

AVVALIMENTO:
LE PRIME INDICAZIONI
DELLA GIURISPRUDENZA E DELL'AUTORITÀ

di Massimo Gentile

1. E' inutile nascondere, un po' tutti coloro che operano nel settore degli appalti pubblici erano in attesa delle prime indicazioni interpretative della giurisprudenza e dell'Autorità sulla disciplina del Codice in tema di avvalimento.

I punti oscuri della disciplina sono molti e ostacolano un sereno utilizzo dell'istituto sia dal lato delle imprese concorrenti alle gare di appalto, sia dal lato delle stazioni appaltanti chiamate a tenere conto dell'avvalimento in sede di predisposizione della documentazione di gara.

Ebbene, le prime pronunce sono arrivate ed alcune di esse contengono interessanti spunti ermeneutici i quali, ancorché non siano sufficienti a risolvere le numerose problematiche che attanagliano gli operatori del settore, costituiscono pur sempre utili elementi per iniziare a dipanare la matassa.

In questa sede sono segnalati alcuni pareri resi dall'Autorità per la Vigilanza ai sensi dell'articolo 6 comma 7 lett. n) del Codice dei Contratti e talune sentenze dei tribunali amministrativi.

2. Con parere del 20 dicembre 2007 n. 155, l'Autorità ha affermato che l'articolo 49, comma 7, del d.Lgs. n. 163/2006 riconosce alla stazione appaltante la facoltà di stabilire nel bando di gara una misura percentuale minima di requisiti che l'impresa ausiliata deve possedere, con la conseguenza che l'avvalimento può riguardare l'integrazione dei requisiti non posseduti. Ne deriva – a giudizio dell'Autorità - che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione predeterminare nel bando di gara una soglia minima di qualificazione SOA, di cui l'impresa avvalente deve comunque essere in possesso.

La posizione dell'Autorità è pienamente condivisibile e conferma la circostanza che la norma offre alle stazioni appaltanti la possibilità di risolvere autonomamente alcuni profili di problematicità connessi alla disciplina dell'avvalimento.

In particolare, l'utilizzo dell'articolo 49 comma 7 può consentire ad una stazione appaltante di evitare che parti delicate di un contratto possano essere assunte da soggetti privi di capacità. Ad esempio, la stazione appaltante – opportunamente motivando – potrebbe, in sede di bando di gara, ammettere l'avvalimento solo da parte di quei concorrenti che risultino in possesso della occorrente qualificazione in relazione alla categoria prevalente e, in ipotesi, alle categorie concernenti strutture, impianti ed opere speciali di importo superiore al 15% dell'appalto, le quali costituiscono indubbiamente prestazioni di particolare complessità tecnica. In tal caso, l'utilizzo dell'avvalimento sarebbe possibile solo per “integrare” detti requisiti minimi posseduti dall'impresa avvalente e, dunque, solo in relazione alle ulteriori categorie formanti oggetto dell'appalto.

Nel medesimo parere l'Autorità affronta l'ulteriore questione concernente la possibilità di cumulare, ai fini del raggiungimento della classifica di qualificazione richiesta in bando di gara, il certificato SOA del concorrente con quello dell'impresa ausiliaria. Secondo l'Organo di Vigilanza è legittima l'esclusione di un'impresa, in possesso di una frazione della classifica di iscrizione SOA richiesta dal bando, che, al fine di raggiungere l'importo previsto dal bando, si è avvalsa di una impresa in possesso di altra frazione di classifica della stessa categoria.

In buona sostanza per l'Autorità non è possibile il frazionamento della SOA tra impresa concorrente e impresa ausiliaria.

In effetti, l'articolo 49 nulla dice in ordine alla legittimità di un eventuale frazionamento della qualificazione SOA tra impresa concorrente ed impresa ausiliaria, limitandosi a specificare che è possibile avvalersi “*dell'attestazione SOA di altro soggetto*”. Del resto, il frazionamento tra più soggetti del requisito di qualificazione richiesto in bando è, a livello normativo, previsto solo con riferimento alle imprese riunite; un'eventuale estensione di tale possibilità al rapporto di avvalimento, potrebbe in effetti risultare priva di una solida argomentazione

giuridica. Ciò anche in considerazione della circostanza – sottolineata nel parere di che trattasi – che, nel momento in cui l'avvalimento concerne l'attestazione SOA, lo stesso determina la messa a disposizione dell'impresa ausiliata dell'intera azienda dell'impresa ausiliaria, intesa come il complesso dei beni organizzato per l'esercizio dell'impresa. L'attestazione è, infatti, rilasciata in considerazione di un patrimonio complessivo di requisiti e, quindi, in via generale, la relativa qualificazione non può trasferirsi all'impresa avvalente se siano oggetto di avvalimento soltanto alcuni di quei requisiti.

3. Con un precedente parere del 28 novembre 2007 n. 135, l'Autorità aveva invece osservato che, a fronte di requisiti di partecipazione ad una gara (nel caso di specie si trattava di un appalto di servizi) molto stringenti e rigorosi, non può considerarsi conforme alla normativa una previsione che limiti o, addirittura, vieti l'utilizzo dell'avvalimento. In altri termini, secondo l'Organo di Vigilanza, in presenza di requisiti rigorosi e stringenti verrebbe meno la possibilità, per una stazione appaltante, di limitare, ai sensi del menzionato articolo 49 comma 7 del Codice, la facoltà di ricorso all'avvalimento.

Non appare francamente chiaro sulla base di quali presupposti l'Autorità pervenga ad una siffatta conclusione. Infatti, l'articolo 49 comma 7 nulla dice in ordine a collegamenti tra la facoltà di limitare (l'esclusione non è prevista) l'avvalimento e i requisiti di partecipazione alla gara fissati in bando. Detto articolo dispone che in relazione alla *“natura o all'importo dell'appalto”*, è possibile prevedere in sede di bando che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso. Pertanto, se la *“natura o l'importo dell'appalto”* legittimano una limitazione dell'avvalimento nei termini sopra esposti, ciò è possibile indipendentemente dalla tipologia dei requisiti stabiliti per la partecipazione alla gara.

4. Per completare la disamina delle pronunce dell'Autorità, si segnalano due pareri resi in data 6 marzo e 9 aprile 2008, entrambi sul tema dell'applicabilità del

“divieto” di ricorso all'avvalimento previsto all'articolo 20, comma 2, della legge Regione Campania n. 3 del 27 febbraio 2007, recante “Disciplina dei lavori pubblici dei servizi e delle forniture in Campania”; il richiamato articolo dispone che negli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti escludono la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del d. Lgs. n. 163/2006.

L'Autorità richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007, secondo cui il sistema di qualificazione delle imprese appartiene alla competenza esclusiva statale, in quanto afferente alla materia della tutela della concorrenza. La disciplina regionale in parola va ad incidere, quindi, sul sistema di qualificazione delle imprese, strettamente connesso alla predetta materia di esclusiva competenza legislativa dello Stato.

Pertanto – sottolinea l'Autorità - anche in riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali si impone comunque l'applicazione dei principi di parità di trattamento e tutela della concorrenza sanciti dal Trattato CE, il pubblico funzionario e le stazioni appaltanti sono tenuti a disapplicare le disposizioni di diritto interno in contrasto con i principi comunitari, in virtù del primato del diritto e dei principi comunitari che esigono che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione interna in contrasto con questi ultimi.

5. Per quanto concerne la giurisprudenza, un interessante pronunciamento è quello della sez. III *ter* del TAR Lazio di cui alla sentenza 27 dicembre 2007 n. 14081, la quale conferma anch'essa che la *lex specialis* può contemplare un'ipotesi di avvalimento parziale in relazione alla natura ed all'importo dell'appalto e che, in mancanza di una specifica clausola in tal senso, l'avvalimento ha estensione operativa generalizzata (negli stessi termini si era già espresso il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271).

Nessun dubbio dunque – ammesso che potevano esserci, atteso il chiaro dettato di legge - può oramai sussistere circa la necessità, ai fini dell'utilizzo del c.d. avvalimento ridotto, di espressa indicazione in sede di bando di gara.

Sempre nella sentenza in questione è altresì affermato che la norma ha, in qualche modo, riconosciuto un rilievo esterno all'impresa ausiliaria, la quale è responsabile in solido (con il concorrente) nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni dedotte in contratto, che *“tale disciplina deve essere coordinata con quella del subappalto, ove a tale figura contrattuale si intenda fare ricorso per il prestito dei requisiti e la messa a disposizione delle risorse”*. Ed allora – concludono sul punto i giudici capitolini – *“non solo alla stregua di quanto espressamente prescritto dall'art. 49, X comma, secondo cui l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, ma anche in considerazione del fatto che il subappalto rientra nella categoria del contratto derivato (o subcontratto), nozione idonea ad evidenziare la condizione di distinzione e di coesistenza dei contratti, deve ritenersi che la responsabilità solidale del subappaltatore sia limitata alla prestazione subappaltata (altro problema è, evidentemente, quello della compatibilità o meno della quota subappaltabile ex art. 118 del codice, e del connesso regime vincolistico, con la disciplina propria dell'avvalimento)”*.

La posizione del TAR non è del tutto convincente in quanto prende le mosse dal presupposto che il prestito dei requisiti e la messa a disposizione delle risorse da parte dell'impresa ausiliaria è conseguenza diretta dell'affidamento in subappalto.

Viene in buona sostanza a riproporsi il nodo del problema legato all'avvalimento ossia se, ai fini dell'utilizzo delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, il concorrente, oltre a quanto stabilito all'articolo 49 comma 2, ai fini del soddisfacimento della richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, sia o meno tenuto a definire ulteriori rapporti negoziali con l'impresa ausiliaria (subappalto, affitto di azienda).

Al riguardo non può essere sottaciuta l'assenza di una previsione, sia di carattere nazionale che comunitaria, che legittimi un'impostazione di siffatto genere. Non solo, ma la giurisprudenza – antecedente all'entrata in vigore del Codice dei Contratti ma successiva alla direttiva comunitaria 2004/18 – nel rilevare la

compatibilità dell'istituto dell'avvalimento con la disciplina del sistema di qualificazione, ha avuto modo di evidenziare che è possibile “dichiarare” di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie insite nelle attestazioni Soa di altra impresa ai fini della partecipazione alla gara e “*dell'espletamento dei lavori previsti*” (Cons. Stato, 29 settembre 2005, n. 5194, cit.). Ciò è ulteriore conferma che, una volta “dichiarata” la volontà di avvalersi dei requisiti di un altro soggetto secondo le forma e le modalità di legge, alcun ulteriore passaggio è necessario sia ai fini della partecipazione alla gara, sia ai fini dell'eventuale esecuzione del contratto.

Non solo, ma la stessa la direttiva comunitaria – che non può non costituire un sicuro punto di riferimento per una obiettiva ed equilibrata valutazione della disciplina dettata dal legislatore interno in tema di avvalimento – non impone alcun obbligo a carico del soggetto “avvalente”, stabilendo semplicemente che esso è tenuto a dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse e dei mezzi necessari. Altresì, la medesima direttiva comunitaria, a riprova della evidente volontà di non apporre limitazioni alle modalità attraverso le quali all'operatore economico è consentita la dimostrazione della disponibilità dei mezzi e delle risorse, precisa che detta dimostrazione può “*ad esempio*” consistere in una semplice dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria.

Ma anche il dato normativo interno, ancorché risulti più dettagliato rispetto a quello comunitario, non impone affatto l'utilizzo di schemi contrattuali “tipici”, limitandosi a indicare gli impegni che l'impresa ausiliaria deve assumere nei confronti del soggetto partecipante alla gara e della stazione appaltante

La realtà dei fatti è che la forza dirompente connaturata all'istituto dell'avvalimento così come concepito dalla normativa comunitaria è tale da scardinare ogni preesistente vincolo e principio che regola, a livello nazionale, l'ordinario accesso delle imprese alla fase esecutiva degli appalti. Gli unici veri confini all'utilizzo dell'istituto sono costituiti dalla necessità di dimostrare, già in fase di gara, l'esistenza di un “legame” tra le imprese esclusivamente nei termini e nei limiti dettagliati all'articolo 49 nonché dalla esistenza di un regime solidale di responsabilità delle imprese interessate nei confronti della stazione appaltante.

6. Sempre in tema di avvalimento “ridotto” si segnala una pronuncia del TAR Catania (sentenza 14 febbraio 2008 n. 238) la quale sofferma l'attenzione sulla finalità dell'istituto. Secondo i giudici etnei il Legislatore italiano, nel recepire l'istituto comunitario dell'avvalimento, ha fatto proprie le ovvie preoccupazioni che possono accompagnare una incondizionata estensione della massima partecipazione rispetto alla garanzia della qualità del servizio prestato o dell'opera realizzata. Ed in tal senso, per un verso, ha ben specificato le modalità con le quali occorre garantire il collegamento tra le due imprese e la connessa solidale responsabilità nei confronti dell'Amministrazione, dall'altro, ha previsto la possibilità che la particolare natura dell'appalto possa consentire alla stessa Amministrazione di vietare l'avvalimento.

L'avvalimento, quindi, comporta, anche per l'effetto dell'ovvia responsabilità in solido tra impresa partecipante ed impresa ausiliaria, un impegno di quest'ultima relativo alla messa a disposizione a favore della prima delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto, nonché la possibilità, ove ciò non sia sufficiente, di subappalto, e quindi di concreta realizzazione dell'opera da parte dell'ausiliaria. In altri termini – sottolinea il TAR - l'istituto prevede, con una disposizione di evidente favore, anche l'esecuzione da parte della impresa ausiliaria, ma ciò è condizionato alla chiara rappresentazione di siffatto rapporto alla Amministrazione appaltante. Se così è, a maggior ragione, proprio nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 49, comma 7, non ci si possa avvalere di altre imprese deve essere ancor più evidenziata, e quindi richiesta, la personale esecuzione di quanto previsto per l'esecuzione nell'appalto.

In altri termini, i giudici siciliani rimarcano che, ove non sia possibile ricorrere all'“ombra” di altra impresa, proprio perché la natura dell'appalto richiede una concreta e completa esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicatario, non si può scindere l'esecuzione dai presupposti requisiti tecnici, di tal guisa che occorre che venga manifestata in maniera chiara la compagine esecutrice dei lavori e/o dei servizi derivanti dal rapporto appaltato e che questa sia quella che ha manifestato la necessaria capacità tecnica.

Sul tema dell'avvalimento ridotto, deve comunque rammentarsi che la Commissione europea ha formulato una contestazione in merito alla previsione dell'articolo 49 che

permette la possibilità di un avvalimento ridotto, ritenendo la stessa non in linea con i principi dettati dalla normativa comunitaria.

7. Sempre in giurisprudenza, degne di attenzione sono alcune pronunce intervenute nei primi mesi del 2008 in ordine alla documentazione da produrre in sede di gara.

Tutte le sentenze confermano, ai fini del perfezionamento dell'avvalimento, la necessità della produzione in sede di gara della documentazione prevista all'articolo 49.

In particolare, il TAR Piemonte, con sentenza della sezione II, 17 marzo 2008 n. 430, ha rimarcato che l'art. 49 del Codice dei contratti subordina l'utilizzo dell'avvalimento alla produzione, tra l'altro, di "... d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima 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; ... f) in originale o copia autentica il 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".

Ciò significa che per utilizzare i requisiti di capacità posseduti da un altro soggetto, è necessario che il partecipante alla gara dimostri di disporre effettivamente, sulla base di un titolo giuridico, dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa propri del soggetto, individuale o collettivo, di cui intende avvalersi.

Sulla stessa linea si è posizionato il TAR Toscana (sez. II sentenza 29 febbraio 2008 n. 252), secondo il quale l'articolo 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 167, nel recepire il principio comunitario del c.d. "avvalimento", ha disposto strumenti cautelativi, affinché detto principio potesse ben inserirsi nel nostro ordinamento. Così, innanzitutto, il soggetto che intende utilizzare lo strumento dell'avvalimento deve dichiararlo espressamente indicando, altresì, specificamente quali siano i requisiti che gli vengono forniti da un altro soggetto, nonché naturalmente quale sia il soggetto che li fornisce, ossia il soggetto ausiliario ovvero anche il c.d. avvalso (art. 49, 2° comma). Il soggetto ausiliario, a sua volta, tuttavia, deve, in primo luogo, presentare

idonea e formale dichiarazione di possedere i requisiti di carattere generale (di cui all'art. 38 del D.Lgs.), inoltre deve dichiarare di non partecipare (né in proprio né in forma associata o consorziata) alla medesima gara per cui fornisce i requisiti al concorrente, assicurando altresì di non trovarsi in situazioni di controllo, ai sensi dell'art. 34, 2° comma, del D.Lgs., con nessuno degli altri soggetti partecipanti alla gara. L'avvalso e' poi tenuto ad impegnarsi – anche nei confronti della stazione appaltante e sempre attraverso un'inidonea dichiarazione - a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le necessarie risorse di cui è carente il concorrente.

Ad ulteriore garanzia della serietà dell'impegno del soggetto ausiliario – sottolinea il TAR - è previsto che il concorrente provveda comunque ad allegare (in originale o in copia) il contratto in virtù del quale il soggetto ausiliario si sia obbligato, nei confronti del concorrente per tutta la durata dell'appalto, a fornire i requisiti ovvero mettergli a disposizione le risorse necessarie per l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto.

Infine, secondo il TAR Emilia Romagna (sez. V sentenza 13 febbraio 2008 n. 238) la dichiarazione di avvalimento deve essere resa, per motivi di *par condicio*, in sede di partecipazione alla gara e deve essere corredata da apposita documentazione attestante il possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria e l'obbligo, nei confronti del concorrente, di fornire i requisiti e le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, elementi, quest'ultimi, che – secondo il TAR - non possono essere oggetto di integrazione successiva all'offerta.