

INDICE

Prefazione.....

CAPITOLO PRIMO

LA NASCITA E L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO

1. L'istituto dell'avvalimento: definizione;

2. La genesi dell'istituto: la giurisprudenza ante 2004/17 e 2004/18;

*2.1 La genesi dell'istituto: l'avvalimento nelle direttive 92/50 CEE 93/37 CEE e
93/39*

3. Le direttive comunitarie 2004/17 2004/18

4. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale: la Legge Merloni

4.1 L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento italiano: la giurisprudenza italiana

5. Le differenti prospettive dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale

6. L'avvalimento in relazione al riparto di competenze Stato-regione.

CAPITOLO SECONDO

L'AVVALIMENTO E IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. *L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale*
2. *La disciplina dettata dal codice dei contratti*

3. *I profili generali della disciplina*
 - 3.1 *Le novità del terzo decreto correttivo (D.Lgns. 11 settembre 2008 n. 152)*

 - 4.1 *L'ambito di applicazione: il punto di vista soggettivo*
 - 4.2 *L'ambito di applicazione: il punto di vista oggettivo*
5. *L'avvalimento nei sistemi di qualificazione*

6. *La prova dell'avvalimento.*

CAPITOLO TERZO

L'IMPRESA AVVALENTE E L'AVVALSO

1. *I requisiti di ordine generale dell'impresa avvalente e dell'avvalso*

2. *I rapporti tra concorrente, impresa ausiliaria e stazione appaltante*
 - 2.1 *La solidarietà passiva tra avvalente e avvalso*

 3. *La responsabilità dell'impresa avvalente*

4. Le problematiche connesse all'istituto dell'avvalimento

5. La giurisprudenza sul contratto di avvalimento

6. L'avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici-

6.1 e indicazioni della giurisprudenza

CONCLUSIONI.....

BIBLIOGRAFIA.....

PREFAZIONE

L'istituto dell'avvalimento è un istituto di nuova formulazione e di particolare interesse, mediante il quale, i partecipanti alle gare indette dalle Pubbliche Amministrazioni, possono, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti Economico-Finanziari, Tecnico-Professionali richiesti dalle Stazioni Appaltanti, per un determinato appalto, fare, legittimo affidamento sulle capacità di altri soggetti, denominati Ausiliari, mediante la presentazione di un loro formale impegno a tal fine¹.

L'istituto trova origine nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ad opera dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

Il principio di avvalimento è stato, infatti, affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia, con riferimento agli appalti di lavori, nella storica sentenza relativa alla causa n. C-389/92².

La ratio di fondo è la medesima alla base di altri istituti c.d. pro-competitivi di derivazione comunitaria, quali il raggruppamento temporaneo di imprese e il subappalto, volti a consentire l'ampliamento della platea concorrenziale.

¹Si veda www.avvalimento.it

²In tale pronuncia, come si avrà modo di analizzare nella trattazione, il Giudice delle Comunità Europee ha analizzato una questione pregiudiziale relativa ad una controversia sorta tra una holding olandese e lo Stato belga, statuendo che “è *consentito* interpretare i criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di gruppo, tenendo conto delle società che appartengono a tale gruppo, purchè la persona giuridica provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti pubblici.

In pratica, l'avvalimento, nell'ottica comunitaria, dovrebbe consentire agli operatori economici sprovvisti dei necessari requisiti, siano essi economico finanziari o tecnico-organizzativi, di poter fare affidamento sui mezzi e sulle risorse posseduti da altri soggetti.

Dopo una breve ricostruzione della nascita dell'istituto, l'elaborato si occupa di segnalare gli aspetti più oscuri dell'istituto quale in primis i problemi derivanti dall'introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano.

Questo perchè se per il legislatore comunitario la finalità dell'avvalimento è unica: il *favor participationis*, al contrario, per quello interno è duplice.

Infatti il legislatore nazionale da un lato si occupa di tutelare la medesima finalità protegge il legislatore comunitario (ovvero il *favor participationis*), dall'altro garantisce la Stazione Appaltante e il sistema di qualificazione in generale.

Oltre alle differenze appena sottolineata, l'elaborato si incentra su altri problemi relativi alla natura del contratto e alla disciplina sostanziale dell'istituto *de qua*; i quali 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.

L'obiettivo è tutelare la concorrenza, da considerarsi non più un mero riflesso dell'interesse pubblico bensì intesa come espressione della tutela della libertà economica di tutti i concorrenti.

Tale assunto sembra trovare conferma nelle osservazioni fatte dalla

giurisprudenza comunitaria la quale ha individuato la *ratio* della normativa di settore nella tutela degli interessi degli operatori economici stabiliti in Paesi differenti rispetto a quello nei quali vogliono rendere le proprie prestazioni.

In modo tale che si eviti che le amministrazioni privilegino, in sede di selezione dei concorrenti, gli offerenti nazionali³.

Dello stesso avviso è anche la dottrina, la quale, per un verso, ha messo in evidenza il mutamento cui è soggetto l'interesse pubblico, per altro verso, ha rilevato come anche il procedimento di evidenza pubblica, preposto alla cura di tale interesse, «da procedura volta prevalentemente a tutelare l'interesse dell'amministrazione» si è trasformato in una «procedura preordinata anche alla tutela dell'interesse dei concorrenti».

In tal modo la concorrenza diventa uno strumento polivalente, idoneo a tutelare tutti i soggetti coinvolti nella procedura di affidamento dell'appalto. Proprio a questa logica di liberalizzazione sembrerebbe rispondere l'istituto dell'avvalimento dei requisiti d'impresa che non partecipano direttamente alle gare d'appalto ma che concedono alle società concorrenti i propri requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA.

L'elaborato si farà attenzione anche all'evoluzione dell'istituto dell'avvalimento soffermandosi in particolar modo alle modifiche che

³Cfr. C. giust. CE, 27 novembre 2001, in cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini c. ANAS*; causa C-380/98, *University of Cambridge*, in *Racc.*, I-8035; causa C-19/00, *Sias construction*, in *Racc.*, I-7725.

verranno apportate dal regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici⁴(D. P. R. n. 207/2010).

Al fine di rendere più puntuali le considerazioni successive, sembra tuttavia utile svolgere qualche preliminare precisazione di ordine metodologico in merito all'evoluzione del concetto di “avvalimento” come istituto di creazione squisitamente pretoria che ha poi trovato accoglimento nel diritto positivo.

⁴Che entrerà in vigore 8.6.2011

Capitolo primo

LA NASCITA E L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO

Capitolo primo.

1. L'istituto dell'avvalimento: definizione; 2. La genesi dell'istituto: la giurisprudenza ante 2004/17 e 2004/18; 2.1 La genesi dell'istituto: l'avvalimento nelle direttive 92/50 CEE 93/37 CEE e 93/39; 3. Le direttive comunitarie 2004/17 2004/18; 4. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale: la Legge Merloni; 4.1 L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento italiano: la giurisprudenza italiana; 5. Le differenti prospettive dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale; 6. L'avvalimento in relazione al riparto di competenze Stato-regione.

1. L'istituto dell'avvalimento: definizione.

L'istituto dell'avvalimento è un istituto per molti versi misterioso.

Nel settore del diritto amministrativo tradizionale, il termine avvalimento indica le condizioni con le quali un organo della pubblica amministrazione utilizza le capacità organizzative e tecniche di un apparato organizzativo di un'altra pubblica amministrazione, pur mantenendo la titolarità e l'esercizio della propria funzione.

Nel settore degli appalti pubblici, l'istituto dell'avvalimento indica invece le modalità con le quali una società utilizza le capacità tecnico-economiche di un'altra, al fine di rispettare i requisiti richiesti da un bando di gara, non potendo altrimenti partecipare alla gara.

In pratica, con l'avvalimento il concorrente ad una gara di appalto bandita

da un ente pubblico può utilizzare la capacità economica-finanziaria di società terze, al fine di raggiungere l'importo del fatturato ovvero la capacità tecnica richiesta dal bando di gara quale condizione minima di partecipazione che di per sé non avrebbe.

Una simile duplicità sul piano semantico non è, tuttavia, sinonimo di una corrispondente bivalenza sul piano sostanziale. Sia che si tratti dell'organizzazione interna dell'amministrazione interna di un'amministrazione pubblica, sia che si verta nell'ambito delle gare per l'aggiudicazione di un appalto di servizi, opere o forniture, l'avvalimento si presenta come uno strumento di semplificazione organizzativa, strumentale alla razionalizzazione degli appalti e delle risorse⁵

La dottrina in relazione alla natura giuridica dell'istituto in analisi mette in rilievo che l'avvalimento si configura come un vero “diritto” o “libertà” per l'impresa, la quale decide autonomamente se attivare un modulo collaborativo con altra impresa alternativo a quelli tipizzati dalla precedente disciplina positiva (ATI, consorzi, subappalto)⁶.

L'istituto *de qua* ha ricevuto altresì un riconoscimento da parte della giurisprudenza comunitaria già sulla base delle direttive di prima e seconda generazione, nonché da parte dei giudici nazionali, e dunque costituisce figura la cui operatività è preesistente alle ultime direttive ad allo stesso

⁵Cit. M. E. Boschi, *L'avvalimento al vaglio del giudice amministrativo: l'esegesi di un istituto complesso.*, in *Foro amministrativo*, 2007, p. 2390.

⁶V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, p.94.

codice che ora lo contemplano espressamente⁷.

La dottrina però discute se tale principio possa ricondursi direttamente alle libertà fondamentali ed ai principi generali del Trattato CE: libera circolazione dei capitali, delle merci e dei servizi, ed ai principi che derivano quali parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza⁸.

Le conseguenze sono notevoli se si sostenga o meno che l'avvalimento rientri nei principi del Trattato.

Nel caso di risposta affermativa, si dovrebbe ammettere la sua applicabilità al di là degli appalti e dunque alle concessioni di servizi pubblici. Nel caso contrario, la sua applicabilità rimarrebbe invece circoscritta unicamente al mondo degli appalti.

2.La genesi dell'istituto: la giurisprudenza “ante” 2004/17 e 2004/18

Come accennato, l'istituto dell'avvalimento ha origine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, formatasi in merito a una specifica questione: la possibilità di consentire a un'impresa facente parte di un gruppo, o *holding*, la possibilità di partecipare a una gara utilizzando le capacità e i requisiti di

⁷In G.U., 30 aprile 2004 n. L 134. Tra i primi commenti, v. G. Marchianò, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento sugli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale Appalti*, 2004, 854; R. Garofoli, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (direttiva n.2004/18CE del 31 marzo 2004)*.

⁸Di cui agli articoli 12, 43, 49 e 86 del Trattato CE.

un società controllata non partecipante alla gara⁹.

In proposito la Corte di Giustizia aveva affermato *“l’aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provvede direttamente all’esecuzione dell’opera, ma altresì da una persona che la faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organismi esterni ovvero da un raggruppamento di imprenditori a prescindere dalla sua forma giuridica. Pertanto un holding che non esegue direttamente le opere, perchè le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte, non può per tale motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici, sempre che disponga effettivamente dei mezzi di tali consociati necessari all’esecuzione dei lavori .Parimenti ai fini dell’iscrizione ad un albo dei soggetti abilitati all’esecuzione degli appalti di lavori pubblici, la valutazione di una persona giuridica dominante di un gruppo deve tener conto delle società che appartengono al gruppo, purchè la prima dimostri di avere effettivamente a disposizione i mezzi delle consociate necessari per l’esecuzione degli appalti.*

Successivamente il giudice comunitario, ha espresso il principio in base a cui l'autorità competente è tenuta a tener conto della holding, nel momento in cui si provi che la società capogruppo abbia effettivamente a disposizione

⁹Per una ricostruzione dell'istituto a seguito delle direttive del 2004 e del recepimento di esse nel codice. Cancrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, in *Contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli VIII, 1, Torini, 2007, 487 ss.

i mezzi delle società controllate necessari all'esecuzione degli appalti. Questo perchè le direttive del Consiglio CEE del 26 luglio 1971 n.304¹⁰ e la direttiva del 26 luglio 1971 n. 305¹¹, devono essere interpretate nel senso che consentono: *“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 tener conto delle società che al medesimo appartengono, purchè la persona giuridica di cui trattasi provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di detta società necessari per l'esecuzione degli appalti”*¹².

Tre anni dopo, la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi in tema di avvalimento tra imprese nella pronuncia C. Giustizia CE, sez. V, 2 dicembre 199, in causa C-176/98 Holst Italia che comporta la “consacrazione” dell'istituto.

In tale sentenza, infatti, il giudice comunitario riconosce l'ammissibilità dell'istituto al di là delle ipotesi del gruppo societario.

La Corte, con tale pronuncia ribadisce ed esplicita più espressamente che la possibilità per l'offerente di disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto non può essere presunta indipendentemente dai rapporti di diritto che il soggetto ha con i membri del gruppo al quale

¹⁰Concernete la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici.

¹¹Concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

¹²Cfr. C. Giustizia, CE, 14 aprile 1994, n. 389, *Ballast Nedam group*, *Rivista it. Dir. Pubbl. comunitario*, 1994, 1249.

appartiene.¹³

Pertanto, il ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni.

Dal quadro appena tracciato risulta con chiarezza la volontà del diritto comunitario di accordare preferenza al principio della libera concorrenza ed il conseguente approccio sostanzialistico all'istituto in oggetto: l'attenzione del legislatore e dei giudici europei, infatti, non si concentra tanto sulla natura giuridica del rapporto esistente tra soggetto avvalente e soggetto avvalso, quanto sulla necessità- per il primo – di fornire adeguata prova della effettiva disponibilità dei requisiti promessi dall'offerente per tutta la durata dell'appalto¹⁴.

2.1 La genesi dell'istituto: l'avvalimento nelle direttive 92/50 CEE, 93/37 CEE e 93/36CEE

L'istituto dell'avvalimento prima di trovare una propria formalizzazione nelle direttive 2004/18 CE e 2004/18 CE, era già conosciuto

¹³La Corte di giustizia afferma che “...una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perchè intende operare, per eseguire intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi a essa” e inoltre che “non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi dei terzi basandosi sulla sola circostanza che esso faccia parte di uno stesso gruppo di imprese”.

A questo proposito, risulta, necessaria la dimostrazione della sussistenza di un obbligo in tal senso esplicitamente assunto da entrambe le imprese interessate.

¹⁴Per un'analisi più approfondita si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità Europee, Philippe Lèger in causa C-176/98, Holst Italia, che sottolinea come la maggiore attenzione del legislatore riguardi l'effettiva idoneità dei prestatori di servizi, lavori o forniture.

dall'ordinamento comunitario.

Il legislatore europeo, infatti, lo consentiva quale modalità di qualificazione del concorrente che, in assenza di determinati requisiti economico-finanziari, poteva ricorrere per la dimostrazione degli stessi a quelli di altro soggetto, disposto a consentire il prestito temporaneo della propria professionalità.

La familiarità di cui ha sempre goduto a livello comunitario l'istituto *de quo* è provata dall'articolo 31 par. n. 3 della direttiva servizi 92/50/CEE, il quale limitatamente alla capacità economico-finanziaria prevedeva che: *“qualora per giustificati motivi il prestatore non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato”*¹⁵.

Sulla stessa scia si ritrova anche il successivo articolo 32 della medesima Direttiva, il quale, analogamente alla norma innanzi citata, consentiva, sul diverso versante della capacità tecnica, di dimostrarla con *“l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità”*¹⁶

le successive direttive (lavori e forniture) non erano da meno riguardo il *favor* dimostrato nei confronti dell'avvalimento nel settore dei servizi.

¹⁵Cit. art. 31, par.3, dir. 92/50/CEE.

¹⁶Cit. art. 32, par.2 lett.c dir. 92/50/CEE.

Anche in queste ultime, infatti, si ritrovano, delle previsioni normative che risultavano sostanzialmente speculari a quelle contenute nella direttiva servizi.

A tal proposito l'art. 26 della direttiva 93/37/CEE, in ordine alla capacità economico-finanziaria ,prevedeva che *“se per una ragione giustificata l'imprenditore non è in grado di dare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, egli è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice”*¹⁷.

Parimenti la capacità tecnica in detto settore poteva essere dimostrata mediante *“una dichiarazione indicante i tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'impresa, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera”*¹⁸.

Nella direttiva forniture si ritrova una disposizione perfettamente sovrapponibile a quella contenuta nel richiamato art. 31, par. n. 3 della direttiva servizi.

Si consente, infatti, anche in questo ambito al concorrente debole sul piano della qualificazione di appoggiarsi ad altra impresa, per usufruire dei suoi requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

L'apertura dimostrata dal legislatore comunitaria nei confronti dell'istituto, era controbilanciata dal potere dal potere di controllo riconosciuto alle

¹⁷Cit., art. 26, par. 3, dir. 93/37 CEE

¹⁸Cit. lrt. 27, par. 1, lett. E, dir. 93/37/CEE

stazioni appaltanti per comprovare il livello di qualità delle prestazioni e dei mezzi forniti da terzi ausiliari all'appaltatore.

L'articolo 23 della direttiva 92/50/CEE prevedeva che *“gli appalti vengono aggiudicati in base ai criteri stabiliti nel capitolo 3 tenendo conto dell'articolo 24, e dopo che l'idoneità dei prestatori non esclusi a norma dell'articolo 29 sia stata verificata dalle amministrazioni conformemente ai criteri di cui agli articoli 31 e 32.*

Sulla stessa scia si trovano gli articoli 18¹⁹ e 15²⁰ delle direttive 93/37/CEE e 93/36/CEE che confermavano il ruolo di controllore assegnato all'amministrazione aggiudicatrice in ordine alla qualificazione proveniente da soggetti terzi rispetto il concorrente della gara d'appalto.

In fondo, il principio di massima partecipazione alle gare d'appalto è un'indubbia garanzia per l'amministrazione stessa, la quale, applicando nella sua massima estensione in sede di gara, beneficerà dei risultati di una scelta, in termini di miglior offerta, effettuata tra un maggior numero di concorrenti.

3. La direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18.

¹⁹Cit. *“l'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 19 dopo l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori non esclusi dalla gara in applicazione dell'art. 24. Tale accertamento è effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 26 a 29”.*

²⁰Cit. *“gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 16 e dopo che l'idoneità dei fornitori non esclusi a norma dell'articolo 20 sia stata verificata dalle amministrazioni conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli 22, 23 e 24”.*

A seguito dei suddetti interventi giurisprudenziali, che sancivano il principio in base a cui il concorrente poteva avvalersi per partecipare alla gara dei requisiti delle imprese della *holding* a cui apparteneva, l'avvalimento ha trovato accoglimento e un ulteriore slancio nel diritto positivo con la previsione degli articoli 47, 48 e 52 della direttiva 2004 numero 17 (*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi*²¹); e con la previsione della direttiva 2004/18. le direttive prevedono due forme di avvalimento.

La prima, che per comodità può essere definita *ordinaria*²², è incentrata sulla partecipazione ad una singola gara di appalto ed è regolata in maniera omogenea nelle due direttive: in entrambe il ricorso all'avvalimento rappresenta una facoltà di cui il concorrente dispone a prescindere dalla natura dei legami esistenti con l'impresa che presta i propri requisiti.

La seconda forma di avvalimento è consentita invece nell'ambito dei sistemi di qualificazione e per questo viene definita *permanente*²³. In questo caso il legislatore prescrive che l'avvalimento abbia durata pari al periodo di validità del sistema di qualificazione e presuppone una integrazione stabile

²¹Sulle discipline dell'avvalimento dettata dalle direttive 2004/17 e 2004/18 si veda, O. Ciboldi, *La dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare di appalto attraverso l'avvalimento*, in *Riv. Giur. ed.*, 2006, 74 e ss.; S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, 1177 e ss.

²²Cit., A. Romano, *L'avvalimento come forma di cooperazione fra imprese nell'esecuzione di appalti pubblici (avvalimento e libero mercato)*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, p. 108.

²³S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amministrativo, TAR*, 2006, 3, 1177 ss.).

tra avvalente e ausiliaria. Diversamente, questa seconda forma di avvalimento, è regolata differentemente per gli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali. Per i primi, l' articolo 52 della direttiva 2004/18 CE circoscrive la possibilità di avvalimento nell'ambito dei gruppi societari; per i secondi, invece, l'articolo 53 paragrafo 4 della direttiva 2004/17 CE lo configura come un sistema utilizzabile qualunque sia il rapporto esistente fra avvalente e ausiliario: quindi a prescindere dalla esistenza di collegamenti societari.

Passando all'analisi delle singole direttive , si nota come gli articoli 47, 48 e 52 della direttiva 31 marzo 2004 n. 18 hanno proceduto ad una puntualizzazione della disciplina dell'istituto *de qua*, codificando, sostanzialmente, gli approdi esegetici cui era prevenuto il giudice comunitario.

Per quanto attiene all'avvalimento nella singola gara, l' articolo 47, paragrafo 2 della direttiva 2004/18, prevede che un operatore economico, al fine di promuovere il possesso della capacità economica e finanziaria richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice, possa *“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 alle amministrazioni aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impiego a tal fine di questi soggetti”*.

Proprio con la dizione “*a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami*”, il giudice comunitario ha effettuato un ulteriore passo avanti nella direzione di un effettivo sviluppo dell'istituto. Superando così il vincolo rappresentato dall'appartenenza delle società al medesimo gruppo imprenditoriale, requisito che finora aveva ispirato le decisioni della giurisprudenza comunitaria.

Ai sensi del successivo paragrafo 3 dell'articolo 47, la potestà viene riconosciuta, alle stesse condizioni, anche ai raggruppamenti di operatori economici i quali possono fare affidamento “*sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*”.

Relativamente alle capacità tecniche e professionali, è reintrodotta la disposizione che prevede che esse possano essere provate mediante indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o no parte integrante dell'operatore economico di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera, ma ugualmente è esplicitato che un “*operatore economico può, se dal caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice 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*”.

Di particolare rilievo è sottolineare che la direttiva 2004/17/ CE per i settori

“speciali” (ex settori esclusi) riprende le medesime possibilità contenute nella direttiva 2004/18/CE. E prevede per gli operatori economici di avvalersi dei requisiti di carattere tecnico ed economico di altri soggetti per la partecipazione ad una determinata gara di appalto. Consentendo però l'avvalimento di tali requisiti anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore decida di istituire e gestire un proprio schema di qualificazione degli operatori economici²⁴. In tal caso l'operatore deve dimostrare all'ente aggiudicatore di possedere tali mezzi per tutto il periodo di validità del sistema di qualificazione esibendo, ad esempio, l'impiego di tali soggetti a tal fine o, nel caso di capacità tecniche o professionali, l'impegno di tali soggetti a mettergli a disposizione i mezzi necessari.

Al fine di garantire e non lasciare scoperte le amministrazioni nei confronti di eventuali truffe, si richiede una precisa condizione perchè l'avvallimento possa essere accettato : che l'avvalente dimostri di disporre dei mezzi necessari.

Poiché si sta trattando dei requisiti economici e finanziari, la dimostrazione tende sostanzialmente a garantire:

- la capacità di finanziamento dell'opera e quindi il credito goduto dall'impresa;
- la solidità economica a garanzia patrimoniale dell'amministrazione creditrice.

²⁴Cit., C. M. Saracino, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2007, p.334.

Si può notare quindi come l'istituto in questione operi una censura tra l'affidabilità economica e patrimoniale dell'appaltatore e la sua soggettività giuridica. Tutto ciò significa che la Stazione Appaltante debba assicurarsi che l'impresa sia in grado di approntare i capitali necessari all'intrapresa e che il suo patrimonio sia sufficiente in caso di danni²⁵.

La direttiva 2004/17 dunque nell'imporre alla stazione appaltante di accettare l'avvalimento di un *quisque de populo*, permette di pretendere una dimostrazione della effettiva disponibilità dei mezzi dichiarati. Tale disponibilità va intesa in due sensi:

- in primo luogo che l'avvalso, e cioè l'impresa ausiliaria, posseda quei requisiti che gli sarebbero stati necessari per partecipare egli stesso alla gara;
- che quegli stessi mezzi siano posti a disposizione dell'avvalente.

La disponibilità dei mezzi può scaturire solo da un rapporto giuridico intercorrente tra avvalente e avvalso; infatti il rapporto non giuridico non può non esistere.

Quindi la volontà della norma, non è quella sancire il principio in base a cui i due soggetti possono essere svincolati l'uno dall'altro, ma che l'amministrazione può solo pretendere la prova dell'esistenza del rapporto giuridico che pone a disposizione i mezzi.

Il divieto di attribuire rilevanza ai legami preesistenti tra i due soggetti,

²⁵Cfr. O. Ciboldi, *la dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto attraverso l'avvalimento*, in *Riv. Giu. ed.*, 2006, 74 e ss.

tuttavia, non opera nel senso opposto. Dunque l'avvalimento può avvenire con qualsiasi soggetto anche se legato all'avvalente.

Da quanto si è detto si possono evincere le seguenti conclusioni²⁶:

- l'avvalimento è una libera scelta dell'impresa partecipante alla gara;
- i soggetti avvalsi possono essere anche più di uno;
- i soggetti avvalsi non devono essere collegati all'avvalente da un legame giuridico preesistente, ma devono essere in qualsiasi modo collegati senza che ciò impedisca l'avvalimento.

Dal canto suo l'amministrazione può:

- chiedere la dimostrazione della disponibilità dei mezzi
- richiedere qualsiasi mezzo di prova.

Da rilevare è che l'articolo 47 della Direttiva 2004/18, dopo aver enunciato gli elementi necessari per attuare la qualificazione dell'impresa da un punto di vista economico finanziario, non dichiara nulla per l'operatore economico che partecipa alla gara e svolge già lavori simili a quelli di procedura di gara, ma manca di capacità economiche e finanziarie che può pretendere in prestito da altro operatore economico. In tal caso il concorrente sarebbe in grado di svolgere la prestazione, ma non è in grado di dimostrare il possesso dei requisiti economici.

La situazione è un po' diversa se si esamina il contenuto dell'articolo 48 comma 2 della Direttiva 2004/18 ove il legislatore comunitario,

²⁶Cit.,L. Fertitta, *L'istituto dell'avvalimento*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, , 2009, p.145.

disciplinando le capacità tecnico-professionali devono possedere le imprese dispone che: *“un operatore economico può, de del caso e per un determinato appalto fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice 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”*.

Occorre analizzare, a questo punto sia l'articolo 47 che 48 della Direttiva 2004/17 CE che contengono un identico paragrafo il quale precisa che l'avvalimento deve essere permesso nella normativa statale anche dagli operatori economici che facciano parte di un raggruppamento ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2 della direttiva stessa²⁷.

La disciplina comunitaria, impone di permettere l'avvalimento interno al raggruppamento²⁸ tenendo conto dei requisiti economici, finanziari e tecnici posseduti dai partecipanti al raggruppamento²⁹

Per terminare l'analisi delle direttive in questione, occorre analizzare l'articolo 52 della direttiva n.18.

²⁷In tale senso C. Zucchelli, *op cit.*, il quale rileva che *“sarebbe...contraria alla direttiva una norma che imponesse alle imprese raggruppate di possedere i requisiti solo in proprio o al massimo con avvalimento esterno, mentre viceversa si deve permettere che ciascuna di esse faccia riferimento, per il raggiungimento dei minimi, anche alle società raggruppate i cui requisiti sovrabbondanti devono poter giovare a tutte le altre”*.

²⁸I raggruppamenti sono quelle forme di cooperazione tra soggetti giuridici le quali si possono presentare con le più svariate forme di collegamento economico, finanziario, operativo, caratterizzate esclusivamente da un lato negativo, vale a dire quello di non essere persone giuridiche.

²⁹Per una puntuale sintesi dei criteri che connotano l'avvalimento nella direttiva 2004/18 si veda R. De Nictolis, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roa, 2006, pp. 96-97.

L'articolo in questione permette l'avvalimento dei requisiti economici o tecnici di altri soggetti in sede di iscrizione o di certificazione ad operatori economici facenti parte di un gruppo e che dispongono di mezzi forniti da altre società del gruppo. In questo caso gli operatori devono dimostrare all'autorità che stabilisce l'elenco ufficiale o all'organismo di certificazione rilasciato dall'organismo di certificazione che posseggono di tali mezzi per tutta la durata del certificato rilasciato dall'organismo di certificazione e che tali società continueranno a soddisfare i requisiti in materia di selezione quantitativa di cui gli operatori economici si avvalgono ai fini della loro iscrizione.

La direttiva n. 18, in pratica, non prevede per la qualificazione delle imprese singole l'avvalimento a una qualsiasi altra impresa, ma lo restringe alle imprese infragruppo, mentre impone allo Stato l'obbligo di permetterlo nel caso del singolo appalto. Quello che viene ripreso dal giudice comunitario è il principio sancito nella prima sentenza del 1984; ovvero una *holding* che non esegua, né possa eseguire direttamente i lavori, ma che dispone dei mezzi delle società controllate, può iscriversi a un albo che abilita alla partecipazione a procedure di aggiudicazione e può quindi partecipare a tali procedure di aggiudicazione.

Le medesime innovative disposizioni sull'avvalimento contenute negli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18 CE sono contenute anche negli articoli 54 della Direttiva 2004/17 CE per gli ex settori esclusi.

4. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento italiano: la legge Merloni.

Le direttive comunitarie prima ancora di essere oggetto di un apposito D.lgs. Di recepimento ebbero un effetto anche sulla vigente legge n. 109 del 1994 o meglio nota come legge Merloni.

A tal proposito si deve ricordare che il D.lgs. n. 163 del 2006 ha abrogato la legge 11 febbraio 1994 n. 109, recuperando talvolta gran parte delle sue norme³⁰.

La legge 11 febbraio 1994 n. 109 prevedeva la possibilità per le società cooperative, per le imprese commerciali, per le società commerciali e per imprese individuali di partecipare alle gare, oltre che *uti singulae*, anche in forma associata, attraverso la partecipazione a consorzi. In tal caso, detti consorzi devono indicare per quali consorziati il consorzio concorre. Tale indicazione deve avvenire in sede di offerta.

Tali consorzi assumono la forma di consorzi con attività esterna, per i quali è previsto un ufficio comune destinato a svolgere attività con i terzi. I consorziati rappresentano autonomi soggetti di diritto; mentre è prevista una vera autonomia patrimoniale attraverso la creazione di un fondo consortile per garantire i creditori.

Quello che si instaura, quindi, è un rapporto organico tra consorzio e

³⁰G. Misserini, Artt. 49-50- *L'avvalimento nelle gare e nei sistemi di qualificazione*, in *La disciplina dei contratti pubblici: commentario al Codice degli appalti*, a cura di m. Baldi e R. Tolomei, Ipsa, Milano, 2009, pp. 490-520.

cooperative consorziate, in forza del quale l'attività posta in essere da queste ultime è imputabile direttamente al primo.

Il consorzio stabile si qualifica in base alle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane e i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati; gli stessi possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati: gli stessi possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati.

I consorzi stabili hanno la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante³¹.

Il Consiglio di Stato aveva individuato i criteri necessari per partecipare alle gare; distinguendo tra requisiti di carattere generale e requisiti di carattere speciale. Se i requisiti a carattere generale sono rilevanti sotto il profilo dell'ordine pubblico economico e devono essere posseduti anche dalle imprese designate per l'esecuzione dei lavori; i requisiti speciali sono invece relativi all'idoneità tecnica e finanziaria e devono essere posseduti dal singolo consorzio in quanto unico soggetto che partecipa alla gara e assume il vincolo contrattuale, anche avvalendosi delle dotazioni delle sue

³¹C. Zucchelli, *L'avvallimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, p.1490 ss.

articolazioni.

Il principio in questione viene richiamato dall'art. 11 della legge in questione. Questo dispone che per i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e per i consorzi stabili i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento ai lavori devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, salvo che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in campo al consorzio ancorchè posseduti dalle singole imprese consorziate.

In Consiglio di Stato aveva richiamato in proposito la deliberazione n. 263 dell'11 luglio 2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in relazione alla quale era considerato conforme, in caso di oggettiva impossibilità valutata della stazione appaltante, alla prosecuzione dei lavori residui da parte dell'originaria impresa designata, la possibilità per il consorzio aggiudicatario di incaricare altra consorziate in caso di impossibilità della cooperativa designata ad eseguire l'appalto. La verifica nei confronti di tale consorziate subentrante deve riguardar il possesso dei soli requisiti di carattere generale³².

Sempre nel sistema delineato dalla legge Merloni, lo strumento principale con il quale si attua una sinergia tra imprenditori è rappresentato dai

³²TAR Sicilia, Sez. I, 7 novembre 1997 n. 1707; TAR Lombardia, Milano, Sez III, 12 dicembre 1998 n. 2

raggruppamenti temporanei di imprese.³³

Contrariamente ai consorzi stabili, il RTI³⁴ attua una semplice con titolarità del rapporto obbligatorio: in applicazione del principio civilistico della solidarietà passiva ex art. 1294 c. c. tutte le imprese sono vincolate nei confronti della Stazione Appaltante all'adempimento della prestazione nascente dal contratto di appalto.

4.1 L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento italiano: la giurisprudenza italiana.

Sulla scorta dei precedenti comunitari, anche la prevalente giurisprudenza italiana ha riconosciuto all'istituto *de quo* “diritto di cittadinanza”³⁵.

In particolare, il giudice domestico³⁶ ha riconosciuto come la potestà di avvalimento risulti espressione di un principio generale valido per tutti i settori degli appalti pubblici (lavori, servizi e forniture) in virtù del quale un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, ben può far valere, a tali fini, le capacità di terzi cui conti di ricorrere per l'esecuzione dell'appalto in caso di sua aggiudicazione.

Ne consegue l'illegittimità del bando di gara che impedisca la

³³Cit., M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di imprese di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. Dir. pubbl. Com.*, 2003.

³⁴Raggruppamento temporaneo di imprese

³⁵Cit., G. Misserini, *L'avvalimento*, in *la disciplina dei contratti pubblici commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, Ipsoa, 2009, p. 495.

³⁶Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383, in *Foro Amministrativo CDS*, 2006, 503; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, in *ibidem*, 2629.

partecipazione dell'operatore economico che sebbene sprovvisto dei requisiti economici, finanziari, tecnico e organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara stessa sia in grado di far valere quelli di un soggetto terzo ³⁷.

Una tra le prime decisioni delle nostri corti di giustizia nella quale è dato riscontrare l'utilizzo del termine avvalimento e quella della Corte Costituzionale n. 996 del 27 ottobre 1988, in cui viene riconosciuta la facoltà di avvalersi, ovvero l'avvalimento di uffici regionali da parte dello Stato in forza, in virtù del trasferimento di compiti operato dal Dpr n. 11 del 15 gennaio 1972 per l'esercizio di funzioni nel settore dell'agricoltura ex lege n. 10 del 18 gennaio 1968.

Inizialmente l'atteggiamento del giudice amministrativo nazionale però era alquanto sospettoso nei confronti dell'istituto.

Ciò si ricollega ad un'interpretazione strettamente letterale del dato normativo del D.lgs.157/95, riproduttivo 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 sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che non è sempre ristorabile attraverso la garanzia

³⁷Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2003, n. 645, in *Foro Amministrativo*, CDS, 2003, 2.

patrimoniale derivante della responsabilità solidale delle imprese riunite³⁸

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 eseguano direttamente alcuna prestazione oggetto di contratto.

L'atteggiamento del legislatore italiano però è mutato ultimamente, avvicinandosi così alle disciplina comunitaria³⁹.

In al senso devo segnalarsi in primis la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2004, n.8145.

In tale sentenza il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, chiamato ad interpretare l'art. 11 della legge n. 109 del 1994 in tema di utilizzazione da parte del consorzio con personalità giuridica dei requisiti delle società consorziate, 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

³⁸ Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comint.*, 2003, 1, p. 180 ss.

³⁹ Ne sono testimonianza Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2001 n.5517, in *Urb. e app.*, 2001, 1378; Id., 25 marzo 2002 n. 1695, in *Riv. Trim. app.*, 2003, 191; Id., 7 febbraio 2003 n.645; Id., sez. VI, 3 settembre 2003 n. 4883; Id., 17 settembre 2003 n. 5287, in *Cons. St.*, 2003, 1962; Id., sez. V, 7 febbraio 2003 n. 645, in *Foro amm.*, 2003, 577.

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”.

Da tali affermazioni, dunque, emerge 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.

La giurisprudenza nazionale ha, in seguito, a sua volta 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'appalto⁴⁰;
- concretizzarsi in un negozio di cessione di ramo d'azienda idoneo a dimostrare la 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

⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2005, n.5194, che ha ritenuto che all'avvalimento possa fare ricorso non soltanto la “società madre” del gruppo che partecipi all'appalto, ma anche una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società al gruppo medesimo facente capo.

licenze, delle autorizzazioni, delle concessioni e dei contratti non personali”
utili a dimostrare l’idoneità alla esecuzione dell’appalto⁴¹;

- consistere in un collegamento funzionale di un soggetto, in modo stabile e continuativo, anche in forza di contratti di collaborazione e 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 associato⁴².

Conferma della nuova posizione assunta dal giudice amministrativo italiano è
la sentenza n. 7134 del 15 dicembre 2005, emessa dalla Sezione V del

⁴¹ Cons. St., Sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376. Trattasi di fattispecie applicativa del generale istituto della conservazione (o del recupero) dei requisiti, pacificamente applicabile alla cessione, conferimento, acquisto di azienda (o ramo di azienda), quando l’azienda (o il ramo) trasferito sia suscettibile di costituire idoneo e completo strumento di impresa e caratterizzato da autonomia di mezzi, requisiti, capacità operative, finanziarie, tecniche e medesime finalità imprenditoriali. È, invero, principio sufficientemente consolidato quello secondo cui, nel caso in cui la cessione o conferimento di (rami di) azienda intervenga prima della presentazione della offerta da parte del cessionario (o società destinataria del conferimento), i requisiti necessari per la partecipazione alla gara vadano verificati proprio con riferimento solo ed esclusivo alla impresa cessionaria o alla società destinataria del conferimento, in base all’assioma della continuità della gestione, in quanto, come noto nella pratica commerciale l’acquisto di ramo di azienda, o del pari, il conferimento di azienda in società, avviene il più delle volte anche proprio al fine di avvalersi dei requisiti appartenenti al precedente titolare; in tal senso Consiglio giust. amm. Sicilia, Sez. giuristi., 14 aprile 1998, n. 225; Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2003, n. 1366, secondo cui, in caso di trasferimento di azienda, l’impresa che partecipa ad una gara può avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dalle imprese cedenti; da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2223, secondo cui, tuttavia, “la presenza del suddetto principio di continuità nella gestione (quindi nel possesso dei requisiti), a prescindere dalla generalità del principio per la intera materia degli appalti, e la medesima possibilità di recupero della iscrizione deve essere completamente prevista dal bando di gara non potendo il seggio di gara riconoscere la sussistenza di un requisito non espressamente previsto dal bando” e “inoltre, la volontà di avvalersi del requisito (nella specie, di anzianità di iscrizione) appartenente ad altra azienda nella cui titolarità il partecipante sia succeduto (per cessione, conferimento, acquisto di ramo e così via), determina l’onere di specificazione in tal senso nella presentazione della domanda o nella autodichiarazione relativa alla sussistenza o meno di tale requisito”.

⁴² Cons. St., 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...”.

Consiglio di Stato. Infatti, è proprio in tale sentenza che il principio dell'avvalimento trova compiuta, idonea trattazione. Il Consiglio di Stato, infatti, ripercorre in modo quanto mai opportuno e puntuale ciò che è avvenuto in ambito comunitario, tanto da non necessitare la letterale trascrizione della parte motiva di ulteriore commento.

5. Le differenti prospettive dell'ordinamento comunitario e del diritto nazionale.

Il legislatore italiano ha recepito l'istituto dell'avvalimento con gli artt. 49 e 50 del Codice: la prima disposizione reca la disciplina dell'avvalimento c.d. ordinario; la seconda di quello c.d. permanente, rinviando peraltro la sua operatività al futuro regolamento di attuazione.

Nella disciplina del Codice, l'avvalimento diviene istituto a carattere generale, applicabile anche agli appalti sotto soglia comunitaria, tanto nei settori quanto in quelli speciali.

Tuttavia, rispetto alla normativa comunitaria, quella nazionale, appare più analitica e restrittiva⁴³.

⁴³ Basti pensare al dettagliatissimo elenco con cui l'articolo 49 comma 2, individua la documentazione che l'avvalente deve presentare in sede di gara e, per altro verso, alle consistenti limitazioni introdotte dai commi 6° a 9° della medesima disposizione, i quali precludono la possibilità di utilizzare più di un ausiliario, per ciascun requisito, consentendo altresì alle stazioni appaltanti di circoscrivere il ricorso all'avvalimento, mediante apposite prescrizioni di gara, a determinate categorie di requisiti ovvero imponendo il possesso di determinate percentuali.

Alla base di tale disciplina vi è chiaramente la storica diffidenza del legislatore nazionale nei confronti di chi partecipa a gare per la fornitura di prestazioni a pubbliche Amministrazioni, alimentata con ogni probabilità dalle preoccupazioni che le garanzie a favore delle stazioni appaltanti possono in qualche modo ridotte.

Per il diritto comunitario, le ragioni della concorrenza e l'aspirazione degli operatori alla massima apertura delle gare di appalto trovano tutela a tal punto da far assurgere a principio generale quella che potrebbe apparire più come un ipotesi eccezionale⁴⁴.

Sotto questo profilo, si può notare, come il legislatore comunitario appare indifferente alle esigenze di tutela dei committenti; tanto le scarse disposizioni delle direttive quanto le affermazioni della Corte di Giustizia rivelano chiaramente il convincimento che spetti alle stazioni appaltanti attrezzarsi adeguatamente contro i possibili abusi dell'istituto ed affrontare tutti i rischi connessi.

L'avvallimento quindi è e deve essere un istituto flessibile, che le legislazioni nazionali e le stazioni appaltanti non possono ingessare in rigide prescrizioni, per consentirne l'adattamento alle più diverse esigenze imprenditoriali⁴⁵.

Per il diritto interno, viceversa, prevale l'esigenza di tutelare maggiormente

⁴⁴Così TAR Lazio, Roma, III- *ter*, 27.12.1007, n. 14081, confermata da Cons. Stato, VI, 22.04.2008, n. 1856.

⁴⁵Cit., A. Romano, *L'avvalimento come forma di cooperazione fra imprese nell'esecuzione di appalti pubblici (avvalimento e libero mercato)*, in *Giustizia Amministrativa*, 2008, p. 111.

le pubbliche Amministrazioni nella piena consapevolezza delle difficoltà di prevenire ed evitare fenomeni di gestione illecita o quanto meno collusiva degli appalti pubblici. Per tale ragione la disciplina nazionale, a differenza di quella comunitaria, pone in primo piano il rapporto tra la fase di partecipazione alla gara e quella, successiva alla eventuale aggiudicazione dell'appalto, di esecuzione del contratto con l'Amministrazione.

Le differenti prospettive tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale hanno comportato l'instaurazione di una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 226. Con decisione C(2008)00108 del 30 gennaio 2008, la Commissione ha avviato la procedura n. 2007/2309 contestando l'incompleta trasposizione del Codice degli appalti sotto molteplici profili⁴⁶.

Per quanto riguarda l'avvalimento, la lettera di messa in mora censura innanzitutto la disciplina nazionale di questo istituto (e quindi essenzialmente gli articoli 49 e 50 del Codice) perché restrittiva delle prescrizioni comunitarie. A tal proposito si legge: *“Nessuna limitazione è prevista, e dunque consentita, da dette direttive, la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto*⁴⁷.

Così la Commissione ha valutato negativamente in primo luogo i commi 6°

⁴⁶Per un commento si veda M.A. Sandulli, *ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2008, I, 91; G. Fischione, *L'avvalimento disciplinato dal Codice dei contratti pubblici dopo il vaglio della Commissione CE: rari nantes in gurgite vasto*, in *Giustizia Amministrativa*, 2008.

⁴⁷Lettera di messa in mora, pag. 6, sub artt. 49 e 50 Codice.

e 7° dell'articolo 49: vale a dire, quelle prescrizioni, che il legislatore italiano consente alle Amministrazioni committenti di introdurre nei bandi di gara per limitare il ricorso all'avvalimento in relazione alle caratteristiche dell'appalto o per assicurarsi che il concorrente possieda un minimo di requisiti in proprio.

Vi è però un ulteriore rilievo che interessa l'istituto *de qua*. Le disposizioni comunitarie che consentono il ricorso all'avvalimento vengono richiamate dalla lettera di messa in mora come parametro di riferimento per contestare la legittimità dell'art. 37, co. 11°, Cod., concernente le prestazioni che i raggruppamenti temporanei di imprese possono affidare in subappalto.

Osserva la Commissione che tale disposizione: *“nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata, sembra contraria alle disposizioni delle direttive appalti pubblici, le quali non permettono di escludere il subappalto⁴⁸ ed autorizzano l'operatore economico ad avvalersi delle capacità di altri soggetti << a prescindere della natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi⁴⁹”*.

Queste considerazioni appaiono estremamente significative perchè sintomatiche, per un verso, della portata che la Commissione attribuisce a questo istituto e, per altro verso, delle conseguenze cui potrebbe condurre nel nostro ordinamento una sua applicazione più aderente alle sollecitazioni della Comunità.

⁴⁸Vedi articoli 37 Direttiva 2004/17/CE e art. 25 direttiva 2004/18/CE

⁴⁹Articoli 47, par.2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE e articoli 53, par.4 e 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE.

Il correttivo amplia in modo significativo i confini di questo istituto.

Nella sua disciplina il legislatore sembra però essersi attenuto al criterio del minimo indispensabile: accoglie in parte i rilievi della Commissione, e limitatamente alle censure che investivano la sola disciplina dell'avvalimento.

In sintesi, quelli che vengono modificati nella forma indicata dalla lettera di messa in mora sono: l'articolo 45 che nella nuova formulazione riconosce l'avvalimento nell'ambito degli elenchi dei fornitori o prestatori di servizi; in parte l'art. 49, dal quale viene espunto il comma 7°; l'articolo 230, che richiama l'avvalimento c.d. permanente nei settori speciali a prescindere da legami infra-gruppo. Inoltre viene introdotto un nuovo comma(il co. 4° bis) che consente l'avvalimento nell'ambito della locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità(art. 160-bis, Cod.).

Viceversa, le altre osservazioni svolte dalla Commissione a proposito dell'avvalimento e quelle concernenti la disciplina di raggruppamenti temporanei di imprese e subappalto, sono state accolte solo parzialmente dalla riforma. L'articolo 49, co. 6°, è stato riformulato per consentire il ricorso a più ausiliari per ciascun requisito; tuttavia, per i lavori pubblici il legislatore ha confermato l'impossibilità di fare ricorso a più di un'impresa per categoria, introducendo anzi un esplicito divieto di frazionamento dei requisiti di ordine generale che hanno consentito il conseguimento dell'attestazione in quella categoria. L'art. 37, co. 11°, poi, è stato

modificato sopprimendo ogni riferimento a categorie di prestazioni non subappaltabili⁵⁰; la possibilità di subappalto è consentita però per le “*opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica....con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2°, terzo periodo*” vale a dire purchè non venga superato il 305 del valore dell'appalto.

6.L'avvalimento in relazione al riparto di competenze Stato-regione.

Il riparto delle competenze tra Stato e regione in materia di appalti pubblici, negli ultimi anni, è stato oggetto di molteplici interventi della Corte costituzionale⁵¹.

Con particolare riguardo all'istituto dell'avvalimento la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 160/2009, che ha definito un ricorso dello Stato proposto nei confronti dell'art. 27, 1° co., lettera l), della l. n. 1/2008 della Regione Campania, il quale nel modificare l'art. 30, 5° co., precedente l. n. 3/2007, consentiva il ricorso all'istituto dell'avvalimento soltanto in relazione agli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, contrariamente a quanto previsto dagli artt. 49 e 121, d. lg. n. 163/2006, che

⁵⁰Cit., A. Romano, *L'avvalimento come forma di cooperazione fra imprese nell'esecuzione*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, pag.113.

⁵¹Per approfondire la questione si veda la giurisprudenza costituzionale contenuta in Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giornale dir. Amm.*, 2009, 1252.

invece legittimano il ricorso a tale istituto anche in relazione ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, con conseguente violazione competenza statale in materia di ordinamento civile⁵².

Con la sentenza n. 401/2007, la Corte aveva già rilevato come: *“pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano comunque essere rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato*⁵³.

Sempre ella stessa sentenza la Corte aveva già messo in evidenza che la direttiva 2004/18/CEE prevedeva che per tutti gli appalti, l'aggiudicazione degli enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico, negli Stati membri per conto dello Stato, è subordinata al rispetto dei principi del Trattato e in modo particolare dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Premesso questo, la Corte dichiara che : *“la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Tale ambito, infatti, ha una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento,*

⁵²C. cost., 22 maggio 2009, n. 160, *Urbanistica e app.*, 2009, 811.

⁵³C. cost., 23 novembre 2007, n. 401, *Giur. it.*, 2008, 1893.

*come nella specie, al valore economico dell'appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale*⁵⁴.

Chiarito, che la distinzione tra contratti sopra e sotto-soglia non può costituire, nei limiti anzidetti, un netto elemento di differenziazione ai fini della individuazione del livello di competenza statale o regionale, la Corte, con la sentenza n. 160/2009, ha indicato in quale ambito materiale debba essere collocato l'istituto dell'avvalimento.

Secondo la Consulta, dalla indicazione delle caratteristiche dell'istituto emerge come la finalità perseguita dal legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, sia quella di consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purchè ricorrano le condizioni dall'articolo 49 del d. lg. n. 163/2006, con la conseguenza di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

Pertanto, secondo la Corte costituzionale, l'analisi del dato finalistico consente di ricomprendere la normativa in tema di avvalimento nell'ambito della tutela della concorrenza, riservata alla competenza statale⁵⁵.

⁵⁴C. cost., 23 novembre 2007, n. 401, *Giur. it.*, 2008, 1893.

⁵⁵Cit., N. Paolantonio, *L'avvalimento*, in *I contratti di appalto pubblico*, 2010, p. 535.

La Corte ha anche sottolineato alcuni aspetti della disciplina dell'avvalimento relativi per di più da una lato agli obblighi assunti dall'impresa ausiliaria verso il concorrente e la stazione appaltante⁵⁶, e dall'altro al contratto con 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'appalto⁵⁷.

Da tali premesse, la Consulta ha tratto il principio secondo cui la regione può adottare, in materia di avavalimento, una disciplina diversa da quella prevista a livello nazionale.

Capitolo secondo

L'AVVALIMENTO E IL CODICE DEI CONTRATTI

⁵⁶Articolo 49, 2° co., lettera *d*) d. lg. n. 163/2006.

⁵⁷Art. 49, 2° co., lettera *f*) d. lg. n. 163/2006.

▫Capitolo secondo

1. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale; 2. La disciplina dettata dal codice dei contratti; 3. I profili generali della disciplina-3.1 Le novità del terzo decreto correttivo (D.Lgns. 11 settembre 2008 n. 152); 4.1 L'ambito di applicazione: il punto di vista soggettivo- 4.2 L'ambito di applicazione: il punto di vista oggettivo-5. L'avvalimento nei sistemi di qualificazione- 6. La prova dell'avvalimento.

1. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale.

L'istituto dell'avvalimento , spicca tra le novità introdotte dal Codice dei contratti.

Come accennato, il termine avvalimento porta in sé un duplice significato.

Il primo, si riferisce alla circostanza che un operatore economico ricorra al prestito dei requisiti di cui è privo, in tutto o in parte, presso altro operatore economico, al fine di qualificarsi in una o più gare di appalto, oppure per ottenere l'iscrizione in appositi albi o elenchi.

Il secondo, di conio meno recente, sta ad indicare quella figura organizzativa che, tra le altre ad essa similari, consente allo Stato o alla Regione di avvalersi per l'esecuzione di un'opera pubblica degli organi e uffici amministrativi e tecnici di un altro ente pubblico o anche locale, o, in alternativa, direttamente dell'ente pubblico in sé.

Tale forma di avvalimento prima della riforma costituzionale del 2001⁵⁸,

⁵⁸ 1. cost. 18 ottobre 2001, n. 3

trovava la propria ragion d'essere sulla base dell'art 118 ultimo comma, Cost.⁵⁹.

Quello che vigeva era il principio del parallelismo, in base al quale le Regioni e lo Stato risultavano titolari delle funzioni amministrative nelle corrispondenti materie ricadenti nella loro rispettiva competenza legislativa. L'avvalimento tra enti pubblici poteva configurarsi secondo due diverse modalità.

La prima concerneva l'avvalimento di organi o uffici di un ente pubblico, la seconda l'avvalimento dell'ente pubblico in sé, anziché dei suoi organi/uffici.

In seguito alla riforma costituzionale 3/2001 il citato art. 118 prevede una sfasamento tra le funzioni amministrative e quelle legislative, per cui le prime vengono spostate in blocco in capo principalmente al Comune, perché ente di base a diretto contatto con la collettività sociale e in quanto attuatore del cc.dd *municipalismo d'esecuzione*.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, e l'introduzione del principio di sussidiarietà⁶⁰ viene meno la necessità di utilizzo delle figure

⁵⁹ Cit., : *“spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalla leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali. Lo Stato può con legge delegare alla regione l'esercizio di altre funzioni amministrative. La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alla Provincia, ai Comuni o ad altri enti locali. Lo Stato può con legge delegare alla regione l'esercizio di altre funzioni amministrative delegandole Province, ai Comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici.*

⁶⁰ In base al quale le funzioni amministrative verranno esercitate dai comuni e spetteranno allo Stato e alle Regioni soltanto in casi residuali cioè quando si presenta necessario assicurare l'esercizio unitario delle stesse.

organizzatorie quali l'avvalimento.

Oggetto della trattazione è però l'avvalimento quale facoltà dell'impresa di qualificarsi ad una gara pubblica ricorrendo a dei requisiti economici-finanziari o tecnico-professionale di diversa impresa.

Tale istituto, come abbiamo già analizzato, è di origine comunitaria, ma l'impostazione sostanzialistica della disciplina sostanzialistica della disciplina comunitaria mal si attaglia alla *ratio* estremamente protettiva della disciplina nazionale.

Alcune disposizioni di diritto interno, infatti, sebbene non propriamente antinomiche all'istituto dell'avvalimento, rischiano di divenire per effetto di quest'ultimo delle vere e proprie norme in bianco o di perdere buona parte della propria "forza percettiva".

Le disposizioni codicistiche, con le quali, l'istituto in questione viene "trasportato" nell'ordinamento italiano sono fornite di una portata percettiva imperativa e di un'efficacia integrativa automatica delle disposizioni dei bandi di gara.

Tutto ciò viene sottolineato anche nella sentenza del TAR Campania, Napoli, Sez. VIII con la sentenza 30 ottobre 2007, n. 10271. In tal situazione il giudice dichiara: *"In mancanza come nel caso di alcuna indicazione(confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando, trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 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 contraenti, 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*⁶¹.

Autorevole dottrina al riguardo non ha potuto esimersi dall'osservare che :
*“la sopra ricordata genesi dell'istituto, nato nell'ambito dei gruppi di impresa e diventato nel terreno aperto dei rapporti commerciali tra distinti operatori economici, del tutto estranei fra loro”*⁶² è finita con il condizionare anche l'impianto del codice degli appalti.

⁶¹ Nella motivazione della sentenza si rammenta che la “Corte di Giustizia della Comunità Europee, quanto meno a partire dalla pronuncia della Sez. V, 2 dicembre 1999, in causa C-176/98 (Holst Italia SPA c. Comune di Cagliari), ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1982, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31-32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che si è in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza (Cons.ST., Sez. V, 38 settembre 2005 n. 5194) “ *la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale*”, il che, da un lato, l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione dei requisiti di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso; e che, per altro verso, dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi gli appalti per i quali la lex specialis di gara compiutamente definisca le modalità di formulazione dell'offerta”.

⁶² Cfr. A. Costantini, R. Stendardi, *avvalimento nel codice degli appalti pubblici*, in www.giustizia.amministrativa.it.

Il legislatore nazionale, infatti – non potendo rimanere insensibile ai timori ed alle tensioni giurisprudenziali e dottrinali sorti intorno all’istituto in commento, e, in particolare, alla sua potenziale portata “*destruens*” sul sistema di qualificazione delle imprese tanto caro sia all’ordinamento comunitario sia a quello statale- nel recepire la direttiva 2008/18/CEE ha fissato precisi limiti volti a ridurre al minimo l’impatto eversivo dell’istituto con la realtà italiana, per impedire il rischio di inquinamento delle gare⁶³.

In altri termini, nell’attuare il dettato comunitario, il legislatore non ha dimenticato le iniziali resistenze della giurisprudenza e della dottrina nazionale, ma ha tentato di superarle attraverso la predisposizione di una disciplina positiva.

2. La disciplina dettata dal Codice dei contratti.

Alla normativa comunitaria dell’istituto *de quo*, il legislatore nazionale ha dato attuazione attraverso le previsioni nel Codice degli appalti dell’art. 49, relativo all’avvalimento nelle singole gare, ed all’art. 50, concernente l’avvalimento nell’ambito dei sistemi di qualificazione.

La disciplina codicistica si caratterizza, in maniera evidente, per porre,

⁶³ Nella sua prima versione il Codice prevedeva alcuni limiti dell’avvalimento, sancendo che il concorrente non potesse avvalersi di più imprese ausiliarie per la stessa categoria o requisito, se ciò non fosse previsto dal bando. In seguito alle modifiche intervenute con il D. Lgs. 152/2008 si specifica che invece, solo per i lavori, il concorrente ha il limite, mentre nulla si dispone in materia di servizi e forniture dove, si deve intendere che valga un principio generale di assenza di ogni limitazione.

rispetto alle direttive 17-17/2004, tutta una serie di “paletti” al pieno dispiegamento della potestà di avvalimento, tesi a limitare l’impatto dell’istituto in questione con le peculiarità della disciplina domestica.

Dal confronto delle norme contenute nelle direttive 2004/17 Ce e 2004/18/Ce , con quelle contenute nel Codice dei Contratti, è d’immediato impatto il maggior rigore che il legislatore nazionale ha osservato in fase di stesura della disciplina interna.

Infatti, risulta che in esito al processo di recepimento l’istituto comunitario dell’avvalimento è giunto in sede nazionale maggiormente appesantito quanto ad adempimenti, in particolare per l’avvalente.

Il legislatore interno si è orientato per una regolamentazione particolarmente garantistica per la stazione appaltante e per il sistema di qualificazione⁶⁴ in generale.

Probabilmente tutto ciò si spiega alla luce del preesistente regime normativo, se da un lato ,in materia di qualificazione, vigeva l’obbligo di possedere in proprio i requisiti di qualificazione dall’altro invece sussisteva il divieto di modificabilità del soggetto concorrente.

Pertanto, l’aver optato per una disciplina dettagliata è sintomatico di questo passaggio che auspicava di passare da un sistema di qualificazione (dove si era sempre certi con quale appaltatore si interloquiva) a un sistema maggiormente liberista e impersonale nel modo più graduale e meno

⁶⁴ Cit. E. Feresin, *op. cit.*

traumatico possibile.

A questo punto è abbastanza chiaro che se per il legislatore comunitario la finalità dell'avvalimento è unica, ovvero il *favor participationis*, al contrario per il legislatore nazionale è duplice.

La prima rimane sempre il *favor participationis*, la seconda è volta a garantire la stazione appaltante e il sistema di qualificazione in generale.

Tutto ciò in sede applicativa ha suscitato problemi.

Infatti sia l'interpretazione che l'applicazione delle norme sull'avvalimento è resa complicata dal fatto che, mentre il legislatore comunitario risponde solo all'esigenza di ampliare la platea dei soggetti ammessi alle pubbliche gare, il nostro ordinamento sugli appalti pubblici riflette anche interessi di natura spiccatamente pubblicistiche⁶⁵.

Il forte impatto sull'ordinamento interno provocato dalla positivizzazione della potestà di avvalimento è stato ben rimarcato nel parere reso dalla Conferenza Unificata Stato- Regione, sullo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici, nel quale non si manca di evidenziare come l'istituto in esame, consentendo agli operatori economici non qualificati in proprio di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, rischi di distorcere il mercato regolare favorendo le imprese irregolari⁶⁶.

⁶⁵ Ct. Costantini A. *L'avvalimento nel codice degli appalti pubblici alla luce del d. lgs. 26 gennaio 2007, n.6*, in *Appalti&contratti*, 4-2007, Maggioli, p.32

⁶⁶ Nel parere della Conferenza Unificata Stato-Regioni del 9/2/2006, consultabile su www.giudanella.it, relativamente alla disciplina recata dall'art. 49, in tema di avvalimento, si

Animata da tale preoccupazione, la disciplina di recepimento delle direttive 2004/17-18 introduce non pochi limiti all'effettiva applicazione della potestà di avvalimento che, se da un lato, riducono i rischi stigmatizzati dalla Conferenza Stato-Regioni, dall'altro finiscono per snaturare lo stesso istituto dell'avvalimento esponendo la disciplina nazionale alla possibilità di una sua costante disapplicazione in quanto contrastante con quella comunitaria.

Tuttavia, da quest'ultimo punto di vista deve essere segnalato come il D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 7- recante *Disposizioni correttive del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163-* abbia eliminato il divieto per l'impresa ausiliaria di assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di subappaltatore, con ciò espungendo dall'art. 49 del Codice la previsione che, più delle altre, determinava il maggior scollamento delle direttive europee.

L'11 settembre 2008, è stato approvato il D.Lgs. n. 152, terzo ed ultimo decreto legislativo correttivo del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture. Terzo intervento, dopo i rimaneggiamenti n. 6 del

legge che “la modalità di inserimento di questo nuovo istituto è preoccupante tenuto conto del quadro complessivo delle varie realtà presenti sul territorio nazionale. La norma così introdotta non pondera sufficientemente quanto ammesso dalla U. E. in ordine all'adattamento della norma in un contesto ambientale dei singoli Stati membri. Per quanto riguarda la situazione nazionale, con riferimento a realtà territoriali particolarmente critiche, in ordine alla lotta alla criminalità organizzata, al lavoro nero, al caporalato, all'evasione contributiva e al riciclaggio di denaro di provenienza illecita, l'applicazione dell'istituto appare inopportuna in quanto potrebbe vanificare tutti gli sforzi fin qui compiuti per contrastare i sopracitati fenomeni, consentendo, di fatto, a tutti i settori dei lavori, forniture e servizi la partecipazione di soggetti che non hanno maturato in proprio i requisiti per essere accreditati quali contraenti, ma lo diventano in virtù dei requisiti di altri che non sono vincolati contrattualmente alla committenza stessa, distorcendo il mercato regolare”.

26 gennaio 2007 e n. 113 del 31 luglio 2007, e soprattutto ultimo decreto di modifica possibile “ *essendo oramai scaduto il termine biennale, decorrente dal 1°luglio 2006 per le correzioni*⁶⁷”.

3. I profili generali della disciplina.

La sostanziale adesione dell'Italia al modello comunitario di avvalimento si rinviene nella formulazione dell'art. 49 comma 1 del D.lgns. n. 163/2007, in base al quale: “*il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34*⁶⁸*in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi,*

⁶⁷ Si veda De Nictolis R., *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2008, 1225 e ss.

⁶⁸ Art 34: Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) Gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
[(lettera integrata dell'articolo 2, comma 1, lettera g), D.lgs. 31 luglio 2007, n.113].
- c) I consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36
- d) I raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37
- e) I consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2165 ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- f) I soggetti ce abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico(GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37
f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi.
[(lettera inserita dall'articolo 1, comma 1, lettera g), Decreto Lgs. 11 settembre 2008, n. 152].

forniture, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

Dalla lettura di tale comma si evidenzia innanzi tutto che l'avvalimento è riferito sia ai lavori che alla forniture ed ai servizi⁶⁹.

Inoltre l'articolo 49 sancisce la circostanza che tale concorrente può partecipare alla gara come singolo imprenditore o in consorzio o raggruppato con altre imprese. Ciò sta a significare che anche un consorzio o un raggruppamento temporaneo di imprese può utilizzare l'istituto dell'avvalimento.

Una regola generale, confermata dalla giurisprudenza, è che l'istituto dell'avvalimento è sempre ammesso anche se il bando non lo prevede espressamente, infatti, è illegittima l'esclusione da una gara di una impresa, mancante dei requisiti per partecipare, perchè il bando non prevedeva la possibilità di utilizzare l'avvalimento.

[(in vigore dal 17 ottobre 2008)]

Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”.

⁶⁹ Come ha confermato il giudice amministrativo in una sentenza del TAR Campania Napoli, Se. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271 nella quale si dichiara: *Il principio di avvalimento, secondo il quale un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi può fare riferimento alla capacità di altri soggetti qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto, costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale.*”

Il Tar Lazio, Roma, Sez. I con una decisione in forma semplificata ma approfondita, ha dichiarato illegittima l'esclusione ed ha ribadito che la mancanza, nel bando di gara, di una previsione rivolta a consentire l'avvalimento, non può essere interpretata nel senso dell'esclusione dell'utilizzo di questo istituto ed ha precisato che se non vi sono esplicite limitazioni, questo istituto deve essere ammesso con “*la massima ampiezza*”.

È quindi stabilita la regola generale della più ampia possibilità di utilizzare l'avvalimento, e i limiti per questo istituto sono unicamente previsti dal comma 8 dell'articolo 49 del D. Lgs. 163 del 2006.

Ne deriva che, al di fuori di questi limiti, l'avvalimento nei contratti pubblici costituisce la regola generale, e tale regola è in armonia anche con i principi comunitari, perchè l'avvalimento costituisce una delle numerose forme nelle quali si esprime la libertà di concorrenza⁷⁰.

La disposizione, inoltre, nel raffigurare i contenuti della qualificazione *per relationem* fa riferimento all'altruità del soggetto ausiliario rispetto alla concorrente avvalente.

A questo punto, è opportuno chiedersi se l'avvalimento occasionale possa avvenire tra imprese facenti parte della medesima associazione temporanea.

In questo caso mancherebbe l'elemento dell'altruità⁷¹ elemento essenziale

⁷⁰ Cit. Feritta L., *L'istituto dell'avvalimento*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2007, pag. 148.

⁷¹ Proprio perché si tratterebbe di *stesso concorrente*.

per l'articolo 49 comma 1, in commento.

Quindi sembrerebbe che il legislatore abbia voluto limitare l'avvalimento occasionale a imprese tra loro, e quindi non appartenenti alla medesima associazione temporanea.

Tutto ciò però non è rintracciabile nella normativa comunitarie che agli artt. 47, par. 3, e 48, par. n. 4, della direttiva 2004/18/CE e 54, par. n. della direttiva 2004/17/CE consentono che un raggruppamento di operatori economici possa far affidamento sulle capacità dei partecipanti del raggruppamento o di altri soggetti⁷².

Tale limitazione, è superabile solo mediante applicazione diretta della normativa comunitaria.

Se questo è l'effetto dell'applicazione delle disposizioni comunitarie, in quanto *self executing*, si potrebbe ammettere che nelle associazioni temporanee d'impresa orizzontali, qualora le imprese raggiungano la quota minima, per garantire la regolare costituzione del raggruppamento, le stesse potrebbero contribuire, se in possesso dei requisiti richiesti in misura sovrabbondante, alla qualificazione di quelle non sufficientemente qualificate.

In verità il termine *altro soggetto* contenuto nell'articolo 49, comma 1, potrebbe essere interpretato in altro modo rispetto alla lettura data.

Infatti se precedentemente l'altruità è stata intesa per precludere

⁷² Si veda Angiulli A., *Ancora sui criteri interpretativi del bando nelle gare pubbliche*, in *Rivista trimestrale appalti*, 1987, p. 142 ss.

l'avvalimento interno dell'Ati, se letta diversamente potrebbe apparire conforme alla disciplina comunitaria.

In parole povere ogni impresa raggruppata o raggruppanda rimane estranea rispetto alle altre nonostante risultino impegnate nella realizzazione di un unico obiettivo finale: la prestazione dedotta nel contratto d'appalto.

Pertanto, l'altruità dell'art.49, comma 1, è bi-direzionale: sia esterna al raggruppamento, sia interna allo stesso.

Nel primo caso l'altruità oltre che giuridica è addirittura materiale, in quanto l'impresa avvalsa non ha legami associativi con il raggruppamento.

Nel secondo caso l'altruità discende dalla natura stessa delle ATI, ove le imprese nonostante il rapporto associativo conservano la propria individualità giuridica ed economica.

In base al comma 2 dell'articolo 49 del D. Lgs. 163 del 2006 si indicano i documenti che devono essere prodotti in caso di avvalimento.

Per i lavori pubblici emerge la possibilità che il concorrente non sia in possesso di SOA ma possa ugualmente partecipare alla gara d'appalto avvalendosi della certificazione di altra impresa⁷³.

Per partecipare alla gara il concorrente che intende ricorrere all'istituto deve allegare la seguente documentazione:

- una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la

⁷³ Il comma 2 dell'articolo 49 prevede: *“ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria”*.

partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;

- una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 D. Lgs. 163 del 2006;
- una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, D. Lgs. n. 163 del 2006;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione e per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente⁷⁴;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
- in originale o in una copia autenticata il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata

⁷⁴ In tal senso, va sottolineato che la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara con la precisazione che non è sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari che avvingono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

dell'appalto;

- nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto l'impresa concorrente può rappresentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dalla normativa antimafia.

Al fine di cogliere i profili critici dell'istituto è necessario evidenziare i tratti essenziali quali:

- l'impresa ausiliaria resta formalmente estranea sia alla gara che al contratto;
- l'impresa ausiliaria deve però assumere l'obbligo formale sia verso l'impresa appaltatrice sia verso la stazione appaltante di mettere a disposizione della prima tutte le risorse oggetto dell'avvalimento di cui il concorrente è carente e per tutta la durata dell'appalto;
- il legislatore nazionale, rispetto a quello europeo, ha altresì precisato che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto⁷⁵.

Tale previsione costituisce quantomeno una forma di garanzia per l'ente appaltante che ha come contraente un soggetto che in proprio e direttamente è carente di una serie di requisiti.

⁷⁵ Comma 4 dell'articolo 49, D. Lgs. n. 163 del 2006.

Tale costruzione sul piano civile suscita qualche perplessità per quanto soprattutto concerne la costruzione giuridica, infatti occorre ricordare che nel nostro ordinamento quando si parla di responsabilità solidale si intende nell'adempimento dell'obbligazione principale e soltanto eventuale responsabilità risarcitoria nel caso di inadempimento che arrechi danni alla controparte.

Ne consegue che, l'impresa è corresponsabile nell'adempimento dell'obbligazione

76

⁷⁶ Come rileva dal dato testuale del comma 4 dell'articolo 49.

A questo punto emerge con evidenza una contraddizione: da una parte si dice che l'impresa ausiliaria resta estranea al contratto dall'altra si dice invece che deve assumere l'impegno verso la stazione appaltante di mettere a disposizione dell'appaltatore le risorse necessarie con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante⁷⁷

. Sembra un artificio giuridico, visto che l'impresa ausiliaria formalmente resta estranea al rapporto di appalto, ma sostanzialmente ne è coinvolta in pieno con l'assunzione dell'obbligo della responsabilità solidale nell'adempimento dell'obbligazione principale.

Possiamo affermare, con una certa approssimazione, che con l'avvalimento ci troviamo davanti ad un contratto atipico nel quale l'impresa ausiliaria (verso corrispettivo o gratuitamente) mette a disposizione dell'impresa appaltatrice la sua azienda per tutta la durata dell'appalto assumendo *ex lege* una serie di obbligazioni tra cui in primo luogo quello della solidarietà.

3.1 Le novità del terzo decreto correttivo (D.Lgs. 11 settembre 2008, n.152).

Il terzo decreto correttivo della L. 163 del 2006 ha introdotto in materia di avvalimento due importanti e fondamentali modifiche che traggono entrambe origine dalla procedura di infrazione che la Commissione Ue ha aperto nei confronti di alcune disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici.

In particolare, la Commissione aveva formulato dei rilievi critici contro alcune delle norme contenute all'articolo 49, D. Lgs. n. 163 del 2006 che, in sede di

⁷⁷ Cit., Feritta L., *op. cit.*

recepimento delle direttive comunitarie, aveva introdotto una serie di vincoli e limiti all'utilizzo dell'istituto.

Per comprendere al meglio le modifiche apportate è necessario procedere a una comparazione tra le norme comunitarie e quelle nazionali sull'istituto in questione.

Infatti, mentre la disciplina comunitaria si è limitata a stabilire l'avvalimento come facoltà per i concorrenti di fare ricorso ai requisiti di un'altra impresa al fine di qualificarsi per poter partecipare alla gare, definendolo in via generalizzata⁷⁸.

Il nostro legislatore ha invece elaborato, come abbia già avuto modo di sottolineare, una normativa più complessiva e articolata, che tra l'altro inserisce una serie significativa di vincoli e condizioni per il corretto utilizzo dell'istituto.

Questa diversa concezione spiega l'introduzione, in sede di recepimento delle norme comunitarie in tema di avvalimento di una serie di vincoli e condizioni che rispondono alle richiamate esigenze di garanzia per le stazioni appaltanti e che tuttavia, da una diversa angolazione, rappresentano una oggettiva limitazione all'utilizzo dell'istituto, sollevando così fin dall'inizio forti dubbi e perplessità in merito alla loro compatibilità con le previsioni delle direttive comunitarie.

Dubbi che sono stati puntualmente ripresi e ribaditi nella citata procedura di infrazione con riferimento specifico alle disposizioni limitative dei commi 6 e 7 dell'articolo 49, così come il D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (detto terzo decreto correttivo) coerentemente a queste premesse è dovuto intervenire proprio su queste

⁷⁸ Al tal riguardo, bisogna sottolineare il fatto che il legislatore comunitario ha previsto come unica condizione al fine di rendere legittimo il ricorso all'avvalimento che l'impresa concorrente fornisca la prova di poter effettivamente disporre delle risorse e dei mezzi dell'impresa ausiliaria.

due commi: il primo oggetto di modifica il secondo di totale abrogazione e ciò al fine di eliminare i profili di incompatibilità con la disciplina comunitaria.

In realtà l'eliminazione dei vincoli ricordati e la conseguente liberalizzazione dell'utilizzo dell'istituto sembrano trovare piena attuazione solo con riferimento agli appalti di servizi e forniture: per i lavori invece le condizioni limitative imposte nella versione originaria dell'articolo 49 vengono sicuramente attenuate ma non eliminate del tutto⁷⁹.

4.1 L'ambito di applicazione: il punto di vista soggettivo.

Ai sensi dell'art. 49, comma 1, del Codice dei contratti pubblici il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica per la stipulazione di appalti di lavoro, di servizi o di forniture, può dimostrare il possesso dei requisiti tecnici, economici e finanziari nonché dell'attestazione della certificazione SOA avvalendosi di quelli posseduti da un altro soggetto.

Dal punto di vista soggettivo la potestà di avvalimento può essere esercitata quale che sia la veste formale assunta dal concorrente e, dunque, sia dall'impresa singola che da quella raggruppata o consorziata con la specificazione che quest'ultima potrà fare affidamento non solo sui requisiti di altra impresa appartenente al

⁷⁹ Cit., Feritta L., *op. cit.*

raggruppamento o al consorzio ma anche di quelli di altro soggetto⁸⁰.

Tuttavia ai sensi del comma 6 dell'articolo 49, il concorrente, nel settore di lavori, può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria.

Si noti, invero, che il suddetto limite “*dell'unicità dell'impresa ausiliaria*” è oggi venuto meno nei settori dei servizi e delle forniture solo a seguito della modifica *ex D. Lgs. n. 152/2008*.

L'abolizione di tale divieto generalizzato si deve alla procedura di infrazione della Commissione Europea, che contestava la formulazione originaria del comma VI in quanto limitava l'avvalimento “ *alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascuno requisito o categoria. Il ricorso a più soggetti è richiesto solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni*”.

In linea generica, comunque si può dire che il soggetto abilitato è qualunque concorrente “*singolo, consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34*”.

Il legislatore è stato chiarissimo nel dichiarare che l'avvalimento è permesso a chiunque, senza che la natura giuridica del soggetto concorrente possa in qualsiasi maniera influire o limitare sull'avvalimento⁸¹.

Ciò in definitiva chiarisce tutti i dubbi che si erano formati sia in dottrina che in giurisprudenza circa le presunte limitazioni che l'avvalimento possa subire dalla

⁸⁰ In tal senso Mangani R., *debutta l'avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee*, in *Edilizia e Territorio- Il Codice degli Appalti- La guida al decreto per lavori, servizi e forniture*, Parte Seconda, 2006, 67.

⁸¹ In tal senso Mangani R. . *op. cit.*

circostanza che il soggetto avvalente sia un'ATI, un consorzio con personalità giuridica o altro e che l'avvalso sia interno o esterno al soggetto collettivo, come pure delle diatribe sorte sulla possibilità di avvalimento *in toto* tra *holding* e controllate.

Non ha quindi più alcun senso chiedersi se sia legittimo l'avvalimento della società figlia nei confronti della società madre nei confronti della società madre e viceversa, dalla ATI nei confronti dell'associata o del consorzio con personalità giuridica nei confronti di un consorziato e così via, atteso che l'ininfluenza del rapporto giuridico si traduce nella conclusione che l'avvalso, ai fini dell'avvalimento ovviamente, è sempre un soggetto esterno ed estraneo all'avvalente. In altri termini non si deve indagare su quale sia il rapporto tra avvalente e avvalso⁸².

L'indifferenza per la natura dei rapporti giuridici tra l'avvalente ed avvalso non significa, però, che un rapporto giuridico tra l'avvalente e l'avvalso non debba sussistere. Infatti è proprio la norma comunitaria che presuppone un rapporto obbligatorio tra i due soggetti, in assenza del quale non si comprenderebbe cosa l'avvalente possa dimostrare.

L'istituto in oggetto non può e non deve divenire un fattore di scardinamento dello stesso sistema SOA.

Infatti, ai sensi dell'articolo 49 comma 6, così come modificato dal terzo

⁸² In tal senso si veda Invernizzi R., *Le integrazioni apportate all'istituto dell'avvalimento dal "terzo correttivo" al Codice dei Contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 20/2008.

correttivo, è ribadito che, come regola ordinaria, è ammesso il ricorso ad una sola impresa ausiliaria per ogni categoria di qualificazione richiesta nel bando⁸³.

Allo stesso tempo conferisce però, alla stazione appaltante la facoltà di derogare a tale prescrizione, in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità della prestazione.

Anche in questo caso, però il legislatore italiano ha voluto porre dei paletti alla novella di ispirazione liberalizzatrice.

Non appare possibile di deroga, infatti, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economici-finanziari e tecnico- organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione di quella categoria.

Ad onore del vero, tale limite appare di dubbia interpretazione in quanto ciò che rileva ai fini della partecipazione alla gara è meramente il possesso dell'iscrizione in categorie e classifiche corrispondenti a quelle richieste dal bando.

L'unica lettura possibile di questa norma sembra essere nel senso che, ove l'ammetta il bando, la qualificazione possa essere frazionata tra più ausiliari di modo che la somma di tutti i requisiti raggiunga il totale richiesto dalla qualificazione, ma, che, a contrario, non è assolutamente frazionabile l'insieme di quei requisiti *condicio sine qua non* per l'ottenimento dell'attestazione SOA vantata⁸⁴.

⁸³ Cit., Mangari R., *op. cit.*

⁸⁴ Cit., Baldi M., Tomeo R., *La disciplina dei contratti pubblici, commentario al codice degli appalti*,

Abbiamo già sottolineato come la norma nel riferirsi ai soggetti avvalsi faccia riferimento alle imprese inserite nel “*mercato delle imprese pubbliche*”, che sono chiamate a dimostrare il possesso dei requisiti generali e speciali.

A questo punto però bisogna chiedersi se l'avvalimento possa essere dichiarato anche nei confronti di un'impresa extracomunitaria e il regime applicabile.

Se la normativa comunitaria non pone nessun problema a riguardo, proprio perché utilizza una nozione molto generica. Anche se in questo caso, il legislatore europeo avrebbe dovuto quanto meno chiaramente sulla applicabilità o meno dell'istituto agli avvalsi extracomunitari⁸⁵.

È necessario, invece, chiederselo alla luce della normativa italiana.

Tralasciando i casi in cui l'avvalimento riguardi l'attestazione SOA o una qualunque altra iscrizione in registri pubblici, la dizione dell'articolo 49 non esclude l'avvalimento che riguarda requisiti speciali.

Proprio dalla mancanza esclusione quindi si può concludere che l'avvalimento è ammesso. Resta ferma il principio in base al quale nei confronti di avvalsi extracomunitari, ben potrà il bando e la stazione in sede di verifica dei requisiti, richiedere prove più circostanziate ed approfondite.

La giurisprudenza si è già imbattuta nel problema.

Infatti, il TAR Lazio, Sez. I *bis*, con la sentenza 2 luglio 2007, n. 5896 indaga sulla questione se il bando possa contenere limitazioni alla utilizzazione

Ipsa, 2009, pag. 504.

⁸⁵ Vedi Saitta F., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*.

dell'avvalimento nei confronti di imprese extra comunitarie o se *a fortiori* l'esclusione di queste dalla categoria dei potenziali avvalsi.

Nei confronti delle imprese appartenenti a Stati firmatari dell'accordo istitutivo del WTO⁸⁶ (e a maggior ragione per gli Stati non aderenti) la direttiva non ha costituito posizioni giuridiche direttamente tutelate, atteso che esse non appartengono agli ordinamenti giuridici degli Stati destinatari e che la direttiva non è *self executing*.

I criteri per l'interpretazione dell'istituto nei confronti delle imprese comunitarie discendono da settimo *considerando* della direttiva, il quale recita: *“la decisione 94/800/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) ha approvato in particolare l'accordo sugli appalti pubblici, di seguito denominato “l'Accordo”, al fine di istituire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale. Alla luce dei diritti e degli impegni internazionali che la Comunità si assume accettando l'Accordo, il regime applicabile agli offerenti e ai prodotti dei paesi terzi firmatari è quello definito dell'Accordo. Quest'ultimo non ha effetti diretti. É perciò*

⁸⁶ World Trade Organisation. La WTO, Organizzazione Mondiale per il Commercio, è un ente internazionale operante nel campo della regolamentazione degli scambi commerciali attraverso contratti sottoscritti dai maggiori Paesi mondiali. Gli accordi WTO riguardano lo scambio di merci, servizi e proprietà intellettuale, e fissano principi generali di liberalizzazione, riduzione dei dazi doganali e apertura del mercato dei servizi. La WTO definisce anche le procedure per la composizione delle controversie e chiede ai governi la trasparenza delle loro politiche commerciali.

opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici contemplate dall'Accordo, che si conformano alla presente direttiva ed applicano le stesse disposizioni agli operatori economici agli operatori economici dei paesi terzi firmatari dell'accordo, rispettino così l'Accordo. É inoltre opportuno che tali disposizioni di coordinamento garantiscono agli operatori economici della Comunità condizioni di partecipazione agli appalti pubblici altrettanto favorevoli di quelle di cui godono gli operatori economici dei paesi terzi firmatari dell'Accordo”.

Da tale disposizione, si evince in primo luogo che l'accordo istitutivo del WTO, e quindi del suo quarto allegato relativo ai lavori pubblici, non ha effetti diretti nell'ordinamento comunitario.

In secondo luogo, il *considerando* opera un richiamo importante alle condizioni di reciprocità. Tale condizione fa sì che l'utilizzazione di imprese a basso costo può essere tollerata dall'Unione europea solo ove le condizioni di reciprocità siano tali da aprire il mercato dei contratti pubblici del Paese extracomunitario anche alle imprese europee.

Da queste due aspetti discende la conclusione per cui non sussiste un diritto soggettivo pieno in capo alle imprese europee di avvalersi di imprese extracomunitarie sia per associazioni sia per avvalimenti, ma solo un interesse legittimo sul quale la Stazione Appaltante incide variamente regolando, limitando o anche escludendo il ricorso all'impresa stessa.

4.2 L'ambito di applicazione: il punto di vista oggettivo.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione, in primo luogo è necessario sottolineare come l'avvalimento non sia consentito per tutti i requisiti di qualificazione previsti.

Ed, invero, l'articolo 49, comma 1, del Codice si limita a richiamare, solo ed esclusivamente, i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, con la conseguenza che l'avvalimento non può riguardare i requisiti di ordine generale, di cui all'articolo 38 del Codice, né quelli di idoneità professionali, contemplati dall'articolo 39 del Codice, e cioè, i requisiti di portata generale di ordine soggettivo che il singolo concorrente non può non possedere in proprio in quanto inerenti a qualità estremamente “personali” dell'impresa⁸⁷.

Parimenti si ritiene escluso dalla possibilità di avvalimento il requisito in virtù del quale il concorrente è legittimato ad operare stabilmente ed in via principale nel settore economico a cui si riferisce l'oggetto dell'appalto da aggiudicare⁸⁸.

Al fine di individuare i requisiti oggetto di avvalimento, in generale, si tende a distinguere tra requisiti oggettivi, che ben possono formare oggetto di avvalimento, e requisiti soggettivi, i quali devono essere posseduti singolarmente da ciascun partecipante, e dunque per i quali non può farsi ricorso alla facoltà di avvalimento⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. F. Leggiadro, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture- O contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urb. E appalti*, 2006, 878.

⁸⁸ Cit. Fischione G., *L'avvalimento: quid iuris? (prime note)*, in *Giustizia amministrativa*, 2006.

⁸⁹ Sul punto Vinti S., *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006, 1177 e ss.

Fra i requisiti oggettivi sono inquadrabili quelli inerenti la capacità tecnico-organizzativa, quali il fatturato globale complessivo ovvero il fatturato globale complessivo ovvero il fatturato realizzato in servizi identici a quello oggetto di gara, il *know how*, il costo dell'organico e l'anzianità operativa dell'impresa.

Rientrano invece nei requisiti soggettivi tutti i requisiti di ordine generale elencati nell'articolo 38 del Codice, con la conseguenza che gli stessi devono essere posseduti da ciascun partecipante.

A questo punto sono rintracciabili le caratteristiche dell'istituto.

In primo luogo si tratta di un istituto permesso nei tre settori ordinari, lavori, servizi e forniture (oltre che in quelli speciali).

In secondo luogo, esso riguarda i requisiti economici-finanziari sia quelli tecnici.

Anche in tal caso, è necessario soffermare l'attenzione sul fatto che si tratta di requisiti di ordine speciale e non dei requisiti generali previsti dall'articolo 38 del codice.

Tutto ciò è ricavabile da un'interpretazione sistematica oltre che logica dell'articolo 49.

Il quale impone di allegare la certificazione del concorrente circa il possesso dei requisiti di cui all'articolo 38. In più va sottolineato, come i requisiti economici e tecnici non sono contemplati nell'articolo 38, il quale enumera una serie di qualità soggettive inerenti il concorrente che non riguardano l'istituto in questione.

In linea di massima, comunque, la capacità tecnica ed economica dell'operatore può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:

- a) idonei dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;
- b) bilanci o estratti di bilanci, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese nel quale l'operatore economico è stabilito.
- c) Una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se dal caso, il fatturato del settore di attività oggetto di appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio dell'attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tale fatturato siano disponibili⁹⁰.

Per quanto riguarda le certificazioni di qualità di ritiene, aderendo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che esse siano da considerare requisiti soggettivi, come tali non oggetto di avvalimento.

Infatti quest'ultime sono volte ad assicurare che l'impresa svolga il suo servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, sulla base di parametri rigorosi, delineati a livello internazionale, che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento delle diverse fasi; secondo un principio di fondo del sistema, tali certificazioni costituiscono un requisito tecnico di carattere soggettivo, e devono essere possedute da ciascuna delle imprese associate a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni eseguibili da alcune soltanto di esse⁹¹.

⁹⁰ Cit. Salerno F., *Il principio di avvalimento*, in www.iusetnorma.it

⁹¹ Consiglio di Stato, sez VI, 13 maggio 2002 n. 2569; Id., sez. VI, 22 marzo 2004 n. 1459; Id., sez. IV, 30

È necessario sottolineare anche nella direttiva non esiste alcuna limitazione quantitativa circa l'avvalimento dei requisiti di ordine speciale.

Anche il codice si è incanalato in questa direzione, per cui l'articolo 49 non detta alcuna limitazione alla facoltà di avvalimento, né sotto il profilo qualitativo né sotto quello quantitativo.

Tuttavia propria questa impostazione solleva un problema: l'applicazione distorta potrebbe degli “avvalifici” cioè soggetti giuridici, che da un lato sono creati appositamente per fornire avvalimento e dall'altro semplici società di coordinamento del lavoro imprenditoriale⁹².

L'unione dei due elementi, infatti potrebbe svuotare del tutto l'intero istituto.

Ma se il problema degli avvalsi è stato fugato dalla disciplina del codice⁹³ quello delle società vuote è ancora vivo.

Proprio per evitare questo problema una autorevole dottrina ritiene che il concorrente pur avvalendosi totalmente di uno o più requisiti speciali, e quindi anche di una attestazione SOA, debba comunque rimanere un operatore del settore oggetto dell'appalto e debba quindi possedere almeno una parte dei requisiti di ordine speciale.

Ritiene ancora la medesima dottrina che l'istituto dell'avvalimento non può

novembre 2004 n. 435.

⁹² Cit., Zucchelli C., *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Cons. Stato*, 2005, fasc. 2, 403.

⁹³ L'articolo 49 prevede che il soggetto avvalso sia sottoposto alla verifica dei requisiti soggettivi e che questi sia in possesso dell'attestazione SOA.

giustificare forzature dell'assetto del contratto determinato dalla stazione appaltante, né sovvertire l'ordine economico aprendo il mercato a meri intermediari o fiduciari.

L'avvalimento, infatti, sarebbe strumento per integrare le capacità del concorrente e non per sostituirla. Da ciò la conclusione che il concorrente deve essere un operatore economico nel settore che caratterizza in via specifica l'oggetto del contratto ed il fine cui tende la stazione appaltante e che, allo scopo di delineare l'ambito dei concorrenti legittimati a partecipare alla gara, e quindi ad operare l'avvalimento, occorra fare riferimento non tanto alla prestazione in sé e per sé considerata, quanto piuttosto all'oggetto immediato e diretto del contratto⁹⁴.

5. L'avvalimento nei sistemi di attestazione o di qualificazione.

In attuazione dell'articolo 52 della direttiva 18/2004, l'articolo 50 del Codice disciplina l'avvalimento nell'ambito dei servizi di qualificazione, dettando una regolamentazione avente ad oggetto, prioritariamente, gli appalti di lavori ed il relativo sistema di qualificazione basato sull'attestazione SOA, ma applicabile, con il limite della compatibilità, anche ai servizi ed alle forniture, per i quali non opera il sistema SOA.

Per quanto attiene ai lavori, l'articolo 50 ammette che un operatore economico, per conseguire il rilascio dell'attestazione SOA si avvalga dei requisiti di un'altra

⁹⁴ Cit., Fischione G., *op. cit.*

impresa purchè ciò avvenga nell'ambito dei rapporti infragruppo.

La concreta possibilità di esercitare tale forma di avvalimento, è tuttavia subordinata, da un lato, dall'adozione del regolamento di esecuzione e di attuazione di cui all'articolo 5 del Codice, dall'altro, alla compatibilità con una serie di principi specificatamente indicati dallo stesso articolo 50.

Se il primo aspetto appare in contraddizione con le direttive che impongono agli Stati membri di adeguare i propri sistemi di qualificazione così da permettere l'esercizio della facoltà di avvalimento, con conseguente possibile disapplicazione della revisione domestica⁹⁵.

In ordine, poi, ai principi con cui la possibilità di conseguire l'attestazione SOA avvalendosi dei requisiti di altri soggetti deve essere compatibile si prevede che :

- tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, c.c.; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, c.c.;
- l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA;
- l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le

⁹⁵ Cfr., Mangani R., *Debutta l'avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee*, in *Edilizia e Territorio- Il Codice degli Appalti- La guida al decreto per lavori, servizi e forniture*, Parte Seconda, 2006, 67.

circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse;

- in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell'articolo 49.

Per quel che concerne il principi per il quale l'avvalimento nei sistemi di qualificazione può trovare applicazione soltanto nell'ambito dei rapporti infragruppo, lo stesso è espressione della disciplina sovranazionale e , dunque, della preoccupazione che ha animato il legislatore europeo il quale, ben consapevole della pericolosità di una apertura totale, ha inteso limitare la possibilità di esercitare la facoltà di avvalimento ai soli casi in cui “ *facendo parte di un gruppo unico, di fatto avvalente ed avvalso costituiscono, sotto il profilo economico ed organizzativo, un'unica entità operativa, un unico punto di riferimento fattuale*⁹⁶”.

Si osserva come il legislatore, a differenza di ciò che avviene nell'avvalimento di singola gara, non imponga la presentazione di un vero e proprio contratto⁹⁷, ma si “accontenta” di una semplice dichiarazione.

Questo perchè l'avvalimento in esame è ammesso solo nel rapporto infragruppo, e quindi in presenza del requisito di stabilità.

Occorre, a tal punto, soffermarsi sul significato da assegnare all'espressione “*messa a disposizione delle risorse*”.

⁹⁶ Così Zucchelli, *op. cit.*

⁹⁷ A tal proposito lett. F, comma 2, articolo 49.

Un autorevole dottrina⁹⁸ ritiene che la stessa va intesa nel senso che l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione tutto il complesso aziendale con la sola eccezione dei casi in cui l'impresa avvalentesi, perchè già in possesso del carattere immateriale⁹⁹ necessari per l'attestazione SOA, risulti sprovvista di quello materiale¹⁰⁰.

Tutto ciò si spiega in considerazione del fatto che l'attestazione SOA riguarda la molteplicità dei requisiti e degli elementi di cui è composto il complesso aziendale.

A ciò consegue che la possibilità di un “prestito parziale” va limitata ai soli requisiti di carattere materiale, mentre di carattere immateriale devono essere posseduti direttamente dall'impresa avvalentesi.

Per quanto attiene al principio recante l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse- la cui violazione, in termini di omissione o di non veritiera comunicazione, viene sanzionata con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nonché con la sospensione dell'attestazione SOA¹⁰¹ -- si tratta di principio che, da un lato rafforza la vincolatività della dichiarazione di messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento resa dall'impresa ausiliaria; dall'altro, mira a garantire l'

⁹⁸ R. Mangani, *op. cit.*

⁹⁹ Per carattere immateriale si intende fatturato, lavori analoghi, garanzie di solvibilità finanziaria

¹⁰⁰ Per carattere materiale si intende organico, organi tecnici, attrezzatura e mezzi d'opera.

¹⁰¹ Così' articolo 50, comma 2

aggiornamento cognitivo delle circostanze rilevanti ai fini della concreta operatività dell'avvalimento nei sistemi di qualificazione, onde consentire l'adozione delle misure consequenziali¹⁰².

In ogni caso, il rinvio al comma 8 dell'articolo 49 dovrebbe essere inteso, da un lato, nel senso che all'impresa che ha prestato i requisiti ai fini del conseguimento dell'attestazione SOA è inibita la partecipazione come avvalso nella stessa gara a cui prende parte l'impresa che, in virtù dell'avvalimento stesso, ha ottenuto la certificazione SOA; dall'altro, nel senso che la stessa impresa che presta i requisiti ai fini dell'ottenimento dell'attestazione SOA non può partecipare, quale concorrente, alla gara a cui prenda parte l'impresa che si avvale di SOA conseguita grazie al prestito della stessa offerta¹⁰³.

Di non facile soluzione appare, in ogni caso, il richiamo alla disciplina recata dal comma 9 dell'articolo 49: pienamente condivisibili sono, pertanto, le difficoltà di comprensione, attentamente espresse¹⁰⁴, in ordine alla concreta operatività, nell'ambito dell'avvalimento inerente la certificazione SOA, della precisazione specifica inerente alla particolare ipotesi di attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di soggetti operanti sul mercato.

È necessario sottolineare anche che la qualificazione SOA mediante avvalimento è

¹⁰² Cit. Mangari R., *op. cit.*

¹⁰³ Così Grillo G.- Pellegrini R., *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*, in AA.VV. (coordinati da Sanino M.), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006, 214

¹⁰⁴ Mangani R., *op. Cit.*

possibile solo laddove fra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria sussiste un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 cod. civ.; oppure quando entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dello stesso articolo 2359.

Su tali presupposti la norma in commento precisa che:

- l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA;
- l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare alla SOA ed all'Autorità l'eventuale venir meno del rapporto di controllo, nonché le circostanze che abbiano fatto cessare la messa a disposizione delle risorse oggetto dell'avvalimento;
- in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell'articolo 49.

non può passare inosservato che due sono i dati caratterizzanti questa norma e cioè il controllo da parte della SOA circa l'effettiva messa a disposizione delle risorse per tutta la durata dell'attestazione e l'appartenenza delle due imprese al medesimo gruppo.

Quest'ultimo presupposto riempie di significato sostanziale l'interesse all'avvalimento in ragione del fatto che condizione per la sua attuazione è l'esistenza di una holding, considerata come un centro di interessi unitario che in

quanto tale ha piena convenienza ad eseguire correttamente i lavori con il coinvolgimento reale di tutte le imprese interessate, ripercuotendosi, in caso di esiti negativi, i risultati di bilancio dell'una su quelli dell'altra e sul bilancio consolidato dell'intera compagine.

Al comma 2 dell'articolo 50 si ribadisce che l'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze che hanno fatto venir meno la messa a disposizione delle risorse, comporta l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 6, comma 11, nonché la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, sia nei confronti dell'impresa ausiliaria che dell'impresa ausiliata per un periodo da 6 mesi a 3 anni.

Altro elemento importante da ricordare è che l'attestazione di qualificazione SOA mediante l'avvalimento determina la responsabilità solidale dell'impresa concorrente e dell'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante.

6. La prova dell'avvalimento.

L'articolo 49, comma 2°, del Codice dei Contratti prevede che :” *ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:*

a) una dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria.

Con tale previsione il comma secondo cerca di riempire di significato il riferimento della direttiva alle prove, enumerando quali siano i documenti da presentare allo scopo precipuo di realizzare l'avvalimento.

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 uno dei profili di maggiore criticità dell'istituto¹⁰⁵.

Bisogna tenere presente però che la specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria richiesta dall'articolo 49 rubricato si riferisce ai soli settori dei servizi e delle forniture.

La dichiarazione unilaterale recettizia di cui alla lettera a) dell'articolo 49, 1° comma, tra l'altro, verificabile in seno alla *sub*-procedura di cui all'articolo 48; ha un duplice contenuto e cioè: la manifestazione di volontà del concorrente di qualificarsi mediante avvalimento e l'indicazione dei requisiti in suo possesso e quelli di cui si avvarrà.

In relazione al secondo contenuto la puntualizzazione potrà essere resa dal concorrente soltanto in un appalto di servizi e forniture, ma non nell'ambito dei lavori.

Il comma 2 dell'articolo 49 prevede che l'impresa concorrente produca in sede di gara una dichiarazione che attesti il possesso “ *dei requisiti generali di cui all'articolo 38*¹⁰⁶” oltre ad “*una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa*

¹⁰⁵ Cfr. Cacace S., *op. cit.*

¹⁰⁶ Cit. articolo 49, 2° comma lettera b, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38¹⁰⁷”.

Sul punto si esprime un autorevole dottrina¹⁰⁸ che ha dichiarato che la previsione del codice si pone essere del tutto compatibile con la direttiva, nel punto in cui sancisce che l'idoneità morale debba essere comprovata sia all'impresa ausiliata sia a quella ausiliaria, anche in ordine all'antimafia.

I requisiti di moralità dei quali si richiede la comprova risultano quelli dell'articolo 38, nella versione allargata dal D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, che a propria volta richiama il cc.dd. Decreto Bersani (l. 4 agosto 2006, n. 248) e la l. 3 agosto 2007, n. 123.

Va precisato che l'articolo 38 avrebbe dovuto essere il *contenitore giuridico*¹⁰⁹ delle totalità delle cause di esclusione.

In realtà l'intento del legislatore di raccogliere in un'unica norma omnicomprensiva delle fattispecie di esclusione e delle incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, è fallito.

Infatti, oltre alle cause di esclusione previste nell'articolo 38 citato, altre si ritrovano sparse nel Codice (artt. 34, 2° comma, 36, comma 5° D. Lgs 12 aprile 2006), oppure, contenute in leggi speciali (art. 1, 65° e 67° comma della legge

¹⁰⁷ Cit. articolo 49, 2° comma lettera c, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹⁰⁸ Vedi Bellagamba, 2007.

¹⁰⁹ Cit., Feresin E., *op. cit.*

finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266), D. Lgs 11 aprile 2006, n. 198).

Ciò significa che l'avvalente e l'avvalso dovranno dichiarare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, ma anche di quelle contemplate dalle altre norme anche se non espressamente richiamate in questo contesto.

Per quanto riguarda poi, l'analisi dell'articolo in oggetto si deve aggiungere che le lettere b) e c) del comma 1° devono essere lette in combinato con il 5° comma¹¹⁰; in tal modo viene rafforzato il regime cc.dd. Antimafia, volendo con ciò rimarcare l'idea che le tutele apprestate a favore dell'amministrazione riguarderanno anche l'ausiliario, pur non essendo egli parte del contratto d'appalto.

Il concorrente è tenuto ad allegare tra gli atti di gara: *“una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara*¹¹¹.

La *ratio* della norma si rinviene nel voler evitare turbative nell'ambito di procedure di gara, ove potrebbe accadere che una medesima impresa, in veste di ausiliaria, conosca i ribassi delle sue avvalenti concorrenti alla stessa gara d'appalto.

La lettera seguente (lettera d) del medesimo articolo vuole invece che il concorrente ai fini dell'avvalimento produca altresì una dichiarazione con cui si

¹¹⁰ Cit: *“gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*

¹¹¹ Cit., articolo 49, 2° comma, lett. E del D.Lgs. 12 aprile 2006.

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 in concorrente.

È stato osservato, che la dichiarazione prevista dall'articolo comma 2° lettera d, acquista un significato particolare in relazione al settore dei lavori pubblici.

Per questo specifico ambito infatti sembra quindi doversi ritenere che tale dichiarazione, per essere coerente con la messa a disposizione (non del singolo requisito) della SOA nella sua valenza unitaria, non possa che riferirsi a quel complesso di beni organizzato la cui sussistenza è alla base del rilascio dell'attestazione SOA¹¹².

Tale disposizione se raffrontata con la direttiva 2004/18/CE evidenzia la sua portata restrittiva rispetto alle corrispondenti norme comunitarie.

Lì l'impegno intercorrerà tra avvalso e avvalente.

Qui invece vi è un impegno duplice: nei confronti dell'avvalente e dell'avvalso.

Ciò si coordina con il successivo comma 4° dell'articolo 49, ove viene addirittura creata una responsabilità solidale tra avvalso e avvalente nei confronti della stazione appaltante.

Per cui nel sistema comunitario l'eventuale inadempimento dell'avvalso, che contravviene al suo impegno nei confronti dell'avvalente, non comporta alcuna responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Nei confronti di quest'ultima risponderà esclusivamente l'avvalente, che potrà poi

¹¹² Mangani, Marzani, Spinelli 2007.

rivalersi nei confronti dell'avvalso inadempiente in virtù del rapporto interno
intercorso tra i due.

Al contrario il codice assimila di fatto l'impresa ausiliaria a un'impresa mandante,
come se si trattasse di un soggetto co-esecutore¹¹³.

¹¹³ Cit., Bellagamba, *op. cit.*

Capitolo terzo

L'IMPRESA AVVALENTE E L'AVVALSO

Capitolo terzo

1. I requisiti di ordine generale dell'impresa avvalente e dell'avvalso- 2. I rapporti tra concorrente, impresa ausiliaria e stazione appaltante; 2.1 La solidarietà passiva tra avvalente e avvalso-3. La responsabilità dell'impresa avvalente- 4. Le problematiche connesse all'istituto dell'avvalimento-5. La giurisprudenza sul contratto di avvalimento- 6. L'avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici- 6.1 e indicazioni della giurisprudenza

- ***I requisiti di ordine generale dell'impresa avvalente e dell'avvalso.***

Sia l'impresa avvalente che l'impresa avvalsa, per poter ricorrere all'istituto dell'avvalimento devono dimostrare di possedere alcuni requisiti.

La lett. b) richiede la dichiarazione del possesso, da parte della impresa partecipante, dei requisiti di ordine generale previsti dall'art.38 (non essere in stato di fallimento, regolarità antimafia etc.)¹¹⁴. Si badi che la medesima dichiarazione è richiesta dalla lett. c) nei confronti della impresa ausiliaria. Per nessuna delle due è richiamata la procedura di verifica di cui all'art. 48, il che deve essere interpretato non già come un impedimento alla verifica, ma anzi come un ampliamento delle possibilità della stazione appaltante. Poiché l'art.48 non è richiamato, si deve concludere che la

¹¹⁴ V. Bellagamba, *L'avvalimento dei requisiti economici e tecnici*.

stazione ben potrà, con ogni mezzo, accertare la veridicità della dichiarazione senza essere sottoposta all'obbligo del minimo del 10% degli avvalsi né alla procedura del sorteggio, beninteso del solo ausiliario, poiché nei confronti della impresa avvalente deve necessariamente applicarsi la procedura dell'art.48 prevista in generale per i partecipanti alla gara.

A questa conclusione si giunge dal combinato disposto degli artt. 48, co. 1 e 49, co. 2, lett. c) e co. 3. infatti, nei confronti della impresa partecipante, la dichiarazione di cui alla lett. b) circa il possesso dei requisiti è necessariamente assimilabile alla dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 38, co. 2. Non vi sarebbe motivo, infatti, di sottoporre il partecipante ad una procedura di verifica obbligatoria, svincolata dall'applicazione dell'art. 48, solo perché questi ha deciso di avvalersi di un'altra impresa, ciò si tradurrebbe in una disparità di trattamento e quindi in un'incostituzionalità della norma così letta. Viceversa, l'impresa ausiliaria non partecipa alla gara, quindi non è soggetta alla disciplina degli artt. da 38 a 47 e quindi non è soggetta neppure alla verifica a campione di cui all'art. 48. Se ne deduce che nei suoi confronti la stazione appaltante non può in ogni momento e con qualsiasi mezzo accertare il possesso dei requisiti generali. Opinando diversamente essa sfuggirebbe a qualsiasi controllo e la stazione appaltante non potrebbe sindacare in alcun modo l'idoneità dell'avvalso. Ciò però contrasterebbe in maniera insanabile con l'art. 49, co. 3, il quale, prevede che nel caso di dichiarazioni mendaci la stazione appaltante esclude il

concorrente, escute la garanzia ed invia gli atti all'Autorità per le sanzioni previste dall'art. 6, co. 11. Poiché il terzo comma si riferisce alle dichiarazioni mendaci previste nello stesso art. 49 senza distinguere quale sia il soggetto dichiarante, e dunque anche da parte dell'ausiliario, se ne deve dedurre che sia insito un potere di controllo senza il quale non si comprende come potrebbe accertarsi la mendacità delle dichiarazioni dell'avvalso. D'altro canto l'avvalso, non partecipando alla gara, non rientra nel controllo a campione e quindi, per dare un senso a tutto ciò non resta che inferire un potere generale di verifica e di richiesta di informazione in capo alla stazione appaltante verso l'avvalso.

La lett. c), come si accennava, richiede la presentazione di una dichiarazione da parte dell'avvalso circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del codice, vale a dire i così detti requisiti di ordine generale¹¹⁵ riguardanti la moralità dei soggetti responsabili dell'impresa, la regolarità delle posizioni fiscali e previdenziali e così via¹¹⁶.

Come si è già accennato prima occupandoci della necessità del possesso della attestazione SOA, l'avvalso è un imprenditore non estraneo al così

¹¹⁵ Tra i requisiti di ordine strettamente soggettivo che devono fare capo al concorrente è stato ricondotto anche quello della legittimazione del soggetto ad "operare stabilmente e in via principale" nel settore economico al quale è riconducibile l'oggetto del contratto posto a concorso. In tal senso G.Fischione, *L'avvalimento: quid iuris?*, in www.giustamm.it, 2006, 2; ove l'autore rileva come "l'avvalimento non può giustificare forzature all'assetto del contratto determinato dalla S.A., dovendosi, comunque, salvaguardare l'inviolabilità della scelta della stessa S.A., sempreché immune da vizi di illogicità e incongruenza". È stato inoltre rilevato in dottrina (C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, p. 562) come sussista il rischio che le imprese concorrenti "si trasformino in scatole vuote, meri organizzatori del lavoro altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbe limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento".

¹¹⁶ V Zucchelli, *op.cit.*

detto mercato degli imprenditori degli appalti, cui, sostanzialmente, partecipa anche se in via mediata attraverso l'avvalimento.

Egli, inoltre, assume un'obbligazione anche nei confronti della stazione appaltante, e quindi è del tutto logico pretendere che dimostri la sua idoneità a porsi in relazione economica e professionale con il soggetto pubblico. Del resto, sin dal primo momento la dottrina¹¹⁷ aveva sottolineato la potenziale pericolosità dell'istituto dell'avvalimento proprio in vista di una possibile partecipazione indiretta agli appalti pubblici di soggetti che, altrimenti, non sarebbero stati ammessi alle gare per carenza dei requisiti generali, anche in relazione alle problematiche connesse con la mafia o il riciclaggio del denaro sporco¹¹⁸.

Il problema che potrebbe porsi è se questa limitazione, scaturente dalla necessità dell'avvalso di autocertificare il possesso dei requisiti e del correlato potere della stazione appaltante di verificarli, sia compatibile con la direttiva n. 18 che, nell'istituire l'avvalimento sembra non limitare la figura dell'avvalso. In altri termini, il problema è di verificare se la direttiva permette che lo Stato membro imponga il possesso di requisiti specifici anche all'avvalso, il quale, in senso stretto, non partecipa all'appalto quale concorrente.

In disparte ogni considerazione di buon senso che spinge necessariamente ad una risposta positiva circa la compatibilità, lo spazio per margini di

¹¹⁷ M. Napoli, *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara*, in *Urb. e app.*, 2005,686.

¹¹⁸ C. Zucchelli, *op. cit.*

manovra in tal senso nell'ambito del recepimento è da rinvenire nella medesima direttiva. Essa disciplina il possesso dei requisiti generali nell'art. 45, il cui co. 2 precisa che "Gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente par."

L'art. 45 si riferisce alla situazione personale del candidato o dell'offerente, sicché sembra si possa interpretare l'endiadi "candidato e offerente" nel senso che essa si riferisca a qualunque soggetto partecipi, comunque, all'appalto in una veste qualsivoglia. In questa ottica, quindi, legittimamente il codice ha previsto l'obbligatoria rispondenza ai requisiti generali da parte dell'avvalso, utilizzando la potestà di precisare le condizioni di applicazione dell'art. 45 conformemente al proprio diritto nazionale.

2. I rapporti tra concorrente, impresa ausiliaria e stazione appaltante

La lett. d) deve essere letta in correlazione con la lett. f)¹¹⁹.

Si accennava nella prima parte alle problematiche relative alla forma di accordo ed al rapporto giuridico che lega avvalente ed avvalso. Si ricorderà che l'art. 47, co. 2 della direttiva n.18 espressamente prescinde dalla natura del legame giuridico tra avvalente ed avvalso, con ciò lasciando ampia libertà allo Stato membro di recepire l'istituto prevedendo le forme di

¹¹⁹ V. Costantini- Stendardi, *L'avvalimento nel codice degli appalti pubblici*.

collegamento giuridico proprie del suo ordinamento¹²⁰.

Il legislatore italiano ha decisamente optato per la necessità dell' esistenza di un negozio giuridico, giustamente qualificato come contratto avendo contenuto patrimoniale, richiesto dalla lett. f) l'oggetto del contratto è indicato dalla stessa norma ed è costituito dall'obbligo di fornire all'avvalente i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. Il contratto si inserisce, ovviamente nell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c. ed è atipico. Il sinallagma si perfeziona da un lato con la messa a disposizione dei mezzi e delle risorse di cui l'avvalente abbia dichiarato di avvalersi nella dichiarazione di cui all'art. a), o con la fornitura dei requisiti. "Fornire i requisiti" è in verità espressione poco precisa, ma necessitata, poiché i requisiti di cui si tratta sono quelli di natura economico finanziaria che costituiscono, ovviamente, patrimonio dell'avvalso. Non si poteva certo pretendere che il contratto prevedesse il trasferimento di risorse economiche e finanziarie (a tacer del fatto che il credito goduto nell'ambiente bancario e l'affidabilità non si possono trasferire), sì che il requisito è stato trattato dal legislatore quasi fosse una *res* immateriale, che è, appunto, fornitura all'avvalente perché la usi e l'uso, per sua stessa natura, non può essere la spendita del requisito per la partecipazione. Quanto alla fornitura dei mezzi e delle risorse non si pongono particolari problemi, se non segnalare che l'obbligo di specificarli dovrà tradursi nella indicazione esatta e precisa dei

¹²⁰ V. Mangani, *op.cit.*

mezzi tecnici o delle professionalità che saranno utilizzate dall'avvalente: direttore tecnico, operai, macchinari etc. La controprestazione del sinallagma non è indicata dal legislatore, poiché nella libertà contrattuale il contratto in questione può anche essere gratuito, essendo rimesso completamente alla volontà delle parti. L'ipotesi non è peregrina, poiché si noterà che la lett. g) del co.2 prevede l'avvalimento infra gruppo per il quale è prevista solo come eventuale una dichiarazione attestante il legame giuridico in luogo del contratto. Ben potrebbe, quindi, procedersi alla stipulazione di un contratto gratuito.

Contestualmente al contratto, tuttavia, la lett. d) richiede altresì una sottoscrizione dell'avvalso con la quale questo si obbliga a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, e per cui appunto egli si avvale, per tutta la durata dell'appalto (*rectius*: contratto poiché l'art. 49 si applica anche alle gare per forniture). A prima vista questa dichiarazione può sembrare una ripetizione del contratto di cui alla lett. f), ma in realtà ha effetti giuridici del tutto diversi.

In primo luogo l'obbligazione non è di natura contrattuale, ma costituisce negozio di sottomissione di natura amministrativa nei confronti della stazione appaltante, con la conseguenza che non solo l'avvalente, utilizzando gli strumenti derivanti dal contratto, ma anche la stazione, utilizzando gli strumenti amministrativi, possono pretendere l'adempimento, alla stregua di un terzo a favore del quale sia stipulato il

contratto. Senza una tale dichiarazione, infatti, l'unico strumento giuridico per far valere la prestazione sarebbe stato il contratto, azionabile solo dal contraente avvalente, o dalla amministrazione se lo consideriamo contratto a favore del terzo, il che è quanto meno dubbio, ma comunque anche in tal caso con le limitazioni di cui all'art. 1413 c.c., vale a dire che il promittente (avvalso) può opporre le eccezioni fondate sul contratto. In altri termini l'amministrazione sarebbe stata alla mercé della regolarità del contratto di avvalimento, spuntandone, alla fin fine, se del caso solo un risarcimento del danno. Si deve ricordare, invece, che l'obiettivo primario della stazione appaltante è soddisfare l'interesse pubblico all'opera o servizio o fornitura, sì che il sistema non poteva essere costruito solo con un'ottica da diritto civile, ma tenendo conto anche di eventuali poteri amministrativi della stazione stessa.

Si deve ritenere, quindi, che l'amministrazione possa agire anche in sede di autotutela esecutiva, utilizzando i propri poteri autoritativi per costringere l'avvalso a porre a disposizione le risorse necessarie, in alternativa alla esclusione del concorrente e conseguente affidamento al secondo in graduatoria. Ciò si deduce dal fatto che la lett. d) si riferisce alla dichiarazione solo per quanto concerne le "risorse", non menzionando i requisiti, vale a dire si riferisce a mezzi, uomini e forniture che possono essere oggetto di ordinanze esecutive, oltre che, eventualmente, di esecuzione in danno affidata a terzi, anche se in tal caso si porrebbe un

ulteriore problema nella scelta del terzo tramite una procedura ad evidenza pubblica.

Quanto al rapporto contrattuale con la stazione appaltante si tenga conto del comma decimo che dispone chiaramente che il rapporto contrattuale si instaura solo tra la stazione e l'impresa aggiudicataria, la quale sola è considerata l'esecutore del contratto ed alla quale sola è rilasciato il certificato di esecuzione. Questa, quindi, anche sotto il profilo *de futuro*, cioè per la partecipazione a successive gare, è l'unica titolare del rapporto con la stazione¹²¹.

Prima di procedere occorre però ricordare che l'articolo 2, co.1 lett. d) del d.lgs. n. 6 del 2007 ha radicalmente modificato il comma in esame 122.

Le modifiche sostanziali sono due:

- è stata espunta l'espressione «non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore» riferita all'avvalso;
- è stato sostituito il divieto di sub appalto all'avvalso con l'espressione «può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

Nella versione precedente, inevitabile corollario della disposizione «il

¹²¹ Secondo M. Fracanzani, *L'avvalimento: questioni sostanziali e processuali*, in www.giustamm.it, è possibile ricostruire il rapporto tra società ausiliaria e stazione appaltante in termini contrattuali. L'impresa terza assumerebbe, mediante la sua dichiarazione, delle obbligazioni "come ausiliario di un concorrente" verso la pubblica amministrazione ed il contratto che la lega con il concorrente si configurerebbe "come presupposto amministrativo del provvedimento di aggiudicazione e presupposto negoziale del contratto di appalto".

¹²² Per una migliore comprensione di quanto illustrato nel testo è opportuno riportare di seguito le due versioni del co. 10: In a) quella originaria, in b) la novella:

- « 10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore»;
- « 10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati ».

contratto è in ogni caso eseguito dalla impresa che partecipa alla gara alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione» (che è rimasta inalterata) era il divieto espresso per l'avvalso di assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore.

Il contenuto di questo comma, sotto il profilo dispositivo, si può sintetizzare in tre enunciazioni:

- La qualificazione della impresa che partecipa alla gara come esecutore del contratto;
- Il diritto al certificato di esecuzione, e quindi ad incrementare i propri requisiti professionali *de futuro*, solo in capo al partecipante (nel medesimo contratto s'intende).
- L'espulsione del divieto di assumere il ruolo di appaltatore nel medesimo contratto non determina, a nostro avviso, alcun mutamento.

Anche con il vecchio testo si poteva dubitare che la circostanza si potesse verificare anche in assenza della norma.

A ben vedere la possibilità di una tale evenienza sussiste, in mancanza della norma, anche se in casi marginali contemplati dall'art. 116 del codice.

L'assunzione della qualifica di appaltatore potrebbe avvenire grazie ad una successione a titolo particolare nel contratto (abbastanza improbabile visto il divieto generale di cessione del contratto, ma comunque astrattamente ipotizzabile) o ad un processo di cessione di azienda, fusione societaria, affitto di esercizio provvisorio etc. In tal caso il divieto impedisce che la

partecipazione dell'avvalente abbia mascherato una sostanziale interposizione fittizia di persona a scopi elusivi della normativa. La norma non è contraria alla direttiva, che nulla dispone sul punto, né produce un effetto utile in contrasto con essa, per cui dobbiamo ritenere che non susciterà alcuna reazione da parte degli uffici giuridici della Commissione.

La norma espunta, però, non aveva solo il significato strettamente giuridico che abbiamo appena commentato: essa esternava la volontà del legislatore in relazione alla natura stessa, in linea generale e di principio, dell'avvalimento. Il legislatore voleva puntualizzare che, per quanto con l'avvalimento l'appaltatore si possa ridurre ad essere un soggetto ausiliato in quasi tutte le caratteristiche proprie dell'impresa e per quanto l'avvalso possa essere, di fatto, il vero *dominus* dell'opera o del servizio o della fornitura (ad esempio per le sue dimensioni imprenditoriali oggettivamente sovrabbondanti rispetto all'ausiliato), il contraente del contratto di appalto o fornitura, e quindi l'appaltatore, è, giuridicamente, solo e soltanto l'aggiudicatario. Basta l'esame di un semplice manuale di diritto commerciale per individuare quali e quante siano le facoltà, ma anche gli obblighi e le responsabilità dell'appaltatore, nemmeno lontanamente paragonabili a quelle di un qualsiasi altro soggetto giuridico che, in virtù di altro negozio giuridico quale locazione o subappalto o affitto, si intrometta, *de facto*, nella esecuzione dell'opera.

Possiamo ritenere che la espunzione della frase così esplicita «non può

assumere il ruolo di appaltatore» riferita all'avvalso voglia significare che quindi questo possa assumere la veste di appaltatore? La risposta non può che essere negativa in virtù di un richiamo fermo ai principi generali. In un negozio giuridico il contraente è solo e soltanto quello indicato nel negozio stesso, e nei contratti pubblici esso è solo e soltanto colui che è stato scelto attraverso l'evidenza pubblica. L'avvalso, anche se in ipotesi paradossale eseguisse l'intera opera non sarebbe mai «l'appaltatore». Da ciò, della norma di cui al comma quarto circa la solidarietà complessiva di responsabilità surroga la differenziazione giuridica tra appaltatore ed avvalso, ed anzi corrobora la tesi che mai questo ultimo possa essere considerato appaltatore, giacché, in caso contrario, la norma sulla responsabilità solidale non avrebbe senso.

Rimane quindi assodato che l'avvalso (anche con la nuova formulazione del comma) non può assumere la veste di appaltatore, ma rimane anche assodata la volontà del legislatore che era ed è quella di separare nettamente il ruolo del contraente principale e quello di soggetti che collaborino nella esecuzione, anche se con ambiti qualitativi o quantitativi notevoli. Questa dato è certo e permette di risolvere i molti problemi che l'improvvida novella ha determinato.

Quanto al rilascio del certificato di esecuzione al solo avvalente e non all'avvalso v'è da ribadire che esso mira ad impedire la creazione degli "avvalifici", cioè di imprese le cui attività, ben presto perderebbero il

requisito storico (ad esempio l'ammontare del fatturato con le p.a. negli ultimi tre anni) sottostante alla stessa attestazione SOA.

Per quanto la norma sia stata molto criticata da parte del mondo imprenditoriale vi è da ritenere che essa, anzi, garantisca il mercato degli imprenditori pubblici dalla nascita di soggetti al limite della imprenditorialità.

La seconda modifica, cioè l'eliminazione del divieto di subappalto all'avvalso, è venuta incontro a numerose richieste del mondo imprenditoriale e della dottrina¹²³, oltre che del Consiglio di Stato in relazione al possibile contrasto con la direttiva.

Il divieto sin dall'inizio fu sottoposto a dure critiche da parte della dottrina. Essa osserva che, se il subappalto è permesso dall'art.118 del codice in via generale, a favore di qualsiasi impresa purché dotata dei requisiti necessari, non aveva senso impedirlo all'avvalso.

Si osservava ancora che, escludendo il subappalto, non si comprendeva esattamente come l'avvalso avrebbe potuto entrare nella fase esecutiva del

¹²³ La giurisprudenza ha definito il subappalto come “qualunque tipo di contratto che intercorra 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 cosiddetta disciplina antimafia. Non sussiste subappalto solo se le prestazioni sono eseguite dall'appaltatore in proprio, tramite la propria organizzazione” (Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518). In dottrina, cfr. A. Costantini, R. Stendardi, in *L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici*, www.giustamm.it, cit., è stato a riguardo osservato che anche il *franchising* rientra nella nozione “sostanziale” del subappalto nei contratti pubblici, dal momento che 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*”; cosicché, “ se in una gara di appalto il concorrente- franchisor dichiara che talune prestazioni saranno eseguite dal *franchisees*, non fa riferimento alla propria organizzazione di impresa, ma a soggetti terzi, giuridicamente e economicamente distinti”.

contratto utilizzando, appunto, i requisiti, soprattutto speciali, che si era impegnato a prestare.

Per altro, il favore delle direttive nei confronti del subappalto è testimoniato dal “considerando” n.43 della direttiva n.17, nei quali si impone agli Stati membri di prevedere norme sul subappalto, che quindi non può mancare nella legislazione nazionale ed anzi deve essere promosso, poiché è considerato istituito a favore delle piccole e medie imprese, che sarebbe altrimenti escluse dal circuito economico degli appalti di un certo importo.

La giurisprudenza europea è, in genere contraria alle restrizioni al subappalto. Nella sentenza in causa C-314/2001, *Siemens* la Corte ha ritenuto che le restrizioni al subappalto siano compatibili con il diritto europeo solo ove le stazione appaltante non abbia potuto verificare, nella fase della ammissione, i requisiti tecnici ed economici del subappaltatore. Poiché ciò, invece, avviene per definizione nella procedura di avvalimento, ne conseguirebbe che la limitazione di cui al comma in esame sarebbe contraria al diritto europeo. Giova però, ricordare che la citata decisione è stata emessa con riferimento alla precedente direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 che coordinava la disciplina in tema di appalti di servizi e prima, quindi, che la direttiva unificata introducesse espressamente l'avvalimento nei termini che abbiamo sino ad ora esaminato.

Riteniamo, pertanto, che l'incompatibilità ontologica tra avvalimento e subappalto che è direttamente discendente dalla stessa definizione

dell'istituto fornita dalla direttiva, avrebbe potuto giustificare un mutamento della giurisprudenza europea almeno con riferimento alla ipotesi di divieto¹²⁴.

Poteva sembrare che la norma in esame determinasse un effetto utile contrario alle direttive, ma ciò poteva anche non essere vero se si fosse considerata la legittimità dello scopo che il divieto intendeva raggiungere.

Si consideri poi che il divieto di subappalto riguardava anche la astratta possibilità che l'avvalso assuma la veste di subappaltante per un oggetto diverso da quello per cui ha prestato l'avvalimento.

La *ratio* della norma era, per questo aspetto, quella di impedire che l'avvalso offrisse all'avvalente condizioni di favore al solo scopo di favorirlo nella gara per poi assumere in subappalto una parte delle opere, recuperando in tal modo, sul ricavo d'impresa, quanto avesse perso nel chiedere un prezzo inferiore. Ciò avrebbe indotto un'evidente alterazione della *par condicio*, poiché avrebbe spinto l'avvalso ad una richiesta, sostanzialmente *in dumping*. In parole povere, l'assunzione del subappalto potrebbe essere finalizzata ad un'alterazione preventiva della *par condicio* tra i concorrenti.

Il rischio, in pratica, è che l'avvalso e l'avvalente abbiano stipulato un accordo sottostante, in virtù del quale l'avvalso chieda un compenso per l'avvalimento inferiore (al limite nessun compenso) a quello che gli altri

¹²⁴ V. tutta *contra* la prevalente dottrina, S. Cacace, *op.cit.*; G. Fischione, *op.cit.*; M. Martinelli, *op.cit.*.

concorrenti sopportano in proprio o ricorrendo ad avvalimento.

Ciò permette all'avvalente di offrire un prezzo più basso, sfuggendo anche all'anomalia perché lo giustifica con il minor costo dell'avvalimento, e quindi di battere le offerte degli altri concorrenti. L'accordo, tuttavia, prevederebbe che successivamente l'avvalso ottenga un diverso subappalto dall'aggiudicatario, sicché recupererebbe in quella sede quanto scontato in occasione dell'avvalimento, ma chiaramente avendo ormai compromesso la *par condicio* tra i concorrenti.

Le eventuali perplessità della Unione europea avrebbero potuto essere fugate, anche perché l'effetto utile della norma è perfettamente coerente con la *ratio* delle direttive di favorire la concorrenza e la partecipazione della platea delle altre piccole e medie imprese alla esecuzione dei lavori.

A giustificazione del divieto, invece, non riteniamo che potessero essere invocate le finalità di cui all'abrogato art. 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55 (così detta "legge antimafia") che limitava il subappalto con norma poi trasfusa nell'attuale art. 118 del codice. Ciò a cagione del fatto che l'avvalso deve esser in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la partecipazione come concorrente alla procedura, e quindi nei suoi confronti non avrebbero senso adottare le misure cautelative previste dal citato art. 118.

Concludendo su questa questione ormai solo di sapore storico, la coincidenza tra avvalso e subappaltatore suscita tutte le perplessità che

abbiamo evidenziato, sotto i profili dogmatico e operativo.

La modifica del comma decimo dell'art. 49 non è indolore, tanto da far dubitare che essa sia stata sufficientemente mediata e solleva numerosi dubbi e problemi.

Un primo problema riguarda la visibilità del soggetto avvalso, nella sua qualità però di subappaltatore, sin dalla partecipazione dell'avvalso alla gara. È fin troppo evidente che la mera possibilità che l'avvalso sia anche subappaltatore (« (...) l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore (...) ») esclude in radice che di tale possibilità sia dato conto nel contratto di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), che ha oggetto del tutto diverso.

Questione diversa è se la volontà di subappaltatore all'avvalso debba essere dichiarata nella domanda di partecipazione, o se la facoltà di cui al comma decimo rechi con sé una specie di autorizzazione preventiva a quello specifico subappalto anche in assenza di dichiarazione. La soluzione preferibile sembra essere nel senso che anche il subappalto all'avvalso debba trovare ingresso nella dichiarazione in sede di domanda di partecipazione.

La precedente versione del comma decimo disponeva che l'impresa ausiliaria non potesse assumere «a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore».

Una dottrina¹²⁵ interpretava questa disposizione nel senso che l'avvalso non potesse assumere tale ruolo anche all'interno di una compagine associativa.

¹²⁵ M. Gentile, *L'avvalimento alla luce del decreto correttivo*, in www.appaltiecontratti.it, 2007,14

Giova qui ribadire che il codice intendeva riferirsi alla qualifica di appaltatore in sé considerato nella ipotesi di successione nel contratto, ove possibile, escludendo tale evenienza per impedire una interposizione fittizia soggettiva. È fin troppo evidente che l'avvalso possa partecipare ad un raggruppamento, o consorzio o ad un gruppo societario con l'aggiudicatario, essendo questa, anzi, una evenienza riconosciuta dalla norma e dalla giurisprudenza financo risalente e, in fin dei conti, la genesi originaria dello stesso istituto. Si è già osservato che il divieto di ricoprire il ruolo di appaltatore, in questa interpretazione, era ultraneo e la sua espressa eliminazione nella novella nulla aggiunge e nulla toglie alla norma.

Vero è che il riferimento ai requisiti prestati, come limite al subappalto, è di incerta comprensione. Non vi sarebbe una raffrontabilità dei requisiti, o almeno di alcune categorie di essi, con l'oggetto del subappalto. Ciò è da dire in particolare con riferimento ai requisiti economici finanziari o anche all'avvalimento di mezzi d'opera o di personale. Per queste due ultime categorie, è opportuno tener presente che i limiti del sinallagma dell'avvalimento sono ben evidenziabili ed all'interno di essi dovrà essere interpretata la potenzialità dell'avvalso ad eseguire il subappalto e quindi il rispetto dei limiti stessi.

Ulteriore problema riguarda l'applicabilità al subappalto in questione dell'intera normativa scaturente dagli artt. 118 e 37, co. 11 del codice ed in genere della normativa restrittiva.

Ricordiamo che la libertà contrattuale dell'appaltatore, prevista senza alcuna limitazione dal codice civile negli appalti ordinari, è invece nei contratti pubblici fortemente limitata nella quantità e nella qualità dei lavori subappaltabili. A ciò si aggiunga un limite di ordine generale consistente nella necessaria autorizzazione, da parte della stazione appaltante, del ricorso al subappalto, ove giuridicamente possibile in relazione alle altre norme limitative. In una ipotesi, art. 37, co.11, l'appalto è addirittura obbligatorio in alternativa con una ATI verticale (limite del 15 % per le SIOS).

Orbene, il subappalto di cui ci stiamo occupando potrebbe sfuggire a queste limitazioni, o, correlatamente, essere sufficiente la dichiarazione di avvalimento per non incorrere nell'obbligo di cui all'art.37?

Alcuni tentano di risolvere il problema attraverso il principio di specialità. Ma il tentativo non va a buon fine perché si arena subito sul quesito se il rapporto di generalità e specialità sia tra le norme restrittive del subappalto rispetto al comma decimo e viceversa.

Una parte della dottrina propende per la esclusione delle limitazioni a questo tipo di subappalto. Essa lo ricostruisce come una figura giuridica autonoma, distinta dall'ipotesi ordinaria. Infatti, ai sensi dell'art. 49, co.4, l'avvalso risponde in solido con l'aggiudicatario delle prestazioni oggetto del contratto. Si è già osservato che la norma assume la solidarietà

¹²⁶ M. Greco, *Ancora sui rapporti tra avvalimento e subappalto nei LL.PP. dopo la modifica dell'art. 49 comma 10 del codice dei contratti*, in www.appalticontratti.it, 23 aprile 2007.

¹²⁷ R. Mangani, *Avvalimento e sub appalto*, in *Convegno IGI*,21

dell'avvalso per l'intera prestazione e non solo per la parte eventualmente coperta del suo avvalimento. Una tale situazione di responsabilità solidale, secondo una dottrina, introdurrebbe una figura eccentrica di subappaltatore, il quale, se da un lato è chiamato alla esecuzione materiale di una parte ridotta dell'opera o del servizio o della fornitura, dall'altra risponde per l'intero in qualità dell'avvalso. Da ciò si dovrebbe desumere che questo subappaltatore non sia riconducibile alla medesima figura giuridica per la quale valgono i divieti ed i limiti del codice, e quindi che egli sia del tutto svincolato da essi in quanto titolare di un subappalto speciale. In particolare, la previsione del nuovo comma decimo, per cui il subappalto è possibile "nei limiti dei requisiti prestati" dall'avvalso sembrerebbe operare in due direzioni. Come limitazione dell'oggetto del contratto di subappalto, nel senso che l'avvalso non potrà assumere obbligazioni maggiori o diverse da quelle oggetto dell'avvalimento; ma anche nuova frontiera della limitazioni di legge, nel senso cioè che, qualunque siano i limiti fissati da altre norme, l'avvalso può eseguire il subappalto sino al limite massimo di quanto ha prestato all'aggiudicatario, anche se ciò in ipotesi, lo conducesse a sfiorare limiti di ordine pubblico quali la non appaltabilità di oltre il 30 % delle opere della categoria prevalente. Di più, la citata dottrina ritiene, con consequenzialità logica ineccepibile, che essendo sostanzialmente la attestazione SOA il vero oggetto dell'avvalimento, si possa procedere al subappalto di tutto ciò che nella attestazione SOA è compreso e da essa

reso possibile. Con la conseguenza, in sostanza, che *sub specie* di subappalto, ed aderendo alla tesi circa la non operabilità dei limiti di legge, l'intera opera potrebbe essere subappaltata¹²⁸.

Contraddittoriamente, però, la stessa dottrina ritiene la permanenza della autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante. La contraddittorietà deriva dal fatto che non si comprende perché dovrebbe essere autorizzato l'ingresso nella esecuzione dell'opera di un subappaltatore se la norma già prevede la facoltà dell'appaltatore di subappaltare all'avvalso. Se il subappalto in questione è una figura speciale strettamente connessa alla esistenza dell'avvalimento, ed anzi quasi necessitata da questo, si può ben dire che essa sia stata già legislativamente autorizzata proprio dal comma decimo. Se l'avvalimento stesso non si poteva comprendere nella fase operativa senza il concorso al subappalto ne consegue che il subappalto all'avvalso è permesso indipendentemente dalla autorizzazione e dalla previsione in bando.

Questa ricostruzione dell'istituto dà immediatamente conto dei guasti causati dalla novella del decimo comma.

Il legislatore della novella semplicemente rimuovendo il divieto ha creato un nuovo sistema fitto di lacune, non rendendosi conto che tutte le perplessità e le contrarietà che la dottrina più avvertita aveva segnalato circa la coincidenza delle due figure, avrebbero richiesto, ove si fosse voluto eliminare il divieto, di introdurre disposizioni di chiarificazione proprio ad

¹²⁸ Cfr. M. Gentile, *op.cit.*

evitare i pericoli maggiori. Poiché ciò non è stato fatto, una interpretazione come quella sopra citata, sotto un profilo strettamente linguistico e letterale, è sicuramente possibile, ma non vi è chi non veda che essa sarebbe distruttiva dell'intero sistema degli appalti e delle forniture.

In realtà, l'interpretazione del nuovo comma decimo deve scaturire da una attenta adesione ai principi generali. A tale proposito giova ricordare che il subappalto è visto con sfavore dal legislatore nazionale dei contratti pubblici, tanto da circondarlo di cautele e limiti che sono ordinariamente considerati di ordine pubblico¹²⁹. Da ciò consegue necessariamente che qualunque interpretazione che derivi da un tale principio, per quanto possibile sotto un profilo logico, collide irreparabilmente con i principi generali sottesi al sistema dei contratti pubblici.

L'istituto dell'avvalimento, sostanzialmente introdotto *ex novo* nel nostro ordinamento giuridico sottostante all'avvalimento, non può essere confuso o commisto con nessun altro negozio giuridico. La causa giuridica dell'avvalimento è la messa a disposizione di un requisito o di un mezzo a

¹²⁹ A questo proposito F. Lilli, *L'avvalimento dei requisiti speciali di gara alla luce della direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18*, in www.giustamm.it, osserva come "esigenze di ordine pubblico correlate alla prevenzione del fenomeno mafioso non possono giustificare tutte le limitazioni e i condizionamenti previsti dall'attuale disciplina sul subappalto, dovendosi, invece, focalizzare solo sui profili di idoneità morale del subappaltatore; altrimenti, la misura adottata per tutelare uno specifico interesse pubblico nazionale risulterebbe incongrua ed incisiva in modo irragionevole del principio di libera circolazione dei beni e servizi".

Per un approfondimento in materia di subappalto, cfr. S. Fantini, *Il subappalto*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici, nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/05*, Milano, 2005, 343; G. Sala, *Il subappalto e le altre modificazioni soggettive nell'appalto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 587; L.V. Moscarini, *Il subappalto*, 1999, 3, 513; A. Romano Tassone, *Subappalto. Il nuovo ambito di applicazione. Requisiti e procedure*, in *App. urb. edil.*, 2000, p. 201; A. Valletti, *Il subappalto*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, coll. diretta da F. Caringella, G. De Marzo, Milano, 2005.

fronte di una utilità. Trattasi di un negozio naturalmente oneroso, ma quindi anche gratuito. È quindi necessario distinguere, in primo luogo, se oggetto dell'avvalimento sia appunto un requisito soggettivo o un requisito speciale o un requisito tecnico organizzativo o economico finanziario. In altre parole, occorre distinguere tra l'oggetto dell'avvalimento come semplice requisito qualificante, da quello che si inverte in mezzi operativi od organizzativi diretti a realizzare l'*opus* o il servizio o la fornitura (mezzi d'opera, personale etc.).

Nel caso di avvalimento qualificante il problema del subappalto non si pone neppure. Più ancora, poiché non sono raffrontabili i requisiti prestati e l'oggetto del subappalto (si pensi ad un avvalimento di requisiti finanziari rispetto ad un subappalto di impianti) ne consegue che la norma opererà non già come apertura al subappalto, ma come sua esclusione in fatto. In parole povere, il legislatore ha voluto collegare strettamente l'oggetto dell'appalto al requisito prestato («nei limiti dei requisiti prestati») di modo che il subappalto risulta impossibile tutte le volte in cui la natura dei requisiti prestati sia inapplicabile all'oggetto del subappalto.

Una acuta dottrina ha osservato¹³⁰ che la differenza tra l'avvalimento ed una modalità associativa è che il primo è volto a specificare “chi garantisce per che cosa” la seconda “chi fa che cosa”.

Ricordiamo che l'avvalimento non costituisce una modalità associativa, ma

¹³⁰ V. Miniero, *I rapporti tra avvalimento e subappalto: un tentativo di dare risposta a difficili quesiti*, in www.appaltiecontratti.it, 26 aprile 2007.

un sistema di utilizzazione di risorse altrui per integrare le proprie. Se la causa giuridica è lo scambio tra messa a disposizione di requisiti ed utilità, il motivo del negozio è appunto l'integrazione dei requisiti di partecipazione¹³¹. Da ciò deriva che l'avvalente, tramite l'avvalimento, assume lo *status* di soggetto abilitato a partecipare alla gara come se fosse egli stesso in possesso dei requisiti. Ciò vale sia nei confronti di requisiti genericamente qualificanti (possesso di attestazione SOA, requisiti economico finanziari, fatturato etc.) sia di quelli speciali, che potremmo definire operativi, che si traducono nel possesso di mezzi o *know how*. Non ha senso, quindi, chiedersi come operativamente l'aggiudicatario potrà eseguire l'opera, allo stesso modo in cui non ha senso chiederselo nei confronti di un aggiudicatario che sia qualificato con le sue sole forze. Teniamo presente che il codice non prescrive il necessario ingresso nella fase operativa dell'avvalso, ma, a tutela della stazione appaltante, chiama l'avvalso alla responsabilità solidale per l'intero dell'avvalso, perché l'eventuale inadempimento derivato dal venir meno di quei requisiti che questi aveva garantito ha determinato, in sostanza, il venir meno dall'origine della qualificazione dell'avvalente. Contrariamente a quanto

¹³¹ Cfr. Cons. St., Sez.VI, 23 dicembre 2005,n.7376, in *Foro amm.*, 2005,12,p. 3691. Il Cons. St. ha ritenuto che "un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara, di cui è espressione anche il principio di avvalimento ora fissato dalle Direttive UE nn. 17 e 18 del 2004, 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. 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". Oggi tale lettura va comunque vista alla luce dell'art.49, comma 2, lett. d e lett. f, del Codice.

ritiene una dottrina¹³² il sistema della garanzia postula, appunto, che l'avvalso sia chiamato eventualmente a subentrare all'aggiudicatario nella esecuzione dell'opera o della parte di essa cui si riferiva il requisito prestato e in relazione alla quale si è verificato l'inadempimento¹³³.

Ma proprio per questi motivi, il legislatore è del tutto indifferente rispetto allo strumento giuridico utilizzato nella fase operativa (nolo, affitto di azienda¹³⁴, locazione di mezzi etc.) per concretizzare la cooperazione tra ausiliata ed ausiliare, quale sia, cioè, il negozio giuridico che regola le rispettive pretese dell'avvalente (nel richiedere la utilizzazione dei mezzi) e dell'avvalso (nel porle a disposizione e nel pretendere il corrispettivo). Ciò che è chiaro è che questo negozio giuridico ha causa diversa da quella del negozio di avvalimento, il cui oggetto non è la concreta messa a disposizione dei mezzi, ma l'impegno a metterli a disposizione. Non solo,

¹³² M. Gentile, *op.cit*

¹³³ In tal senso M. Fracanzani, *L'avvalimento: questioni sostanziali e profili processuali*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2007, 1, p. 7. Anche in giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 2 luglio 2007, n. 7058, in www.giustamm.it) si è affermato come "l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare (non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma) anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante), e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione: l'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione; l'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione; l'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione". Cfr., altresì, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486, in *Foro amm.*, 2007, 10, p.3215 ove si afferma che "In tema di avvalimento, uno dei caratteri fondamentali dell'istituto, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, è l'assoluta irrilevanza ed indifferenza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto "avvalso", essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo."

¹³⁴ TAR Campania, Napoli, Sez. I, n. 3108/06.

ma in ipotesi astratta, il successivo negozio giuridico potrebbe anche mancare o perché l'avvalente è, *de facto*, in grado di operare da solo, o perché l'utilizzazione dei requisiti avviene in via fattuale (a prescindere dal problema teorico se si sia allora in presenza di un negozio così detto tacito o attuativo).

Seguendo il medesimo ragionamento il riferimento al limite dei requisiti prestati collega con corrispondenza biunivoca necessaria questi all'oggetto del subappalto, sia nella quantità, sia nella tipologia di esecuzione. Per cui, a titolo di esempio, un avvalimento limitato a mezzi d'opera non renderà possibile un subappalto ove tali mezzi siano utilizzati, assieme a personale non oggetto di avvalimento, per la realizzazione di una parte dell'opera.

Una dottrina, ritenendo che la attestazione SOA sia il reale oggetto dell'avvalimento, afferma la sub appaltabilità di tutte le opere, servizi o forniture astrattamente rientranti nella attestazione SOA stessa. Viceversa, quanto esposto porta alla conseguenza che l'aver prestato esclusivamente la attestazione SOA, infatti rientra tra i requisiti qualificanti e non tra quelli operativi. In tale tipo di avvalimento non si indicano i mezzi o le capacità specifiche che saranno prestate, ma ci si limita ad integrare il requisito generale dell'avvalente. Pertanto non è logicamente possibile individuare "i limiti" del requisito prestato, a meno di non voler considerare che, in tal caso, potrà essere subappaltata una quota indistinta dell'opera (a prescindere dal tipo di lavorazioni) rientrante nel limite della attestazione

SOA, *a fortiori* anche l'intera opera.

Quanto tale conclusione, astrattamente possibile, sia congruente con il sistema degli appalti è facile intuire.

Postulata la totale diversità dei negozi giuridici e la loro autonomia, ne consegue che anche l'eventuale negozio giuridico di subappalto non possa che essere distinto ed autonomo rispetto all'avvalimento, alla stessa stregua di un diverso contratto di subappalto che l'aggiudicatario stipuli, ove previsto e nei limiti di legge, con soggetto terzo. Esso si atteggia, esclusivamente, quale uno dei possibili negozi giuridici con cui l'avvalente e l'avvalso regolano la successiva fase operativa del loro distinto rapporto di avvalimento, e come tale esso è regolato in tutto dalla normativa restrittiva che regola il ricorso dell'aggiudicatario al subappalto.

La dottrina aveva manifestato dubbi sulla concreta possibilità che l'avvalente utilizzasse il contributo della impresa ausiliaria qualora questa non avesse potuto partecipare alla fase esecutiva dei lavori. Proprio a ragione di questi dubbi da gran parte si è richiesta l'abolizione del divieto in esame. A ben vedere tali dubbi non avevano luogo di essere. Si è detto che la causa giuridica dell'avvalimento non è costituita dall'impegno ad eseguire opere, ma solo a porre a disposizione. Nella piena libertà contrattuale garantita dal nostro codice civile, per il legislatore è del tutto indifferente quale sia il negozio giuridico che, tra le parti, realizza l'incontro delle pretese. Non vi era, quindi, alcun bisogno di "liberalizzare"

il subappalto quasi che esso fosse l'unico, o il migliore, strumento giuridico da utilizzarsi all'uopo, potendovene essere molti altri negozi tipizzati e non tipizzati. Il disfavore verso il subappalto aveva spinto il legislatore del primo codice ad introdurre il divieto, una scarsa comprensione delle conseguenze sistematiche ha spinto il legislatore della revisione ad eliminarlo, ma ciò che non muta è il fatto che la autonomia concettuale, e quindi giuridica, tra avvalimento e negozio sottostante rimangono e devono ben essere prestati all'interprete.

Questa interpretazione circoscrive la platea degli avvalsi subappaltatori, individuando, aprioristicamente, l'ambito dell'oggetto subappaltabile a quello corrispondente alla quantità, qualità e tipologia di requisito prestato. Il subappalto potrà avvenire nei confronti dell'avvalso solo in relazione all'oggetto dell'avvalimento (e quindi a ciò che il soggetto si è impegnato a prestare), e nei limiti qualitativi e quantitativi da esso dichiarati nella dichiarazione di cui all'art. 49, co.2, lett. d), con la assoluta impossibilità di sottoscrivere un contratto di subappalto avente oggetto e dimensione diversa, anche se, in ipotesi, possibile rispetto alla propria attestazione SOA.

Ne consegue che il nuovo comma decimo, lungi dal "liberalizzare" del tutto il subappalto a favore degli avvalsi, lo ha introdotto con dei limiti precisi, ricavabili dal confronto, caso per caso, tra il tipo di avvalimento operato e le opere, servizi o forniture subappaltabili.

Se si tiene fermo il principio sopra esposto (vale a dire che l'avvalimento "trasforma" una impresa non qualificata in impresa qualificata a prescindere da quali siano i successivi passaggi operativi) si risolvono agevolmente i dubbi sorti in dottrina circa il rapporto tra l'avvalimento e le norme speciali sul subappalto o sul possesso di requisiti specialissimi, soprattutto in relazione alle SIOS 135. In effetti, l'impresa avvalente dovrà comportarsi nei confronti del subappalto come se l'avvalimento non vi fosse stato. E così non dovrà compiere alcuna dichiarazione di subappalto se l'avvalso opererà in virtù di un negozio giuridico diverso, o dovrà compierla se intende avvalersene all'interno di un contratto di subappalto. Non sarà tenuta a subappaltare, e quindi a dichiarare preventivamente, le lavorazioni di cui all'art. 74, co. 2 del d. P.R. n. 554 del 1999 se sia qualificata a mente dell'avvalimento.

In conclusione, la chiave per la soluzione dei problemi è esattamente questa: l'avvalente assorbe in sé e fa propri i requisiti prestati, si "trasforma" in una impresa apparentemente diversa e quindi si deve comportare nei confronti degli altri soggetti giuridici (avvalsi compresi) come nei confronti di altri terzi.

A proposito dei limiti per il subappalto derivanti dai requisiti prestati, giova ricordare che nel parere della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato n.3641 del 28 settembre 2006 il Consiglio aveva

¹³⁵ M. Greco, *Ancora sui rapporti tra avvalimento e subappalto nei LL.PP. dopo la modifica dell'art.49 comma 10 del codice dei contratti*, in: www.appaltiecontratti.it, 23 aprile 2007.

osservato il possibile contrasto del divieto di subappalto con la normativa comunitaria dando conto di un parere informale del Servizio legale della Commissione europea. Il Consiglio aveva suggerito, quindi, di modificare il comma decimo inserendo la facoltà per l'avvalente di avvalersi della società ausiliaria nell'esecuzione dei lavori nei "limiti della competenza di quest'ultima". Si deve osservare, in primo luogo che il Consiglio non sposa direttamente la tesi della praticabilità del subappalto, ma solo indirettamente, chiedendo l'abrogazione del comma decimo e la sostituzione con una norma abilitante, propende per la eliminazione del divieto stesso. Quanto al suggerimento, tuttavia, non è ben chiaro, cosa il Consiglio abbia esattamente inteso utilizzando la parola "competenza". È noto che nel linguaggio giuridico la "competenza" indica la misura di un potere (amministrativo, giurisdizionale, privato). È quindi da escludere che il termine sia stato utilizzato nella sua accezione più corretta giuridicamente, atteso che nessun potere, né pubblico né privato, compete all'avvalso tanto da doverne determinare la misura. Il vocabolo, quindi, non può che essere utilizzato nella sua accezione più comune, che indica la capacità, il possesso di cognizione e mezzi tali da porre un soggetto nella possibilità, astratta, di compiere correttamente una certa azione. In questa interpretazione, non tecnica, ma lessicalmente chiara, si comprende il significato preciso del richiamo operato dal legislatore ai "limiti dei requisiti prestati". In parole povere, il Consiglio suggeriva di permettere il

subappalto solo se corrispondente alle capacità professionali dell'avvalso, così come, evidentemente, risultanti dall'oggetto dell'avvalimento. Traducendo il suggerimento in linguaggio giuridico il legislatore ha compiuto un riferimento, appunto, ai requisiti prestati, il che significa che il subappalto sarà possibile solo nella misura in cui l'esecuzione del contratto derivato avvenga attraverso la utilizzazione dei requisiti (mezzi, personale etc.) posti a disposizione. In tale operazione non riteniamo che vi sia stata un contrario avviso rispetto al parere.

Né riteniamo si possa giungere a conclusioni diverse, circa il rapporto tra avvalimento e subappalto, ragionando sul regime della responsabilità solidale di cui al comma quarto¹³⁶.

Data l'autonomia dei due negozi giuridici (avvalimento e subappalto) è evidente che l'avvalso assume due vesti distinte: è contraente nel negozio giuridico di avvalimento, assumendo l'impegno a porre a disposizione i mezzi. In tale veste assume altresì la responsabilità solidale di cui al comma quarto a prescindere da qualsiasi altro rapporto giuridico, tra cui il subappalto, con il quale regola concretamente la messa a disposizione e dal quale scaturiscono gli obblighi propri del negozio stesso. La casuale coincidenza nel medesimo soggetto delle due posizioni non autorizza minimamente a ritenere che esse si fondino per dar vita ad una figura

¹³⁶ In dottrina si è affermato come “la disciplina della responsabilità solidale toglie all'avvalimento qualsiasi attrattiva per le società non direttamente coinvolte nella procedura, le quali possono ritrovarsi a rispondere della realizzazione di un'opera pubblica in misura maggiore del contributo effettivamente dato al concorrente”, M.C. Rosati, *Brevi considerazioni sull'avvalimento nei contratti pubblici*, cit.

autonoma e speciale di negozio giuridico.

Non sussistono dubbi circa una presunta disparità di trattamento nella possibilità di acquisire subappalti tra gli imprenditori che rivestono anche il ruolo di avvalsi e gli altri ¹³⁷. Il legislatore è libero, nella sua discrezionalità, di limitare, se può, il ricorso al subappalto. Tutta la normativa restrittiva è indicativa di questa tendenza. Non vi è, quindi, contraddizione né disparità di trattamento in una norma che opera per esclusiva volontà dello stesso soggetto presunto discriminato. In altre parole, l'avvalso sottoscrive tale negozio giuridico del tutto volontariamente, e quindi volontariamente e scientemente subisce le conseguenze limitanti di tale scelta. Se ritenesse discriminante la disposizione potrebbe ben evitare tale discriminazione semplicemente non prestando l'avvalimento, ma concordando, preventivamente, la realizzazione del subappalto, atteso che la scelta del subappaltatore è di competenza dell'appaltatore.

Si ricordi che il rispetto della concorrenza significa, principalmente, l'obbligo di porre tutte le imprese in *par condicio*, ma non si spinge sino a vietare del tutto una regolazione della concorrenza ai fini pubblici di efficienza ed efficacia del contratto.

Per concludere, non possiamo esimerci dall'osservare che quella che sembrava un semplice ampliamento delle facoltà delle imprese si è rilevata una vera bomba dirompente nel sistema dell'avvalimento, i cui problemi

¹³⁷ Cfr. M. Gentile, *op.cit.*.

potranno essere risolti solo, caso per caso, dal prudente apprezzamento del giudice amministrativo.

In particolare il problema è dato dal fatto che, secondo l'interpretazione che si è data, che ci sembra l'unica logicamente accettabile ma che non ci soddisfa sul piano degli interessi della stazione appaltante e desta preoccupazioni, l'avvalimento, e particolarmente con la possibilità del subappalto, permette sostanzialmente l'ingresso nella fase operativa di imprese non qualificate soprattutto per l'esecuzione delle così dette SIOS. Si è notato il caso in cui, avvalendosi di una impresa con i requisiti di cui all'art. 37, co. 11 138, l'aggiudicatario si sia qualificato, ma poi abbia eseguito in proprio le SIOS (così come la norma nella interpretazione fornita permette). La stazione potrà contare in tal caso sulla solidarietà di cui al comma quarto, ma solo *a posteriori* nella fase patologica, e non durante la esecuzione. In parole povere o si cambia, e rapidamente, lo stesso istituto dell'avvalimento a livello europeo (il che, francamente, pare poco ipotizzabile), oppure si agisce opportunamente sui bandi, in virtù dell'art. 49, co.7. In altre parole, le stazioni appaltanti si devono attrezzare per

¹³⁸ L'art.37, comma 11 espressamente dispone: "11. Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, raggruppamenti temporanei di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l'elenco delle opere di cui al presente comma. Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti."

variare opportunamente le possibilità di avvalimento, facendo sì che esso, di fatto, si limiti ad integrare, ed in misura non significativa, i requisiti di per sé posseduti dal concorrente, tanto da spingere l'avvalimento ai limiti minimi della sua operatività. Ciò perché o i problemi operativi e l'incidenza sulla qualità e sicurezza della prestazione non sussistono, ed allora è inutile preoccuparsi; oppure essi sussistono, ed allora è sempre possibile ben motivarli nel bando e calibrare l'avvalimento nella maniera più opportuna.

2.1 La solidarietà passiva tra avvalente e avvalso

Come abbiamo già accennato nella disciplina previgente alle innovazioni introdotte prima dalla legge 228/2006 e successivamente dal d.lgs. n. 6/2007, questa affermazione di principio andava peraltro letta in coordinamento con la previsione del successivo comma 10, secondo cui «il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara». Anche se la norma faceva riferimento alla “esecuzione” del contratto, si deve ritenere che fosse la titolarità del contratto a far capo esclusivamente all'impresa concorrente.

Sembrava, quindi, che si fosse voluto sancire il principio che l'unico soggetto titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione era il concorrente che ha partecipato alla gara¹³⁹.

¹³⁹ A. Costantini, R. Stendardi, *L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it. cit.

Questa conclusione appariva rafforzata da due ulteriori previsioni, contenute sempre nel comma 10. La prima relativa al rilascio del certificato di esecuzione, che era previsto unicamente a favore dell'impresa concorrente: era, infatti, da ritenersi coerente che tale certificato venisse rilasciato a favore dell'unico soggetto legato all'amministrazione da un rapporto contrattuale. La seconda previsione stabiliva che l'impresa ausiliaria non potesse assumere ad alcun titolo il ruolo di appaltatore-e quindi di titolare del rapporto contrattuale- o di subappaltatore.

L'insieme coordinato delle richiamate disposizioni imponeva di operare una ricostruzione del rapporto trilaterale tra concorrente, impresa ausiliaria e stazione appaltante che fosse coerente, soprattutto in relazione alla necessità di conciliare l'esclusività della titolarità del rapporto contrattuale in capo all'impresa concorrente con l'affermazione della responsabilità solidale di quest'ultima e dell'impresa ausiliaria.

La responsabilità solidale dovrebbe, infatti, presupporre una contitolarità delle obbligazioni assunte, che invece nel caso specifico sembrava esclusa dalla circostanza che la titolarità del contratto d'appalto -e quindi delle obbligazioni che ne conseguono- faceva capo esclusivamente all'impresa concorrente, e non anche all'impresa ausiliaria.

Per sciogliere quest'apparente contraddizione si poteva configurare la responsabilità solidale in termini di garanzia che gravava sull'impresa ausiliaria in caso di inadempimento dell'impresa concorrente, titolare del

contratto. Così, qualora quest'ultima non avesse adempiuto alle obbligazioni contrattuali, la stazione appaltante avrebbe potuto rivalersi in via solidale anche nei confronti dell'impresa ausiliaria quale garante, o chiedendo a quest'ultima l'adempimento delle prestazioni (cioè l'esecuzione dei lavori), ovvero chiamandola a rispondere solidalmente all'impresa concorrente a titolo di risarcimento danni.

Va, infine, sottolineato che l'esplicita esclusione della qualifica di subappaltatore in capo all'impresa ausiliaria comportava che i rapporti tra questa e l'impresa concorrente non fossero configurabili in termini di subappalto, con la conseguente esclusione dell'applicabilità della disciplina vincolistica in materia.

Questa ricostruzione si deve tuttavia ritenere superata a seguito delle novità introdotte dalla legge n.228/2006,e, soprattutto, dal d.lgs. n. 6/2007.

Infatti, in base alla nuova formulazione del comma 10, mentre resta fermo il principio che il contratto di appalto viene eseguito dall'impresa principale - cui viene rilasciato il certificato di esecuzione- viene altresì stabilito che «l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

Non è, dunque, per nulla agevole la determinazione della reale natura giuridica del rapporto tra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice.

Certo è che, in base agli elementi evincibili dalla norma del nostro

ordinamento, detto rapporto si caratterizza:

a) per l'assunzione di un obbligo diretto nei confronti del soggetto aggiudicatore, di fornire all'impresa concorrente i mezzi e le risorse delle quali quest'ultima intende avvalersi per l'esecuzione dell'appalto;

b) per la sussistenza di un contratto che suggella tra le parti tale obbligo;

c) per la conseguente responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e di quella avvalente verso la stazione appaltante, per le obbligazioni discendenti dal contratto d'appalto.

Con la precisazione che, tuttavia, a differenza di quanto accade nelle ATI, ove il mandatario stipula il contratto con l'amministrazione aggiudicatrice anche in nome e per conto delle mandanti (le quali pertanto assumono direttamente le obbligazioni contrattuali e le connesse responsabilità verso la stazione appaltante, salva la loro limitazione nel caso di ATI verticale), nell'avvalimento non appare configurabile un rapporto contrattuale tra impresa ausiliaria ed amministrazione aggiudicatrice.

Dunque la prima delle garanzie previste a favore della stazione appaltante sta proprio nel prevedere la solidarietà passiva dell'avvalente e dell'avvalso nei confronti della stazione in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Si noti che la solidarietà si concreta nel risarcimento del danno derivante dall'eventuale inadempimento, ma non si limita alla parte di prestazione che sia coperta dall'avvalimento, si estende bensì all'intero

contratto¹⁴⁰.

Il regime della responsabilità è dunque tracciato dal legislatore, sia nei confronti dell'avvalente sia dell'avvalso, nella maniera più incisiva possibile.

3. La responsabilità dell'impresa avvalente

La posizione e gli obblighi dell'impresa avvalente nei confronti della stazione appaltante costituiscono uno dei punti più delicati dell'intero impianto normativo.

La relativa disciplina è contenuta nel comma IV e nel comma X dell'art. 49 del codice.

Il comma IV sancisce il principio della responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante relativamente alle prestazioni oggetto del contratto.

Il comma X, recentemente modificato dal Decreto 6/2007, mantenendo saldo il principio secondo il quale il contratto di appalto deve essere eseguito dall'impresa principale¹⁴¹ stabilisce che "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati".

La modifica è stata, peraltro, sollecitata dal Consiglio di Stato¹⁴², il quale ha precisato che "*con riferimento all'art. 49, comma 10, del codice,*

¹⁴⁰ Cfr. M. C. Rosati, *Brevi considerazioni sull'avvalimento nei contratti pubblici*, cit.

¹⁴¹ In linea con detto principio il certificato di compiuta esecuzione delle opere viene infatti rilasciato all'impresa principale e non all'impresa ausiliaria

¹⁴² Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere del 28 settembre 2006,

contenuto nell'art. 1, comma 2, dello schema di decreto, il quale fa divieto all'impresa ausiliaria di assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di subappaltatore, deve rappresentarsi l'esigenza di recepire sin da adesso l'avviso manifestato, sia pure in un parere informale, dal Servizio legale della Commissione europea in ordine alla coerenza del citato art. 49, comma 10, con la normativa comunitaria¹⁴³. Pertanto, allo scopo di prevenire l'instaurazione di una procedura di infrazione, si propone la soppressione dell'art. 49, comma 10, e, in sua sostituzione, la previsione a favore dei concorrenti della facoltà per i medesimi di avvalersi nell'esecuzione dei lavori della società ausiliaria, nei limiti della competenza di questa ultima".

Cade, pertanto, il precedente divieto per l'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore, in quanto la suddetta modifica riporta inequivocabilmente l'avvalimento all'interno della nota categoria del subappalto.

Procedendo ad a una lettura coordinata della nuova previsione contenuta nel comma X con la disposizione che prevede la produzione, in sede di

¹⁴³ Il Servizio legale della Commissione europea ha svolto il seguente rilievo: "...il divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare alla realizzazione dell'appalto a qualsiasi titolo può annientare la portata dell'avvalimento. Perché non dovrebbe poter partecipare come subappaltatore? Il subappalto non può essere vietato dalla stazione appaltante. Se c'è un caso in cui può essere utile il ricorso al sub appalto è proprio quando le capacità della società ausiliaria sono necessarie alla realizzazione dell'appalto. Altrimenti, in questo caso, diventa obbligatorio raggrupparsi E perché, invece, non potrebbero indicare nell'offerta che la società ausiliaria realizzerà la parte per la quale è competente".

gara, del sottostante contratto di avvalimento, va chiarito che quest'ultimo contratto non deve necessariamente coincidere con il contratto di subappalto, che lega impresa principale e impresa ausiliaria ai sensi del comma X.

L'impresa ausiliaria "può", infatti, assumere il ruolo di subappaltatore, senza che vi sia un obbligo cogente in tal senso.

In sostanza, il fatto che l'impresa ausiliaria "possa" assumere il ruolo di subappaltatore, non può essere inteso come individuazione di un modello tipico e unico in cui si deve estrinsecare il rapporto tra impresa principale e impresa ausiliaria, quanto piuttosto come una mera possibilità, in linea con quanto illustrato al precedente paragrafo circa la natura giuridica ed i possibili inquadramenti contrattuali del contratto di avvalimento.

Ai fini della tutela della pubblica amministrazione, particolare attenzione merita la disposizione del comma IV, che sancisce la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e dell'impresa principale nei confronti della stazione appaltante.

Va evidenziato come la norma si discosti dalla regola civilistica ordinaria, la quale prevede che la responsabilità per l'adempimento si leghi alla titolarità del contratto e che, conseguentemente, per aversi responsabilità solidale vi debba essere una contitolarità delle obbligazioni contrattuali: colui che è responsabile in solido è normalmente parte del contratto.

Nel caso dell'avvalimento, non trovando applicazione la disciplina

generale, la responsabilità solidale viene sancita a livello superiore direttamente dal legislatore.

Alla luce del dettato normativo, quindi, la responsabilità solidale in capo all'impresa ausiliaria non sarebbe la naturale conseguenza della sua qualità di coobbligata contrattuale, ma deriverebbe da una previsione legislativa specifica volta a configurare l'esistenza di un soggetto che, pur non essendo parte del rapporto contrattuale, è chiamato a rispondere solidalmente in ordine all'adempimento di tale rapporto.

Un delicato problema riguarda proprio l'ampiezza ed i limiti di tale responsabilità solidale. La norma sembrerebbe configurarla in termini molto ampi, relazionandola genericamente a tutte le prestazioni oggetto del contratto (di appalto).

In realtà, nel caso in cui si ricorra all'avvalimento parziale o nel caso in cui il contratto di avvalimento si estrinsechi in un contratto di subappalto, pare possibile desumere che la responsabilità solidale si limiti rispettivamente ai requisiti prestati o a quelle specifiche prestazioni che essa esegue nell'ambito del rapporto di subappalto.

Ma se questa conclusione ha una sua validità nell'ipotesi dell'avvalimento parziale o in quella in cui l'avvalimento si estrinseca attraverso il contratto di subappalto, per coerenza di sistema essa sembra poter valere anche nel diverso caso in cui il rapporto di avvalimento si svolga attraverso un contratto di affitto di azienda (o altra diversa tipologia

contrattuale atipica).

Contrariamente, si porrebbero questioni di legittimità costituzionale a causa della traslazione di responsabilità per l'esecuzione del contratto messo a gara in capo ad un soggetto che non ne assume il ruolo di esecutore, che non ne ha le capacità, che non ha concorso per farlo, che non è in grado comunque di influire o di vigilare sull'andamento dell'esecuzione.

La figura si sostanzierebbe nell'assunzione di responsabilità per fatto altrui, ma senza prevedere l'usuale prova liberatoria dell'impossibilità di impedire il fatto o di aver adottato tutte le cautele, o il caso fortuito¹⁴⁴. Anche il caso della responsabilità dei padroni e committenti, infatti, la quale non prevede prova liberatoria, è in ogni caso logicamente sorretta dal potere che questi esercitano sui propri dipendenti, a differenza di quanto avverrebbe nell'istituto dell'avvalimento.

Pertanto, si comprende come l'operazione di circoscrizione della responsabilità dell'impresa avvalente possa risultare, in concreto, piuttosto difficoltosa allorché il requisito oggetto di avvalimento consista non nella messa a disposizione di beni o mezzi, ma in fattori immateriali (bilanci, attestazioni bancarie, volume d'affari o fatturato globale), che non inquadrandosi in una specifica prestazione all'interno del contratto di appalto, precludono la possibilità di delimitazione della responsabilità patrimoniale dell'ausiliario.

¹⁴⁴ Artt. 2047, 2048, 2050, 2053 e 2054 del codice civile

4. *le problematiche connesse all'istituto dell'avvalimento.*

Il primo problema che sorge intorno all'istituto *de quo* ha ad oggetto l'inquadramento del contratto di avvalimento a uno schema tipico.

Come abbiamo osservato, all'interno dell'istituto 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*¹⁴⁵.

Detta norma di diritto interno, come già sottolineato, aggiunge un elemento alla disposizione comunitaria, ma nulla dice in ordine alle tipologie contrattuali alle quali avvalente ed avvalso possono ricorrere.

Si tratta di un normale contratto consensuale ad effetti obbligatori di diritto privato, dato che si svolge tra due soggetti privati da cui viene esclusa l'amministrazione.

La legge inoltre sottolinea il principio in base al cui l'impresa ausiliaria non diventa mai parte del contratto di appalto susseguente alla aggiudicazione.

È necessario, confrontarsi a tal proposito con altri istituti in modo tale da definire il significato contrattuale dell'avvalimento in termini di obbligazioni assunte dall'ausiliaria e dall'avvalente.

¹⁴⁵Si veda l'articolo 49, comma 2, lett. F del codice degli appalti

Gli istituti da prendere in considerazione a tal fine sono: il consorzio¹⁴⁶, il raggruppamento temporaneo di imprese, il subappalto e il gruppo societario.

La specificità dell'istituto dell'avvalimento è data dal fatto che è possibile coinvolgere un soggetto con cui non si ha nessun legame giuridico, se non quello derivante dal contratto di avvalimento.

Per tali ragioni, l'istituto *de quo* è destinato ad operare al di là dell'esistenza di possibili rapporti giuridici del tipo i quelli che si instaurano nell'esercizio collettivo dell'impresa.

L'istituto che maggiormente si avvicina all'avvalimento è sicuramente il noleggio, poiché con questo condivide il carattere di terzietà che assume l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante¹⁴⁷.

Naturalmente diversi sono gli elementi diversi con il noleggio in quanto questo viene contemplato dallo stesso Codice dei contratti pubblici e in altre disposizioni, non sembra proponibile per quanto riguarda l'avvalimento della qualificazione SOA, e inoltre il noleggiatore non assume mai nei confronti dell'amministrazione direttamente obblighi di sorta, ne risulta

¹⁴⁶V. Cons. St., Sez. VI, n. 8145/04; TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, n. 7515/06; Cons. St., Sez. VI, n. 2014/06.

¹⁴⁷Con riferimento al contratto di noleggio, una recente pronuncia ha disposto che “nel caso in cui il bando di gara di un pubblico appalto si limiti a prevedere, per le sole imprese non in possesso dell’attestato SOA, la prova del possesso di dotazione stabile di attrezzatura tecnica adeguata alle opere da realizzare e, sul piano più generale, la produzione di una dichiarazione sostitutiva con la quale ogni singola impresa deve attestare di avere in dotazione stabile l’idonea attrezzatura tecnica, non è richiesto, ai fini dell’ammissione in gara, che vengano prodotte assieme alla dichiarazione sostitutiva circa il possesso delle attrezzature, le copie dei contratti di noleggio delle attrezzature stesse debitamente registrati in data anteriore a quella del bando” (Cons.giust.amm.Sic., n.462 del 2006). Tuttavia, in dottrina è stato evidenziato che “il noleggio, afferendo a prestazioni di fare, non sarebbe proponibile per l’avvalimento della qualificazione SOA”; in tal senso: M.C.Lenoci, *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis*, in *Urbanistica e appalti*, 2008,4,p.502.

solidamente responsabile con l'appaltatore per l'inesecuzione della prestazione.

Sembra doversi anche escludere che l'avvalimento rientri nello schema del contratto a favore del terzo per la ragione che nel caso di specie la terza stazione appaltante non acquista alcun diritto immediato e diretto alla prestazione per effetto della sola stipulazione, così come dispone l'articolo 1411 del codice civile.

Quanto al subappalto, è sufficiente rilevare che nel sistema della legge l'impresa ausiliaria può “doppiare” l'originario rapporto scaturente dal contratto con quello derivante dal contratto di subappalto¹⁴⁸.

Il contratto di avvalimento¹⁴⁹ sembra potersi avvicinare di molto invece, allo schema della promessa del fatto del terzo¹⁵⁰.

Anche tale contratto però non può essere completamente assimilato al contratto di avvalimento.

Il motivo di tale affermazione, deve essere ricercato proprio nella natura del contratto di cui all'articolo 1381 del codice civile; questo infatti presuppone che ci sia un contratto che lega due soggetti il cui contenuto prevede che il promittente garantisca il fatto che un terzo, del tutto estraneo al contratto e quindi libero di non adempiere, assuma un obbligazione o tenga un determinato comportamento.

¹⁴⁸Tale principio si ricava dalla disposizione riportata dall'articolo 49, comma 10, ultima parte.

¹⁴⁹Cit., Cirillo P., *L'avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in *giustizia-amministrativa.it*

¹⁵⁰L'istituto è disciplinato dall'articolo 1381 del Codice civile, il quale dichiara: *Colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso.*

Nella vicenda in esame invece, almeno nella fase di partecipazione alla gara, nessun contratto esiste tra la stazione appaltante e l'impresa concorrente; e inoltre il terzo estraneo alla gara si è già impegnato ad eseguire la prestazione nei confronti dell'impresa concorrente; e questo ancor prima che lo stesso impegno venga assunto anche nei confronti della stazione appaltante, mediante la dichiarazione di cui al comma 2, lettera d), dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici.

Tuttavia l'estraneità dell'impresa ausiliaria alla vicenda concorsuale e a quella successiva dell'esecuzione del contratto, quando non assuma anche la veste di subappaltatore, cospirano insistentemente nell'evocare l'istituto della promessa del fatto del terzo. Questo si verifica se si cede, doverosamente, alla suggestione di osservare il fenomeno dal punto di vista della stazione appaltante, rispetto alla quale l'impresa concorrente, in sede di partecipazione alla gara, formula un 'offerta che contiene anche la "promessa", ossia l'impegno giuridico, che l'impresa ausiliaria fornirà i requisiti di cui manca, per tutta la durata dell'appalto.

In altri termini, lo schema della promessa del fatto del terzo sembra profilarsi nell'ipotesi in cui, considerando la dinamica della vicenda, si porta l'osservazione al fatto della presentazione dell'offerta che conterrebbe in sé anche la garanzia che i requisiti mancanti verranno forniti da un soggetto terzo disposto ad impegnarsi in tal senso.

Tuttavia, sia la natura giuridica del bando di gara e sia le disposizioni positive più volte richiamate sembrano non consentire di ritenere che l'offerta di partecipazione alla gara, in cui si utilizzi il meccanismo dell'avvalimento, crei un rapporto contrattuale di garanzia – o di obbligazione di risultato o di mezzi, che la dottrina considera essere gli altri possibili esiti della ricerca sulla natura giuridica della promessa del fatto del terzo - tra la stazione appaltante e l'impresa ausiliaria; né che il terzo sia estraneo alla promessa dell'impresa concorrente, atteso che il legislatore ha preteso che questi assumesse l'impegno sia nel precedente contratto bilaterale e sia nella successiva dichiarazione da rendere alla stazione appaltante.

Quindi come risolvere la questione?

La via più semplice consta nel ritenere il contratto in questione, come un nuovo contratto tipico.

A tale soluzione si oppone però il fatto che l'istituto dell'avvalimento è una fattispecie complessa, in cui il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente rappresenta soltanto una componente di essa, e nemmeno la più importante. Infatti, la stessa legge non lo ritiene necessario quando l'obbligo dell'impresa ausiliaria a vincolarsi verso la stazione appaltante scaturisca dal vincolo giuridico derivante dalla sua appartenenza allo stesso gruppo societario di cui fa parte l'impresa concorrente (art. 49, comma 2 , lett. G).

A tal punto possiamo affermare che il modo più corretto, probabilmente per chiarire la natura giuridica del contratto è quello di chiarire i caratteri essenziali della figura di riferimento, ossia della promessa del fatto del terzo.

Soltanto in un secondo momento si potrà procedere all'esame del diritto positivo.

Come già riferito, si ritiene che la promessa del fatto del terzo costituisca un contratto caratterizzato dal fatto che uno dei due contraenti si impegna verso l'altro a che il terzo, del tutto estraneo ad esso, assuma un'obbligazione oppure che esegua un'obbligazione già assunta.

Infatti secondo dottrina autorevole¹⁵¹ l'espressione "fatto" non può che significare, sul piano giuridico, adempimento di un obbligo già assunto. Ciò è tanto più vero quanto più si consideri che il codice civile non avrebbe avuto ragione di distinguere l'obbligazione dal fatto, essendo, anche quello di assumere obbligazione, un fatto ed essendo quest'ultimo il possibile contenuto di una prestazione, anche qualora questa dovesse essere effettuata a titolo gratuito.

Altra autorevole dottrina¹⁵² chiarisce anche che la promessa, normalmente, si inserisce in una struttura contrattuale, ma nulla vieta che essa abbia una

¹⁵¹Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, vol. III, 663.

¹⁵²Capozzi G., *Il contratto in generale*, curato da M. C. Diener, Milano, 2002, 624; Bianca C. M., *Diritto Civile, L'obbligazione*, Milano; 1990, 116; Miliano G., *Osservazioni in tema di promessa del fatto del terzo*, nota a Cass. 11 novembre 1992 n. 12118, in *Giustizia Civile*, 1993, I, 2181.

struttura unilaterale, tanto più che tale struttura è più conforme all'essenza stessa della “promessa”, appunto.

Da ciò scaturisce che l'essenza della promessa del fatto del terzo non è tanto l'estraneità di questi rispetto al contraente che promette la sua prestazione, dato che tra questi vi può essere già un vincolo giuridico da cui scaturisce la certezza del compimento del fatto – per “fatto” si intende, come già visto, l'esecuzione di un obbligo già assunto - quanto piuttosto è essenziale l'estraneità del terzo rispetto al destinatario della prestazione di un'obbligazione che si assume o che, già assunta, si esegue. Parimenti diventa compatibile la promessa unilaterale del fatto del terzo con l'unilateralità dell'offerta di partecipazione alla gara da parte dell'impresa che si avvale dei requisiti altrui.

Con tali precisazioni si può ora analizzare la vicenda in esame. Come già è stato rilevato, l'istituto va inserito nel complesso procedimento della partecipazione alla gara pubblica.

L'articolo 49, 2 comma, lettera a), stabilisce che qualora il concorrente intenda avvalersi dei requisiti di altra impresa, nel formulare l'offerta, deve allegare una sua dichiarazione, “attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”.

Tale dichiarazione ha struttura unilaterale, natura negoziale ed ha come contenuto la promessa che l'impresa ausiliaria (ri)assumerà l'obbligazione,

mediante la dichiarazione di cui alla lettera d) del medesimo 2 comma; e comunque eseguirà la stessa prestazione che già si è impegnata ad effettuare nei confronti dell'impresa partecipante, con il contratto di cui alla lettera f) del comma di legge in esame.

Quindi, se si confronta quanto osservato a proposito della promessa del fatto del terzo con la dinamica della vicenda desumibile dalle norme positive, ci si rende conto che lo "schema di base" dell'avvalimento si conforma allo stesso schema dell'istituto di cui all'articolo 1381 del codice civile.

Un'altra avvertenza importante riguarda il fatto che la documentazione da allegare alla dichiarazione di avvalimento – dichiarazione, che apre un subprocedimento nell'ambito di quello più generale della fase di partecipazione in una gara di evidenza pubblica – costituisce semplicemente la prova dell'esistenza sia di una precedente attività negoziale (il contratto tra le due imprese) e sia la contestuale forma (o se si vuole l'attività documentativa) della ulteriore attività di adempimento negoziale (la dichiarazione di cui all'art 49, 2 comma, lettera d) del codice dei contratti pubblici), che, in esecuzione del precedente contratto, viene attuata nei confronti del soggetto destinatario della prestazione, costituito dalla stazione appaltante.

In altri termini, non bisogna confondere l'attività documentativa con l'attività negoziale, nè bisogna confondere l'attività negoziale con l'attività

di adempimento di un obbligo già assunto, anche se l'adempimento può consistere nel compimento di un negozio giuridico "dovuto".

Se si guarda al diritto positivo e all'ordine di svolgimento della complicata vicenda, ci si accorge che i due momenti fondamentali sono costituiti dalla stipulazione del contratto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente e dalla dichiarazione, successiva, della prima nei confronti della seconda e della stazione appaltante - in questo caso trattasi della ripetizione di quello già stipulato e che la legge impone per una cautela ulteriore a vantaggio della stazione appaltante - con cui essa si obbliga a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

E tuttavia, essi vanno inseriti nella giusta sequenza: negoziale, da un lato, e subprocedimentale, dall'altro. Infatti, la dichiarazione di avvalimento apre contemporaneamente entrambe le sequenze.

D'altronde questo non è inconsueto nella materia dell'evidenza pubblica sol che si pensi al bando di gara, che appunto apre sia la serie negoziale e sia quella procedimentale, di cui si compone il procedimento della grande evidenza pubblica.

Infine, va osservato che lo schema della promessa del fatto del terzo è l'unico che consenta di giustificare la persistente estraneità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante per l'intera durata dell'appalto. Inoltre non bisogna confondere la realtà giuridica sottostante

con le cautele che il legislatore ha previsto, laddove impone la presentazione di una documentazione doviziosa - se non addirittura la ripetizione di un'attività negoziale già svolta, come già visto - al solo fine di garantire la serietà del meccanismo.

In conclusione, l'avvalimento ha come centro la dichiarazione di avvalimento dell'impresa partecipante, che, aprendo la serie subprocedimentale e la serie negoziale, si modella sulla struttura di base della promessa del fatto del terzo.

In tale quadro – nonostante l'apparenza contraria - si giustifica anche la responsabilità solidale imposta dalla legge ad entrambe le imprese.

5. Prescrizioni limitative dell'avvalimento

I co. 6, 7, 8, 9 e 10 completano il quadro delle limitazioni che il legislatore italiano ha posto all'istituto dell'avvalimento, senza in ciò violare la direttiva, la quale, nel prevedere l'istituto, non ha imposto, come si vide, divieti particolari al recepimento¹⁵³. Certamente, come si è già accennato, l'effetto utile della riduzione della concorrenza potrebbe condurre alcune norme ad una dichiarazione di contrarietà alla direttiva¹⁵⁴.

Il co. 6 restringe il campo dell'avvalimento prevedendo che, per ciascun requisito, l'avvalente possa avvalersi di una sola impresa¹⁵⁵.

¹⁵³ Cons. St., Sez. VI, n. 1856/08; Cons. St., Sez. IV, n. 3886/08

¹⁵⁴ Vedremo che questo è il caso solo, forse, della norma che vieta il sub appalto.

¹⁵⁵ L'art.49, comma 6 prevede:

“ Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria

Si è già accennato al pericolo della costruzione di “scatole vuote”, cioè imprese prive di qualsiasi requisito che partecipano grazie ad una sommatoria di avvalimenti. La disposizione in esame non risolve alla radice il problema, ma almeno lo riduce. Infatti, impone al concorrente di raggiungere l’importo richiesto confidando sulle forze proprie e di un altro solo soggetto. Lo spezzettamento della garanzia economico finanziaria tra una pluralità di soggetti avrebbe condotto alla possibilità che la stazione potesse essere costretta a relazionarsi, per la responsabilità solidale, con una miriade di soggetti, con le conseguenze immaginabili circa le possibilità di recupero e la reale garanzia.

La norma permette anche l’avvalimento di un solo soggetto per ciascuna categoria. La disposizione, si riferisce alla attestazione SOA. Essa è applicazione del principio generale circa l’idoneità dell’imprenditore alla partecipazione alla gara, e chiarisce, indirettamente, la cumulabilità, all’interni della stessa categoria, degli importi delle due attestazioni (dell’avvalente e dell’avvalso) al fine di raggiungere l’importo di gara. Si badi che il legislatore ha scelto di non imporre un requisito minimo all’avvalente, il quale, quindi, può anche essere in possesso di un’attestazione minima e cumularla con un’altra di importo illimitato per partecipare ad un appalto di eccezionali dimensioni.

Sulla scia del favore per l’avvalimento e soprattutto per l’autoregolazione nei

di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l’avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all’articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell’attestazione in quella categoria”.

rapporti economici tra imprenditori, il co. sesto prevede un ulteriore allargamento della possibilità di avvalimento, questa volta, però, vincolato alla volontà del committente. In tal caso la stazione appaltante può introdurre nel bando la facoltà di cumulo, anche illimitato, di più imprese.

Relativamente ai requisiti generali, la norma non pone alcuna limitazione al numero di avvalimenti richiesti dal partecipante per la singola gara¹⁵⁶. Ciò vuole dire che il partecipante potrebbe avvalersi di tutti i requisiti, in sostanza divenendo quella “holding scatola vuota”.

Dal momento che la realtà è sempre multiforme ed in fin dei conti la stazione è il *dominus* della procedura, il codice ha previsto che nella *lex specialis*, ovvero sia il bando, la stazione preveda espressamente l'avvalimento di più imprese per il medesimo requisito, sia economico finanziario sia tecnico organizzativo o per l'appartenenza alla categoria di lavori, ma ciò solo in relazione all'importo dell'appalto o delle prestazioni. Evidentemente la stazione dovrà giudicare circa l'opportunità che, per l'ammontare del valore o per la peculiarità delle prestazioni, il requisito rispettivamente economico finanziario e tecnico organizzativo possa essere prestato da più soggetti. Ciò dovrà essere sufficientemente motivato. La necessità della motivazione scaturisce dalla considerazione che permettere una deroga all'avvalimento unico significa ampliare la schiera dei partecipanti, il che se da un lato si pone in conformità allo spirito delle

¹⁵⁶ M.E.Boschi, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro amm.*, 2007,7-8, p. 2389.cit

direttive, dall'altro urta gli interessi delle imprese che possiedono i requisiti in proprio. Limitatamente ai lavori, tuttavia, neppure il bando può permettere il cumulo delle attestazioni SOA relativamente alla stessa categoria. In altre parole per il settore dei lavori non si possono sommare più di due attestazioni SOA di modesto importo sino a raggiungere la soglia richiesta dal contratto. Il motivo è evidente: l'attestazione SOA si basa su un coacervo di parametri che non sono cumulabili tra le imprese all'infinito. In questo caso non è il valore della attestazione SOA in sé a qualificare l'impresa, quanto i parametri che hanno condotto alla attribuzione della attestazione SOA stessa, sì che la sommatoria di imprese modeste non necessariamente è equivalente ad un'impresa di maggiori dimensioni e capacità.

Potrebbe così sorgere il dubbio che la norma sia appunto contraria alla direttiva perché raggiunge l'effetto di limitare la concorrenza, cioè limitare la platea di imprese partecipanti riducendo le possibilità di avvalimento, ove la stazione non abbia disposto deroga nel bando.

A favore della tesi della compatibilità milita la circostanza che la direttiva non prevede espressamente la cumulabilità, contro la circostanza che il testo ufficiale francese e quello inglese contengono l'indicazione al plurale dei soggetti che dovrebbero presentare una dichiarazione di disponibilità.

L'interpretazione letterale non è univoca, poiché il plurale potrebbe essere stato utilizzato anche solo per concordarlo con la pluralità di avvalsi per ciascuno nel medesimo requisito.

Possiamo concludere che la norma non sia direttamente in contrasto con la lettera esplicita della direttiva. In tal caso si dovrebbe passare ad un esame dell'effetto utile, ed anche sotto questo profilo non sembra che si possa sostenere che limitare la cumulabilità degli avvalimenti sia misura gravemente restrittiva rispetto all'istituto.

La nostra opinione è che determinazione dei requisiti di partecipazione da parte di uno Stato membro nell'opera di recepimento delle direttive, se logica e non contraddittoria, non possa essere mai considerata come limitazione alla concorrenza, rettamente intesa.

Qualsiasi limitazione alla partecipazione, se sorretta da una ragionevole prospettazione, non viola *ex ante* le direttive, a condizione che sia applicata a tutte le imprese europee.

In altri termini occorre una lettura diversa e ragionata del feticcio della concorrenza, che si basi più sulla *par condicio* tra tutti gli operatori che sull'allargamento acritico della base dei partecipanti. In fin dei conti, la concorrenza è garantita se le misure apparentemente restrittive sono applicate a tutte le imprese di qualsiasi paese. Anzi, le misure a difesa della concorrenza troppo rigide rischiano di divenire misure protezionistiche, contrarie alla concorrenza stessa perché tengono sul mercato imprese che, per la loro stessa dimensione, capacità e marginalità, non dovrebbero entrare nel gioco. Ciò non significa concorrenza, ma interventismo.

Il co. 7157 affida alla stazione appaltante un ulteriore margine decisionale. Nel bando, infatti, l'avvalimento può essere limitato ad uno dei due macro settori: o al requisito economico finanziario o a quello tecnico organizzativo. Ciò sempre con opportuna motivazione in relazione alla natura o all'importo del contratto. Alla stazione è permessa quindi un'ulteriore valutazione, vale a dire limitare l'avvalimento alla sola integrazione di un requisito economico o tecnico già posseduto dall'avvalente. La norma mira a permettere alla stazione di impedire la creazione della scatola vuota.

La dottrina 158 aveva attirato l'attenzione sulla contrarietà alla disciplina comunitaria di una norma che limitasse l'avvalimento solo ad alcuni requisiti o obbligasse il concorrente a possederne una quota prefissata.

Anche in questo caso, potrebbe sorgere un dubbio circa la conformità alla scarna normativa europea.

Il dubbio sembrerebbe essere superato dal meccanismo previsto dal comma settimo.

Si è visto che il divieto di cumulo tra più avvalimenti è stabilito in via generale dalla norma, e quindi questa potrebbe essere taciuta di contrarietà all'ordinamento comunitario nella fattispecie, invece, la norma non prevede

¹⁵⁷ L'art. 49, comma 7, prevedeva che "il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso"; cfr. M.A.Sandulli, *Ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro amm.*, cit., p.91; G. Fischione, *L'avvalimento disciplinato dal Codice dei contratti pubblici dopo il vaglio della Commissione CE: rari nantes in gurgute vasto*, in *www.giustamm.it*, cit.

¹⁵⁸ G. Fischione, *op.cit.*

alcuna limitazione dell'avvalimento, ma commette alla stazione appaltante il potere di inserire una tale limitazione nel bando di gara.

La differenza non è di poco conto. Infatti, la mediazione del provvedimento amministrativo, motivato in relazione all'importo ed alla natura dell'appalto, darà conto esattamente di quelle ragioni di opportunità di cui si ragionava nel commento al comma sesto che, essendo basate sull'interesse pubblico, ben possono essere accolte come non strettamente limitanti la concorrenza ovvero come punto di equilibrio tra il contrapposto interesse di questa e del pubblico.

Il comma in esame ha implicazioni e conseguenze anche in ordine alla disciplina di cui al comma decimo, che approfondiremo più avanti.

Giova ricordare che la versione originaria di tale comma vietava il subappalto a favore dell'impresa ausiliaria, o avvalsa. Con il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n.6, art.2, co.1, lettera d), il divieto è stato eliminato e si è prevista espressamente la possibilità di affidare in un subappalto all'avvalso l'esecuzione dell'opera, servizio o fornitura nei limiti dei requisiti prestati da questi.

Il comma ottavo¹⁵⁹ reca una disposizione ovvia, ovvero il divieto che lo stesso avvalso presti i propri requisiti a più di una stessa impresa nell'ambito della medesima gara, ovvero che esso stesso partecipi alla gara stessa¹⁶⁰.

È abbastanza evidente che l'avvalso, prima di prestare il proprio requisito, considerando la solidarietà delle obbligazioni, pretenda di conoscere

¹⁵⁹ L'art. 49, comma 8 prevede che. “ in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”; in proposito cfr. C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 1489 ss.

¹⁶⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 4820/08.

l'impresa avvalente e la sua offerta economica ed organizzativa, il che gli darebbe la possibilità di alterare il regime della gara attraverso il venir meno della assoluta segretezza delle offerte.

La seconda disposizione cumula, oltre alla cautela già citata, anche la considerazione che sussisterebbe un evidente conflitto di interesse tra l'avvalente e l'avvalso, rivali e sodali al contempo nella medesima procedura.

Resta da chiedersi a chi debba applicarsi la misura della esclusione dalla gara. Nel silenzio della legge la risposta non può che essere una: sono da escludere tutte le imprese che si siano avvalse del medesimo soggetto.

L'esclusione non è, in verità, prevista quale misura afflittiva per la violazione di un obbligo, ma per evitare l'interferenza nel meccanismo della gara ed il conflitto di interessi.

Resta impregiudicata la reazione in sede civile delle imprese escluse nei confronti dell'avvalso, il quale era ben conscio di aver prestato l'avvalimento, per la medesima gara, a più di un'impresa e quindi è civilmente responsabile del danno ad esse causato dalla esclusione.

Nella seconda fattispecie, cioè la violazione del divieto di partecipare anche dell'avvalso, riteniamo che l'esclusione debba colpire solo quest'ultimo. Infatti, l'avvalente è del tutto estraneo alla decisione dell'avvalso, il quale, viceversa, era consapevole della situazione di incompatibilità in cui egli versava.

La diversa conclusione si giustifica con il fatto che nel primo caso, ovvero l'avvalimento multiplo, le imprese avvalenti, anche se incolpevoli, possono, ciascuna di esse, avere avuto conoscenza dei criteri di formazione dell'offerta da parte delle altre, impedire il che costituisce la *ratio* della norma, mentre nel

secondo caso è solo l'avvalso che, probabilmente, è stato in grado di formulare un'offerta tarata su quella dell'avvalente che già conosceva, e quindi l'esclusione non può che colpire lui solo.

Il comma non contiene un'ulteriore eccezione al divieto, sempre affidata alla discrezionalità motivata della stazione. Si tratta dei casi in cui l'avvalimento riguarda particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato. In questo caso il bando può prevedere, sempre motivatamente, che la medesima impresa presti l'avvalimento a più concorrenti sino ad un massimo indicato nel bando, il che, *a contrario*, vuol dire che si esclude l'avvalimento da parte di una medesima impresa nei confronti della totalità dei concorrenti. La norma, tuttavia, postula un prezzo fisso dell'avvalimento di questo tipo. Infatti, dispone che l'avvalso si debba impegnare a fornire all'aggiudicatario la particolare attrezzatura tecnica alle "medesime condizioni". Il significato della norma può apparire incerto. Sono possibili diverse interpretazioni.

Si potrebbe ritenere che l'avvalso sia tenuto a fornire l'avvalimento anche al soggetto aggiudicatario cui non lo aveva prestato in precedenza, purché alle medesime condizioni cui lo aveva prestato al suo avvalente non aggiudicatario. La norma, in questo caso, postulerebbe una sorta di gara nella gara, vale a dire che nel caso in cui fosse più di un'impresa a prestare l'avvalimento nella medesima gara l'impresa avvalsa che ha richiesto il prezzo più basso sarebbe tenuta a fornire l'attrezzatura all'aggiudicatario, chiunque egli sia, appunto al prezzo più basso

richiesto agli altri avvalenti. In tal caso, tuttavia, si inciderebbe dall'esterno sul rapporto di avvalimento tra l'aggiudicatario ed il suo avvalso, escludendo quest'ultimo, perché ha chiesto un prezzo più alto, a favore di un diverso avvalso che con l'aggiudicatario non aveva avuto alcun rapporto.

Una seconda interpretazione, invece, postula che l'avvalso si impegni a fornire le attrezzature solo all'aggiudicatario suo avvalente, ma in tal caso alle condizioni migliori che eventualmente egli abbia richiesto ad un avvalente non risultato aggiudicatario.

Vediamo le conseguenze cui portano queste interpretazioni.

La prima introduce una sub procedura di gara non prevista dalla legge e in forte odore di cartello, dato che il presupposto di fatto è che l'attrezzatura in questione sia posseduta da un ristrettissimo novero di imprese. In secondo luogo essa interverrebbe a rompere il rapporto contrattuale tra l'avvalente aggiudicatario ed il suo avvalso che abbia richiesto un prezzo maggiore di altro, intervenendo in maniera costituzionalmente illegittima sulla volontà delle parti e sul regime contrattuale.

Senza contare che l'avvalso scelto in questa sorta di sub procedura di gara ha, in effetti, richiesto un prezzo basso, tale che se applicato ad un'altra offerta avrebbe fatto prevalere questa ultima ciò costituirebbe un evidente alterazione della gara.

La seconda pone minori problemi.

Se l'avvalso ha richiesto prezzi diversi all'avvalente aggiudicatario e ad altri concorrenti, dovrebbe fornire all'aggiudicatario l'attrezzatura al prezzo minore da lui richiesto anche ad un avvalente non aggiudicatario. Si pone il seguente interrogativo: se l'avvalente vincitore si era accordato per un prezzo maggiore e

ciò non ostante è risultato vittorioso, perché l'avvalso dovrebbe rinunciare a parte del suo guadagno per diminuire la richiesta al livello di quella operata nei confronti di un avvalente non vincitore? Si tratterebbe di un'intrusione indebita nel sinallagma contrattuale, una sorta di esproprio a favore dell'aggiudicatario.

Ci sembra che nessuna delle due interpretazioni sia accettabile.

Vi è una terza interpretazione possibile, che pone minori problemi. Si tratterebbe di inferire dalla norma l'obbligo per l'avvalso di più concorrenti di praticare per tutte le medesime condizioni, anche al fine di non alterare la *par condicio* del mercato sfruttando una posizione semidominante. La norma deve essere letta come se l'impegno dell'avvalso, preventivo ovviamente, fosse quello di chiedere a tutti gli avvalenti lo stesso prezzo.

La soluzione è abbastanza soddisfacente, ma *quid iuris* se l'avvalso viola questo obbligo implicito che abbiamo ricavato dal sistema? Se, pur impegnandosi precedentemente a fornire la particolare attrezzatura tecnica alle medesime condizioni in realtà, all'insaputa dei ciascuno degli avvalenti, ha richiesto prezzi diversificati, quale sarà la conseguenza giuridica nei confronti dei suoi, ma anche della regolarità della gara? Anche questa interpretazione conduce a possibili alterazioni della scelta del contraente. Ipotizziamo che l'impresa proprietaria delle attrezzature abbia richiesto a Tizio un prezzo maggiore che a Caio e che Caio abbia vinto la gara grazie anche a questo migliore trattamento, cosa accadrebbe se in una sorta di prova di resistenza, applicando anche a Tizio il prezzo praticato per Caio, Tizio fosse risultato vincitore? In tal caso si dovrebbe ritenere che la violazione dell'obbligo della *par condicio* tra tutti gli avvalenti imponga la

rideterminazione della graduatoria tenendo conto del minor prezzo.

In conclusione, comunque la si interpreti, la norma pone non pochi problemi che la relazione ministeriale non aiuta a risolvere, essendo assai scarna e meramente descrittiva.

6. La giurisprudenza sul contratto di avvalimento.

La conoscibilità da parte del giudice amministrativo del contratto di avvalimento, il quale costituisce momento logicamente precedente e condizionante l'aggiudicazione, costituisce aspetto di non facile soluzione¹⁶¹.

Il contratto di avvalimento viene, infatti, stretto unicamente tra concorrente e società ausiliaria: la pubblica amministrazione non è parte del contratto di avvalimento, ma terzo.

Ciononostante, un possibile ricorso amministrativo ben può coinvolgere quel contratto, proprio per il carattere di presupposizione negoziale che lo caratterizza. La dichiarazione di nullità del contratto di avvalimento potrebbe, infatti, comportare l'esclusione della ditta dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione, con conseguente vantaggio degli altri concorrenti.

Ove si controverta della sussistenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti che egli attinge dall'impresa ausiliaria si impone, quindi, una valutazione

¹⁶¹ Il contratto di avvalimento, in particolare, costituisce "presupposizione negoziale" ai fini della stipulazione del contratto di appalto, rilevando quale vero e proprio motivo a contrarre.

sul contratto di avvalimento, il quale costituisce dal punto di vista processuale una pregiudiziale di merito.

In tali casi, il giudice amministrativo può conoscere della questione pregiudiziale, fatte salve le questioni relative allo stato e capacità delle persone, tradizionalmente riservate al tribunale civile, emettendo, tuttavia, una pronuncia che resta priva della forza del giudicato¹⁶².

Questo significa che il contratto di avvalimento sarà ritenuto valido o invalido limitatamente ai fini del decidere dell'aggiudicazione, senza che la pronuncia sia assistita dalla forza della cosa giudicata materiale.

Ai fini dell'ottenimento di una pronuncia vincolante incontrovertibile è, infatti, necessario esperire una specifica azione civile, previa sospensione del procedimento amministrativo, in quanto solo il giudice civile ha potere di cognizione piena sul merito del contratto.

Risulta evidente come tale possibilità, seppur perseguibile sul piano formale, renda, tuttavia, incerti i rapporti giuridici, attesi i tempi processuali legati alla sospensione del procedimento amministrativo ed all'espletamento di un giudizio civile, che risultano incompatibili con l'urgenza e la speditezza che dovrebbe caratterizzare le pronunce in tema di appalti pubblici.

Alla stessa soluzione, ovvero al fatto che la pronuncia del giudice amministrativo resta priva della forza del giudicato, si perviene anche nel

¹⁶²Art. 28 del T.U. 1054/24

caso in cui la ditta ausiliaria chiedesse di entrare nel processo amministrativo¹⁶³.

Sul punto, non va dimenticato come la dichiarazione di assunzione di responsabilità, resa dall'ausiliario alla P.A. e all'ausiliato, coinvolga l'impresa avvalente nel rapporto principale di appalto, ben giustificando un interesse alla partecipazione da parte di quest'ultima al giudizio.

La contemporanea presenza nel processo delle parti che hanno sottoscritto il contratto di avvalimento non cambia, però, la natura della cognizione su di esso.

Nemmeno in questo caso, dunque, il contratto di avvalimento potrebbe ottenere una cognizione piena, con il conseguente obbligo della stazione appaltante di conformarsi alla sentenza.

Alla luce di ciò, a meno che non intervenga una pronuncia del giudice civile, la pubblica amministrazione potrà sempre riconsiderare la fattispecie senza essere legata alla ritualità o meno del contratto di avvalimento incidentalmente riscontrata dal giudice amministrativo.

Ove la stazione appaltante non si adeguasse spontaneamente alla pronuncia del giudice amministrativo, al ricorrente originario non resterebbe altro che proporre un nuovo ricorso, cioè l'azione generale di legittimità, essendogli

¹⁶³L'atto di intervento risulta ammissibile a fronte dell'interesse dell'ausiliario alla conclusione del contratto, dal quale dipende la propria remunerazione.

precluso l'utilizzo della più incisiva azione di ottemperanza, che presuppone appunto il giudicato.

Risulta evidente come tale questione sia estremamente delicata e meriti quanto prima una soluzione di tipo legislativo¹⁶⁴.

6.L'avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare diverse volte nel corso della trattazione, l'istituto dell'avvalimento viene regolato nel nostro ordinamento dagli articoli 49 e 50 del Codice dei Contratti pubblici. Così non era poi scontato che l'istituto in questione venisse ad essere disciplinato dal Regolamento di esecuzione(D. P. R. n. 207/2010) del Codice, il quale entrò in vigore il prossimo 8.6.2001.

A tal proposito deve essere rimarcato come le disposizioni del Codice esplicitassero una tale necessità solo con riguardo alla “*qualificazione mediante avvalimento*”, di cui all'articolo 50 (cfr. comma 1), non anche con riguardo all'avvalimento per la singola gara, *ex* articolo 49 del D. Lgs. n. 163/06.

Tuttavia il senso di incompiutezza dell'istituto era in qualche modo

¹⁶⁴Cit. Olmi L., *L'istituto dell'avvalimento alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.altalex.com

tangibile, tanto che in definitiva nessuno dubitava della possibile adozione di ulteriori disposizioni.

Per ciò, la poca familiarità degli operatori nazionali con tale istituto, e la necessità di comprenderne bene i risvolti, hanno spinto il legislatore ad intervenire, anche con riferimento all'avvalimento per la singola gara, sia pure in una forma che sia consentito definire *light*¹⁶⁵.

Il nuovo Regolamento di esecuzione ed attuazione disciplina l'istituto *de quo* agli articoli 88 e 104.

L'articolo 88 utilizzando un criterio dicotomico al comma 1 regola l'avvalimento in gara, mentre i restanti comma 2-7 riguardano l'avvalimento stabile, e quindi la “*qualificazione mediante avvalimento*”, secondo la stessa terminologia adottata dalla stessa rubrica dell'articolo 88.

Il comma 1 dell'art. 88 interviene sul tema dell'avvalimento in fase di gara¹⁶⁶.

Va ricordato, al riguardo, che fra i documenti che debbono essere necessariamente prodotti in fase di gara, l'art. 49, comma 1 cita anche “...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”.

¹⁶⁵Cfr. Di Paolo G. M., *L'avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici*, in www.contratti-pubblici.it

¹⁶⁶Esso, più in particolare, intende meglio delineare il contenuto del contratto di avvalimento di cui all'art. 49, comma 2, lettera f) del Codice.

Contratto, il quale, “nel caso di avvalimento nei confronti di un’impresa che appartiene al medesimo gruppo” può essere sostituito da “una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5167” .

Molto si è detto del contratto di avvalimento¹⁶⁸, il quale può essere a buon ragione annoverato nell’ambito della categoria dei contratti c.d. atipici di cui all’art. 1322, comma 2 del Codice civile, secondo cui *“le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”*.

Il Codice, tuttavia, non ne disciplina analiticamente il contenuto.

Di qui una serie di interrogativi, non a caso calibrati sul sistema SOA.

Nei primi anni di applicazione dell’istituto, infatti, ci si era chiesti se bisognasse indicare specificamente i requisiti messi a disposizione del ricorrente, o se al contrario fosse sufficiente fare riferimento all’attestazione

¹⁶⁷Cit. articolo 49 comma 2 lettera g

¹⁶⁸Si segnala la relazione del Consigliere di Stato, Rosanna De Nictolis, tenuta in occasione del Convegno IGI del 27.1.2011, dal titolo “la qualificazione”, ove si evidenzia che “secondo la giurisprudenza, il contratto di avvalimento è a forma libera e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo; costituisce prova idonea la compresenza, nella busta contenente i documenti del concorrente, della dichiarazione di impegno dell’impresa ausiliaria e della dichiarazione dell’impresa ausiliata; in presenza di tale circostanza può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria senza che sia necessaria documentazione ulteriore. Tuttavia in mancanza di prova idonea, l’avvalimento non è consentito.

Secondo una impostazione più rigorosa, se è vero che la legge non richiede una particolare forma del contratto di avvalimento, comunque occorre fornire la prova dell’intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell’art. 1321 c.c.”.

posseduta, che non é altro se non il titolo abilitativo rilasciato all'esito della verifica della sussistenza dei requisiti.

L'art. 88, comma 1 sembra risolvere tali dubbi, esigendo che il contratto di avvalimento riporti "in modo compiuto, esplicito ed esauriente":

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

L'elemento centrale é dato, pertanto, dall'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare "*in modo determinato e specifico*".

Nessun dubbio, quindi, in ordine al fatto, che tali elementi debbano essere indicati analiticamente.

Diversamente, infatti, si potrebbe profilare una violazione di legge, che potrebbe portare ad una verosimile esclusione del concorrente dalla gara.

É tuttavia già possibile anticipare gli effetti di un possibile dibattito sul tema.

Nel caso di appalti di lavori – e del resto la norma riguarda proprio gli appalti di lavori – occorre indicare analiticamente i requisiti che hanno permesso il rilascio dell'attestazione SOA?

Evidentemente la risposta non può che essere affermativa, anche se non apparirebbe del tutto pretestuosa la tesi di chi teorizzasse l'ipotesi contraria, facendo leva sul fatto che in fin dei conti l'esistenza di quei requisiti é già

acclarata da un organismo privato – la SOA – che esercita una pubblica funzione, di talché potrebbe ritenersi sufficiente l'allegazione dell'attestazione in sede di gara.

Il punto, tuttavia, é un altro, posto che la norma in discorso si pone in stretta sintonia con quanto già stabilito dal comma 9, art. 40 del D.Lgs. n. 163/06, nella parte in cui prevede che *“le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultanti non possono essere contestati immotivatamente¹⁶⁹”*.

Disposizione, quest'ultima, che peraltro non sembra abbia fin qui trovato applicazione e che invece, con l'entrata in vigore del Regolamento in esame, anche in virtù della disposizione di cui comma 1, art. 88, sembra senz'altro destinata ad essere necessariamente osservata¹⁷⁰.

Qualche perplessità desta, invece, l'obbligo di indicare la durata del contratto di avvalimento, posto che é la stessa disposizione di cui all'art. 49, comma 2 lett. f) - conformemente a quanto previsto dagli indici normativi comunitari di riferimento - ad esigere che le risorse siano messe a disposizione *“per tutta la durata dell'appalto”*.

Di qui l'ineludibile conseguenza di una durata normativamente prevista e quindi inderogabile dalle parti.

¹⁶⁹Tale disposizione recepisce fedelmente quanto già previsto dall'articolo 52, comma 4 della Direttiva 04/18/CE

¹⁷⁰Sul punto si segnala che ai sensi di quanto previsto dall'art. 357, comma 25, del Regolamento "entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente Regolamento, l'Autorità provvede ad individuare le informazioni che devono essere riportate nelle attestazioni di qualificazione

Pleonastico, infine, appare il riferimento ad “*ogni altro utile elemento ai fini dell’avvalimento*”, salvo doversi rilevare che un possibile utile elemento da inserire è sicuramente rappresentato dall’eventuale assunzione del ruolo di subappaltatore da parte del soggetto che presta i requisiti, facoltà già prevista dal comma 10, art. 49 del D.Lgs. n. 163/06.

I commi 2-7 dell’art. 88 riguardano la qualificazione mediante avvalimento, già codificata dall’art. 50 del D.Lgs. n. 163/06, e sono destinati a trovare applicazione a partire dal 5.12.2011, probabilmente proprio al fine di consentire alle SOA di meglio organizzare il procedimento di rilascio dell’attestazione.

Tali norme, in pratica, consentono alle imprese che si trovino tra di loro in rapporto di controllo ai sensi dell’articolo 2359, commi 1 e 2 codice civile¹⁷¹ o che siano controllate da una stessa impresa ai sensi dell’articolo 2359, commi 1 e 2, codice civile, di richiedere un’attestazione SOA che tenga conto della somma dei requisiti posseduti da tali soggetti.

¹⁷¹Secondo l’art. 2359 del codice civile:

“Sono considerate società controllate:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi”.

In altre parole, vi é un soggetto il quale, in virtù del particolare legame giuridico che lo lega ad un altro soggetto, può avvalersi dei requisiti posseduti da quest'ultimo ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

V'è da chiedersi se quest'ultimo – vale a dire il soggetto che mette a disposizione i requisiti – possa comunque richiedere un'attestazione SOA (o conservarla, se ne é già in possesso) facendo affidamento sui medesimi requisiti “prestati” al soggetto ausiliario.

La risposta sembra essere affermativa, con l'ovvia conseguenza per cui quest'ultimo, naturalmente, non potrà poi partecipare, pena l'esclusione, alla medesima gara alla quale partecipi il soggetto ausiliario.

Diversamente opinando, infatti, si violerebbe la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/06, secondo cui *“non é consentito, a pena di esclusione, che ... partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”*.

In ciò la disciplina non sembra discostarsi molto da quella prevista per i consorzi stabili, di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 163/06.

Laddove, come noto, il conferimento di requisiti da parte del consorziato al consorzio non esclude di certo la possibilità per lo stesso di qualificarsi singolarmente.

Non solo, anche in quel caso ai consorziati indicati *“é fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”*.

Le considerazioni che precedono, dunque, inducono a ritenere che al fine di non incorrere in ipotesi di esclusione, dovute alla contemporanea partecipazione del soggetto ausiliario e ausiliato, occorre naturalmente che essi adottino una regolamentazione interna che consenta agli stessi di essere reciprocamente edotti della intenzione di partecipare a singole gare.

Ciò che può avvenire solo attraverso l'adozione di regole comportamentali che garantiscano un idoneo flusso informativo tra ausiliario e ausiliato.

Ciò precisato, nello specifico le norme confermano l'assetto già tracciato dall'art. 50 del D.Lgs. n. 163/06, fornendo talune precisazioni in ordine alle tempistiche del procedimento di rilascio o di decadenza dell'attestazione.

Così, il comma 2 dell'art. 88 recepisce fedelmente quanto previsto dall'art. 50, comma 1, lett. b)¹⁷² del D.lgs. n. 163/06.

Per cui *“per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione ai sensi dell'articolo 50 del codice, l'impresa ausiliata, presenta alla SOA la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento”*.

¹⁷² Tale disposizione prevede che “per i lavori, il Regolamento disciplina la possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49, sempreché compatibili con i seguenti principi:

b) l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA”.

Allo stesso modo, il comma 3 dell'art. 88 recepisce fedelmente quanto previsto dall'art. 50, comma 1, lett. a) e c)¹⁷³ del D.lgs. n. 163/06: “per le finalità di cui al comma 2, l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata hanno l'obbligo di documentare alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile, e di comunicare alla SOA e all'Autorità entro quindici giorni il venire meno di tale rapporto di controllo, ovvero le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse di cui al comma 2174”.

Come ben traspare, mentre la documentazione che dimostra l'esistenza del legame giuridico tra ausiliario e ausiliato deve essere comunicata solo alla SOA, il venir meno del rapporto di controllo e le circostanze che fanno venir meno la messa a disposizione dei requisiti, per ovvie ragioni di vigilanza e controllo, devono essere comunicate oltre che alla SOA, anche all'Autorità.

Chiarisce, in ogni caso, il comma 4 dell'art. 88, che “entro il successivo termine di quindici giorni, la SOA provvede a comunicare all'Autorità le

¹⁷³ Tale disposizione prevede che “per i lavori, il Regolamento disciplina la possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49, sempreché compatibili con i seguenti principi:

a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 codice civile; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, codice civile”.

c) l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse”.

¹⁷⁴ Va sottolineato che secondo quanto previsto dal comma 2, art. 50 del D.Lgs. n. 163/06 “l'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lettera c) del comma 1, comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, nonché la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell'impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni”.

informazioni di cui al comma 3 e dispone la decadenza, entro lo stesso termine, dell'attestazione dell'impresa ausiliata”.

Il successivo comma 5, poi, stabilisce che l'impresa ausiliata deve possedere “i requisiti di cui all'articolo 78 in proprio” (requisiti di ordine generale) e “i requisiti di cui all'articolo 79” (requisiti di ordine speciale) “anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria”.

Mentre il comma 6 amplia il novero delle disposizioni applicabili, stabilendo che “l'impresa ausiliata é sottoposta a tutti gli obblighi previsti, per le imprese attestate dalle SOA, secondo le disposizioni del presente titolo III”.

Non ci si può esimere dal rilevare, al riguardo, che l'art. 88 non specifica i requisiti che devono necessariamente essere posseduti dal soggetto ausiliario.

Nel silenzio della norma, in ogni caso, non può seriamente revocarsi in dubbio che questi dovrà essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06, così come del resto imposto dalla disposizione di cui all'art. 49, comma 1, lett. c).

Allo stesso modo, benché non esplicitamente richiamati, gli obblighi previsti dalla normativa antimafia troveranno applicazione tanto nei confronti del concorrente, quanto del soggetto ausiliario¹⁷⁵

¹⁷⁵ cfr. comma 5, art. 49 del D.Lgs. n. 163/06.

Il comma 7 dell'art. 88, infine, fornisce un'indicazione operativa, prevedendo che “le SOA attestano le imprese ausiliate utilizzando uno specifico modello di attestazione predisposto e approvato dall'Autorità che richiama espressamente l'avvalimento ai sensi dell'articolo 50 del codice”.

6.1 Le indicazioni della giurisprudenza

Sul tema dell'avvalimento dell'attestazione SOA, il TAR Campania, Napoli, VIII^a Sezione, con sentenza n. 24077 del 12.11.2010, ha ritenuto “*legittima l'esclusione di una ditta che in caso di avvalimento non allega alla propria domanda l'attestazione SOA della ditta ausiliaria*” la cui produzione, nel caso di specie, era richiesta a pena di esclusione dal bando di gara, ritenendosi irrilevante il richiamo dell'attestazione stessa nel contratto di avvalimento.

Ancor più significativa una recentissima pronuncia, sempre del TAR Campania Napoli, I. Sezione, n. 644 del 2.2.2011, sulla possibilità di avvalersi, nell'ambito di un appalto di servizi, “*dell'esperienza quinquennale e continuativa richiesta dal punto III.2.3. del bando di gara*”.

Laddove il Tribunale ha stabilito che “nel caso di specie, tuttavia il requisito oggetto di avvalimento consiste in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno

del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento é peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati.

“Pertanto, esclusa l'ipotesi dell'avvalimento operativo, di portata generale, la fattispecie in esame é da ricondurre al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella 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.

“Tuttavia tale figura, che peraltro trova riscontri limitati nell'ordinamento, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l'avvalimento di garanzia dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

“Al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o

immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara¹⁷⁶.

“La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara é strettamente collegata alla possibilità di avere a disposizione risorse o capacità economiche in favore dell'ausiliaria, da cui l'ausiliata é 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”.

Sul medesimo fronte dell'avvalimento dei requisiti economico-finanziari, in una prospettiva che appare opposta a quella della decisione testé menzionata, si consideri anche la recente ordinanza del Consiglio di Stato, V[^] Sezione, n. 512 del 2.2.2011, laddove é stata valuta come legittima la clausola di un bando di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di riscossione ordinaria delle entrate comunali ICI e TARSU, nella misura in cui consentiva l'avvalimento ex art. 49 anche con riguardo al “capitale sociale minimo di dieci milioni di euro richiesto alle società partecipanti” ai fini dell'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati ex art. 53 del D.Lgs. n. 447 del 1997.

Sul tema dell'avvalimento dei progettisti qualificati ex art. 53, comma 3 del D.Lgs. n. 163/06¹⁷⁷, nelle ipotesi di contratti di lavori che hanno per oggetto

¹⁷⁶Cit. G. M. Di Paolo, *op. cit.*

anche la progettazione, il Consiglio di Stato, V[^] Sezione, con sentenza n. 7471 del 13.10.2010, ha sancito la perfetta compatibilità tra tale disposizione e quella di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/06, ricavabile "...dalla portata generale dell'istituto dello avvalimento, che mal si concilia con una restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione alla sola figura dell'impresa ed é stato ritenuto da costante giurisprudenza applicabile anche in assenza di un puntuale richiamo ad esso da parte della legge di gara".

Sui rapporti tra contratto di avvalimento e l'ipotesi di avvalimento c.d. infra-gruppo ex art. 49, comma 2, lett. g) il Consiglio di Stato, VI[^] Sezione, con sentenza n. 2956 del 13.11.2010 ha stabilito che "in tema di avvalimento, la mancata presentazione del contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno , non possono superarsi ritenendo sussistente l'ipotesi di avvalimento infragruppo, riguardante impresa ausiliaria che appartenga al medesimo gruppo societario dell'ausiliata e non il caso, ricorrente nella specie, di impresa ausiliaria individuale, totalmente indipendente, il cui titolare, occasionalmente, riveste carica sociale di legale rappresentate dell'impresa ausiliata. La legale rappresentanza non può essere in alcun modo considerata situazione analoga a quella del legame infragruppo ,non esonerando , quindi , in assenza di un rapporto di influenza e di dominio , dall'obbligo di documentare propriamente, nei

¹⁷⁷Tale disposizione prevede che "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"

confronti dell'amministrazione, l'impegno di mettere a disposizione le risorse dell'impresa ausiliaria , in modo da evitare l'insorgenza di contestazioni postume, successive all'aggiudicazione”.

Sul tema dell'avvalimento infra-gruppo, ancora il TAR Valle d'Aosta, con sentenza n. 1 del 23.1.2009, ha osservato che “..non può ritenersi sufficiente una mera dichiarazione - contenuta nella domanda di partecipazione - dell'intenzione di avvalersi dei requisiti di altre imprese, anche se appartenenti al medesimo raggruppamento: é infatti necessario - ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici – che alla domanda venga allegata la documentazione puntualmente indicata dal comma 2 di tale disposizione”.

Da segnalare, inoltre, un recente trend giurisprudenziale che tende ad esigere in termini stretti la prova in ordine alla disponibilità effettiva dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'impresa ausiliaria, essendo comunque necessario fornire la prova dell'intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell'art. 1321 c.c.

Così, con sentenza del Consiglio di Stato, V^a Sezione n. 743 del 10.2.2009, é stato ritenuto che l'accordo non risulta formato allorché la società ausiliaria si limiti a dichiarare che essa si impegnava a mettere a disposizione del "concorrente" (senza precisarne le generalità) i propri requisiti, posto che in tal caso mancherebbe “l'indicazione nel suo contesto

dello specifico concorrente a cui favore si intende prestare ausilio” e ciò a scapito dell’univocità nel senso dell’assunzione di un impegno specifico.

Sul tema dell’avvalimento, poi, importantissime indicazioni sono arrivate dalla sentenza del Consiglio di Stato, VI^a Sezione, n. 9577 del 29.12.2010, che meriterebbe una trattazione ancor più ampia.

Per evidenti ragioni di sintesi si consideri, ad esempio, l’affermazione del principio per cui¹⁷⁸

“a) impresa ausiliaria può essere anche una società facente parte del medesimo gruppo dell’impresa ausiliata, vuoi come controllante, vuoi come controllata, vuoi entrambe come controllate dalla medesima controllante;

b) nel caso in cui il concorrente in gara sia un raggruppamento, e una delle imprese del raggruppamento utilizzi l’avvalimento, impresa ausiliaria può anche essere la controllante o la controllata di altra impresa del medesimo raggruppamento”.

E ancora, “ai sensi dell’art. 49 del Codice dei contratti pubblici, ai fini dell’avvalimento deve essere prodotto originale o copia autentica del contratto di avvalimento, nonché una serie di dichiarazioni firmate dall’impresa ausiliaria; non é tuttavia richiesto che sia contestualmente fornita la prova che il contratto sia sottoscritto, o la dichiarazione sia resa, per conto dell’impresa ausiliaria, da soggetto munito del relativo potere di rappresentanza. Ove sorgano dubbi in proposito, la stazione appaltante

¹⁷⁸Cit. G. M. Di Paolo, *l’avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici*, in www.contratti-pubblici.it

potrà chiedere chiarimenti, ma non può certo escludere la concorrente e/o l'avvalimento per il solo fatto che il contratto di avvalimento o le dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria non sono corredate dalla prova del potere di rappresentanza del sottoscrittore”.

3. Conclusioni

Nel corso del commento si è già accennato a quelle che si considerano le criticità dell'istituto dell'avvalimento, cui il legislatore ha cercato di porre rimedio sfruttando la flessibilità della direttiva e quindi ponendo una serie di vincoli e cautele, la cui validità solo la pratica potrà confermare.

In linea generale si può ragionevolmente affermare che i sistemi associativi previsti dal nostro ordinamento giuridico (raggruppamenti o associazioni temporanee, forme societarie, consorzi verticali od orizzontali, con e senza personalità giuridica, noli a caldo ed a freddo etc.) sono di per sé perfettamente in grado di fornire ad un'impresa tutte le collaborazioni di cui essa abbia bisogno per rispondere ai requisiti di gara, ma, a differenza dell'avvalimento, con una struttura giuridica certa, definita e chiaramente riconoscibile.

L'istituto dell'avvalimento è, viceversa, sfuggente, indeterminato, basato piuttosto sul riconoscimento di situazioni di fatto cui si attribuisce una qualche valenza giuridica, che su una strutturata consapevolezza giuridica.

Il nostro sistema dei contratti pubblici si è sempre mosso nel perseguimento di due obiettivi: la scelta di un contraente individuato attraverso requisiti oggettivi, e cioè tramite l'evidenza pubblica ed il confronto delle prestazioni (e non per l'appartenenza ad una cerchia di «amici»); la cautela che il gioco dei requisiti e dei parametri di gara, comunque, facesse emergere un imprenditore affidabile, capace e quindi permettesse di ottenere un'opera, un servizio o una fornitura a regola d'arte.

Ciò che è certo è che tutte le norme, in verità farraginose, avevano come punto di riferimento unico l'impresa partecipante alla gara. Ad essa si riferivano tutti i requisiti, in sostanza si tentava, sia pure attraverso un procedimento amministrativo complesso e norme giuridiche rigide, di operare come il buon padre di famiglia, il quale, prima di affidare la ristrutturazione della sua abitazione ad un artigiano, valuta il prezzo, l'affidabilità, la capacità desunta dai lavori che questi ha compiuto presso i propri amici e parenti, la struttura, la presenza di operai apparentemente capaci ed affidabili, la capacità di eseguire in proprio tutte le opere o di affidarsi ad altri e così via.

L'avvalimento ha spazzato via tutto ciò. Ha interrotto il rapporto privilegiato con l'aggiudicatario e ha sostituito quest'ultimo con un

soggetto potenzialmente evanescente o un imprenditore fantasma. Le conclusioni cui si è giunti dall'analisi sul regime dei negozi giuridici tra avvalente ed avvalso successivi all'avvalimento destano perplessità, ma appaiono logicamente e sistematicamente inevitabili. Non vi è dubbio che ritenere che un soggetto possa eseguire in proprio una SIOS, pur non essendone personalmente qualificato, solo perché nella qualificazione si è avvalso di una impresa qualificata, che però non è coinvolta nella fase esecutiva, e dunque non è tenuto a subappaltare, riempie di sgomento. Ma è la conclusione inevitabile, sotto un profilo logico, di come l'istituto è stato costruito dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitaria.

D'altro canto, dobbiamo pure ammettere che, come è emerso soprattutto nel commento del primo comma dell'art.49, l'avvalimento è istituto che esalta al massimo grado la libertà degli imprenditori nella società aperta. Esso deve, in effetti, essere salutato come uno dei primi timidi segni di passaggio da un razionalismo costruttivista e in fin dei conti dirigista nei confronti dei rapporti tra imprese e Stazioni Appaltanti, ad un'esaltazione dei meccanismi spontanei ed evolucionisti dei rapporti tra imprese nel libero mercato. Tentativo che potremmo dire fallito. Perché squilibra il rapporto autorità-libertà troppo dalla parte della libertà, che rischia di divenire arbitrio o peggio inganno.

Se da un lato ciò porta a dubitare che ci sia un'inversione di tendenza nella cultura falsamente liberale della Unione europea, dall'altro, però dà

consapevolezza che l'istituto possa essere travisato e condurre a situazioni pericolose per l'interesse pubblico e certezza che, almeno in questa sua prima realizzazione, manifesti segnali di pericolo molto preoccupanti.

L'auspicio è che il legislatore del codice abbia saputo introdurre «paletti» sufficienti affinché le Stazioni Appaltanti sappiano governare l'istituto dell'avvalimento piuttosto che esserne governate.

Bibliografia

ATELLI M., *Il contratto di avvalimento negli appalti pubblici*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007/1.

ANGIULI A., *Ancora sui criteri interpretativi del bando nelle gare pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1987, p. 142.

BALOCCO G., *L'istituto dell'avvalimento e i contrasti con la disciplina comunitaria*, in *Urb. e app.*, 2005/8, p. 973 ss.

BELLAGAMBA V., *L'avvalimento dei requisiti economici e tecnici*, in

Appalti & Contratti, 2006/11.

BOSCHI M.E., *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro amm.*, 2007/7-8, p. 2389.

CACACE S., *L'avvalimento e i suoi riflessi sul subappalto, sui raggruppamenti temporanei e sulla qualificazione*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 247.

CIBOLDI O., *La dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto attraverso l'avvalimento*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 74 e ss.

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

COSTANTINI A.- STENDARDI R., *L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it.

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, EPC libri, 2007, pp. 190-194.

FERESIN E., *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2009.

FERTITTA L., *L'istituto dell'avvalimento*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009/1, pp. 141-163.

FIorentino L. - LACAVA C., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004, p. 16 e ss.

FISCHIONE G., *L'avvalimento: quid iuris?*, in www.giustiziamm.it, 2006.

FISCHIONE G., *L'avvalimento disciplinato dal Codice dei contratti pubblici dopo il vaglio della Commissione CE: rari nantes in gurgute vasto*, in www.giustamm.it.

FRACANZANI M.M., *L'avvalimento: questioni sostanziali e profili processuali*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di TESSARO T., Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2007, pp. 191-213.

GAROFOLI R.- SANDULLI M.A., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici, nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/05*, Milano, 2005, p. 343 ss.

GENTILE M., *L'avvalimento alla luce del decreto correttivo*, in www.appaltiecontratti.it, 2007,14.

GRECO M., *Ancora sui rapporti tra avvalimento e subappalto nei LL.PP., dopo la modifica dell'art.49 comma 10 del codice dei contratti*, in www.appaltiecontratti.it, 23 aprile 2007.

GREGO M. – MASSARI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2007, p. 329 ss.

GRILLO C. – PELLEGRINI R., *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, AA. VV., Torino, 2006, p. 214 ss.

GUZZARDO G., *Imprese alleate e avvalimento «infragruppo» dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, in *Foro Amministrativo TAR*,

2007/10, pp. 3223-3237.

LEGGIADRO F., *I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urb. e app.*, 2006/8, p. 878 ss.

LENOCI M.C., *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008/4, pp. 496-509.

LILLI F., *L'avvalimento dei requisiti speciali di gara alla luce della direttiva CE 31 marzo 2004, n.18*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di BUSCEMA S., BUSCEMA A., RAFFAELE R., Cedam, Padova, 2008.

MANGANI R., *Avvalimento e subappalto*, in *Convegno IGI*, 21.

MANGANI R., *Debutta l'avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee*, in *Edilizia e Territorio- Il Codice degli Appalti- La guida al decreto per lavori, servizi e forniture*, 2006, p. 67 ss.

MARTINELLI M., in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2006.

MAZZAMUTO M., *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, p. 180.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, vol.III, p. 663 ss.

MINIERO V., *I rapporti tra avvalimento e subappalto: un tentativo di dare risposta a difficili quesiti*, in www.appaltiecontratti.it.

MISSERINI G., *Artt. 49-50 –L’avalimento nelle gare e nei sistemi di qualificazione*, in *La disciplina dei contratti pubblici: commentario al Codice appalti*, a cura di BALDI M. – TOLOMEI R., Ipsoa, Milano, 2009, pp. 490-520.

MOSCARINI L.V., *Il subappalto*, 1999, 3, p. 513 ss.

NAPOLI M., *Il principio comunitario di avalimento dei requisiti di gara*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 686 ss.

PAPANIA R., *La partecipazione trasversale alle gare d’appalto: l’avalimento delle capacità di imprese «terze»*, in *Foro Amministrativo CdS*, 2007/6, pp. 1961-1981.

RAGAZZO M., *I requisiti di partecipazione alle gare e l’avalimento*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 403-514.

ROSATI M.C., *Brevi considerazioni sull’avalimento nei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it.

SAITTA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2008.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1971.

SARACINO C.M., *L’istituto dell’avalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2007, p. 344.

SENZANI D., *L’avalimento come modulo organizzativo dell’impresa nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009/1, pp. 99-140.

TASSONE ROMANO A., *Subappalto. Il nuovo ambito di applicazione. Requisiti e procedure*, in *App. urb. edil.*, 2000, p. 201.

VALLETTI A., *Il subappalto*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, coll. diretta da CARINGELLA F., DE MARZO G., Milano, 2005.

VINTI S., *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006/3, pp. 1177-1196.

VIVARELLI M.G., *L'avvalimento*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009/1, pp. 35-56.

ZUCCHELLI C., *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Giuffrè, Milano, 2008, p. 1490 ss.

ZUCCHELLI C., *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Cons. St.*, 2005/2, p. 403 ss.

