

L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici: una panoramica dell'istituto.

I. Cenni in ordine all'origine dell'avvalimento.

La definizione di una specifica ed articolata disciplina legislativa del c.d. avvalimento (cfr. art. 49 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – codice dei contratti pubblici) è un'acquisizione relativamente recente. Infatti, l'istituto in esame è stato introdotto da una risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e, prima dell'emanazione del D.Lgs. 163/2006, il relativo regime operativo era essenzialmente il frutto della successiva elaborazione giurisprudenziale.

In estrema sintesi, l'avvalimento non è altro che una sorta di "prestito" dei requisiti di partecipazione ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico, al quale può all'occorrenza ricorrere un operatore che non disponga in proprio di adeguate risorse tecniche, economiche o finanziarie.

La finalità dell'istituto è chiaramente quella di consentire la massima partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso (o non ancora in possesso) di tali requisiti tecnici, di sommare, per la gara alla quale partecipano, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese (in tal senso T.A.R. Sicilia Catania, 13 febbraio 2008 n. 238).

L'origine dell'avvalimento viene comunemente ricondotta alla sentenza della Corte di Giustizia CE 14 aprile 1994 (in causa C-389/92, Ballast Nedam Groep). In detta pronuncia è stato affermato il principio per cui, ai fini dell'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati ad assumere appalti di lavori pubblici, un'impresa capogruppo di una *holding* può tener conto della capacità tecnica delle società appartenenti al gruppo medesimo, purché "*provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti*". Sicché è stata introdotta la possibilità, appunto, di "avvalersi" nei confronti della pubblica amministrazione di requisiti tecnici posseduti soltanto indirettamente, per effetto della posizione di dominanza all'interno del gruppo societario.

Tale principio è stato specificato dalla successiva sentenza 18 dicembre 1997 (in causa C-5/97 Ballast) che, interpretando il precedente *arret*, ha chiarito che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una società capogruppo "*è obbligata, quando è provato che questa persona ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all'esecuzione degli appalti, a tener conto delle dette società per valutare l'idoneità della persona giuridica interessata*". Da tali prime pronunce si ricava che l'avvalimento è stato sin dall'inizio configurato come una facoltà che l'amministrazione non avrebbe potuto conculcare, salva l'ipotesi che l'impresa interessata non avesse fornito una prova adeguata della disponibilità dei requisiti posseduti dalle altre imprese del gruppo.

L'istituto è stato successivamente confermato dalla Corte di Giustizia, che ne ha anche generalizzato la portata applicativa. Ed, infatti, con la sentenza 2 dicembre 1999 (in causa C-176/98 Holst Italia Spa), da un lato, è stata estesa la possibilità di avvalimento della capacità di soggetti terzi ai fini della partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica anche al settore degli appalti di servizi. D'altro lato, è stato precisato che detta possibilità non poteva essere confinata nel solo ambito dei rapporti societari infragruppo, ma doveva essere riconosciuta al prestatore di servizi, indipendentemente dalla natura giuridica dei vincoli intercorrenti con i soggetti della cui capacità tecnica intendeva avvalersi. Con l'ulteriore precisazione che la semplice appartenenza ad un gruppo societario non consente di presumere che il prestatore "*disponga dei mezzi di terzi*" e che, pertanto, occorre fornire in concreto la dimostrazione di tale disponibilità da parte dell'operatore interessato (si veda anche la più recente sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 2004 in causa C-314/01, ARGE Telekom).

Infine, l'istituto dell'avvalimento ha trovato un primo fondamentale riconoscimento normativo, nell'ambito delle Direttive unificate in materia di appalti pubblici nei settori ordinari e nei settori speciali (ovvero i settori nei quali operano gli enti erogatori di energia, acqua, trasporti e servizi postali). In particolare, gli artt. 47, comma 2 e 48, comma 3, della Dir. 2004/18/CE, hanno stabilito, per quanto riguarda la dimostrazione della capacità economico finanziaria e la capacità tecnica, che un operatore economico può, se del caso, e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi o delle risorse necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Inoltre, gli artt. 47, comma 3 e 48, comma 4, hanno precisato che "*alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*". Il che significa che,

conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'avvalimento è consentito anche all'interno di un'associazione temporanea di imprese, ovvero di un consorzio, nel senso che la singola impresa associata o consorziata potrà avvalersi anche dei requisiti delle altre associate o consorziate, ovviamente a condizione che queste ultime dispongano di requisiti in misura sufficiente (disposizioni analoghe sono contenute nell'art. 54 Dir. 2004/17/CE, per quanto riguarda i settori speciali).

II. I principali orientamenti della giurisprudenza nazionale prima dell'emanazione del Codice dei contratti.

Se, da un lato, le appena richiamate disposizioni delle Direttive comunitarie in materia di avvalimento hanno avuto il pregio di recepire definitivamente a livello normativo i predetti principi di matrice giurisprudenziale, d'altro lato, esse appaiono eccessivamente laconiche, se non addirittura semplicistiche, per quanto riguarda sia la stessa definizione di avvalimento, sia i suoi profili applicativi.

Sicché è stata in primo luogo la giurisprudenza nazionale, prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti (D.Lgs. 163/2006), a farsi carico di approfondire talune questioni, che si sono inevitabilmente affacciate nella prassi applicativa delle singole gare e che non erano state specificamente affrontate né dalla giurisprudenza comunitaria, né dalle citate Direttive unificate in materia di appalti pubblici.

Si è così, ad esempio, chiarito, che il sistema comunitario a) ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi; b) di conseguenza non impone l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui; c) tiene ferma l'esigenza di un rigoroso riscontro della effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi. In definitiva, il diritto comunitario *"sollecita una analisi casistica da parte delle amministrazioni e dei giudici circa la sussistenza dei requisiti di capacità"* (C. di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005 n. 435, che ha escluso che il mero rapporto fra la capogruppo e le sue controllate potesse, da solo, assolvere all'onere di provare specificamente l'effettiva disponibilità della capacità tecniche altrui *"non fosse altro che per l'evidente autonomia contrattuale di cui godono le società controllate, che ben potrebbero assumere impegni negoziali in radicale contrasto con le determinazioni della capogruppo"*). In senso difforme, peraltro, si veda C. di Stato, Sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194, che ha invece considerato che un rapporto di controllo può costituire quanto meno un principio di prova in ordine alla sussistenza della prescritta disponibilità dell'impresa. Il che pare corrispondere maggiormente all'attuale assetto normativo, dato che l'art. 49, comma 2, lett. g) del D.Lgs. 163/2006 prevede ora che *"nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo"*).

O, ancora, è stato precisato che il sistema dell'avvalimento può operare anche in relazione alle certificazioni S.O.A. (C. Stato, 5194/05 cit.).

Infine, è stato riconosciuto che dal primato del diritto comunitario discende che l'avvalimento trovi applicazione anche in mancanza di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando o dagli altri documenti di gara. Infatti: *"l'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"* dal diritto comunitario nella sua più ampia portata (T.A.R. Lombardia, Sez. I, 11 febbraio 2009 n. 1243, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 10271/2007).

III. L'attuale disciplina.

Il legislatore nazionale ha finalmente disciplinato l'istituto dell'avvalimento, che trova ora una regolamentazione di dettaglio nell'art. 49 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Si tratta di disciplina che, a mio avviso, è intervenuta del tutto opportunamente ad integrare il succinto dettato comunitario. L'istituto dell'avvalimento, infatti, ancorché ispirato dal senz'altro condivisibile intento di favorire la concorrenza, in assenza di un'adeguata perimetrazione avrebbe potuto prestarsi ad un utilizzo distorto, favorendo in qualche misura l'elusione del sistema della qualificazione degli operatori, che è posto a garanzia della pubblica amministrazione, ma anche degli stessi operatori e della *par condicio*. Come è stato rilevato anche in giurisprudenza, dunque: *"il legislatore italiano, nel recepire il detto istituto comunitario, ha fatto proprie le ovvie preoccupazioni che possono accompagnare una incondizionata estensione della massima partecipazione rispetto alla garanzia della qualità del servizio prestato o dell'opera realizzata. Ed in tal senso, per un verso, ha ben specificato le modalità con le quali*

occorre garantire il collegamento tra le due imprese e la connessa solidale responsabilità nei confronti dell'amministrazione" (T.A.R. Sicilia Catania, 13 febbraio 2008 n. 238).

Nel rinviare alla lettura dell'articolo 49 D.Lgs. 163/2006, per quanto concerne la disciplina di dettaglio, si segnala che assume particolare interesse, nella prospettiva a cui accennavo poco sopra, l'espressa previsione (lett. c) della verifica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 anche in relazione all'impresa "ausiliaria". Tale previsione vale ad impedire che l'avvalimento possa costituire un agevole strumento per eludere eventuali ipotesi di esclusione, legate all'assenza dei pertinenti requisiti soggettivi di partecipazione (e che sono appunto elencati nel richiamato art. 38). Nella medesima prospettiva dev'essere favorevolmente considerata anche la precisazione esplicita che *"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"* (cfr. art. 49, comma 5, D.Lgs. 163/2006).

Si può aggiungere, poi, che mentre non si registrano particolari problemi interpretativi, per quanto riguarda gli adempimenti richiesti al concorrente ai fini dell'avvalimento in base alle lettere da a) ad e) dell'art. 49, comma 2, cit., di recente è sorto un apparente contrasto in giurisprudenza, in relazione alla prescrizione di cui alla lettera f), che prevede che il concorrente medesimo alleggi *"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"*. Secondo un primo orientamento, infatti, poiché nel diritto comunitario vale il principio della libertà delle forme, il contratto di cui alla citata lettera f) *"può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo"*. Sicché *"può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria - ai sensi dell'art. 49 - nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara"* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IIter, 30 aprile 2008 n. 3637). Di diverso avviso è quella giurisprudenza secondo cui dal principio comunitario della libertà di forme *"non pare possa trarsi argomento per sostenere l'irrelevanza della previsione normativa interna che impone, in aggiunta alla dichiarazione di impegno da parte della impresa ausiliaria, anche la sottoscrizione di un contratto tra quest'ultima e l'impresa ausiliata"* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 22 maggio 2009 n. 2852).

Tale ultimo orientamento sembra preferibile, perché più aderente al testo dell'art. 49, ma anche perché risponde all'esigenza, prospettata anche in ambito comunitario, che l'impresa che intenda ricorrere al sistema dell'avvalimento provi rigorosamente, in un arco temporale necessariamente anteriore a quello della presentazione dell'offerta, la sussistenza di tutti i presupposti del caso, a garanzia della serietà dell'offerta e della *par condicio* tra concorrenti.

Si segnala, infine, che con il terzo decreto correttivo (D.Lgs. 152/2008) è stato soppresso il comma 7 dell'art. 49, che autorizzava le amministrazioni in sede di bando a limitare l'operatività dell'istituto dell'avvalimento, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, trattandosi di disposizione reputata non conforme al diritto comunitario dalla Commissione CE (si veda la costituzione in mora del Governo italiano del 30 gennaio 2008). D'altro lato, il medesimo terzo decreto correttivo ha anche modificato il comma 10, dell'art. 49, che ora prevede che *"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"*. Ora mentre la previsione del rilascio del certificato di esecuzione all'impresa concorrente era già presente anche nella precedente formulazione (e si giustifica con la finalità di impedire che l'impresa ausiliaria possa far valere il contratto per il quale ha semplicemente "prestato" i requisiti ai fini di incrementare le proprie qualifiche), il riconoscimento della possibilità dell'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore presenta qualche incertezza interpretativa in più.

Non è possibile in questa sede approfondire l'argomento, ma si può segnalare, ad esempio, che non è chiaro se (e in che modo) tale prescrizione debba (o possa) essere coordinata con l'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, per quanto concerne i ben noti limiti posti a carico dell'aggiudicatario, in relazione alla quota massima subappaltabile del contratto (ovvero il trenta per cento dell'importo complessivo del contratto, per quanto riguarda i servizi e le forniture, e dell'importo della categoria di lavori prevalente). Tali limiti,

infatti, non sembrano compatibili con l'istituto dell'avvalimento, che in base al diritto comunitario dovrebbe essere ammesso senza restrizioni quantitative (ancorché, per altro verso, non si possa non tenere conto del rilievo di ordine pubblico che presenta la disciplina del subappalto, soprattutto in un'ottica di prevenzione del fenomeno delle infiltrazioni mafiose). Non vi sono, a quanto consta, precedenti giurisprudenziali specifici sul punto. Può segnalarsi, tuttavia, una sentenza del T.A.R. Lombardia (Sez, I, 2 maggio 2006 n. 1103, resa in materia di affidamento di un *service* per il reparto di emodinamica di un'Azienda ospedaliera) che, sia pure con riferimento alla normativa *ante* codice dei contratti, sembra implicitamente escludere che i limiti quantitativi propri del subappalto possano riguardare anche l'avvalimento (in senso contrario sembra invece T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007 n. 472). Trattandosi, peraltro, di questione in ordine alla quale si registrano, anche tra i vari commentatori della norma, opinioni molto diverse, occorrerà attendere i primi chiarimenti giurisprudenziali o, ancora meglio, una presa di posizione da parte del legislatore.

Avv. Luca Griselli

Publicato sulla Rivista "Teme" (Mensile di tecnica ed economica sanitaria) n. 7.8/09