

AVVALIMENTO:
L'INTERPRETAZIONE "EVOLUTIVA"
DEL TAR CAMPANIA

di Massimo Gentile¹

1. Il TAR Campania torna ad affrontare la tematica dell'avvalimento, confermando e precisando la propria opzione interpretativa verso il dato di legge e di regolamento, già espressa nel recente passato (cfr. al riguardo TAR Campania, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644).

In quell'occasione i giudici partenopei avevano avuto modo di rilevare il ruolo centrale che riveste la messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento; centralità ribadita peraltro dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), il quale prescrive che nel contratto di avvalimento deve essere riportata l'indicazione "puntuale ed analitica" delle risorse e dei mezzi prestati.

Il TAR evidenziava anche la presenza di un avvalimento <<operativo>> - di portata generale - e di un avvalimento di <<garanzia>> nell'ambito del quale *"l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto"*.

Secondo il TAR Campania, l'avvalimento di <<garanzia>> è ammissibile *"solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato"*. e tende ad assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una solidità patrimoniale proporzionata ai rischi

¹ Studio Legale Associato Gentile-Varlaro Sinisi www.studiogvs.it

dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

Al di fuori di tale ipotesi – secondo il Tribunale campano - è indispensabile la sussistenza di un rigoroso collegamento tra la “*messa a disposizione di requisiti*” e le relative “*risorse materiali o immateriali*”, in assenza del quale l’istituto dell’avvalimento verrebbe ad essere stravolto e piegato “*ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara*”².

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è infatti “*strettamente collegata alla possibilità di avere a disposizione risorse o capacità economiche in favore dell’ausiliaria, da cui l’ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all’intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare*”.

In buona sostanza, ad avviso del TAR Campania - fatta eccezione per l’avvalimento di <<garanzia>> - condizione indispensabile per l’ammissibilità dell’avvalimento, anche in caso di appalti di servizi, è la precisa e specifica indicazione, in sede di contratto, delle risorse e dei mezzi messi a disposizione del concorrente da parte dell’impresa ausiliaria, così come richiesto del resto dall’articolo 88 comma 2 del D.P.R. n. 207/2010³.

Invero, al di là della suggestiva ricostruzione dell’istituto da parte del TAR Campania, dal dettato dell’articolo 49 del D.lgs. n. 163/2006 non si rinvencono elementi atti a consentire una distinzione tra avvalimento <<operativo>> ed avvalimento di <<garanzia>>.

² Negli stessi termini si é espresso anche il T.A.R. Veneto sez. I 8 marzo 2012 n. 319.

³ La giurisprudenza più recente ha evidenziato la estrema importanza della cognizione in sede di gara del contratto di avvalimento “*anche al fine di poter esaminare in concreto le pattuizioni stabilite tra le parti e poter quindi appurare se dalle stesse emerga una concreta cessione di mezzi e risorse tra ausiliaria e concorrente, tale da dare concretezza all’istituto dell’avvalimento stesso*” (T.A.R. Toscana sez. I 27 giugno 2011 n. 1110 e negli stessi termini Consiglio di Stato, sez. III; 18 aprile 2011, n. 2344).

Né tantomeno dalla norma appare ricavabile un distinguo in ordine alle modalità attraverso le quali il rapporto di avvalimento deve essere perfezionato.

La disposizione codicistica si limita infatti a precisare che – fatta eccezione per l'ipotesi in cui concorrente ed impresa ausiliaria appartengano al medesimo gruppo – ai fini dell'avvalimento occorre sottoscrivere un contratto⁴ tramite il 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”*; è altresì necessaria una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale *“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”*⁵.

Quanto sopra indipendentemente dalla tipologia di requisiti (economici, finanziari, tecnici e organizzativi) che formano oggetto di avvalimento⁶.

⁴ In merito al contratto di avvalimento è utile segnalare che, secondo il Consiglio di Stato, i requisiti formali dell'accordo di avvalimento, di cui all'art. 49, secondo comma lett. f), del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *“non sono previsti "ad substantiam" e non possono quindi sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati”* (Consiglio di Stato, sez. VI 11 gennaio 2012 n. 101 che richiama sezione V, 12 maggio 2009, n. 3781).

⁵ La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che è *“inidonea la mera presentazione del contratto di avvalimento stipulato tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, atteso che esso esprime unicamente un impegno tra le parti stipulanti ma non anche dell'impresa ricorrente ausiliata nei confronti della stazione appaltante e che l'insufficienza della mera produzione del detto contratto è, inoltre, dimostrata dalla stessa formulazione dell'art. 49, comma 2 del codice dei contratti, il quale impone la presentazione sia della dichiarazione (lett. a), sia del contratto (lett. f), perseguendo evidentemente i relativi oneri documentali funzioni diverse e, soprattutto, complementari”* (T.A.R. Sicilia Palermo sez. III 23 novembre 2011 n. 2174 e negli stessi termini, v. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 3 maggio 2011, n. 820).

Né risulta possibile sanare la dichiarazione di avvalimento mediante l'acquisizione di chiarimenti integrativi ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, considerato che *“il rimedio della regolarizzazione postuma degli atti prodotti dai partecipanti alla gara è, invero, attivabile, per giurisprudenza costante, solo nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, ma che siano pur sempre stati presentati, e non anche laddove si sia in presenza di documentazione del tutto mancante o fisicamente incompleta (come nella presente fattispecie), risolvendosi, in caso contrario, in una palese violazione della par condicio rispetto alle imprese concorrenti che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla lex specialis”* (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo sez. III 23 novembre 2011 n. 2174; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 aprile 2009, n. 2148; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 846; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 4 dicembre 2006, n. 390; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 febbraio 2006, n. 127).

⁶ In merito ai requisiti che possono formare oggetto di avvalimento, il TAR Campania ha recentemente rilevato che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, *“la certificazione di qualità, attenendo strettamente all'organizzazione aziendale per come implementata dall'imprenditore, costituisce requisito soggettivo non passibile di avvalimento; quand'anche si volesse aderire all'orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso all'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che*

L'articolo 49 non reca dunque alcun obbligo di indicare in sede di contratto quali siano le risorse messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria.

Siffatto obbligo è in realtà previsto all'articolo 88 comma 1 del nuovo regolamento, il quale tuttavia non può trovare applicazione al comparto dei servizi (come a quello delle forniture), considerato che tale articolo è inserito nella Parte II (Titolo III) deputata a regolamentare i soli contratti pubblici relativi ai lavori nei settori ordinari.

2. Come detto la posizione del TAR Campania è stata ribadita di recente dalla pronuncia del 4 aprile 2012 n. 1589, resa dalla medesima sezione I, la quale richiama espressamente la menzionata sentenza n. 2 febbraio 2011, n. 644.

quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata – con la conseguenza che l'avvalimento in parola sarebbe possibile solo nel caso in cui l'impresa ausiliaria metta contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente, per tutta la durata del contratto di appalto, non soltanto la certificazione, ma anche gli elementi aziendali, come le risorse e l'apparato organizzativo, connessi a tale requisito qualitativo – comunque non rientrerebbe in tale ipotesi il contratto di avvalimento esibito in sede di gara, con cui la società ausiliaria non si è impegnata a mettere a disposizione della ricorrente l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità” (TAR Campania Napoli sez. I 13 ottobre 2011 n. 4769). In senso contrario si è invece espresso il TAR Piemonte, secondo cui “l’istituto dell’avvalimento previsto dall’art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in linea generale, può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di “qualità”, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. In tal caso, tuttavia, è onere della concorrente dimostrare che l’impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l’obbligazione di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata, in relazione all’esecuzione dell’appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) (TAR Piemonte sez. I 16 giugno 2011 n. 631). In precedenza anche il TAR Lazio aveva avuto modo di affermare che “Nell’ottica dell’ordinamento comunitario, l’avvalimento previsto dall’art. 49 del Cod. App. mira ad incentivare la concorrenza, nell’interesse delle imprese, agevolando l’ingresso nel mercato di nuovi soggetti: pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell’ambito di operatività della nuova disciplina- per cui- in linea generale, può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di “qualità”, atteso che la disciplina del Codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale” (T.A.R. Lazio Roma sez. I ter 12 maggio 2011 n. 4145 il quale richiama Consiglio di Stato sez. III, n. 2344 del 2011).

Sempre in tema di requisiti, il Consiglio di Stato ha invece recentemente confermato che “è possibile far ricorso all’istituto dell’avvalimento, ove il bando di gara richieda quale requisito di partecipazione un capitale sociale minimo di importo superiore a quello posseduto dalla società che intende partecipare alla gara. Trattasi, infatti, di requisito economico finanziario che “ai sensi dell’art. 49 non incontra alcun limite” (Consiglio di Stato sez. V 8 ottobre 2011 n. 5496)

Si legge nella pronuncia che il principio dettato dall'articolo 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207 *“non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi”*.

A tal riguardo, non può non osservarsi che se il legislatore avesse voluto estendere l'applicazione di detta previsione regolamentare anche agli appalti di servizi (e forniture), avrebbe dovuto evitare di confinare la medesima previsione nel contesto regolamentare riservato espressamente agli appalti di lavori.

Il TAR Campania evidenzia inoltre come la stessa direttiva 2004/18/CE prevede, all'art. 47 (per i requisiti di capacità economica e finanziaria) e all'art. 48 (per i requisiti di capacità tecnica e professionale), che l'operatore economico che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti deve provare all'amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi e delle risorse necessarie: in particolare, egli deve provare *«che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie»* (art. 48, § 3).

Tuttavia, anche tali richiami non appaiono idonei a consentire di ritenere sussistente un generale obbligo di specificazione puntuale delle risorse e dei mezzi messi a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria. La direttiva infatti si limita a imporre, al concorrente che intenda utilizzare l'avalimento, l'obbligo di *“dimostrare che disporrà delle risorse necessarie”*; ebbene, ai sensi dell'articolo 49 del Codice, tale obbligo si intende assolto mediante la sottoscrizione del contratto di avalimento, nel quale non vanno necessariamente individuate la quantità e la tipologia delle risorse utilizzate.

In altre parole, la dimostrazione della disponibilità delle risorse non implica affatto la necessità di procedere alla puntuale individuazione delle stesse, essendo sufficiente attestare la sussistenza di un vincolo negoziale, in virtù del quale il concorrente è legittimato ad utilizzare le risorse dell'impresa ausiliaria occorrenti per l'esecuzione dell'appalto.

E' questo il dato ricavabile dall'articolo 49 del Codice.

In tale contesto non può ovviamente essere trascurata la circostanza che ai sensi dell'articolo 88 comma 1 del Regolamento è fatto obbligo di riportare, nel contratto di avvalimento, *“in modo compiuto, esplicito ed esauriente”* le *“risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”*; tuttavia, non può essere nemmeno ignorato che tale disposizione– come già detto – vale solo per gli appalti di lavori e dunque non trova applicazione in caso di appalti di servizi e forniture.

In considerazione di ciò, non può condividersi la lettura del dato normativo offerta dal TAR Campania, ancorché la stessa presenti indubbi elementi di ragionevolezza, in quanto evidentemente finalizzata al superamento di una (immotivata) distinzione di disciplina tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture, oggi innegabilmente esistente.