'esecuzione dell'appalto, attraverso la presentazione dell'impegno dell'avvalso di mettere a disposizione dell'operatore economico che partecipa alla gara le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

L'istituto è descritto anche nell'ambito del raggruppamento tra operatori economici, i quali possono partecipare alle gare avvalendosi dei requisiti dei partecipanti al raggruppamento stesso, ovvero di soggetti estranei allo stesso.

I rapporti infragruppo, infine, consentono l'operatività dell'istituto anche ai fini della qualificazione. L'art.52, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE stabilisce che, al fine di conseguire l'attestato di qualificazione, gli operatori economici possono avvalersi dei requisiti di altri operatori ai quali siano avvinti da legami di gruppo, purchè la disponibilità dei requisiti sia mantenuta per tutta la durata dell'iscrizione al sistema di qualificazione.

E' questo l'avvalimento cd stabile o di durata, che si distingue dal primo in ragione del fatto che questa tipologia presuppone un legame qualificato tra gli operatori economici, che debbono appartenere allo stesso gruppo, laddove invece nel primo tipo si prescinde dalla sussistenza e dalla natura del legame ¹⁶.

L'art 53, par. 4 e 5 della Direttiva 2004/17/CE stabilisce, altresì, che "*l'operatore economico può far valere, se necessario, le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi*", purchè dimostri di poter disporre dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto per tutto il periodo di validità del sistema di qualificazione, esibendo l'impegno di tali soggetti a tal fine. L'avvalimento è previsto anche nei rapporti infragruppo.

L'art.54, par. 5 e 6, contempla una norma sostanzialmente speculare nelle gare ove non sono previsti sistemi di qualificazione.

¹⁵ CDS 17 settembre 2003, n.5287.

¹⁶ G.M. DI PAOLO, *L'avvalimento nel Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici*, www.contratti-pubblici.it

Le direttive comunitarie sposano una concezione “*liberista*” che tende ad esaltare la nozione europea del diritto di impresa, in termini di sua espansione¹⁷.

Tale impostazione avrà ricadute notevoli sull'ordinamento nazionale che è mosso invece dalla opposta esigenza di assicurare la massima garanzia delle stazioni appaltanti e quindi dell'interesse pubblico.

Le direttive, destinate ad avere applicazione negli Stati membri dal 31 gennaio 2006, erano direttive *self executing*, in quanto riferite a un vero e proprio diritto dell'impresa, non limitabile né da disposizioni dell'ordinamento interno, né da prescrizioni delle stazioni appaltanti¹⁸).

3. Il Codice dei contratti pubblici

Le Direttiva comunitarie in materia di appalti sono state integralmente recepite dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con alcuni “*paletti volti ad evitare manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali o comunque di soggetti che non potrebbero partecipare in proprio alle procedure di affidamento*”¹⁹.

Il legislatore interno, dunque, ha dovuto mediare opposte esigenze, ovvero preservare l'anima pro concorrenziale dell'istituto e assicurare che lo stesso non si prestasse a pericolose infiltrazioni della criminalità organizzata e di stampo mafioso. Ne è scaturito un istituto che, pur ricalcando quello europeo, presenta tuttavia alcune peculiarità, che non sempre hanno trovato l'avallo europeo, tanto che il legislatore interno ha inciso significativamente sull'istituto per adeguarlo ai dettami europei.

L'avvalimento opera nel settore dei servizi e delle forniture con riferimento ai requisiti di natura tecnico-organizzativa e finanziaria come avvalimento destinato ad operare in una singola gara.

L'avvalimento opera altresì con riferimento ai lavori attraverso l'attestazione SOA.

In questo ambito vi può essere un avvalimento riferito alla singola gara in cui un operatore economico dimostra i requisiti di partecipazione ad una specifica gara avvalendosi dell'attestazione SOA di un altro operatore economico.

In altri casi opera quello che il cd avvalimento stabile, disciplinato dall'art. 50 del Codice e 88 del DPR 207/2010 recante il Regolamento attuativo al Codice dei contratti pubblici, che consente a una impresa di ottenere la propria attestazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un'altra impresa, con la conseguenza che in tal caso l'avvalimento opera non per una sola gara, ma per tutte quelle a cui l'ausiliata intende partecipare.

3.1. L'avvalimento nella singola gara

L'art. 49 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture disciplina l'avvalimento in relazione ad una specifica gara per l'affidamento di lavori, servizi e forniture e stabilisce che “*il concorrente singolo o consorziato può soddisfare la richiesta relativa al possesso di requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, ovvero dell'attestazione SOA di un altro soggetto*” (49, comma1).

La giurisprudenza ha affermato che l'istituto dell'avvalimento ha carattere generale e trova applicazione a prescindere da una espressa previsione del bando. In particolare è stato affermato che

¹⁷ P. CORCIULO, op.cit.

¹⁸ P. CORCIULO, op.cit.

¹⁹ Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'avvalimento è possibile non solo se il bando omette il riferimento per mera dimenticanza, ma anche nella ipotesi in cui una clausola del bando in ipotesi lo escludesse²⁰.

E opportuno preliminarmente precisare che l'avvalimento è una fattispecie che si addice solo per l'ausiliato e non per l'ausiliario, in quanto tanto il diritto interno quanto il diritto europeo escludono il cd avvalimento a cascata che ricorre quando l'ausiliario a sua volta dichiara di avvalersi di un altro operatore economico.

L'istituto trova applicazione in termini generali, ma comunque entro il perimetro delineato dal legislatore interno e europeo che escludono l'avvalimento con riferimento ai requisiti di ordine pubblico e di moralità.

L'istituto, infatti, non trova applicazione con riferimento ai requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del codice, ossia i requisiti cd. Soggettivi, che attengono alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale.

Tali requisiti debbono essere posseduti in proprio sia dall'impresa ausiliaria, che ausiliata, come si evince dallo stesso art. 49, comma 2 lett. b) e lett. c) che, nell'ambito della documentazione di cui è onerato il concorrente, prevedono una dichiarazione sia del concorrente che della ausiliata in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale.

Al riguardo la costante giurisprudenza assume che sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale non sussiste alcuna differenza tra gli operatori economici offerenti e gli operatori economici in rapporto di avvalimento²¹.

I requisiti di ordine speciale oggetto di sostituzione sono quelli attinenti all'organizzazione, all'attività espletata, alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dall'operatore economico. L'Impresa ausiliaria dovrà dichiarare il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento

L'Autorità di vigilanza si è recentemente pronunciata in ordine alla riconducibilità di taluni requisiti all'una o all'altra categoria, precisando che non possono costituire oggetto di avvalimento, avendo carattere soggettivo:

-l'iscrizione nel registro delle imprese tenuto dalle Camere di Commercio, stante il carattere doveroso dell'iscrizione stessa;

-l'iscrizione in albi professionali, perché diversamente opinando si rischierebbe di vanificare le scelte del legislatore limitative del libero esercizio di una determinata attività economica e professionale.

Un discorso a parte merita la certificazione di qualità che l'Autorità di vigilanza ha escluso dal novero dei requisiti oggetto di prestito ad eccezione dei casi in cui la stessa è ricompresa nell'ambito della certificazione SOA.

Sul punto peraltro si registra un orientamento non univoco nella giurisprudenza che in recenti sentenze sembra essersi attestata su un opposto orientamento che, enfatizzando la natura della certificazione di qualità che valorizza gli elementi di eccellenza della complessiva organizzazione dell'impresa, assume che la stessa è idonea a dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa stessa in quanto assicura che l'impresa a cui sarà affidata la commessa pubblica sarà in grado di effettuare la prestazione a cui si è obbligata nel rispetto dello standard qualitativo che un organismo a ciò predisposto ha attestato. Per tali ragioni il Supremo consesso di giustizia amministrativa ha considerato compatibile con l'art. 49 del Dlgs 163/2006²².

²⁰ TAR Piemonte n.2218 del 22 maggio 2007; TAR Campania n.10271 del 30 ottobre 2007.

²¹ TAR Calabria, Sez.I, 18.04.2012, n.348; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 17 marzo 2010, n.337.

²² CDS, sez. V, 23 ottobre 2012, n.5408

L'avvalimento non è solo avvalimento dei requisiti di partecipazione cd di garanzia, ma anche avvalimento operativo, che comporta un coinvolgimento dell'ausiliaria nella esecuzione del contratto, come accade quanto oggetto del prestito siano le attrezzature, il personale, il know how e ancor più nel caso in cui l'ausiliario rivesta anche il ruolo di subappaltatore.

L'art. 49, comma 2 contiene l'elencazione della documentazione rilevante per l'operatività dell'istituto dell'avvalimento: tali indicazioni sono particolarmente utili per ricostruire la natura giuridica dell'istituto.

In particolare assumono rilievo la lettera f) che impone, in distonia con il diritto europeo, l'allegazione del contratto 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 dottrina ha indagato in modo particolare la natura del contratto di avvalimento e ha precisato che si tratta di un contratto sinallagmatico, consensuale, a effetti obbligatori, che intercorre tra soggetti privati, in quanto l'amministrazione resta estranea ad esso, pur essendo la destinataria della prestazione alla quale l'impresa ausiliaria si è obbligata²³.

Il contratto di avvalimento presenta significative differenze con altre forme di collaborazione tra imprese, come il sub appalto oppure il consorzio stabile o temporaneo, perché a differenza di esse non fonda un legame giuridico ultroneo tra le parti contraenti.

Si tratta di un contratto atipico, che richiede la forma scritta *ad probationem* e la cui disciplina può essere ricavata dal tipo contrattuale più simile.

In particolare si può escludere l'assimilazione al contratto di noleggio, che non si addice all'avvalimento dell'attestazione SOA e per il fatto che il noleggiatore non assume nei confronti dell'amministrazione obblighi di alcun tipo; è esclusa altresì la configurabilità dello stesso come contratto a favore del terzo, in quanto la stazione appaltante, per effetto della stipula, non acquista alcun diritto immediato e diretto alla prestazione, in quanto l'impresa avvalente è titolare del diritto alla prestazione nei confronti dell'avvalsa; è escluso infine lo schema negoziale dell'accollo esterno cumulativo, in quanto l'amministrazione non manifesta alcuna adesione al contratto, ma subisce, si passi l'espressione, l'avvalimento e il suo ruolo rileva solo in fase di controllo dei requisiti e della veridicità delle dichiarazioni.

Con riferimento allo schema negoziale della promessa del fatto del terzo, sussistono molti dubbi applicativi, perché l'avvalso non promette al concorrente, privo dei requisiti, il fatto di un terzo, ma il fatto proprio e prima di presentare la dichiarazione di cui alla lettera d) dell'art. 49, comma 1, di cui si detto.

Sul contenuto del contratto di avvalimento ha inciso significativamente il D.P.R. 207/2010.

L'art. 88, comma 1 chiarisce che il contratto deve indicare l'oggetto, la durata e ogni elemento utile ai fini dell'avvalimento e cioè deve indicare in modo compiuto esplicito ed esauriente affinché sia soddisfatta l'esigenza di trasparenza che si impone in modo particolare nel prestito dei requisiti e di favorire i controlli della stazione appaltante.

L'analitica indicazione dei requisiti oggetto di avvalimento opera anche con riferimento all'avvalimento nell'attestazione SOA, in quanto l'attestato SOA è riferito a specifici requisiti è dunque è necessario indicare quali di essi oggetto di attestazione è anche oggetto di avvalimento²⁴.

²³ G.P. CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁴ G.M. DI PAOLO, *L'avvalimento nel regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici*, www.contratti-pubblici.it.

L'istituto dell'avvalimento nella singola gara si applica, come noto, anche ai servizi e alle forniture (art.49, comma 1) e l'avvalimento in fase di attestazione rileva anche con riferimento ai servizi e alle forniture ove operano sistemi legali di attestazione o qualificazione (art. 50, comma 4).

L'art. 88 del Regolamento attuativo non contiene un richiamo espresso a tali settori e il suo inserimento nel capo e nel titolo che disciplina i lavori nei settori ordinari, indurrebbe ad escludere la riferibilità di tale norma al settore dei servizi e delle forniture

Ciò rileva in ordine al contenuto del contratto di avvalimento.

Al riguardo assumono rilievo interpretativo i chiarimenti adottati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con la Circolare del 30 ottobre 2012, n. 4536, che rileva come nel settore dei lavori il contratto di avvalimento deve essere a oggetto determinato, pena la sua nullità, perché l'art. 88 del DPR 207/2010 ne predetermina analiticamente il contenuto.

Tale norma, tuttavia, non si applica al contratto di avvalimento nei servizi e nelle forniture, con la conseguenza che l'oggetto, in tal caso, può essere anche determinabile ai sensi dell'art. 1346 cc.

Quando opera l'avvalimento assumono rilievo due distinti contratti: il contratto di appalto tra stazione appaltante e ausiliario, nel quale l'ausiliaria non assume la qualità di parte; il contratto tra ausiliario e ausiliato al quale resta estranea la stazione appaltante. I due contratti sono avvinati da un vincolo che la dottrina civilistica qualifica collegamento negoziale, caratterizzato dal fatto che le parti, nell'intento di perseguire un fine unitario anche sotto il profilo economico, non altrimenti realizzabile attraverso la causa di un solo tipo contrattuale, stipulano due o più negozi in rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si riverberano sull'altro, condizionandone non solo l'esecuzione, ma anche la validità (simul stabunt simul cadent).

Nell'avvalimento il collegamento negoziale è qualificato dalla finalità favorire la più ampia partecipazione alle gare, in funzione proconcorrenziale

L'art. 49, comma 2, lettera d), che richiama la dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, dei quali il concorrente è carente. Si tratta di una dichiarazione unilaterale attestante l'impegno che l'ausiliaria assume nei confronti della stazione appaltante e che si sostanzia nell'impegno appunto di mettere a disposizione i requisiti per tutta la durata dell'appalto.

Il contratto di cui alla lettera f), già richiamata, quindi, regola gli obblighi tra ausiliaria e ausiliato, mentre la dichiarazione d'impegno attiene ai rapporti tra ausiliaria e stazione appaltante. L'ausiliaria, infatti, sebbene non sia parte del contratto di appalto, si impegna nei confronti della stazione appaltante con una dichiarazione che è riconducibile alla figura civilistica delle promesse unilaterali.

Ai sensi dell'art. 49, comma 3, le dichiarazioni mendaci in tema di avvalimento comportano l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della garanzia, l'obbligo di segnalazione del falso all'Autorità per la vigilanza per l'eventuale esercizio dei poteri sanzionatori.

L'istituto dell'avvalimento è caratterizzato, come si è accennato, dalla responsabilità solidale dell'ausiliata e dell'ausiliaria "*in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto*" Si tratta di una responsabilità solidale esterna, nei confronti della stazione appaltante che vede così rafforzata la garanzia della buona esecuzione del contratto e che non presenta un equivalente nelle direttive comunitarie in tema di appalti.

La solidarietà riguarda solo le prestazioni a cui si è specificamente obbligata l'impresa ausiliaria.

L'art. 49, comma 5 estende gli obblighi informativi in materia di documentazione antimafia anche nei confronti dell'ausiliario.

Il comma 6, prima della riforma operata dal terzo decreto correttivo, stabiliva che l'avvalimento era possibile per una sola ausiliaria per ciascuna categoria; tuttavia, il bando poteva consentire l'avvalimento di più imprese, e operava il divieto di frazionamento del requisito. Quindi era

possibile che una concorrente potesse ricorrere a più avvalimenti, ma solo per categorie diverse, ove il bando lo consentiva.

La Commissione Europea con la lettera di Costituzione in mora 2007/2309 del 30 gennaio 2008 ha espresso specifiche censure nei confronti tra l'altro dell'art. 49, stigmatizzando in modo particolare le limitazioni poste dal legislatore interno all'istituto dell'avvalimento perché in contrasto con le direttive comunitarie che non pongono alcuna limitazione all'operatività dell'istituto.

Tali censure hanno ispirato il D.lgs. 11.09.2008, n. 152 (cd III Decreto correttivo) che ha novellato proprio il comma 6, il quale nell'attuale formulazione stabilisce che *"Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria con riferimento a ciascuna categoria di qualificazione e il bando può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della natura delle prestazioni"*, fatto salvo il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in una determinata categoria.

Dopo la riforma operata dal terzo decreto correttivo, la disciplina è cambiata, nel senso che è possibile, qualora il bando lo ammetta, l'avvalimento plurimo, mentre non è possibile frazionare la SOA dell'ausiliario.

Il divieto di cumulo resta, dunque, assoluto in materia di lavori ed è attenuato in materia di servizi e forniture. Tale divieto subisce poi un ulteriore temperamento in forza del comma 9, il quale stabilisce che nel caso di requisiti tecnici posseduti da un ristrettissimo numero di imprese, il bando può prevedere che l'ausiliaria metta a disposizione i requisiti nei confronti di più concorrenti.

E' interessante la lettura del comma 6 suggerita dal Consiglio di Stato, il quale ha precisato che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti economico finanziari e tecnico-organizzativi è riferito anche al caso in cui il concorrente si avvalga di una sola impresa ausiliaria. Tale interpretazione peraltro si salda con l'abrogazione del comma 7 dell'art.49, il quale prevedeva il cd avvalimento ridotto, in quanto consentiva al bando di gara di limitare l'avvalimento solo ad alcune categorie di requisiti, ovvero che l'avvalimento potesse integrare un requisito già posseduto dalla impresa in una misura ovvero in una percentuale prevista dal bando stesso.

Il supremo consesso di Giustizia amministrativa ha precisato che il concorrente che al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA si avvale di una impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito previsto nel bando, deve essere escluso dalla gara, in quanto l'avvalimento non è uno strumento per arricchire la capacità di un concorrente, ma per consentire a soggetti che ne sono privi di partecipare alla gara, a condizione che i requisiti prestatati siano integralmente e autonomamente posseduti dall'ausiliario, al fine di favorire la massima partecipazione alle pubbliche gare²⁵.

Il comma 7 è stato abrogato dal cd Terzo decreto correttivo, a seguito dell'apertura nei riguardi dell'Italia di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea del 30 gennaio 2008, perché l'art. 49 nella vecchia formulazione aveva imposto limiti all'applicazione dell'istituto non conformi al diritto europeo.

Il comma 8 contempla il divieto di avvalimento congiunto, in cui più concorrenti, nell'ambito della stessa gara, si avvalgono di una stessa impresa ausiliaria e sancisce altresì il divieto di partecipazione dell'ausiliaria e dell'ausiliata alla stessa gara.

Il comma 10 nella versione originaria prevedeva la non compatibilità tra avvalimento e subappalto. Tale previsione, di cui inizialmente è stata differita l'entrata in vigore, è stata novellata, nel sospetto

²⁵TAR Puglia Lecce, sez. I, 18 aprile 2012; TAR Tr.A.Adige, Trento, sez. I, 21 marzo 2012, n.90; CDS, sez. VI, 13 giugno 2011, n.3565.

di una incompatibilità con il diritto europeo²⁶, per opera dell'art. 2 del D.lgs n. 6 del 26 gennaio 2007, che ha ammesso il subappalto anche nell'ambito dell'avvalimento "*nei limiti dei requisiti prestati*". Come chiarisce lo stesso Codice, dunque, il contratto è eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione lavori.

L'espressione "*nei limiti dei requisiti prestati*" esprime un principio di carattere generale in forza del quale l'impresa non può eseguire in subappalto quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti, confermando in tal modo il canone della corrispondenza tra requisiti posseduti e prestazioni eseguibili²⁷.

Come rileva la dottrina tale divieto appariva incongruo, dal momento che proprio il contratto di subappalto poteva costituire lo strumento giuridico con cui si attuava la messa a disposizione dei requisiti da parte dell'ausiliario, che, peraltro, si traduceva in un fattivo coinvolgimento dell'ausiliario nella esecuzione della commessa pubblica²⁸.

In via di interpretazione, la disciplina dell'avvalimento dovrà essere coordinata con l'art. 118 del Codice che prevede il limite del 30 per cento delle quote subappaltabili. Questo limite opera anche nell'avvalimento e pertanto mentre in fase di qualificazione il concorrente può liberamente ricorrere all'avvalimento; qualora l'avvalimento avvenga mediante ricorso al sub appalto questo incontra, però, i limiti posti dall'art. 118 del Codice.

L'esigenza di coordinamento, peraltro, si impone anche in ragione delle differenze che si ravvisano tra i due istituti con riferimento al regime della responsabilità: nel subappalto l'appaltatore risponde nei confronti della stazione appaltante, mentre se il subappalto opera nell'ambito dell'avvalimento opera la responsabilità solidale imposta dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici. E', altresì, doverosa l'autorizzazione al subappalto²⁹.

Sul tema dei rapporti tra avvalimento e subappalto desta interesse una recente sentenza del Tar Umbria che ha elaborato, sulla scia tracciata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la nozione di *avvalimento sostanziale* o *subappalto necessario*, che ricorre quando il concorrente che ha dichiarato di sub appaltare una parte delle lavorazioni non sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria per l'esecuzione delle stesse lavorazioni oggetto di subaffidamento.

In tale evenienza, secondo la sentenza richiamata, non è consentito all'impresa di effettuare le dichiarazioni ex post, in fase esecutiva, in quanto trova applicazione l'art. 49 del Codice dei contratti pubblici che impone l'indicazione *ab initio* dell'impresa sub appaltatrice e la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione³⁰.

Il Codice dei contratti pubblici, poi, al fine di favorire l'esercizio della vigilanza, ha previsto che tutte le dichiarazioni di avvalimento effettuate nell'ambito di ogni gara siano trasmesse e raccolte dall'Osservatorio presso l'Autorità di vigilanza, con indicazione dell'aggiudicatario della commessa pubblica. Sul punto, peraltro, l'Avcp, con il Comunicato del 28 settembre 2012, ha rafforzato gli oneri comunicativi al fine di favorire il corretto esercizio dell'attività di vigilanza sulle dichiarazioni di avvalimento, prevedendo che in materia di lavori gli obblighi informativi siano assolti non solo

²⁶ Cfr Parere del Servizio Legale della Commissione europea, nel quale si rileva che il divieto di subappalto "*avrebbe potuto annientare la portata dell'avvalimento*". Il parere è richiamato in Atti del Governo, 29 novembre 2006, in www.camera.it.

²⁷ Determina dell'Autorità per la vigilanza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n.2/2012.

²⁸ M.C. ROSATI, *op.cit.*

²⁹ TAR Lombardia Milano III Sezione 24 gennaio 2008 n. 168

³⁰ TAR Umbria 31 ottobre 2012, n. 464; CDS, Sez.VI, 2magio 2012,n.2558.

mediante la trasmissione delle dichiarazioni di avvalimento, ma anche di tutta la documentazione prodotta dai concorrenti ai sensi dell'art. 49, comma 2 del Codice dei Contratti pubblici³¹.

3.2. *L'avvalimento stabile*

Nell'ambito degli appalti di lavori, l'art. 50 regola, come illustra la significativa rubrica, l'avvalimento nel caso di operatività dei sistemi di attestazione o dei sistemi di qualificazione, fissandone i "principi fondamentali".

L'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di qualificazione può essere stabile, oppure riferito a una specifica gara e, in tal caso, trovano applicazione le norme dettate dall'art. 49.

Mentre la disciplina dell'avvalimento nella singola gara è stata di immediata applicazione, l'entrata in vigore delle norme sull'avvalimento stabile è stata differita alla emanazione del Regolamento, al quale è stato affidato il compito di dettare disposizioni attuative, nel rispetto dell'art. 49, "purché compatibili"³².

Il Regolamento attuativo ha disciplinato la fattispecie nell'art. 88, commi da 2 a 7.

L'istituto opera con riferimento ai soli requisiti di ordine speciale e l'impresa ausiliata deve avere in proprio quelli di ordine generale.

Le imprese che si trovino in un rapporto di controllo qualificato ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2 cc., ovvero che siano controllate da una stessa impresa, possono richiedere un'attestazione SOA che tenga conto della somma dei requisiti posseduti da tali soggetti.

Per l'operatività dell'istituto occorre l'assolvimento di alcuni obblighi informativi e dunque la presentazione di una dichiarazione di impegno dell'ausiliata, che si obblighi nei confronti delle stazioni appaltanti a mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento per tutta la durata di validità dell'attestazione SOA e la comunicazione tanto dell'ausiliaria quanto dell'ausiliata circa l'eventuale venir meno della disponibilità delle risorse.

In questa particolare fattispecie è essenziale la prova dell'esistenza del legame giuridico tra ausiliario e ausiliato e ciò spiega gli oneri di comunicazione che tali imprese in rapporto di controllo societario debbono assolvere nei confronti della SOA, previsti dal comma 3 dell'art. 88.

Il venir meno del rapporto di controllo impone oneri informativi aggiuntivi, in quanto la comunicazione relativa deve essere inoltrata non solo alla SOA ma anche all'Autorità di vigilanza.

In tale ambito operano non solo i divieti posti dai commi 8 e 9 dell'art. 49, ma anche la responsabilità solidale delle imprese verso la stazione appaltante.

Infine, nonostante il silenzio sul punto dell'art. 88, l'ausiliario deve possedere i requisiti ex art. 38 e quelli imposti dalla normativa antimafia.

Il cd Terzo decreto correttivo, infine, ha esteso l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 50 anche alle forniture e, nei settori speciali, anche alle società che non siano parte di uno stesso gruppo.

3.3. *L'avvalimento interno ed esterno*

L'avvalimento esterno opera con riferimento a società che non hanno tra loro alcun legame né di gruppo, né di tipo associativo e che sono legate unicamente dal contratto di avvalimento, incentrato come si è detto sulla messa a disposizione dei requisiti per tutta la durata dell'appalto.

³¹ Comunicato del Presidente dell'Autorità del 28 settembre 2012, pubblicato sul sito istituzionale AVCP, sezione Atti dell'Autorità, Comunicati del Presidente.

³² Un ulteriore rinvio è stato previsto dall'art. 357 del Regolamento attuativo che ha differito l'entrata in vigore al 5.12.2011

La dottrina e la giurisprudenza hanno indagato il problema della operatività dell'istituto con riferimento alle associazioni temporanee di imprese e ai consorzi.

L'ATI, come noto, non può essere identificata con i gruppi societari, perché la sua essenza è data dal mandato con rappresentanza che le società raggruppate conferiscono alla mandataria, la quale le rappresenta nei rapporti con la stazione appaltante.

Analogo discorso vale per i consorzi ordinari di imprese che vengono assimilati nella loro struttura alle ATI.

I giudici amministrativi hanno precisato che in caso di raggruppamento temporaneo di imprese il divieto di cumulo per ciascuna categoria posto dalla nuova formulazione dell'art. 49, comma 6, fa riferimento a ciascuna impresa raggruppata e non anche al raggruppamento e dunque con l'espressione "concorrente" deve intendersi non già l'A.T.I., ma ogni sua componente³³.

Sul tema assume rilievo la recente decisione dei Giudici di Palazzo Spada³⁴ che, valorizzando la portata generale dell'avvalimento e l'assenza di limitazioni, che in ipotesi contrasterebbero con il diritto europeo, ammette senza remore l'avvalimento interno che ricorre quando una delle imprese che compongono l'associazione temporanea d'impresa assume come ausiliaria una controllata o controllante di una impresa che appartiene allo stesso raggruppamento. Il divieto di una posizione di controllo tra ausiliaria ed altre partecipanti alla gara (e relativa dichiarazione) non si applica all'A.T.I. cui appartiene l'ausiliata, nei casi in cui l'avvalimento intercorra tra una associata ed una controllata o controllante di altra associata; quindi il divieto, quando fa riferimento all'impresa partecipante, si deve intendere come "concorrente", per cui non si applica all'interno di uno stesso raggruppamento.

I consorzi stabili, invece, che operano nel solo settore dei lavori, sono dotati di autonoma personalità giuridica e vincolano sul piano partecipativo le imprese consorziate per almeno cinque anni. Tali consorzi sono titolari di una autonoma attestazione SOA che può essere conseguita attraverso il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate.

4. Riflessioni conclusive

Il fondamento dell'istituto dell'avvalimento deve essere ricercato nel principio europeo secondo cui occorre assicurare la più ampia partecipazione delle imprese al mercato delle grandi commesse pubbliche, consentendo alle imprese minori l'interscambio dei requisiti, andando oltre i rigidi meccanismi delle aggregazioni imprenditoriali³⁵.

L'istituto, tuttavia, pur animato da tale nobile principio, si scontra, con il fenomeno, tutto domestico, delle infiltrazioni criminali e mafiose, che potrebbero far leva su di esso, alterando il buon andamento delle pubbliche gare.

Le nobili finalità dell'avvalimento, in tal caso, non solo sarebbero vanificate, ma lo stesso effetto utile delle direttive comunitarie risulterebbe compromesso, in quanto la finalità di assicurare la più ampia partecipazione alle pubbliche gare non vuole certamente preconstituire una corsia preferenziale per l'annidamento delle infiltrazioni criminali.

³³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 21 dicembre 2010, n. 37977.

³⁴ CDS, sez. VI, 29 dicembre 2010 n. 9577

³⁵ G.P. CIRILLO, *op. cit.*