

## L'AVVALIMENTO NEL REGOLAMENTO ATTUATIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Gianni M. Di Paolo\*

*Sommario: 1. Premessa - 1.1. Genesi e ratio dell'istituto alla luce dell'ordinamento Comunitario - 1.2. Disposizioni contenute nel D. Lgs.163/06 (artt. 49 e 50) e novità stabilite dal Regolamento - 1.3. Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento - 1.3.1. Contratto di avvalimento in gara - 1.3.2. Qualificazione mediante avvalimento - 1.4. Requisiti oggetto dell'avvalimento e differenze negli appalti di lavori, servizi e forniture - 1.5. Natura del legame giuridico esistente tra ausiliario e ausiliato - 1.6. Indicazioni della giurisprudenza e dell'AVCP - 1.6.1. Le indicazioni della giurisprudenza - 1.6.2. Le indicazioni dell'AVCP - 1.7. Conclusioni.*

**1. Premessa.** La relazione ha ad oggetto l'istituto dell'avvalimento, vale a dire uno degli strumenti giuridici che più hanno inciso sulle forme di declinazione della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici. L'obiettivo sarà, quindi, quello di analizzare la portata innovativa e la concreta operatività delle norme introdotte dal Regolamento. All'esito di tale disamina cercheremo di capire se davvero questa possa dirsi un'occasione mancata.

Non era così scontato, intanto, che l'istituto dell'avvalimento, già disciplinato dagli artt. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163/06, c.d. Codice dei Contratti Pubblici, venisse ad essere disciplinato dal Regolamento di esecuzione ed attuazione (D.P.R. n. 207/2010) del Codice stesso, in vigore dal prossimo 8 giugno 2011. Va rimarcato, infatti, come le disposizioni del Codice esplicitassero una tale necessità solo con riguardo alla “*qualificazione mediante avvalimento*”, di cui all'art. 50

---

\* Sintesi della relazione presentata al convegno organizzato da Convevia e tenutosi a Milano il 21 febbraio 2011 su *Il regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici: novità normative e aspetti operativi*. Gianni M. Di Paolo è avvocato amministrativista del Foro di Lanciano, esperto in contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici. È coautore del sito [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it) e collaboratore del progetto RETE TAR [[www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=131](http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=131)].

(cfr. comma 1), non anche con riguardo all'avvalimento per la singola gara, *ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/06*. Tuttavia, il senso di incompiutezza dell'istituto era in qualche maniera tangibile, tanto che in definitiva nessuno dubitava della possibile adozione di ulteriori disposizioni, (nonostante vi fosse una diffusa consapevolezza in ordine al maggior dettaglio delle norme interne, rispetto alle disposizioni comunitarie di cui agli artt. 47, par. 2, 48, par. 3, 52, par.2, secondo capoverso Direttiva 2004/18/CE).

Tant'è, 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 già consentito definire *light*. Non sembra, in effetti, che nell'ambito del Regolamento in commento, gli artt. 88, recante "*contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento*" e 104 - riferito al contraente generale - abbiano apportato significative novità. V'è subito da segnalare, in ogni caso, come gran parte delle disposizioni contenute in tali commi, per lo più riferite al c.d. avvalimento stabile o di durata, si applichino "*...a decorrere dal centottantunesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente Regolamento*" (art. 357, comma 24<sup>1</sup> D.P.R. n. 207/2010), vale a dire a partire dal 5 dicembre 2011.

**1.1. Genesi e ratio dell'istituto alla luce dell'ordinamento comunitario.** È noto a tutti, ormai, come l'avvalimento sia un istituto di origine pretoria. La sua genesi, in particolare, è dovuta all'azione per così dire interpretativa della Corte di Giustizia, che, con una serie

---

<sup>1</sup> Tale disposizione, in effetti, prevede che "*in relazione agli articoli 88, commi da 2 a 7, e 104, commi 2 e 3, ai fini della predisposizione dei bandi o degli avvisi con cui si indice una gara nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi ai fini della predisposizione degli inviti a presentare offerte, la qualificazione SOA e la qualificazione a contraente generale mediante avvalimento si applicano a decorrere dal centottantunesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente Regolamento*".

di decisioni<sup>2</sup>, ha gettato le fondamenta dell'istituto. Istituto che, pur essendo originariamente inquadrato nell'ambito dei gruppi societari e delle c.d. holding, ha poi finito per trovare codificazione positiva anche a prescindere da tali contesti. Non é un caso, del resto, che gli artt. 47, comma 2<sup>3</sup> e 48, comma 3<sup>4</sup> della Direttiva 2004/18/CE, disciplinino l'istituto con riferimento al singolo appalto e a prescindere dal legame societario esistente tra c.d. ausiliario e ausiliato.

La *ratio* di fondo é 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. In definitiva, 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.

Nelle poche disposizioni destinate all'avvalimento traspare, inoltre, un'evidente attenzione alle fase esecutiva della prestazione, in linea con l'approccio concreto e sostanzialistico che caratterizza le decisioni

---

<sup>2</sup> Si segnalano al riguardo: Corte di Giustizia CE, V<sup>a</sup> Sezione, decisione del 14.4.1994, nella Causa C -3 89/92, Ballast Nedam Groep I; Corte di Giustizia CE, III<sup>a</sup> Sezione, decisione del 18.12.1997, nella Causa C - 5/97, Ballast Nedam Groep II; Corte di Giustizia CE, V<sup>a</sup> Sezione, decisione del 2.12.1999 nella causa C - 176/98 Holst Italia Spa.

<sup>3</sup> L'art. 47, comma 2, della Direttiva 04/18/CE, recante "*capacità economica e finanziaria*" dispone 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 alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti*".

<sup>4</sup> L'art. 48, comma 3, della Direttiva 04/18/CE, recante "*capacità tecniche e professionali*", dispone 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. 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*".

della Corte di Giustizia. In altri termini: in tanto si mettono a disposizione i requisiti, in quanto gli stessi possono essere spesi ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Non é un caso che le norme richiedano all'operatore economico di dare dimostrazione alla amministrazione aggiudicatrice che *“disporrà”* dei mezzi necessari o delle risorse, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Resta da evidenziare, procedendo per sommi capi e senza pretese di esaustività, che il legislatore comunitario ha concepito due possibili ipotesi applicative dell'istituto:

- l'avvalimento limitato alla fase di gara, che potremmo definire *“occasionale”*, concepito ai fini della partecipazione ad una singola procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture (artt. 47, par. 2, 48, par. 3, Direttiva 2004/18/CE);
- l'avvalimento c.d. stabile o di durata, che consente ad operatori economici facenti parte di un gruppo, i quali facciano affidamento sui mezzi forniti dalle altre società del gruppo, di *“dimostrare all'autorità che stabilisce l'elenco ufficiale o all'organismo di certificazione che disporranno di tali mezzi per tutta la durata di validità del certificato che attesta la loro iscrizione all'elenco o del certificato rilasciato dall'organismo di certificazione e che tali società continueranno a soddisfare, durante detta durata, i requisiti in materia di selezione”* (art. 52, par.2, secondo capoverso Direttiva 2004/18/CE).

Laddove nel primo caso il rapporto tra c.d. ausiliario e ausiliato può ben prescindere dalla natura giuridica del legame intercorrente tra gli stessi, mentre nel secondo caso non può che trattarsi di un legame qualificato, posto che gli operatori economici debbono far parte dello stesso gruppo societario.

**1.2. Disposizioni contenute nel D. Lgs. 163/06 (artt. 49 e 50) e novità stabilite dal Regolamento.** Il recepimento dell'istituto in discorso é intervenuto per effetto degli artt. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163/06, entrato in vigore dal primo luglio 2006. Non é questa la sede per approfondire e sviscerare tutte le problematiche affrontate dal legislatore nazionale in sede di recepimento delle disposizioni sopra richiamate. Basti qui fare cenno alle iniziali perplessità in ordine alla possibile convivenza tra tale istituto e il sistema SOA<sup>5</sup>, già disciplinato dal D.P.R. n. 34/2000, oggi anch'esso confluito nel D.P.R. n. 207/2010, oltre alla temuta – poi sembrerebbe, non avveratasi – degenerazione dell'istituto, potenzialmente in grado, se applicato in maniera distorsiva e abusiva, di determinare una *deminutio* del reale livello di qualificazione degli operatori economici e un conseguente impoverimento dello standard qualitativo della concorrenza. Nacque così l'esigenza di contornare l'avvalimento di una serie di “paletti”<sup>6</sup> - così si disse - che dovevano servire, da un lato, ad evitare che lo stesso si prestasse ad applicazioni elusive della normativa nazionale, dall'altro, a rendere compatibile tale istituto con altri strumenti ben noti agli operatori nazionali (raggruppamenti temporanei, consorzi, subappalto), che rischiavano altrimenti di esserne quasi “travolti”.

---

<sup>5</sup> Cfr. l'articolo pubblicato sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a firma del Consigliere di Stato, Avv. Claudio Zucchelli, dal titolo “*avvalimento dei requisiti di altre imprese*”, ove l'Autore evidenzia che “*di fatto l'avvalimento pone in crisi il sistema delle SOA poiché non richiede neppure che l'avvalso sia esso stesso un soggetto qualificato, dato che non partecipa alla gara; la direttiva chiede solo che l'avvalso garantisca, in qualche modo, la disponibilità dei mezzi finanziari e tecnici. Si dà così impulso alla nascita di soggetti avvalsi per professione e, dall'altro lato, si permette alle imprese prive della qualificazione legale di partecipare comunque alle gare avvalendosi dei requisiti di un soggetto estraneo, sostanzialmente, non solo al rapporto, ma anche al mondo stesso degli appalti*”.

<sup>6</sup> Nella relazione governativa al D.lgs. 163/2006 si trova affermato che “*viene recepito l'avvalimento, con taluni paletti volti a evitare manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali o comunque di soggetti che non potrebbero partecipare in proprio alle procedure di affidamento*”.

Sullo sfondo vi era l'esigenza di responsabilizzare gli operatori economici che avessero voluto farvi ricorso – di qui la scelta di prevedere una forma di responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria nei confronti della stazione appaltante “*in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*” (art. 49, comma 4 del D.Lgs. n. 163/06) – e di consentire giustamente il controllo sul possesso dei requisiti di ordine generale e “antimafia” anche nei confronti del soggetto ausiliario. Come spesso accade, tuttavia, ciò si è tradotto nell'emanazione di regole ulteriori, che talvolta rischiano di andare oltre il significato<sup>7</sup> – a dire il vero essenziale, quando non laconico – delle disposizioni comunitarie. La scelta del legislatore nazionale, in ogni caso, è stata quella di regolare l'avvalimento per la singola gara con l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/06, consentendone un'immediata applicazione, non potendo questa essere ulteriormente rinviata.

Dall'altro lato, tuttavia, l'applicazione dell'avvalimento c.d. stabile o di durata, disciplinato dall'art. 50 del D.Lgs. n. 163/06, per ciò che

---

<sup>7</sup> Emblematico, in tal senso, l'iniziale divieto, previsto dal comma 10 dell'art. 49 a carico del soggetto ausiliario, di assumere il ruolo di subappaltatore. Divieto poi completamente rimosso, tanto che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 6/2007, c.d. “Decreto Correttivo l'ausiliario *“può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*. La modifica fu sollecitata dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere del 28.9.2006, n. 3641/2006, con il quale si precisava che “*con riferimento all'art. 49, comma 10, del codice, 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 comunitaria. 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*”. Il Servizio legale della Commissione europea aveva svolto, infatti, 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 subappalto è proprio quando le capacità della società ausiliaria sono necessarie alla realizzazione dell'appalto. Altrimenti, in questo caso, diventa obbligatorio raggrupparsi...*”.

concerne gli appalti di lavori<sup>8</sup>, é stata in qualche maniera rinviata, demandandosi al Regolamento la relativa disciplina attuativa “...nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49, sempreché compatibili..”. Ciò che di fatto non ha consentito un'immediata applicazione dell'istituto, il quale, ora, in virtù di quanto previsto dalla disposizione sopra citata di cui al comma 24 dell'art 357 del Regolamento – l'entrata in vigore é stabilita al 5 dicembre 2011 - conosce un'ulteriore rinvio.

Il tema della relazione, in ogni caso, concerne il Regolamento attuativo del D.Lgs. n. 163/06, di cui vanno sin d'ora segnalate le principali novità. La disposizione di riferimento é, dunque, l'art. 88 del Regolamento in discorso, recante “*Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento*”, contenuta nella Parte II del Regolamento medesimo, riguardante i “*contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari*”. La norma, poi nuovamente richiamata dall'art. 104, riferita all'istituto c.d. del contraente generale, non é citata, tuttavia, nella Parte III, recante “*contratti pubblici relativi a*

---

<sup>8</sup> Il comma 4, art. 50 del D.Lgs. n. 163/06, peraltro modificato per effetto del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 1524, c.d. Decreto Correttivo III, prevede che “*le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*”. Non é chiaro, peraltro, cosa debba intendersi per sistemi legali di attestazione. Quel che é certo, é che almeno per gli appalti di servizi e forniture, non é previsto un sistema equiparabile al sistema SOA, già previsto per i lavori, incentrato sul presupposto per cui l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare (art. 1, comma 3 D.P.R. n. 34/2000, oggi confluito nell'art. 60, comma 3 del D.P.R. n. 207/2010), idonea a dimostrare tanto il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, quanto dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa. In tale definizione, infatti, non sembrano annoverabili gli albi, quale l'Albo nazionale dei gestori in materia ambientale previsto dall'art. 212 D.Lgs. 152/2006, che pure secondo una decisione del TAR BARI, I<sup>a</sup> Sezione, n. 1379 del 3.6.2009, rientrerebbe nella definizione di “*sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*”, pur non potendo essere oggetto di avvalimento, in quanto, così come sottolineano i Giudici pugliesi, “*le disposizioni dell'art. 50 <<si applicano, in quanto compatibili>> (nel caso di specie, si é trattato dell'impossibilità di ricorrere all'avvalimento riguardo al requisito di capacità tecnica relativo alla gestione dei rifiuti e alla bonifica dei siti inquinati)*”. Diversa, poi, é la situazione negli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, laddove le amministrazioni sono storicamente autorizzate a dotarsi di un sistema di qualificazione. É un fatto, in ogni caso, che il Regolamento in discorso non dedichi alcuna norma all'avvalimento c.d. di durata con riguardo agli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari.

*servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari*", e nella Parte IV *"contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari"*. Né sembra vi siano altre disposizioni che estendano esplicitamente l'applicazione delle disposizioni già previste dall'art. 88 – riguardante i soli contratti di lavori – ai servizi e alle forniture. Con il risultato non certo trascurabile per cui le disposizioni di cui all'art. 88 sembrerebbero trovare applicazione esclusivamente per gli appalti di lavori. Prima, però, di anticipare i risvolti di tale constatazione, é bene evidenziare il contenuto dell'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010. Così, adoperando il medesimo criterio dicotomico sopra descritto, può dirsi che mentre il comma 1 dell'art. 88 concerne l'avvalimento in gara, i restanti commi 2-7 riguardano l'avvalimento c.d. stabile, e quindi la *"qualificazione mediante avvalimento"*, secondo la terminologia adottata dalla stessa rubrica dell'art. 88.

### **1.3. Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento.**

*1.3.1. Contratto di avvalimento in gara.* Il comma 1 dell'art. 88 interviene sul tema dell'avvalimento in fase di gara. Esso, più in particolare, intende meglio delineare il contenuto del contratto di avvalimento di cui all'art. 49, comma 2, lettera f) del Codice. 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"*. 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 5"* (art. 49, comma 2, lett. g).

Molto si è detto del contratto di avvalimento<sup>9</sup>, 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 posseduta, che non è 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 è 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

---

<sup>9</sup> Si 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.”*.

violazione di legge, che potrebbe portare ad una verosimile esclusione del concorrente dalla gara. È 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 è 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, è 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 immotivatamente”*, disposizione che recepisce fedelmente quanto già previsto dall’art. 52, comma 4 della Direttiva 2004/18/CE. 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 osservata.

Qualche perplessità desta, invece, l’obbligo di indicare la durata del contratto di avvalimento, posto che è 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.

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.

*1.3.2. Qualificazione mediante avvalimento.* 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 civile<sup>10</sup> 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. In altre parole, vi è 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 è 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

---

<sup>10</sup> Secondo 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) 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*”.

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)<sup>11</sup> 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*

---

<sup>11</sup> 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”*.

*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". Allo stesso modo, il comma 3 dell'art. 88 recepisce fedelmente quanto previsto dall'art. 50, comma 1, lett. a) e c)<sup>12</sup> 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 2<sup>13</sup>".*

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 venire 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 informazioni di cui al comma 3 e dispone la decadenza, entro lo stesso termine, dell'attestazione dell'impresa ausiliata".

---

<sup>12</sup> 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".

<sup>13</sup> 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".

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 ausiliario (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”*.

**1.4. Requisiti oggetto dell'avvalimento e differenze negli appalti di lavori, servizi e forniture.** Si é detto sopra come l'art. 88 sia applicabile unicamente agli appalti di lavori pubblici. Sembra mancare, di contro, una norma che estenda (quanto meno esplicitamente) l'applicazione di tali disposizioni agli appalti di servizi

e forniture. Per quanto riguarda la qualificazione mediante avvalimento, di cui ai commi 2-7, art. 88 D.P.R. n. 207/2010, la ragione può essere individuata nel fatto che allo stato il legislatore nazionale non ha ancora previsto i “*sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*” di cui all’art. 50, comma 4 del D.Lgs. n. 163/06. A ciò si potrebbe aggiungere l’ulteriore considerazione per cui, ai sensi di quanto previsto dal comma 4, dell’art. 50, “*le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*”. Potendosi anche ritenere, quindi, che gli attuali sistemi legali vigenti di attestazione – se vi sono, cosa di cui si dubita – non siano stati ritenuti compatibili.

Qualche perplessità desta, invece, la mancata estensione della disposizione di cui al comma 1 dell’art. 88 del Regolamento – concernente l’avvalimento in fase di gara – agli appalti di servizi e forniture. É indubitabile, infatti, che anche i contratti di avvalimento sottoscritti nelle procedure di affidamento di servizi e forniture debbano quanto meno indicare le risorse messe a disposizione del concorrente, cosa che del resto nella pratica già avviene. Tuttavia, la possibile ragione della mancata estensione dell’obbligo può in parte essere giustificata dal fatto che, per quanto detto, l’esigenza di indicare specificamente i requisiti e le risorse é maggiormente avvertita negli appalti di lavori, laddove l’art. 49 prevede l’avvalimento dell’attestazione SOA, che costituisce, in definitiva, un *unicum* inscindibile di requisiti. Ciò può aver indotto il legislatore a non specificare ulteriormente tale esigenza anche con riferimento agli appalti di servizi e forniture.

Non é da escludere, tuttavia, ed anzi sembrerebbe sicuramente ragionevole, la possibilità di interpretare estensivamente tale norma, sì da renderla applicabile anche agli appalti di servizi e forniture. Senza considerare che, al fine di fugare ogni dubbio interpretativo, le

stazioni appaltanti potrebbero inserire nei bandi di gara delle clausole che recepiscano le indicazioni dell'art. 88, comma 1 anche negli appalti di servizi e forniture.

### **1.5. Natura del legame giuridico esistente tra ausiliario e ausiliato.**

È noto come le disposizioni comunitarie, con riguardo all'avvalimento nella singola gara, prescindano dalla natura giuridica dei legami intercorrenti tra ausiliario e ausiliato. Diversamente da quanto accade per l'avvalimento c.d. stabile, laddove non si può prescindere dall'esistenza del gruppo (art. 52, comma 1, secondo capoverso).

Orbene nel nostro ordinamento soltanto l'avvalimento stabile può dirsi in completa sintonia con la corrispondente disposizione comunitaria, laddove, in effetti, si è pretesa l'esistenza di una situazione di controllo *ex art. 2359*, commi 1 e 2 del codice civile.

Quanto all'avvalimento per il singolo appalto, infatti, il legislatore nazionale ha preteso l'esistenza di un preciso titolo giuridico che testimoni l'esistenza del legame tra ausiliario e ausiliato, che può essere:

- a) il contratto di avvalimento *ex art. 49*, comma 2, lett. f);
- b) l'esistenza di un gruppo, nel caso in cui un'impresa si avvalga dei requisiti di un'altra impresa facente parte del gruppo, laddove occorre *“una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”* (cfr. art. 49, comma 2, lett. g).

Il Regolamento, ovviamente, non sposta - né avrebbe potuto farlo - i termini della questione. Un dubbio operativo si era posto con riguardo alla *“qualificazione per avvalimento”*.

Prima della pubblicazione del Regolamento sulla Gazzetta Ufficiale, infatti, ci si era chiesti se nell'ambito delle ipotesi di cui all'art. 2359

del codice civile potessero essere acriticamente accomunate le seguenti ipotesi, ovvero:

- a) della controllante che si avvalga dei requisiti della controllata;
- b) della controllata che si avvalga dei requisiti della controllante;
- c) di una impresa che si avvalga dei requisiti di un'altra impresa, in una situazione per cui entrambe le imprese sono controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, codice civile.

Va rilevato, al riguardo, come tutte le ipotesi sopra menzionate possano condurre al risultato della qualificazione mediante avvalimento.

Sin qui, tuttavia, la natura “forte” del controllo di cui all'ipotesi *sub a)* – la controllante che si avvale dei requisiti della controllata – aveva fatto ipotizzare la superfluità della dichiarazione dell'impresa ausiliaria – in questo caso controllata dall'ausiliata - con la quale quest'ultima assumeva l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento.

Sul punto é intervenuta la disposizione di al comma 2, art. 88 del Regolamento, la quale, lungi dal distinguere le ipotesi menzionate, richiede (sempre) che “... *l'impresa ausiliata, present[i] 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*”.

**1.6. Indicazioni della giurisprudenza e dell'AVCP.** A valle delle considerazioni che precedono, si ritiene utile fornire un'indicazione di massima – non certo esaustiva - circa gli orientamenti più recenti della giurisprudenza e dell'AVCP sui temi trattati dall'art. 88 del Regolamento oggetto di esame.

*1.6.1. Le indicazioni della giurisprudenza.* Sul tema dell'avvalimento dell'attestazione SOA, il TAR Campania, Napoli, VIII<sup>a</sup> 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 gara.*

*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<sup>a</sup> Sezione, n. 512 del 2 febbraio 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. 163/06<sup>14</sup>, nelle ipotesi di contratti di lavori che hanno per oggetto anche la progettazione, il Consiglio di Stato, V<sup>^</sup> 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<sup>^</sup> 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 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"*.

---

<sup>14</sup> Tale 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"*.

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<sup>a</sup> 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 impegna 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<sup>a</sup> 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 cui

*“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 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”.*

*1.6.2. Le indicazioni dell’AVCP.* Diversi sono stati, naturalmente, i pareri resi dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici, anche se la stessa non ha ancora dedicato al tema un atto di Determinazione. Molte di tale indicazioni, peraltro, sono state fornite in sede di c.d. pre-contenzioso di cui all’art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/06, istituto che purtroppo sta vivendo una fase di stallo a seguito della sensibile contrazione dei tempi di definizione del processo in materia di appalti, intervenuta per effetto del D.Lgs. n. 53/2010 e poi confermata con l’entrata in vigore del c.d. Codice del Processo Amministrativo.

Così, con il parere di pre-contenzioso n. 22 del 28.1.2010, l’AVCP é intervenuta sul tema dell’avvalimento operante all’interno dei raggruppamenti temporanei di imprese, stabilendo che *“la disciplina di cui all’articolo 49 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, pur ammettendo l’istituto dell’avvalimento tra imprese facenti parte del medesimo raggruppamento, non elimina l’onere in capo alle imprese*

*raggruppate di dichiarare di voler beneficiare di tale istituto e contestualmente di produrre la relativa documentazione a comprova della effettività della messa a disposizione dei requisiti da parte della ditta avvalente”.*

*Di conseguenza “qualora un concorrente voglia utilizzare l’istituto dell’avvalimento all’interno di un raggruppamento temporaneo di imprese, é necessario che dimostri che il requisito medesimo sia posseduto dall’impresa avvalsa in misura sufficiente, rispetto alle specifiche prescrizioni del bando, a consentire sia la sua partecipazione, sia la partecipazione dell’impresa avvalente, onde evitare che si possa integrare un’ipotesi di uso fittizio di un unico requisito. Ai fini di tale dimostrazione é insufficiente il mero e ordinario mandato collettivo, alla base della costituzione del raggruppamento, é invece necessario un atto giuridico costitutivo di un rapporto di provvista idoneo ad evidenziare specificatamente l’effettiva disponibilità dei mezzi/risorse richiesti dalla lex specialis”.*

Sul tema della indicazione specifica dei requisiti messi a disposizione dell’ausiliato si segnala il parere di pre-contenzioso n. 124 del 5.11.2009, secondo cui *“la prova circa l’effettiva disponibilità dei mezzi dell’impresa avvalsa deve essere fornita in maniera rigorosa”.*

Infine, quanto alla impossibilità di avvalersi di requisiti c.d. soggettivi, si segnala il parere di pre-contenzioso n. 254 del 10.12.2008, secondo cui *“l’avvalimento é stato previsto limitatamente ai casi di ricorso ai requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero della attestazione della certificazione SOA.*

*“Nulla é stato disposto, dunque, dal legislatore in merito alla possibilità di avvalersi da parte di un operatore economico dei requisiti soggettivi, tra i quali rientrano anche le certificazioni di qualità. Quest’ultime, infatti, sono volte ad assicurare che l’impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni, accertato*

*da un organismo qualificato. Per quanto riguarda i raggruppamenti, è stato ritenuto che il requisito soggettivo deve essere posseduto da tutte le imprese chiamate a svolgere prestazioni tra loro fungibili”.*

Mancano, invece, allo stato indicazioni sulla “*qualificazione mediante avvalimento*”, anche perché, come ampiamente evidenziato, l’istituto entrerà in vigore solo il 5.12.2011.

Sul tema, in ogni caso, è lecito attendersi da parte dell’Autorità la diramazione di indicazioni operative, indirizzate sia alle SOA, che agli operatori economici.

Ciò che del resto si desume dalla disposizione di cui all’art. 88, comma 7 del Regolamento in esame, secondo cui “*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*”.

**1.7. Conclusioni.** Resta da stabilire se le norme recate dal Regolamento in materia di avvalimento possano essere salutate con favore o se al contrario, questa possa definirsi “*un’occasione mancata*”. In realtà, secondo l’opinione di chi scrive, considerato il livello di definizione delle norme contenute nel Codice dei contratti, non vi erano margini per dettagliare ulteriormente gli adempimenti e gli obblighi posti a carico del soggetto ausiliario e del soggetto ausiliato.

Né il Regolamento poteva rappresentare l’occasione per restringere ancor più la portata delle norme contenute nelle direttive comunitarie le quali, come noto, non pongono limiti di sorta all’istituto dell’avvalimento.

Non ci si può esimere dal rilevare, infatti, che in tal senso si è peraltro espressa anche la Commissione Europea, con la lettera di costituzione in mora 2007/2309 del 30.01.2008, la quale, nel muovere precise critiche all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/06, ha rilevato proprio come “*gli articoli 47, par. 2 e 48, par 3, della Direttiva 2004/18/CE, nonché l'art.54 par 5 e par 6 della Direttiva 04/17/CE, riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami. 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/offerdente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto*”.

Di qui, non a caso, è derivata la necessaria riforma dell'art. 49, comma 6 del D.Lgs. n. 163/06, per effetto del D.Lgs. n. 152 del 11.9.2008, c.d. “Decreto Correttivo III”, e la “torrenziale” giurisprudenza (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, V<sup>a</sup> Sezione n. 7054 del 12.11.2009; TAR Campania, Napoli, VIII<sup>a</sup> Sezione , n. 2852 del 22.5.2009; TAR Puglia, Lecce, I<sup>a</sup> Sezione, n. 697 del 9.4.2009) che ha sancito l'incomprimibilità della facoltà di avvalimento e la più ampia operatività dell'istituto.

L'approccio, quindi, in sede di adozione delle norme regolamentari, non poteva essere invasivo e in effetti, coerentemente con tali assunti, non lo è stato.

L'unica osservazione critica, da muovere a questo punto non tanto al Regolamento, quanto al Codice dei contratti, riguarda la scelta di demandare al Regolamento stesso la definizione delle norme relative alla qualificazione mediante avvalimento, *ex art.* 50 del D.Lgs. n. 163/06, procrastinandone di oltre 5 anni la piena operatività.

Ed infatti, alla luce della disamina delle disposizioni di cui all'art. 88 del Regolamento, che apportano marginali puntualizzazioni alle

norme di cui all'art. 50 del D.Lgs. n. 163/06, può dirsi che forse sarebbe stato preferibile non rinviare l'operatività delle norme in materia di "qualificazione mediante avvalimento" e magari prevedere già nel Codice una disposizione transitoria come quella contenuta nell'art. 357, comma 24 d D.P.R. n. 207/2010. Ma si sa, il valore delle considerazioni espresse *ex post* non può che essere relativizzato, specie se paragonato alle incognite che accompagnavano l'istituto al momento della redazione del Codice.