

REDAZIONALI

ULTIME NOVITÀ IN TEMA DI AVVALIMENTO

dell'Avv. Michele De Cilla

Rassegna delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali in tema di avvalimento negli appalti pubblici

Il principio caratterizzante l'istituto dell'avvalimento consiste nella possibilità, per l'offerente, di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara facendo riferimento a quelli posseduti da altre imprese, dette ausiliarie.

L'avvalimento trova le proprie origini nel diritto comunitario, in quanto frutto della elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, dal quale sono scaturite le direttive europee regolatrici dell'istituto, i cui principi sono stati recepiti negli artt. 49 e 50 del codice dei contratti.

Secondo la definizione legislativa italiana, l'avvalimento consiste nell'opportunità offerta ai partecipanti a gare pubbliche, di soddisfare il possesso dei requisiti di natura economico – finanziaria e tecnico-organizzativa, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi, appunto, dei requisiti posseduti da altri soggetti, con esclusione di quelli di carattere soggettivo, che per la loro importanza devono essere posseduti sia dall'impresa ausiliaria che dalla ausiliata.

La successiva applicazione ed interpretazione dell'istituto ha creato, tuttavia, non poche perplessità e criticità da parte degli operatori economici e della giurisprudenza, considerata la sua novità nelle procedure ad evidenza pubblica tipiche del nostro sistema.

Infatti, mentre il diritto comunitario consente il ricorso all'avvalimento senza porre alcuna limitazione e rimettendo la sua operatività alle scelte del singolo concorrente, la normativa italiana pone una serie di limitazioni e adempimenti a carico delle imprese che vogliono usufruirne, il che ha determina-

to, negli operatori economici nazionali e nelle amministrazioni aggiudicatrici, una scarsa dimestichezza nonché una iniziale diffidenza nei confronti delle potenzialità dell'istituto in questione.

Invero, le problematiche applicative dell'avvalimento sono oggetto di costante attenzione da parte degli operatori del diritto che vengono di volta in volta chiamati ad interpretare la disciplina normativa in relazione all'utilizzo di ciascun offerente e alle prescrizioni del bando di gara.

Passando all'esame della disciplina di dettaglio e, in particolare, alle modalità con cui l'impresa partecipante attesta l'effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria, va detto che esse consistono in una serie di documentazioni probatorie allegate alla domanda di partecipazione ed elencate all'art. 49 del codice dei contratti, tra i quali assume importanza fondamentale l'allegazione, in originale o copia autentica, del contratto in virtù del quale l'ausiliaria si impegna a fornire i requisiti e a mettere a disposizione i mezzi necessari per tutta la durata dell'appalto.

La questione inerente la prova dell'avvalimento è stata affrontata dal Consiglio di Stato nel 2009 (CdS, V, 10.2.2009, n. 743) in cui il Collegio, dissentendo dal TAR Lazio, aveva ritenuto imprescindibile la produzione del suddetto documento, in quanto unica prova idonea a dimostrare l'accordo, ai sensi dell'art. 1321 c.c., ossia di poter disporre dei requisiti posseduti dalla impresa ausiliaria, che all'uopo presta valido impegno contrattuale.

Più in generale, invece, va rilevato che anche sulla tipologia delle allegazioni da parte

delle imprese ausiliate che intendono usufruire delle risorse di altre imprese, non è dato riscontrare interpretazioni concordi da parte della giurisprudenza amministrativa, che oscilla tra un'interpretazione più o meno restrittiva dell'onere di documentazione dell'istituto in sede di gara.

In particolare, un primo orientamento giurisprudenziale ritiene che tra i documenti utili ad attestare la volontà di ricorrere all'avvalimento non sia sufficiente la mera produzione del contratto, ma vada prodotta anche la dichiarazione attestante l'avvalimento, non potendosi ritenere tale omissione sanata dalla esibizione del relativo contratto (CdS, V, 22.12.2010, n. 5856; TAR Campania, Na, 22.5.2009, n. 2852).

Altro filone giurisprudenziale si schiera a favore della semplificazione e afferma che la sola allegazione del contratto di avvalimento, a norma dell'art. 49 del codice dei contratti, è sufficiente a comprovare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti necessari (CdS, V, 17.1.2011, n. 209; CdS, VI, 8.6.2010, n. 3634).

Invero, il TAR Lazio, Latina, nella sentenza del 5.11.2010, n. 1865, afferma: *“Il contratto di avvalimento (...) può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, così come può considerarsi idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni di impegno dell'impresa ausiliaria nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente”*.

Del resto, è la stessa disciplina legale ad affermare che la prova del suddetto impegno può essere fornita producendo, in luogo del contratto, una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente tra l'impresa ausiliaria e il concorrente avvalso quando questi facciano parte del medesimo gruppo, come stabilito dall'articolo 49, co. 2, lett. g).

In linea con la su riportata previsione appare quell'interpretazione giurisprudenziale, che, nel precisare che la finalità dell'avvalimento non consiste in un arricchimento delle capacità del concorrente, bensì nell'aumentare le possibilità partecipative dei concorrenti

privi di requisiti, afferma che non sono rilevanti per la stazione appaltante i rapporti sottostanti esistenti tra concorrente e soggetto ausiliario, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre validamente delle risorse del secondo, atteso che le dir. comunitarie n. 17 e 18 del 2004 espressamente prevedono: *“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”*. (cfr. CdS, V, 17.03.2009, n. 1589).

Ed, in effetti, nella citata sentenza il Consiglio di Stato evidenzia un ulteriore profilo afferente l'avvalimento, statuendo che è illegittima l'esclusione dalla gara di quell'impresa che, ai fini dell'avvalimento, indica più imprese ausiliarie, nel caso in cui tale indicazione non sia cumulativa, bensì alternativa, nel senso che il concorrente sarebbe già sufficientemente qualificato anche indicando una sola di esse.

L'assunto, secondo l'orientamento giurisprudenziale, sarebbe perfettamente in linea col dato letterale della norma, vale a dire il co. 6 dell'art. 49, il quale, nell'ammettere la possibilità di avvalersi di più imprese ausiliarie, qualora previsto dal bando, pone, tuttavia, il divieto dell'utilizzo frazionato, da parte dell'offerente, dei requisiti economico - finanziari e tecnico-organizzativi, legittimando, in altri termini, l'alternatività, ma non la cumulabilità, dei requisiti medesimi.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, in una successiva pronuncia, ha chiarito che la medesima disciplina normativa esclude l'utilizzo di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione, ma non già il cumulo tra avvalimento e associazione di una mandante per la medesima categoria, situazione che non genera cumulo tra requisiti ma si configura quale modalità partecipativa alla gara (CdS, V, 15.11.2010, n. 8043).

Del pari, il principio della irrilevanza, per la stazione appaltante, dei rapporti intercorrenti tra ausiliaria e ausiliata viene confermato nelle successive e più recenti pronunce giurisprudenziali: in particolare, ne viene fatta applicazione anche nell'ambito delle associazioni temporanee fra imprese, allorché l'ausi-

liaria sia la società controllante dell'avvalsa.

Nel caso di specie, il Supremo Consesso amministrativo, nell'effettuare un breve *excursus* sulla natura e sulle finalità dell'avvalimento, e nel confermare, in parte, quanto statuito in primo grado dal TAR Puglia, Ba, nella sentenza del 8.2.2010, n. 268, ha espressamente affermato: *“le previsioni comunitarie in tema di avvalimento, che prescindono dalla natura giuridica dei legami tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata, e che nel caso di raggruppamenti consentono l'avvalimento sia interno che esterno al gruppo, inducono a ritenere che: a) impresa ausiliaria può essere anche una società facente parte del medesimo gruppo dell'impresa ausiliata, vuoi come controllante, vuoi come controllata; b) nel caso in cui un 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. Infatti, in tal caso, più imprese dello stesso raggruppamento costituiscono un medesimo concorrente, e sono irrilevanti i rapporti interni di controllo riferiti al medesimo concorrente”*; dunque, anche la dichiarazione di non trovarsi in una situazione di controllo che l'ausiliaria deve rendere ai sensi dell'art. 49, co. 2 lett. e), va intesa *“alla luce delle direttive comunitarie secondo cui l'avvalimento è ammesso a prescindere dalla natura dei legami tra impresa ausiliaria e ausiliata”*, e quindi va resa solo nei confronti di altri soggetti partecipanti alla gara e non nei riguardi dell'ausiliata.

La medesima pronuncia, anzi, estendendo l'applicabilità dell'avvalimento, afferma *“persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento”* (CdS, VI, 29.12.2010, n. 9577).

A tal proposito, va segnalata anche una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che - interpretando, al contrario, la natura del raggruppamento non come soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti - ha, invece, escluso che esso sia obbligato ad avvalersi di una sola impresa, bensì *“può soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di tante imprese ausiliarie quante sono*

le singole imprese che compongono il raggruppamento. Legittimamente pertanto la PA appaltante aggiudica la gara ad un r.t.i. che al fine di comprovare i requisiti richiesti, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, giovandosi dei requisiti di due distinte imprese ausiliarie e, quindi, dell'avvalimento plurimo per singole categorie di qualificazioni SOA” (CdS, V, 8.2.2011, n. 857).

Per quanto attiene ai requisiti che possono essere dimostrati mediante avvalimento, la norma stabilisce che il concorrente può dimostrare *“il 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”*.

Al riguardo, la casistica va dalla dimostrazione del requisito del fatturato globale al capitale sociale minimo richiesto per l'esecuzione di un appalto, fino al possesso dei mezzi e delle risorse necessarie per comprovare le capacità tecniche dell'impresa avvalsa, nonché il possesso del requisito della pregressa esperienza quinquennale nel medesimo settore oggetto della gara.

La giurisprudenza in merito alla disciplina dei requisiti ricompresi nella facoltà di avvalimento, ha, tuttavia, rivelato una certa oscillazione interpretativa, che certo non ha contribuito a garantire agli operatori economici uniformità di trattamento e certezza della norma.

In particolare, se parte della giurisprudenza è stata pressochè compatta nell'escludere l'avvalimento per il requisito della pregressa esperienza nel settore oggetto di appalto, dichiarando che *“la specifica esperienza deve essere posseduta da tutte le imprese associate in a.t.i. e non solo dalla mandataria, e non può essere oggetto di cumulo con altre esperienze”*, atteggiandosi a requisito integrante una condizione soggettiva del concorrente, in quanto tale del tutto disancorata dalle finalità sottese all'avvalimento (TAR Campania, Na, I, 2.2.2011, n. 644), per quanto concerne, invece il requisito relativo al capitale sociale minimo, non può riscontrarsi la stessa unanimità di vedute.

Emblematico, a tal proposito, è il conflitto interpretativo intervenuto tra il TAR Lazio,

Lt, 5.11.2010, n. 1865, che ha stabilito in primo grado: *“la generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento a tutti gli appalti, trova un limite laddove, ai fini della partecipazione ad una gara, sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo, come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa”* e quanto, invece, deciso dal Consiglio di Stato, V, con ord. n. 512 del 2.2.2011 - che ha sospeso in via cautelare l'efficacia della citata pronuncia del TAR Lazio - laddove, facendo leva sul carattere economico, finanziario e tecnico del requisito in parola, il Giudice ha affermato che *“l'istituto dell'avvalimento è di applicazione generale (...) Appare legittima la clausola del bando di gara che, anche per il requisito speciale del possesso del capitale minimo necessario consente alle imprese partecipanti il ricorso all'istituto dell'avvalimento”*.

Ancora, è stato ritenuto (TAR Campania, Napoli, I, 6.12.2010, n. 26798) legittimo il provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che, al fine di integrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando, era ricorso all'avvalimento di un'impresa ausiliaria che, a sua volta, aveva utilizzato i requisiti di un'altra impresa giuridicamente distinta ma alla stessa collegata da vincoli di gruppo societari, in quanto ciò avrebbe realizzato una fattispecie vietata di avvilimento *“a cascata”*.

Nella citata pronuncia si precisa che *“Il collegamento societario, dunque, non si cumula con l'istituto dell'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore - genetico e giustificativo - atto a dimostrare, sul piano sostanziale, una comunanza di interessi fra i due soggetti interessati al prestito dei requisiti”*.

Infine, non si può non dare atto della più recente evoluzione giurisprudenziale in materia di avvalimento quale categoria generale estesa anche alle ipotesi di appalto integrato.

Invero, nel caso di specie, il Consiglio di

Stato ha avallato il richiamo della *lex specialis* di gara all'istituto dell'avvalimento anche per i requisiti dei progettisti, stabilendo che: *“l'art. 53, co. 3 del codice dei contratti pubblici, che consente agli operatori economici di avvalersi di progettisti qualificati, è compatibile con l'art. 49, concernente l'istituto dell'avvalimento, il quale ha una portata soggettiva generale non limitata alla sola figura dell'impresa”*.

E' pertanto legittima la clausola del bando che estende l'istituto dell'avvalimento al progettista di cui l'impresa intende servirsi per soddisfare i requisiti richiesti per la partecipazione ad un appalto integrato, al fine di consentire alla stazione appaltante di controllare meglio la serietà e la stabilità dell'offerta anche con riguardo all'attività del progettista” (CdS, V, 13.10.2010 n. 7471).

Le brevi riflessioni su riportate sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di avvalimento denotano lo sforzo degli operatori del diritto di interpretare in maniera sempre meno rigorosa i limiti dell'istituto, al fine di renderlo più in linea con le previsioni comunitarie, da sempre improntate all'estrema concorrenzialità del mercato.

E, tuttavia, non vi è stato chi non abbia intravisto in esso un potenziale pericolo alla concorrenza, come è stato rilevato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere n. AS251 del 7.2.2003, ove l'Autorità ha paventato che il modello del megagrappamento, laddove evolva in un'a.t.i. non necessaria, ossia un'associazione iperqualificata, possa costituire uno strumento restrittivo della concorrenza.

A siffatta considerazione la giurisprudenza ha sempre opposto la facoltà, in capo alle stazioni appaltanti, di prevedere nel bando apposite limitazioni alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente posseggano i requisiti per partecipare alla gara (per tutti, CdS, VI, n. 4145/2009), così rimettendo alla discrezionalità dell'operatore nazionale la facoltà di porre ulteriori limiti finalizzati alla salvaguardia della maggiore concorrenzialità del mercato.