

Avvalimento

Avvalimento: ancora limiti e precisazioni

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856 - Pres. Varrone - Est. Volpe - Sirti s.p.a. c. Almaviva - The Italian Innovation Company s.p.a. e Telecom Italia (*)

L'art. 49, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 costituisce eccezione al sistema; il quale consente - in ogni caso e a prescindere da specifica previsione del bando - al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione a una specifica gara di lavori, servizi e forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006); ed ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando.

Gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, «la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerdente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto» (nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, nella quale si rileva, tra l'altro, che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del D.Lgs. n. 163/2006, «sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici»).

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820 - Pres. De Lise - Est. Di Nezza - Veolia Propreté s.a. ed altri c. Sindaco di Salerno (*)

L'art. 49, comma 8, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - secondo cui «in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, [...] che partecipino sia l'impresa ausiliaria sia quella che si avvale dei requisiti» - va interpretato alla stregua della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47, comma 3, e 48, comma 4, dir. 2004/18/CE, secondo cui «un raggruppamento di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti») e deve essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi. Deve pertanto ritenersi che sussiste possibilità di avvalimento anche per i soggetti parte di un raggruppamento temporaneo non costituito, e ciò non solo nei confronti dei soggetti esterni, ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento.

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 30 aprile 2008, n. 3637 - Pres. Perrelli - Est. Vinciguerra - Selva 2006 s.r.l. c. Comune di Cittareale e Snow Service s.r.l. (*)

La disciplina dell'avvalimento d'impresa ausiliaria è mutuata per l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 dalle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004 e consente nelle gare pubbliche di appalto - di lavori e di servizi - al concorrente singolo, consorziato o raggruppato di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo avvalendosi di altra impresa (ausiliaria) che

Nota:

(*) Il testo della sentenza è riportato nel sito della Rivista all'indirizzo www.dottrinaediritto.it.

dichiarare la sua disponibilità. Nell'ordinamento interno italiano non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avalimento tra imprese; questo, perciò, peraltro richiesto dalla lett. f) del comma 2 dell'art. 49 cit. tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo.

Può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria e dell'impresa partecipante nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente; in presenza di tali dichiarazioni, infatti, può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, senza che sia necessaria documentazione ulteriore.

IL COMMENTO

di Massimo Ragazzo

I giudici amministrativi proseguono nell'analisi ricostruttiva della normativa, comunitaria e nazionale, afferente all'istituto dell'avalimento. Le sentenze che qui si annotano, muovendo, in particolare, da una disamina puntuale dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, si segnalano per suggerire alcune opzioni ermeneutiche del tutto inedite, oltretutto per lo sforzo di elaborare le conseguenti proposte, finalizzate a rendere pienamente operativo l'istituto in sede di gara.

La potestà di avalimento

La potestà di avalimento costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale, da tempo presente nel relativo ordinamento.

Invero, già l'art. 31, n. 3, della direttiva «servizi» 92/50/CEE (ma uguale previsione è contenuta nell'art. 26 della direttiva «lavori», n. 93/37/CE) permetteva al prestatore di provare la capacità economico-finanziaria richiesta mediante qualsiasi documento che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato; allo stesso modo, per ciò che attiene alla capacità tecnica, l'art. 32, n. 2, lett. c), della direttiva «servizi» (e, del pari, l'art. 27 della direttiva «lavori») prevedeva espressamente la possibilità di comprovarla mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi o meno parte integrante dell'impresa concorrente, di cui la stessa disporrà per l'esecuzione dell'appalto.

Pertanto, già sulla base delle «vecchie» direttive appalti, un operatore, che non avesse soddisfatto da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione, ben poteva far valere, a tali fini, le capacità di terzi, cui contasse di ricorrere in caso di aggiudicazione.

La potestà di avalimento nella giurisprudenza comunitaria

Tali conclusioni sono state avvalorate, nel tempo, dalle sentenze della Corte di giustizia, che hanno interpretato le norme anzidette nel senso di consentire - per

la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore, all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo - di tenere conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui si tratta provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società, necessari per l'esecuzione degli appalti.

Detta giurisprudenza, nell'affrontare la questione della possibilità per una società di avvalersi dei requisiti tecnico/organizzativi di altra società, si è peraltro sviluppata avendo ad esclusivo riferimento fattispecie in cui esisteva un vincolo di controllo o di collegamento tra le due società, e dunque un «vincolo di gruppo», in particolare con riguardo all'ipotesi, in cui partecipasse all'appalto la persona giuridica dominante, ossia la capogruppo o società madre, che provasse di avere effettivamente a disposizione i mezzi di altra società del medesimo gruppo, indispensabili nella fase esecutiva dell'appalto.

L'origine dell'istituto si fa risalire, comunemente, alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee (causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*), relativa alla questione pregiudiziale sorta nell'ambito di una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga in ordine al mancato rinnovo dell'abilitazione concessa a questa società (1).

Nota:

(1) In detta sentenza la Corte affermò che le disposizioni delle direttive comunitarie 71/304/CEE e 71/305/CEE andavano interpretate nel senso che, ai fini della valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, dovesse tenersi conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti.

La sentenza richiamata legittimava la realtà del «gruppo» imprenditoriale, ponendo, tuttavia, una condizione imprescindibile: l'esistenza di un collegamento strutturale forte, costituito da un rapporto di diretto controllo (e quindi di influenza dominante) tra società concorrente e società di cui la prima si avvaleva, ai fini dell'esecuzione dei lavori. Questo collegamento strutturale rappresentava, infatti, secondo la Corte, una prima garanzia

(segue)

Da quel primo intervento della Corte di giustizia, altre sentenze della Corte di giustizia (18 dicembre 1997, causa C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*), hanno precisato ed esplicitato le indicazioni contenute nella sentenza capofila, ribadendo, in particolare (2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*), la possibilità che un soggetto concorrente si avvalga dei requisiti di altro soggetto, ed operando nel contempo una parziale modifica in merito alla definizione del tipo di rapporto che deve sussistere tra avvalente e avvalso.

Il giudice comunitario ha, infatti, affermato che il collegamento esistente tra soggetto concorrente e soggetto in possesso dei requisiti di qualificazione non deve necessariamente passare attraverso un controllo diretto del primo sul secondo.

Ciò che rileva, in sostanza, non è tanto la natura formale del collegamento esistente tra i due soggetti, quanto il dato sostanziale relativo all'effettiva disponibilità da parte dell'impresa concorrente dei mezzi dell'altra impresa i cui requisiti vengono dichiarati in sede di gara. E se questo dato sostanziale è assicurato - per esempio attraverso un impegno esplicito assunto dal soggetto in possesso dei mezzi necessari a favore del concorrente che intende partecipare alla gara - perde di rilievo il tipo di collegamento formale esistente tra i due soggetti.

In questo modo, il giudice comunitario ha quindi spostato il problema da un piano strettamente giuridico-formale ad un piano, molto più concreto e sostanziale, relativo all'indagine che l'amministrazione aggiudicatrice deve compiere in merito all'effettiva corrispondenza tra la dichiarazione di volersi avvalere dei mezzi di una determinata impresa diversa da quella che partecipa alla gara e l'effettiva disponibilità di tali mezzi ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Qualora questa corrispondenza effettivamente sussista passa in secondo piano il vincolo giuridico attraverso il quale essa viene garantita.

È evidente che in questo modo il fenomeno dell'avvalimento si allontana dalla logica del «gruppo imprenditoriale», trovando cittadinanza anche al di fuori dello schema di gruppo e, quindi, anche tra soggetti che non hanno alcun collegamento societario.

La giurisprudenza nazionale in materia di avvalimento

La giurisprudenza amministrativa nazionale non ha inizialmente accolto con grande favore l'impostazione giurisprudenziale comunitaria sopra esaminata.

Tale atteggiamento si basava su un'interpretazione strettamente letterale del dato normativo del D.Lgs. n. 157/95, riprodotto dell'omologa previsione del D.Lgs. n. 358/92 in tema di forniture: la *ratio* delle citate disposizioni risiede nella finalità di evitare che le imprese partecipanti al raggruppamento si avvalgano dello strumento associativo non per unire le rispettive disponibilità tecnico-finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire, così, la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sul-

l'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che non è sempre ristorabile attraverso la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite.

In base alla suddetta impostazione, non sarebbe, pertanto, possibile, per una società sprovvista dei requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto (o di singole parti di esso), partecipare alla procedura di affidamento dei servizi in qualità di membro di un'associazione temporanea di imprese, essendo scontata, proprio sulla base dei summenzionati principi, l'esclusione della stessa impresa in quanto carente dei requisiti richiesti.

Una simile impostazione si poneva, però, in insanabile contrasto con quanto stabilito dalla costante ed univoca giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire dalla sentenza 14 aprile 1994, nella causa C-389/92, ammette pacificamente la partecipazione agli appalti di società che non eseguono direttamente alcuna prestazione oggetto di contratto.

La conclusione che si ricava dai principi affermati dalla Corte di giustizia è, dunque, diametralmente opposta rispetto a quella propugnata, ad esempio, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, sez. giurisd., con sentenza 8 marzo 2005, n. 88: il frazionamento, in rapporto all'attività effettivamente svolta, non dovrebbe impedire che del raggruppamento possa far parte un'impresa che non svolga funzioni completamente operative, quale potrebbe essere una società *holding* che voglia partecipare, associandosi con una società controllata, per fornire a quest'ultima la possibilità di accedere ad una gara in cui sia richiesto un requisito economico di importo elevato.

In tale ipotesi, il soggetto controllante limiterebbe, infatti, la sua funzione a quella di mero finanziatore e garante nei confronti dell'Amministrazione committente.

Sulla stessa linea, si collocavano Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2000, n. 5412; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2003, n. 917; Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3436 e Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1213.

E, proprio in base a tale linea di pensiero, anche l'avvalimento veniva visto con estremo sospetto.

La riportata giurisprudenza è stata, però, ampiamente superata in un torno di tempo ravvicinato.

Nota:
(segue nota 1)

per l'amministrazione aggiudicatrice in relazione all'effettiva capacità dell'impresa concorrente di far fronte ai suoi impegni.

Accanto al rapporto di controllo diretto, il giudice comunitario, in questo primo intervento, aveva individuato un'ulteriore condizione, consistente nella necessità che l'impresa controllante dimostrasse di poter concretamente disporre dei mezzi propri della società controllata, attraverso un esplicito impegno che quest'ultima doveva aver assunto nei confronti della prima.

In questo modo, veniva individuato un secondo livello di garanzia a favore della stazione appaltante ai fini del corretto adempimento degli impegni contrattuali assunti dall'impresa che si avvaleva delle capacità di altra impresa.

Si segnala, *in primis*, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145 (2), di particolare interesse, perché emessa nel periodo di intervallo tra l'entrata in vigore della direttiva n. 18/2004 ed il codice dei contratti pubblici.

Il Supremo Consesso di giustizia amministrativa era stato chiamato ad interpretare l'art. 11 della L. n. 109 del 1994, in tema di utilizzazione da parte del consorzio con personalità giuridica dei requisiti delle società consorziate.

La Commissione aggiudicatrice aveva, infatti, escluso il Consorzio appellante per la specifica ragione che, al fine della prova del fatturato dell'ultimo triennio, si era avvalso del fatturato di due società consorziate che avrebbero eseguito il servizio in caso di aggiudicazione dell'appalto, laddove, ad avviso della stazione appaltante, ciò non sarebbe stato possibile, avendo il Consorzio appellante propria personalità giuridica.

Il Consiglio di Stato afferma che la norma allora dettata dal citato art. 11 non fosse espressione di un principio generale, tanto da poter essere invocata in applicazione analogica, ma che, al contrario, il principio generale rinveniente nella giurisprudenza è l'esatto opposto: «Invero, secondo l'avviso espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (Corte di giustizia delle comunità europee 2 dicembre 1999 in causa C-176/1998), in tema di appalto di servizi la direttiva n. 50/1992, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente al concorrente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2003, n. 645; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Dunque emerge un principio opposto a quello che si desume dalla L. n. 109 del 1994, e cioè il principio secondo cui il soggetto che partecipa ad una gara di appalto, abbia o meno personalità giuridica, può avvalersi, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti, purché sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti.

Siffatto principio, affermato dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato, ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18/2004, a tenore della quale, al fine della prova della capacità economica e finanziaria, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47, par. 2) [...].

La giurisprudenza nazionale ha, in seguito, a sua vol-

ta approfondito e specificato la natura del principio dell'avvalimento, affermandone la sua più vasta portata, sì da ritenere indifferente la natura del rapporto che lega le imprese in questione, ben potendo dunque lo stesso:

– intercorrere anche tra società dello stesso gruppo, ancorché la società «madre» non concorra direttamente all'appalto;

– concretizzarsi in un negozio di cessione di ramo d'azienda idoneo a dimostrare l'effettività della disponibilità dei mezzi necessari per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione dell'appalto, nella misura in cui il contratto di cessione preveda «il trasferimento dell'intera gamma delle licenze, delle autorizzazioni, delle concessioni e dei contratti non personali» utili a dimostrare l'idoneità alla esecuzione dell'appalto;

– consistere in un collegamento funzionale di un soggetto, in modo stabile e continuativo, anche in forza di contratti di collaborazione o di subappalto, ad uno dei soggetti associati in associazione temporanea, che rende così riferibile al gruppo la capacità tecnica (intesa come insieme degli elementi organizzativi e delle risorse personali e finanziarie) del soggetto stesso, pur non appartenente alle imprese facenti parte del gruppo associato (3).

Quanto alla prova, che, ai fini della partecipazione alla gara, l'impresa avvalente deve offrire all'amministrazione aggiudicatrice circa la disponibilità dei mezzi dell'impresa di cui intende avvalersi, la disciplina comunitaria sull'avvalimento rimette alla discrezione delle amministrazioni appaltanti le valutazioni in merito alla verifica della concreta esistenza di rapporti tra imprese, idonei a concretizzare la reale sussistenza delle condizioni utili all'avvalimento.

La stessa non impone, invero, una valutazione basata su presupposti specifici e predeterminati, né impone che la valutazione stessa preceda necessariamente l'espletamento della gara, anche se pare doversi ritenere che la messa a disposizione della p.a. di elementi sufficienti a corroborare il ricorso all'avvalimento attenga correttamente alla fase di prequalificazione, che, secondo la giurisprudenza, costituisce un'autonoma fase subprocedimentale, che «assolve all'esclusiva funzione di distinguere in due distinti segmenti procedurali l'accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) dalla gara vera e propria (con le conseguenti valutazioni delle offerte presentate e scelta della migliore), al fine di cir-

Note:

(2) In questa *Rivista*, 2005, 677, con commento di M. Napoli.

(3) Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2342, che ha ritenuto che si dovesse aver riguardo alla «consistenza complessiva delle risorse che l'ATI aggiudicataria intendeva rendere disponibili per l'esecuzione» del servizio e, conseguentemente, ha considerato legittima la considerazione, da parte della Commissione di gara, anche del personale e degli automezzi che l'ATI avrebbe utilizzato in concreto, ivi compresi quelli «di altra impresa ... normalmente utilizzata per i servizi di trasporto con il ricorso al subappalto ...».

coscrivere il numero dei concorrenti alle sole imprese idonee» (4).

La giurisprudenza ha, inoltre, ritenuto in proposito:

– sufficiente un principio di prova consistente nella dichiarazione dell'esistenza di vincoli di gruppo con il soggetto giuridico, dei cui requisiti l'impresa partecipante alla gara ha altresì dichiarato di avvalersi (5);

– quel che rileva ai fini della gara, in caso di avvalimento di requisiti altrui, così come nell'ipotesi di acquisizione di nuovi mezzi propri, è la prova seria ed attuale della futura disponibilità dei requisiti, che dunque finiscono col fungere «in altri termini da requisiti la cui attualità ed il cui efficace invero sono necessari per l'esecuzione dell'appalto e non per la partecipazione alla gara» (6).

Questo della disponibilità (e del momento della disponibilità) dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare funzionali alla stipula di contratti di appalto con la p.a., da sempre considerati come requisiti volti a dimostrare l'idoneità del concorrente all'esecuzione dell'appalto, rappresenta indubbiamente l'elemento centrale dell'istituto dell'avvalimento, scardinante della nozione di «qualificazione», così come finora accolta sia nell'ordinamento interno che in quello comunitario.

Le posizioni espresse sul tema dai giudici amministrativi nazionali non sono tuttavia uniformi, specie in relazione al fondamentale profilo relativo alla tipologia e all'intensità della prova che deve essere fornita dall'impresa principale ai fini della dimostrazione di poter effettivamente disporre dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria.

In alcuni casi, infatti, le decisioni giurisprudenziali hanno dato rilievo centrale, ai fini di consentire l'avvalimento, all'esistenza di un rapporto «controllante-controllata» tra impresa avvalente e impresa avvalsa e, più in generale, all'esistenza di un collegamento infragruppo tra le due imprese.

In questo filone si muovono alcune decisioni del Consiglio di Stato: sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1938; sez. V, 25 marzo 2002, n. 1695; sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194.

In una direzione parzialmente diversa e maggiormente conforme alla più recente giurisprudenza comunitaria si sono mosse, invece, altre decisioni dei nostri giudici amministrativi.

Esse hanno ribadito come, ai fini dell'avvalimento, l'unico dato che rileva è l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'avvalso, che deve essere adeguatamente provata da parte dell'impresa concorrente all'appalto.

Rispetto a questo dato, è del tutto indifferente la natura del vincolo esistente tra i due soggetti, cioè il rapporto giuridico in base al quale viene assicurata la richiamata disponibilità (T.A.R. Lombardia, sez. III, ord., 14 aprile 2000, n. 1190; T.A.R. Sardegna, 8 novembre 2000, n. 984; Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188; sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

In questa direzione si è mosso peraltro il più recente orientamento del Consiglio di Stato.

Ne sono espressione le sentenze 7 febbraio 2003, n. 645, sez. V, 17 settembre 2003, n. 5287, sez. VI, 14 febbraio 2005, n. 435, sez. IV, e 15 dicembre 2005, n. 7134, sez. V (7).

Le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE

Il principio di avvalimento è ora fissato, com'è noto, dalle direttive UE nn. 17 e 18/2004.

I già veduti principi enunciati prima dalla giurisprudenza comunitaria e poi da quella nazionale sono stati, infatti, normati dal legislatore comunitario, che in particolare, nella direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, agli artt. 47 e 48, ha previsto che un operatore economico possa, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità - economico-finanziarie e/o tecniche - di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine; agli stessi principi si ispirano, poi, ex art. 52 della stessa direttiva, le condizioni di iscrizione degli operatori economici in elenchi ufficiali oppure ai fini del rilascio di una certificazione da parte di

Note:

(4) Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309 e T.A.R. Lazio, sez. II, 20 giugno 2005, n. 5158.

(5) Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, che ha precisato che il fatto che la stazione appaltante abbia ritenuto, evidentemente, sufficienti, ai fini dell'ammissione alla gara, gli elementi così offerti, «non le precludeva di verificare, in prosieguo, come previsto espressamente dalla *lex specialis* della gara, la reale consistenza degli elementi stessi».

(6) Cons. Stato, sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376, secondo cui: «un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara, di cui è espressione anche il principio di avvalimento..., porta a ritenere che in sede di gara possa essere fornita dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari», sì che «non è in definitiva necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali».

(7) In particolare, nella sentenza n. 5287/2003 si afferma che: «per la Corte giustizia Comunità europee, 2 dicembre 1999, n. 176/98 la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti. Tale prova è atipica, non limitata a particolari mezzi, e può essere data mediante mezzi che attestino l'esistenza di rapporti giuridici idonei a provare l'effettiva disponibilità di tali capacità in capo ai partecipanti alla gara. Nella specie, l'avvio dei procedimenti di fusione, l'impegno a concluderli prima dell'inizio del rapporto di appalto, l'esistenza di un gruppo societario facente capo ad una *holding*, dominata da un unico soggetto, i rapporti di controllo totalitario esistenti fra le imprese del gruppo avviate peraltro a fusione per incorporazione sono tutte circostanze apprezzabili ai sensi della nota giurisprudenza comunitaria».

organismi di diritto pubblico o privato, «per le domande di iscrizione o di certificazione presentate da operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti dalle altre società del gruppo».

Norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali, ma non in relazione ai criteri ed alle norme per l'accesso a possibili sistemi di qualificazione, per i quali, se essi comportano requisiti sulla capacità economica e finanziaria e/o sulle capacità tecniche e/o professionali dell'operatore economico, «questi può far valere, se necessario, le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi»: art. 53).

In particolare, nell'ambito dei settori ordinari, la direttiva 2004/18, nell'ammettere che, «se del caso e per un determinato appalto», un operatore economico possa fare affidamento sulla capacità economico e finanziaria (art. 47) o tecnica e professionale (art. 48) di altri soggetti, fissa esclusivamente due principi:

1) questa possibilità è ammessa a prescindere dalla natura giuridica dei legami esistenti tra impresa che si avvale dei requisiti (cd. avvalente) e impresa che «presta» i requisiti (cd. avvalsa o ausiliaria);

2) l'impresa avvalente deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari che siano nella titolarità dell'impresa avvalsa, ad esempio attraverso la presentazione di un esplicito impegno assunto da quest'ultima.

Il legislatore comunitario si è quindi limitato a enunciare due condizioni.

La prima di carattere negativo: non è richiesta la sussistenza di un particolare legame giuridico tra le due imprese; la seconda di carattere positivo: è richiesta la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse proprie dell'impresa che «presta» i requisiti.

L'impostazione «minimalista» della disciplina contenuta nella direttiva risulta peraltro coerente alla finalità di garantire la massima espansione ai principi propri del diritto comunitario. Il legislatore della UE, cioè, si è mosso, anche in materia di avvalimento, al fine principale di assicurare le esigenze della massima concorrenzialità e della più ampia apertura al mercato.

In questa logica, la tendenza è stata quella di ammettere il ricorso all'avvalimento con molta larghezza, limitando al minimo i vincoli e le prescrizioni imposti ai concorrenti.

L'effetto di questa concezione «liberista» dell'avvalimento è stato però un'attenuazione, per molti aspetti, del sistema di garanzie poste a tutela della stazione appaltante. Ancora una volta, quindi, si è finita per riprodurre, anche sotto questo specifico profilo, la diversa impostazione tra un sistema comunitario essenzialmente volto a tutelare il diritto delle imprese di partecipare alle gare nell'ambito del mercato comune e un sistema nazionale come il nostro, storicamente più attento alle esigenze della committenza pubblica e agli strumenti di tutela di cui questa deve poter disporre.

Le ultime direttive comunitarie, proprio per la loro impostazione «liberista», sollevano alcune questioni, molto complesse e di non facile soluzione, che - come visto - erano peraltro state in parte affrontate, ma non compiutamente risolte, nelle richiamate pronunce dei nostri giudici amministrativi.

Le questioni aperte, strettamente collegate tra loro, sono riportabili in larga parte al tema generale della ricerca di un punto d'equilibrio tra le istanze di apertura al mercato che l'avvalimento tende a garantire e la necessità di salvaguardare comunque il sistema di tutela a favore dell'ente appaltante.

Si pone, anzitutto, un problema di onere della prova in relazione alla dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse proprie dell'impresa avvalsa.

La norma comunitaria nulla dice sul punto, e anche le pronunce dei nostri giudici amministrativi, pur a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, si sono limitate ad affermare il principio della «atipicità» della prova, cioè la possibilità di fornire tale dimostrazione con qualunque mezzo idoneo (8).

Nota:

(8) Così, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 17 gennaio 2007, n. 137: «La direttiva 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti. Tale prova è atipica, non limitata a particolari mezzi, e può essere data mediante mezzi che attestino l'esistenza di rapporti giuridici idonei a provare l'effettiva disponibilità di tali capacità in capo ai partecipanti alla gara. Il principio del cd. «avvalimento», di derivazione comunitaria, immediatamente operativo nell'ordinamento italiano, con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18/2004 del 31 marzo 2004 (da recepire entro il 31 gennaio 2006), e recepito puntualmente dall'art. 49 del nuovo codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006; esso consente all'operatore economico o ad un raggruppamento di operatori economici, se del caso e per un determinato appalto, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine della prova della capacità economica e finanziaria. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti».

Parimenti, T.A.R. Lombardia, Brescia, 18 gennaio 2007, n. 87 (parte concorrente aveva sostenuto che ciascuno dei partecipanti all'ATI concorrente avrebbe dovuto soddisfare i requisiti di un fatturato complessivo non inferiore ad euro 150.000.000 e di un capitale sociale interamente versato non inferiore ad euro 15.000.000,00): «Per principio generale della disciplina dell'ATI, ispirato oltretutto al comune sentire per cui «l'unione fa la forza» che, fatti salvi i requisiti minimi, ciascun suo partecipante può partecipare ad una pubblica gara facendo conto sulle complessive capacità dell'ATI stessa. Esplicito in tal senso è ora l'art. 47 commi 2 e 3 della direttiva 2004/18/CEE, per cui anzi il partecipante può fare affidamento sui requisiti degli altri soggetti «a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi», ma il principio era già affermato sia nella giurisprudenza europea - si veda Corte Giust. CE, sez. V, 2 dicembre 1999 C-176/98, *Holt Italia s.p.a.*, per cui i requisiti si possono soddisfare «by relying on the standing of other entities» - sia in quella nazionale - per tutte Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2004, n. 5847 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 2000, n. 4093».

L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici

La consacrazione a livello normativo dell'istituto dell'avvalimento è una delle principali novità del codice dei contratti pubblici (9).

La disposizione di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 è peraltro fornita di una portata precettiva imperativa e di un'efficacia integrativa automatica delle disposizioni dei bandi di gara, come efficacemente sottolineato, all'indomani dell'entrata in vigore del codice, dal T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, con sentenza 30 ottobre 2007, n. 10271 (10).

Sotto il profilo soggettivo, l'avvalimento è ammesso per qualunque tipologia di concorrente, singolo o associato (art. 49, comma 1). Ciò significa che il «prestito» dei requisiti è consentito a favore dell'impresa singola, ma anche dell'impresa raggruppata o consorzata. Quest'ultima potrà avvalersi dei requisiti di altra impresa facente parte del raggruppamento o del consorzio, ma anche di un'impresa estranea.

Dal punto di vista oggettivo, l'affermazione di principio contenuta nel medesimo comma 1 è che l'avvalimento è consentito con riferimento a tutti i requisiti di qualificazione previsti dall'ordinamento. Quindi, il ricorso alle risorse e ai mezzi di un'impresa diversa da quella che partecipa alla gara è, in linea generale, ammesso sia per i requisiti tecnico-organizzativi che per quelli economico-finanziari (rimanendo peraltro aperto il problema di come possa concretamente configurarsi l'avvalimento con riferimento ai requisiti di carattere «immateriale»).

Queste previsioni di carattere generale, tuttavia, non esauriscono la disciplina relativa alla concreta delimitazione del campo di applicazione dell'avvalimento. Esse vanno infatti lette in coordinamento con le disposizioni contenute nel comma 7, che in qualche modo integra quelle del comma 1.

In base al comma 7, è infatti previsto che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, il singolo bando di gara possa limitare la possibilità dell'avvalimento nei seguenti termini:

- consentendolo solo per i requisiti economici;
- consentendolo solo per i requisiti tecnici;
- consentendolo solo per integrare un requisito già posseduto dall'impresa che partecipa alla gara nella misura o percentuale indicata nello stesso bando.

In sostanza, la previsione consente alla stazione appaltante - dandone evidenza nel bando - di introdurre nel procedimento di gara una sorta di avvalimento «parziale».

Questa parzialità può operare sia in senso «orizzontale», ammettendo quindi che l'impresa concorrente possa avvalersi di un'altra impresa per dimostrare la sussistenza o dei soli requisiti economici o dei soli requisiti tecnici; sia in senso «verticale», ammettendo, quindi, soltanto che l'impresa che partecipa alla gara possa aggiungere ai propri requisiti - che essa comunque deve necessariamente possedere nella misura o percentuale

minima indicata nel bando - i requisiti posseduti da altra impresa, per la residua misura o percentuale.

Questa previsione limitativa pone, peraltro, due ordini di problematiche.

La prima attiene alla sua compatibilità con la disciplina comunitaria. Quest'ultima, infatti, ammette l'avvalimento come una possibilità il cui concreto campo di utilizzazione sembra lasciato esclusivamente alle scelte imprenditoriali dei concorrenti. Non appare esservi spazio, cioè, per interventi della stazione appaltante volti a limitare tale possibilità né, conseguentemente, per una normativa nazionale che ammetta tali interventi limitativi.

Ed invero, come sottolineato dal Consiglio di Stato, proprio con la prima delle sentenze in commento, la Commissione europea, con decisione del 31 gennaio 2008, ha aperto una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica Italiana, ai sensi dell'art. 226 Trattato CE, per «incompleta trasposizione del codice appalti», tra l'altro, proprio in relazione ai commi 6 e 7 dell'art. 49 del codice, in quanto limitano la possibilità di avvalersi della capacità di altri soggetti.

Il «contratto» di avvalimento e le limitazioni all'applicazione dell'istituto

Le modalità attraverso cui l'impresa che partecipa alla gara deve provare l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'impresa di cui si avvale costituiscono, come detto, uno dei profili di maggiore criticità dell'istituto.

Grava sull'operatore che voglia avvalersi dei requisiti altrui, l'onere di provare la piena ed effettiva disponibilità delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Note:

(9) L'introduzione dell'istituto dell'avvalimento nel nostro ordinamento, sebbene costituisca un atto dovuto, in quanto previsto dalle direttive comunitarie, come osservato dal Consiglio di Stato, Sez. Consultiva atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355, avrà certamente un effetto dirompente nell'ordinamento giuridico italiano, nei confronti delle piccole e medie imprese.

La Conferenza Unificata Stato-Regioni-Città, parere 9 febbraio 2006, ha rilevato che «la modalità di introduzione di questo istituto è preoccupante tenuto conto del quadro complessivo delle varie realtà presenti sul territorio nazionale. La norma così introdotta non pondera sufficientemente quanto ammesso dall'UE in ordine all'adattamento della norma al contesto ambientale dei singoli stati membri».

(10) «In mancanza - come nel caso di specie - di alcuna indicazione (confirmativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando, trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici), in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo. Nella specie, dunque, posto che né il bando né il disciplinare prevedono alcunché in merito all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento da parte dei concorrenti, siffatta assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (beninteso nel rispetto della regolarità documentale e sostanziale, peraltro non contestata nella specie)».

La giurisprudenza ha ritenuto sufficiente anche un «principio di prova», volta a comprovare la sussistenza della prescritta disponibilità dell'impresa avvalsa, e che sia ritenuto sussistere nell'esistenza di vincoli di gruppo (11).

Il concorrente che intenda farsi «prestare» i requisiti di un altro operatore economico deve fornire in sede di gara «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» (art. 49, comma 2 lett. f), del codice appalti).

A quale schema negoziale tipico potrebbe dunque ricondursi l'istituto dell'avvalimento?

Ebbene, la giurisprudenza che si è sin qui occupata dell'avvalimento ha finito per indicare ciò che esso non è piuttosto che ciò che esso è.

Detta norma di diritto interno, come già evidenziato, aggiunge alla corrispondente disposizione comunitaria un ulteriore «requisito» che avvalente ed avvalsa devono soddisfare in sede di gara, senza peraltro nulla dire, né in ordine alle tipologie contrattuali alle quali questi ultimi possono ricorrere, né in ordine al loro contenuto.

A questo proposito, pare utile fornire una panoramica degli schemi negoziali rispetto ai quali definire il contenuto «contrattuale» dell'avvalimento in termini di obbligazioni assunte dall'ausiliaria e dall'avvalente, posto che, come detto, il comma 2, lett. f), dell'art. 49 ha introdotto l'obbligo della contrattualizzazione dell'impegno dell'ausiliaria.

A tal fine soccorrono diverse pronunce dei giudici amministrativi che ora in via incidentale, ora espressamente, sono state chiamate a definire i contorni contrattuali dell'avvalimento.

Interessante, in questa prospettiva, è innanzitutto la sentenza del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 23 marzo 2004, n. 2704, che ha escluso che un contratto di cessione di ramo d'azienda (a favore dell'impresa avvalente), tanto più se sospensivamente condizionata all'effettiva aggiudicazione della gara, possa considerarsi idoneo ad accreditare e comprovare, nello schema dell'avvalimento, la disponibilità dei mezzi e delle risorse richiesti per l'aggiudicazione dell'appalto.

Peraltro, in tal caso, non troverebbe applicazione la norma comunitaria, poiché il vincolo ivi indicato presuppone non già un trasferimento di titolarità sull'azienda, come nella specie, bensì un rapporto di sfruttamento economico, da parte dell'impresa concorrente e durante l'esecuzione dell'appalto, delle utilità giuridiche, di una capacità e di dotazioni la cui titolarità permane comunque in capo al terzo.

Pare, pertanto, che le surriportate considerazioni del TAR Lazio non possano valere per l'ipotesi di affitto di azienda o di ramo d'azienda, in cui la titolarità di quest'ultima rimane in capo all'impresa ausiliaria e l'impresa principale si assicura esclusivamente la possibilità di utilizzarla ai fini dell'esecuzione dell'appalto, in piena coe-

renza con il meccanismo di funzionamento dell'istituto dell'avvalimento.

Ancora, con sentenza n. 518 del 9 febbraio 2006, il Consiglio di Stato, pronunciandosi su una procedura selettiva per un appalto di servizi sottratti all'applicazione della disciplina del D.Lgs. n. 157/95 -dalla quale l'impresa ricorrente era stata esclusa per non aver richiesto l'autorizzazione al subappalto con riguardo alla parte di prestazioni che intendeva eseguire in regime di *franchising* -, ha ricondotto il *franchising* alla nozione del subappalto in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In particolare, il Consiglio di Stato - tenuto conto che la disciplina pubblicistica del subappalto (art. 18, della L. n. 55 del 1990, dettato per i lavori e esteso anche a servizi e forniture dal D.Lgs. n. 157/1995, dal D.Lgs. n. 358/1992 e dal D.Lgs. n. 158/1995) ha disposto una serie di cautele sia al fine di garantire la qualità della prestazione del subappaltatore, sia al fine di prevenire fenomeni di infiltrazione delinquenziale nei contratti pubblici, e che questo è lo scopo perseguito dal legislatore -, ha statuito che la nozione «sostanziale» di subappalto nei contratti pubblici implica che debba considerarsi subappalto «qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti, in relazione ai quali si pone l'esigenza che siano qualificati e in regola con la cd. disciplina antimafia».

Conseguentemente, anche il *franchising* rientra nella nozione «sostanziale» del subappalto nei contratti pubblici, poiché attraverso lo stesso contratto si realizza «una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i *franchisees*, commerciano prodotti del *franchisor*, utilizzandone marchio e *know-how*, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti dal *franchisor*»; cossicché, «se in una gara di appalto il concorrente-*franchisor* dichiara che talune prestazioni saranno eseguite dai *franchisees*, non fa riferimento alla propria organizzazione di impresa, ma a soggetti terzi, giuridicamente e economicamente distinti».

Per contro, l'avvalimento presuppone, sempre nella logica ricostruttiva del Consiglio di Stato, che l'avvalente-ausiliato dimostri che le risorse dell'ausiliario possano considerarsi equiparate, per la durata dell'appalto, «a proprie articolazioni organizzative, e non soggetti giuridici distinti».

Altro profilo venuto all'attenzione della giurispru-

Nota:

(11) Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 2195; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383 che ha ritenuto applicabile il principio generale dell'avvalimento ai consorzi «*ex lege*», atteso il rafforzato legame di stabilità tra consorzio e consorziata, che consente al primo di fare correttamente riferimento alla certificazione di qualità facente capo alla seconda, indicata come esecutrice del servizio in caso di aggiudicazione.

denza è quello relativo alle situazioni di controllo societario, rispetto alle quali si registrano due correnti interpretative, l'una secondo cui la dimostrazione di tale condizione soggettiva sia sufficiente a comprovare la disponibilità dell'altrui capacità tecnica o finanziaria (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5195); l'altra che, invece, ritiene che il relativo onere probatorio debba essere più penetrante (T.A.R. Campania, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3146; cfr. anche la cit. T.A.R. Lazio, sez. II, 25 agosto 2006, n. 7515).

In tale ultima prospettiva, l'esistenza di un rapporto di controllo societario è condizione soggettiva fortemente indicativa della possibilità da parte di un'impresa di avvalersi dei requisiti tecnici ed organizzativi dell'altra, ma non è sufficiente a dimostrare un'effettiva disponibilità in tal senso, occorrendo un'allegazione ulteriore che costituisca in capo all'ausiliaria una vera e propria obbligazione nei confronti del concorrente.

Viceversa, con specifico riferimento al contratto di consorzio, la sezione sesta del Consiglio di Stato, con sentenza del 6 giugno 2006, n. 383, ha ritenuto che il principio dell'avvalimento, riconosciuto in via generalizzata dal diritto comunitario, debba operare *a fortiori* nell'ambito di consorzi costituiti ai sensi della L. n. 422/1909, cioè di una fattispecie in cui l'offerente ha la «certa disponibilità nei sensi indicati dal diritto comunitario» dell'organismo tecnico dell'impresa consorziata.

Pertanto, posto che l'avvalimento non parrebbe riconducibile ad un contratto di subappalto né ad un contratto di *franchising*, né ad una cessione di azienda o di ramo di azienda, resta da capire sotto quale schema negoziale tipico esso sia assumibile ovvero se esso addirittura integri un nuovo schema contrattuale sino ad ora non tipizzato.

Va detto, peraltro, che non pare che le norme, sia comunitarie che nazionali, abbiano inteso configurare addirittura un nuovo schema negoziale tipico, innanzitutto perché sarebbe improprio attribuire tale intendimento al legislatore comunitario, mosso, al contrario, dalla volontà di non irrigidire i propri precetti in schemi negoziali definiti che, in quanto tali, risulterebbero difficilmente adattabili ai diversi diritti nazionali; in secondo luogo, perché anche il nostro legislatore, che pure avrebbe potuto trasporre le disposizioni comunitarie in uno o più dei tipi negoziali noti al nostro ordinamento, ha chiaramente abdicato a tale facoltà, limitandosi a prevedere che l'obbligo dell'ausiliario di mettere a disposizione dell'ausiliato le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto tragga origine da un contratto tra le dette parti, senza tuttavia definirne il contenuto ed il regime normativo.

Tra i primi interventi giurisprudenziali sul punto merita di essere segnalata un'articolata sentenza del TAR Umbria secondo cui il contratto in questione non potrebbe essere ricondotto a una specifica tipologia. Secondo il giudice amministrativo, infatti, il suo contenu-

to potrebbe essere inquadrato in qualunque schema contrattuale, tipico o atipico, il cui effetto sia la messa a disposizione delle risorse dell'impresa ausiliaria; segnatamente, ha affermato il T.A.R. Umbria, con sentenza 31 maggio 2007, n. 472, che «nel silenzio delle vigenti disposizioni, sia comunitarie che nazionali - che si limitano a prevedere che l'obbligo dell'ausiliario di mettere a disposizione dell'ausiliato le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto tragga origine da un contratto tra le dette parti, senza tuttavia definirne il contenuto ed il regime normativo - sembra inevitabile collocare la questione nella prospettiva dell'autonomia negoziale delle parti, che potranno realizzare la costituzione dell'obbligo di messa a disposizione delle risorse in qualunque forma contrattuale, tipica o atipica, consentita».

A ben vedere, la soluzione accolta dalla giurisprudenza amministrativa non fa che ribadire il principio di atipicità della prova, già indicato in sede comunitaria ed ora espressamente riferito al «contratto» di avvalimento.

Dunque, mentre nel regime *ante* codice si era affermato che la prova è atipica, potendo essere fornita con ogni mezzo idoneo allo scopo, nel regime dell'art. 49 il carattere dell'atipicità viene ricondotto al contratto, per il quale non può essere richiesto alcuno schema negoziale predeterminato.

Su questo stesso crinale si pone la prima delle sentenze del T.A.R. Lazio in esame, n. 3637 del 2008, secondo cui può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria e dell'impresa partecipante nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente; in presenza di tali dichiarazioni, infatti, può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, senza che sia necessaria documentazione ulteriore.

In applicazione di tale principio, nel caso di specie è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione motivato assumendo la mancanza per una ditta partecipante alla gara dei requisiti di carattere tecnico, economico e finanziario previsti dal bando e dal disciplinare e la non conformità della dichiarazione di avvalimento riguardo ad altra impresa al disposto dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Nel caso in questione, infatti, nella busta contenente l'offerta della ditta esclusa, era stata inserita una dichiarazione (corredata della documentazione utile a comprovare i requisiti) con la quale la ditta ausiliaria aveva manifestato in forma inequivoca la volontà di obbligarsi verso la ditta partecipante alla gara e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie; a sua volta la ditta partecipante alla gara aveva accettato detta dichiarazione, dichiarando a sua volta di avvalersi dei mezzi e delle risorse dell'ausiliaria.

Ha ritenuto in proposito il TAR Lazio che nella specie, in presenza di una piena dimostrazione della volontà contrattuale, e in assenza di schemi legali esclusivi, l'Amministrazione non poteva disporre l'esclusione, ma, al più, avrebbe potuto richiedere ad entrambe le imprese i chiarimenti del caso, ove fossero occorsi, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Non pare, tuttavia, che il contratto di avvalimento possa limitarsi alla mera «messa a disposizione» delle risorse e dei mezzi da parte dell'impresa ausiliaria.

A ben vedere, le tipologie contrattuali il cui oggetto si concretizza nella messa a disposizione dell'insieme dei mezzi e delle risorse sono essenzialmente due.

La prima è costituita dal contratto di subappalto, il quale è, infatti, oggi esplicitamente richiamato al comma 10 dell'art. 49 come una delle possibili modalità in cui può trovare formalizzazione il rapporto tra impresa principale e impresa ausiliaria.

Nel subappalto, infatti, le prestazioni vengono eseguite dal subappaltatore attraverso il complesso organizzato di beni e persone che costituisce la sua azienda.

La seconda tipologia contrattuale è l'affitto di azienda o di un ramo di azienda.

Anche in questo caso, infatti, l'oggetto del contratto è costituito dall'insieme organizzato dei fattori produttivi funzionali all'esercizio dell'attività di impresa, considerati nella loro inscindibile unitarietà.

Sembra, peraltro, altrettanto chiaro che i detti contratti non esauriscono certo, in via astratta, la gamma dei possibili tipi negoziali in grado di realizzare l'obiettivo voluto dal legislatore: si pensi, al riguardo, al comodato con fissazione del termine per la restituzione della cosa coincidente con quello di ultimazione dell'appalto, che garantisce al comodatario-appaltatore la disponibilità delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (cfr. art. 1809 c.c.).

Sembra, inoltre, di poter dire che gli operatori economici preferiranno certamente evitare il ricorso all'avvalimento tutte le volte che saranno in grado di reperire, tra gli strumenti contrattuali legalmente riconosciuti o comunque meritevoli di tutela, schemi di accordo che garantiscano lo stesso risultato utile senza implicare l'assoggettamento dell'ausiliario alla responsabilità solidale verso i soggetti committenti.

La questione si pone peraltro in termini profondamente diversi nei settori dei servizi e delle forniture. In questi settori, infatti, la qualificazione non si basa su un sistema unico e di natura generalizzata, come avviene per i lavori. Sono le singole stazioni appaltanti che, in occasione della specifica procedura di gara, individuano nell'esercizio della loro discrezionalità i requisiti che devono essere posseduti dai concorrenti ai fini della partecipazione.

Ne consegue che tali requisiti vengono in considerazione nella loro individualità, cioè in maniera separata. Anche ai fini dell'avvalimento, quindi, ciò che va valutato è il singolo requisito, rispetto al quale vanno analiz-

zate le modalità in cui può concretamente trovare attuazione il relativo «prestito».

Partendo da tale presupposto, l'oggetto del contratto di avvalimento va identificato in relazione alla natura e alle caratteristiche del singolo requisito. Sotto questo profilo, appare fondamentale operare una prima distinzione tra i requisiti materiali e quelli così detti immateriali.

I primi si connotano per essere fisicamente identificabili. Ci si riferisce ad alcuni dei requisiti che sono rappresentativi della capacità tecnica e professionale dei concorrenti, quali la disponibilità di tecnici o organi tecnici, di attrezzature tecniche e di mezzi d'opera, di dirigenti e dipendenti.

Per essi, le tipologie contrattuali utilizzabili ai fini dell'avvalimento sono tutte quelle il cui oggetto è funzionale alla messa a disposizione delle relative entità materiali nella loro concreta fisicità. Tali tipologie possono essere diverse, anche in relazione alle specifiche caratteristiche del singolo requisito.

A mero titolo esemplificativo, nel caso in cui il requisito oggetto di avvalimento sia costituito dalle attrezzature tecniche o mezzi d'opera, potrà essere utilizzato un contratto di noleggio o di *leasing*.

Nell'ipotesi in cui vengano «prestati» tecnici, organi tecnici o dipendenti, cioè requisiti che si sostanziano nella messa a disposizione di risorse umane, si potrà ricorrere a tutte quelle forme contrattuali previste dalla legislazione giuslavoristica che consentono, a determinate condizioni e con le adeguate garanzie, che la forza lavoro sia trasferita da un'impresa ad un'altra.

Decisamente più complessa si presenta la questione in relazione ai requisiti cd. immateriali. Ci si riferisce in particolare al fatturato globale o alle prestazioni (forniture o servizi) analoghe, cioè a quei requisiti che non trovano concreta espressione in elementi materialmente percepibili.

È un dato pacificamente acquisito che l'avvalimento possa legittimamente operare anche in relazione a questa tipologia di requisiti (12). Tuttavia è altrettanto evidente che non è affatto agevole, in queste ipotesi, individuare in cosa debba effettivamente sostanzarsi il contratto di avvalimento e, in particolare, quale debba essere il suo oggetto.

Ad avviso di chi scrive, il prestito (ovvero, la messa a disposizione) non potrà che riguardare l'insieme dei mezzi e delle risorse necessari (cioè strumentalmente funzionali) all'acquisizione di tali requisiti.

Ora, il fatturato di un'impresa o le prestazioni che questa concretamente esegue sono il risultato di una complessa organizzazione aziendale.

In sostanza, tali requisiti non sono riconducibili a questo o a quel bene che appartiene all'imprenditore,

Nota:

(12) Cfr. T.A.R. Puglia, sez. II, 10 ottobre 2007, n. 2486 e T.A.R. Piemonte, 22 maggio 2007, n. 2218.

ma sono il risultato dell'insieme dei fattori produttivi che costituiscono l'azienda nel suo complesso.

Va da sé che per prestare i requisiti indicati l'impresa ausiliaria dovrà mettere necessariamente a disposizione dell'impresa principale l'insieme organizzato dei fattori produttivi di cui si compone la sua azienda (o un ramo di essa). La conseguenza è che, anche in queste ipotesi, le tipologie contrattuali che appaiono idonee a raggiungere il risultato richiesto sono sostanzialmente due: il contratto di affitto di azienda (o di un suo ramo) e il contratto di subappalto. Un'impostazione di questo tipo sembra ritrovarsi in T.A.R. Puglia, sez. II, 18 dicembre 2007, n. 4272, secondo cui «la certificazione relativa allo svolgimento di un servizio analogo va, *mutatis mutandis*, equiparata all'attestazione SOA».

Solo questi due tipi di contratto, infatti, implicano la messa a disposizione di quell'insieme di beni, mezzi, risorse finanziarie e umane che risultano funzionali - cioè concretamente idonei - ad apportare i requisiti cd. immateriali.

Il legislatore nazionale, nel recepire lo strumento dell'avvalimento, adattandolo alle caratteristiche dell'ordinamento nazionale, ha previsto una serie di limitazioni all'utilizzo dell'istituto in esame, sia a tutela della corretta esecuzione dell'appalto, sia per scongiurare le possibili infiltrazioni criminali, in ossequio ai principi di trasparenza e di concorrenzialità.

Al fine di evitare possibili turbative nello svolgimento delle procedure di gara e di rafforzare i principi di trasparenza e di concorrenzialità, il codice dei contratti pubblici circonda il ricorso all'avvalimento di ulteriori limiti.

Vengono così imposte una serie di condizioni, così riassumibili:

1) divieto per l'impresa ausiliaria di partecipazione alla gara nell'ambito della quale essa «presta» i suoi requisiti.

Questo divieto riguarda la partecipazione dell'impresa ausiliaria sia a titolo individuale che in qualità di componente di un raggruppamento o consorzio (comma 2, lett. e).

In sostanza, l'impresa che, nell'ambito di una gara, assume la veste di «ausiliaria» di altra impresa non può partecipare alla medesima gara a nessun titolo (divieto peraltro ribadito anche dall'ultimo periodo del comma 8);

2) divieto di partecipazione alla medesima gara dell'impresa ausiliaria e di altre imprese che con la prima si trovano in una situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.*;

3) limitazione dell'avvalimento a una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria.

Ebbene, il T.A.R. capitolino, con la sentenza sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820, qui esaminata, ha opportunamente precisato che all'interpretazione più restrittiva è certamente da preferire, tenuto conto della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47, comma 3, e 48, comma 4, dir. 2004/18/CE: «un raggruppamento di

operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti»), la tesi che, in ossequio al principio di massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti parte di un raggruppamento non costituito, e ciò non solo nei confronti dei soggetti esterni ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento.

In questa prospettiva, il citato art. 49, comma 8, del codice dei contratti pubblici deve perciò essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi.