

*L'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO ALLA LUCE DELLE PIÙ
RECENTI PRONUNCE DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI*

*Alessandro Simonato**

L'istituto dell'avvalimento è stato recepito nell'ordinamento interno, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia consacrata nelle direttive CE n. 17 e 18 del 2004, attraverso gli artt. 49 (*Avvalimento*) e 50 (*Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione*) del Codice dei contratti. Tali disposizioni, da un lato, fanno proprie le previsioni della normativa sovranazionale derivata, dall'altro le connotano con l'introduzione di maggiori oneri e limiti, fondati sulla preoccupazione che, attraverso l'avvalimento, si possano eludere tutte quelle variegate previsioni normative che disciplinano materie sensibili in tema di ordine pubblico economico.

La diffusa corruzione e la ramificata realtà della criminalità organizzata nel suolo nazionale hanno influito non poco, anche in questo caso, su tali restrizioni. In particolare, a mente di quanto disposto dall'art. 49, comma 2, del d. lgs. 163/2006, il concorrente che intenda far ricorso all'istituto dell'avvalimento, al fine di partecipare utilmente alla procedura di selezione per l'aggiudicazione di un contratto pubblico d'appalto, è tenuto a corredare la propria offerta di una pluralità di documenti non interscambiabili, elencati singolarmente nel comma in oggetto.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, al fine di sviscerare alcune implicazioni pratiche e giuridiche della normativa introdotta

* Dottorando presso la Scuola di Dottorato di ricerca in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova.

dal legislatore nazionale attraverso il Codice dei Contratti, alla luce della giurisprudenza amministrativa più recente, si ritiene utile privilegiare, in questo contributo, uno studio delle norme che abbia quale punto privilegiato d'osservazione la posizione dell'operatore economico (diritti ed incombenze) che, privo dei requisiti per partecipare ad una determinata e specifica gara d'appalto, intenda superare tale ostacolo dimostrando alla stazione appaltante il possesso indiretto dei requisiti stessi, al fine di ottenere l'aggiudicazione.

L'art. 49, comma 2, del Codice, dispone che *“ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:*

a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la 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 generali di cui all'articolo 38;

c) 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) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si 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 il concorrente;

e) 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;

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;

g) 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, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”.

Occorre, innanzitutto, rilevare che l'introduzione di tali oneri documentali ha comportato il superamento del principio di atipicità della prova che, sulla scorta della normativa e della giurisprudenza sovranazionale, aveva costituito il fulcro dell'istituto come tratteggiato dal giudice amministrativo nazionale, nell'ottemperare al suo ruolo di giudice comune dell'UE, sino all'introduzione del Codice.

Per meglio comprendere tale affermazione, è opportuno rileggere la normativa sovranazionale in vigore.

Nella direttiva 18/2004 l'avvalimento è disciplinato agli artt. 47 (*Capacità economica e finanziaria*), 48 (*Capacità tecniche e professionali*) e 52 (*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*), che codificano i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 14 aprile 1994, causa C- 389/92 (1) (*Ballast Nedam Groep c. Regno del Belgio, detta anche “Ballast Nedam Groep I”*).

In particolare, l'art. 47, paragrafo 3, dispone che *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare*

¹ In *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 85 (nota di: FRONTONI) e in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 1249 (nota di: GRECO). Per una ricostruzione puntuale della disciplina e della giurisprudenza comunitarie in tema di avvalimento precedente alle direttive del 2004 si segnalano C. ZUCCHELLI, *L'avvalimento*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 561 ss., C. ZUCCHELLI, *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in www.giustizia-amministrativa.it, E. FERESIN, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Milano, 2009, p. 1 ss., M. BALDI – R. TOMEI, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Lavis, 2007, p. 472 ss., M. BOIFAVA, *Avvalimento*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, p. 490 ss.,

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”.

L'art. 48, paragrafo 2, ugualmente prevede 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”.*

L'art. 52, paragrafo 1, terzo periodo, dispone, infine, che “*gli Stati membri adeguano le condizioni d'iscrizione agli elenchi ufficiali all'articolo 47, paragrafo 2 e all'articolo 48, paragrafo 3, per le domande di iscrizione o di certificazione presentate da operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti dalle altre società del gruppo. Detti operatori devono in tal caso 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 qualitativa previsti agli articoli di cui al secondo comma di cui gli operatori si avvalgono ai fini della loro iscrizione”.*

La normativa sovranazionale focalizza l'attenzione sulla necessità che il concorrente dimostri alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, senza però precisare in quale modo (principio di atipicità della prova). In questa prospettiva, nel bilanciamento tra le due diverse esigenze dell'apertura dei mercati alla

massima concorrenza, da una parte, e l'efficienza nell'esecuzione degli appalti pubblici, dall'altra, il ricorso all'avvalimento risulta essere una facoltà dei concorrenti soggetta a vincoli di carattere sostanziale e non particolarmente incisivi: viene introdotta, pertanto, in tal modo, un'eccezione di non poco momento al principio della personalità dei requisiti di qualificazione.

Nell'ordinamento nazionale, alla luce delle preoccupazioni di cui sopra, il principio di atipicità della prova è stato sostituito dal principio di atipicità del contratto di avvalimento. Atipicità che, come si vedrà, non esime la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, a verificare se sussista o meno l'effettività e la congruità dei mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Tale impostazione è stata ritenuta ragionevole, e non pregiudizievole dei rapporti giuridici intercorrenti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, dalla giurisprudenza nazionale, della quale si riporta ad esempio la recente pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, n. 1110/2011, ove il Collegio, sul punto, ha ritenuto che *“la necessaria produzione in giudizio del contratto di avvalimento appare quindi tutt'altro che eccessiva o irrazionale e comporta che gli accordi tra le parti in tale materia dovranno senz'altro rivestire una forma scritta, tale da poter essere prodotti nella documentazione di gara. Osserva inoltre il Collegio che la necessità, sopra evidenziata, che l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento sia accompagnato dalla produzione in atti del relativo contratto non risulta in contrasto con la normativa europea in materia, trattandosi di un onere probatorio che può essere facilmente assolto e che ha peraltro una chiara funzione di certezza delle relazioni giuridiche (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743)”*.

In ogni caso, essendo la *ratio* degli adempimenti richiesti dal legislatore italiano fondata su concrete necessità di tutela dell'ordine

pubblico economico, nel valutare la compatibilità della normativa interna rispetto a quella sovranazionale, occorre tenere presente quanto disposto dal “*considerando n. 6*” della direttiva n. 18/2004/CEE, a mente del quale “*nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al trattato*”. Proprio per tale motivo, le “*precauzioni*” che il legislatore nazionale ha inteso adottare nel consentire il ricorso all'avvalimento sono dei requisiti da ritenersi di stretta interpretazione (2).

In ogni caso, gli Stati membri erano tenuti a porre in essere le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi ad entrambe le direttive CE del 2004 entro il 31 gennaio 2006: da tale data, le disposizioni chiare, precise ed incondizionate che attribuiscono diritti nei confronti delle pubbliche amministrazioni, quali quelle oggetto del presente contributo, sono suscettibili di trovare applicazione giurisdizionale.

L'analisi dei documenti che legittimano e rendono valido ricorso all'istituto dell'avvalimento, ex art. 49, comma 2, del Codice, evidenzia, innanzitutto, la necessaria produzione in sede di gara, da parte del concorrente, dell'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria.

² In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577, affermando che “*lo scopo dell'istituto dell'avvalimento, perseguito dal legislatore comunitario, è stato quello di consentire la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con tali soggetti. Il legislatore italiano ha ritenuto di imporre maggiori limiti all'istituto dell'avvalimento, al fine di evitare turbative delle gare, ma tali limiti sono di stretta interpretazione, pena la violazione del diritto comunitario*”.

Come è stato precisato dal T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, con la recente sentenza del 23 giugno 2011, n. 3329, “*la ratio di tale previsione è la seguente:*”

- *l'avvalimento è strumento per integrare le capacità correlate ai requisiti di ordine speciale richiesti al concorrente, consentendogli di avere maggiori chances di successo e di crescita, il tutto a vantaggio di un mercato competitivo ed equilibrato, ma non già mezzo per sovvertire radicalmente l'ordine economico, aprendo i mercati a meri intermediari e/o a fiduciari e mettendoli in competizione con gli operatori dei mercati di riferimento;*
- *il concorrente deve essere, pertanto, un operatore economico nel settore commerciale che caratterizza in via specifica l'oggetto del contratto e il fine al quale tende l'amministrazione aggiudicatrice e deve, altresì, possedere almeno in parte i requisiti di ordine speciale ai fini dell'esecuzione dell'appalto;*
- *così, se – come nella specie – il contratto ha per oggetto immediato e diretto la realizzazione di lavori, la competizione dovrà essere riservata agli appaltatori di lavori, con esclusione, quindi, di altre categorie, non potendosi l'istituto dell'avvalimento forzare fino al punto di stravolgere l'ordine economico e le basilari regole di qualificazione professionale delle imprese esecutrici;*
- *alla stregua delle superiori considerazioni, può reputarsi legittimato a partecipare ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici soltanto l'operatore del settore, anche se non qualificato per la specifica categoria e per la specifica classifica richiesti in appalto;*
- *l'operatore del settore dei lavori pubblici deve, cioè, essere indefettibilmente titolare di un'azienda – intesa, ai sensi dell'art. 2555 cod. civ., quale complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa – comprendente anche, quale bene immateriale, l'attestazione SOA; per modo che l'assenza di tale ultimo*

requisito fa venire meno la connotazione della predetta azienda in termini di azienda del settore e la qualità del relativo titolare in termini di imprenditore del settore, legittimato a partecipare ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici;

- *la totale carenza dell'attestazione SOA in capo al concorrente non è, dunque, ovviabile mediante lo strumento dell'avvalimento, che è destinato a integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto in gara, ma che, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale, costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare”.*

Il concorrente è tenuto ad allegare, poi, una dichiarazione unilaterale di avvalimento avente, per l'appunto, ad oggetto la manifestazione di volontà a qualificarsi attraverso il possesso indiretto dei requisiti, con individuazione espressa dell'impresa ausiliaria, nonché dei requisiti stessi di cui si intende beneficiare (art. 49, comma 2, lett. a). Elemento, quest'ultimo, che, come si vedrà, costituisce una probabilmente inutile ripetizione di parte del contenuto del contratto di avvalimento.

Il riferimento ai requisiti deve essere interpretato facendo riferimento ai requisiti definiti dalla dottrina e giurisprudenza “*oggettivi, o frazionabili*”. L'elenco di cui all'art. 49, comma 2, precisa, infatti, immediatamente dopo che il concorrente è tenuto ad allegare una dichiarazione propria e dell'impresa ausiliaria avente ad oggetto l'autocertificazione del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 (art. 49, comma 2, lett. b) e c)), cioè i cosiddetti requisiti “*soggettivi*” (detti anche requisiti di ordine personale o, per l'appunto, di ordine generale).

Tale scelta del legislatore nazionale è stata avallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (3), a mente della quale *“tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all’esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell’ambito del cosiddetto avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all’art. 38 d. lg. 163 del 2006. Ciò risponde a elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all’art. 38 d. lg. 163 del 2006, poiché tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all’art. 38 citato”*.

A tal proposito si rammenta, innanzitutto, che la prevalente giurisprudenza della magistratura amministrativa superiore ha pure chiarito che, per l’individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità *ex art. 38 del Codice*, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche, al fine di ricomprenderli nella nozione di *“amministratori muniti di poteri di rappresentanza”*, occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (in tal senso il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza 8 febbraio 2007, n. 523, ove il Collegio ha ritenuto di far rientrare nella categoria degli amministratori, ai fini dell’art. 38 del Codice, sia i *“soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario”* sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di *“partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte”* (4).

³ Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in *Guida al diritto*, 2010, 29, 97.

⁴ Nello stesso senso le sentenze del Consiglio di Stato della sez. VI, 12 ottobre 2006, n. 6089; sez. V, 28 giugno 2004, n. 4774; sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466.

Sul punto occorre, inoltre, registrare una recente sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (n. 836/2011), con la quale il Collegio giudicante ha ritenuto legittima l'esclusione di un concorrente per le false dichiarazioni rese dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria in merito al possesso dei requisiti rilevanti per l'ammissione ad una gara d'appalto. Nel caso oggetto di controversia, il disciplinare di gara richiedeva all'impresa ausiliaria, in caso di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163/06, la *"dichiarazione attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 63/06 [...]"*, dichiarazione da rendersi *"con le modalità previste per il concorrente"*.

La pronuncia risulta interessante in quanto, nel motivare il rigetto del ricorso, riepiloga le problematiche rilevanti e le accortezze che devono sempre accompagnare le dichiarazioni rese ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici. *"In punto di diritto, il Collegio, aderendo ad un consolidato e prevalente orientamento giurisprudenziale - che afferma che l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti rilevanti per l'ammissione ad una gara d'appalto, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara (cfr., da ultimo, CdS, VI, 6.4.2010 n. 1909; V, 2 febbraio 2010, n. 428; TAR Veneto, I, 24.1.2011 n. 75) -, non può esimersi dall'osservare che la circostanza che il rappresentante legale della ditta concorrente abbia oggettivamente omesso di dichiarare i propri precedenti penali ha senza dubbio integrato la violazione della lex specialis di gara (è appena il caso di osservare che quest'ultima richiedeva qualcosa di più della mera indicazione dei "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" pretesa dall'art. 38, I comma, lett. "c" del d. lgs n. 163/06, in quanto imponeva di specificare, a pena di esclusione – sanzione, questa, prevista dal citato art. 38, I comma, espressamente richiamato dalla lex specialis -, tutte le pregresse vicende giudiziarie dei soggetti*

interessati, demandando così alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla gravità del reato e alla sua incidenza sulla moralità professionale), comportando legittimamente l'esclusione della ditta ricorrente da parte della stazione appaltante, anche avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, secondo cui "il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera" (e che giustifica pienamente, sul piano normativo, la richiamata prescrizione contenuta nel disciplinare).

L'art. 75, I comma del D.P.R. citato, del tutto chiaro nella formula letterale, prescinde, infatti, per la sua applicazione dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi sul dato oggettivo della "non veridicità", apprezzato ex ante e rispetto al quale è, pertanto, irrilevante il complesso delle giustificazioni poi addotte dal dichiarante; peraltro, è appena il caso di evidenziare che la riabilitazione (combinato disposto dagli artt. 683 cpp e 178 cp) e l'estinzione del reato (combinato disposto dagli artt. 676 cpp e 151 seg. cp) per decorso del termine di legge devono essere giudizialmente dichiarate, giacché il giudice di sorveglianza nel primo caso ed il giudice dell'esecuzione nel secondo caso sono gli unici soggetti al quale l'ordinamento conferisce la competenza a verificare che siano venuti in essere tutti i presupposti e sussistano tutte le condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, in mancanza, la dichiarazione di assenze di condanne penali equivale a dichiarazione mendace e giustifica l'esclusione dalla gara del concorrente che l'abbia resa (cfr., da ultimo, CdS, V, 20.10.2010 n. 7581).

È affatto irrilevante in causa - diversamente ne rimarrebbe leso il principio della par condicio - la circostanza che la dichiarazione di estinzione del reato sia intervenuta successivamente alla dichiarazione resa in sede di gara e, comunque, alla scadenza del termine per la proposizione della domanda di partecipazione alla

gara; non può richiamarsi la buona fede del ricorrente e la scusabilità dell'errore in relazione alla circostanza che il certificato del casellario giudiziale non riportava alcunché a carico dei soggetti interessati: è noto, infatti, che i certificati del casellario rilasciati ai privati sono incompleti, potendosi comunque effettuare presso il competente Ufficio una visura ai sensi dell'art. 33 del DPR n. 313/02, da cui emerge il quadro completo della propria situazione penale”.

Con riguardo alla distinzione tra requisiti oggettivi e soggettivi, rispetto alla quale sarebbe fondamentale, e quindi auspicabile, una certa chiarezza, affinché l'operatore economico sia in grado di conoscere ex ante quando è da intendersi validamente esperibile il ricorso all'istituto di cui si discorre, occorre registrare l'esistenza di orientamenti contrapposti, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina (5), relativamente alle certificazioni di qualità, di cui agli artt. 40, comma 3, lett. a) e 43 del Codice.

Da un lato, si riporta la posizione sostenuta, inter alia, dal T.A.R. Puglia (6) e dalla dottrina (7) prevalente, sulla scorta delle pronunce della magistratura superiore (8), in virtù della quale *“la certificazione di qualità è da ritenersi requisito soggettivo dell'impresa, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute. Obiettivo che, per essere effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la*

⁵ A tal proposito, si segnalano M. BALDI – R. TOMEI, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Lavis, 2007, p. 488, nonché l'ampio *escursus* dottrinale e giurisprudenziale sviluppato da E. FERESIN, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Milano, 2009, p. 103 ss.

⁶ TAR Bari, sez. I, 3 giugno 2009, n. 1379, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1874 e 2 ottobre 2009, n. 2223, in *Foro amm. TAR*, 2009, 10, 2938.

⁷ Si fa riferimento, a tal proposito, a E. FERESIN, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Milano, 2009, p. 107 ss.

⁸ Const. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1378 e, più recentemente, pure Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4668, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8, 2199.

certificazione di qualità riguardi direttamente l'impresa appaltatrice".

In sostanza, la tesi cd "soggettiva", considera tale elemento un requisito tecnico di carattere soggettivo, cioè inerente ad un determinato sistema aziendale che, in quanto tale, non è surrogabile tramite possesso indiretto.

Sul punto, si ritiene importante evidenziare la posizione assunta dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento con la sentenza n. 249 del 2010, ove, dopo un'interessante riflessione sistematica sulla portata dell'istituto dell'avvalimento nel nostro ordinamento giuridico, viene presentato un confronto tra la suddetta tesi soggettiva con quella sostanzialista, di cui si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

"Con il secondo motivo la ricorrente lamenta che la stazione appaltante non abbia ritenuto ammissibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento, al quale "in aggiunta" essa aveva fatto ricorso nella sopra riportata dichiarazione, posto che l'art. 49 del Codice dei contratti pubblici permetterebbe la possibilità di avvalersi dei requisiti tecnici e organizzativi, oltre che della certificazione SOA alla quale sarebbe equiparabile il certificato Audit Famiglia e Lavoro. Anche queste argomentazioni, a parere del Collegio, sono prive di pregio giuridico. Riscontra il Collegio che l'istituto dell'avvalimento trova il supporto normativo nell'art. 54 della direttiva n. 17/2004/CE e negli artt. 47 e 48 della direttiva n. 18/2004/CE. Il principio era però già stato delineato, nei suoi caratteri essenziali, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale, ancora in base all'art. 32 della direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE, aveva osservato che un prestatore di servizi poteva comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici richiesti per la partecipazione ad una gara facendo riferimento alle capacità di altri soggetti (cfr., sez. V, 2.12.1999, in causa C-176/98).

L'istituto è palesemente finalizzato ad evitare indebiti ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione dei pubblici appalti, e quindi a consentire agli operatori economici di partecipare alle gare anche qualora non siano in diretto possesso "dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero dell'attestazione della certificazione SOA", come recita l'art. 49 del Codice dei contratti che è diretta attuazione delle direttive menzionate. L'avvalimento è ammesso per qualsiasi tipologia di gara (lavori, servizi e forniture), per il concorrente singolo ma anche per le imprese associate, e può essere utilizzato ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara (cfr., C.d.S., sez. VI, 11.7.2008, n. 3499).

Dalla formulazione testuale del riportato art. 49, ove fa riferimento esclusivamente a requisiti di ordine speciale, oltre che all'attestazione della certificazione SOA, si ricava che l'istituto in esame non è ammesso in relazione sia ai requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 né a quelli di idoneità professionale di cui all'art. 39 (cfr., da ultimo, T.A.R. Sardegna, sez. I, 24.10.2009, n. 1565). La giurisprudenza ricomprende nei requisiti soggettivi, ancorché di carattere tecnico, anche le certificazioni di qualità aziendale, circa le quali è stato osservato che sono "volte ad assicurare che l'impresa svolga il 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" (cfr., C.d.S., sez. V, 14.2.2005, n. 435). In proposito, è stato ulteriormente affermato che la certificazione di qualità rientra nei "requisiti soggettivi dell'impresa, preordinati a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali

dovute. Obiettivo che, per essere effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la certificazione di qualità riguardi” chi esegue direttamente la prestazione (cfr., T.A.R. Sardegna, sez. I, 6.4.2010, n. 665 e 27.3.2007, n. 556). In altri termini, siccome la certificazione di qualità è inerente ad un determinato sistema aziendale ed è preordinata a garantire un elevato livello di esecuzione del rapporto contrattuale, la stessa non è suscettibile di prestito e quindi non può essere oggetto di avvalimento (cfr., anche C.d.S., sez. VI, 8.6.2010, n. 3634; T.A.R. Piemonte, sez. I, 15.1.2010, n. 224; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 26.2.2009, n. 394).

E tale impostazione sia normativa che giurisprudenziale è, a parere del Collegio, conforme alla disciplina comunitaria posto che solo gli artt. 47 (“capacità economica e finanziaria”) e 48 (“capacità tecniche e professionali”) della direttiva 31.3.2004, n. 2004/18/CE, prevedono il ricorso all’istituto dell’affidamento mentre la stessa possibilità non è stata considerata all’art. 49 (“norme di garanzia della qualità”) della citata direttiva. “Un deciso revirement rispetto agli orientamenti tradizionali”, come è stata definita dalla dottrina, è la recente sentenza del T.A.R. Basilicata, sez. I, 3.5.2010, n. 220, che ha ricondotto il requisito in esame alla categoria dei requisiti speciali anziché al novero di quelli soggettivi. Quel Tribunale, che ha deciso positivamente una vertenza riguardante la possibilità di avvalersi della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001, ha in concreto sostenuto che è dall’esame del contratto di avvalimento che l’Amministrazione può “valutare l’effettiva sussistenza dell’obbligazione dell’impresa ausiliaria nei confronti del concorrente di mettere a disposizione di quest’ultimo l’intero complesso organizzativo aziendale per tutta la durata di esecuzione del contratto in modo da sopperire alle deficienze organizzative dell’impresa partecipante non dotata del certificato di qualità per lo specifico servizio richiesto dall’amministrazione”.

A parere del Collegio, nella deliberazione della pronuncia sembra che sia prevalso un criterio di tipo sostanziale basato sull'analisi dell'effettivo rapporto tra i due contraenti e sulla verifica della tangibile messa a disposizione del requisito richiesto. Tuttavia, detta (per ora) isolata pronuncia, ampiamente richiamata dalla difesa della deducente, non gioverebbe comunque alla Società Argentea in quanto con la scrittura privata datata 18.6.2010, allegata alla dichiarazione sostitutiva di certificazione di pari data (cfr., doc. n. 13 in atti dell'Amministrazione), l'ausiliaria GPI si è limitata a mettere a sua disposizione "il certificato Base Audit Famiglia & Lavoro n. 006 del 26.3.2009".

Trattasi, con tutta evidenza, di un impegno meramente formale e del tutto generico a fronte di una precisa disposizione del bando di gara volta a richiedere che l'impresa capogruppo (ossia quella che in qualità di mandataria era destinata ad essere l'interlocutrice diretta dell'Amministrazione aggiudicataria), possedesse un impianto organizzativo strutturato sulle politiche familiari nonché risorse umane valorizzate e motivate nel complesso rapporto di conciliazione lavoro - famiglia. All'obiezione della ricorrente che al momento della presentazione dell'offerta GPI controllava Argentea e che il gruppo societario operava politiche comuni verso il personale, occorre replicare che, proprio su questo specifico punto, la giurisprudenza - che il Collegio fa propria - ha osservato che la dimostrazione della concreta disponibilità dell'impresa avvalsa delle risorse e dei requisiti di qualificazione dell'impresa ausiliaria non può subire un'attenuazione nemmeno nell'ipotesi in cui l'impresa partecipante alla gara sia parte di un gruppo societario "non essendo sufficiente - a tal fine - le mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo" (cfr., C.d.S., sez. IV, 20.11.2008, n. 5742 e T.A.R. Piemonte, sez. I, 30.3.2009, n. 837).

Invero, per la particolarità del servizio posto in gara, chiamato a svolgere una peculiare funzione socio assistenziale, il bando aveva richiesto una particolare dedizione al personale addetto alla centrale operativa del telesoccorso e del telecontrollo. La sua appartenenza ad un'azienda che, attraverso una cultura imprenditoriale innovativa, è volta ad integrare la vita professionale e quella privata, doveva garantire (attraverso la richiesta certificazione di qualità) l'esistenza di un clima sereno nell'ambiente lavorativo. Conseguentemente, non si comprende come quel servizio potesse essere svolto da una società priva della richiesta certificazione, attraverso lo sfruttamento del titolo rilasciato ad un'altra che dispone, però, di una differente struttura e di personale diverso. In definitiva, sull'istituto dell'avvalimento il Collegio condivide quanto affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata, la quale da un lato ha posto in rilievo che deve necessariamente essere "valorizzato ed ampliato" ma che, tuttavia, non può "rappresentare una chiave generale per l'acquisizione di commesse pubbliche da parte di soggetti privi di titoli professionali soggettivi imprescindibili (cfr., T.A.R. Sardegna, n. 1565 del 2009, cit.)".

Se questo era lo stato dell'arte, tutto sommato alquanto granitico, fino all'inizio dell'anno in corso, occorre evidenziare il più recente orientamento di alcuni tribunali amministrativi di prime cure⁹. In particolare, si ritiene utile seguire l'iter logico sviluppato dal Tar Campania-Salerno, sez. I, nella recente sentenza 29 aprile 2011, n. 813, in quanto riassuntivo del nuovo indirizzo meno rigoroso e formalista.

"L'orientamento estensivo (TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220), avvalorato dalla ratio dell'allargamento della concorrenzialità tra imprese sottesa all'istituto in discussione, osserva che: [...] il

⁹ Fra i quali T.A.R. Ancona Marche, sez. I, 08 novembre 2010, n. 3374, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, 3506 (nello stesso senso T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 3 maggio 2010, n. 220).

requisito della certificazione di qualità – in quanto riconnesso semplicemente ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività, a seguito di valutazione, sia conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza – dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere tecnico-organizzativo e come tale suscettibile di avalimento, atteso che il contenuto dell'attestazione concerne, in sostanza, il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo e garantisce la stazione appaltante nella fase esecutiva del contratto, in quanto mira ad assicurare che l'impresa esegua l'attività oggetto dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni...

A voler diversamente opinare, si determinerebbe l'implausibile esclusione di alcuni soggetti operanti nel medesimo settore dalla possibilità di aggiudicazione di determinati contratti pubblici, comprimendo la loro libertà d'impresa e la possibilità di incrementare esperienza e capacità professionale; il terzo che presta, in via di ausiliatore, la propria certificazione di qualità, non si limita al prestito del solo documento contenente la certificazione, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, e siffatta obbligazione vale a garantire l'interesse dell'amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell'appalto, risultando, per ciò solo ed in definitiva, ben possibile che l'impresa concorrente assuma le vesti di un mero centro di imputazione di rapporti giuridici e limiti la sua attività al coordinamento delle prestazioni dell'impresa ausiliaria; del resto, la legge prevede che, nell'ipotesi in cui il soggetto affidatario dell'appalto non disponga del complesso organizzativo dell'impresa ausiliaria o questa si rifiuti di

metterlo a disposizione, sussiste una responsabilità di carattere solidale tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria[...].

Suffraga siffatto orientamento l'osservazione di ordine teleologico, per cui, in materia, debba privilegiarsi un criterio ermeneutico sostanziale per il quale, essendo la certificazione di qualità comunque intesa a garantire la (oggettiva) qualità dell'adempimento e non solo la (mera e soggettiva) idoneità professionale del concorrente pur sempre strumentale alla prima, sia erroneo postulare (una volta chiarito che l'avvalimento è la regola e le sue limitazioni le eccezioni) che la detta certificazione debba necessariamente far capo (salvo il riscontro di abusi e la doverosa verifica di effettività) unicamente al concorrente con conseguente impossibilità di ausilio per l'avvalimento”.

Si è voluto riportare integralmente tali pronunce, in quanto quest'ultimo orientamento è stato inaspettatamente condiviso pure dalla sez. III del Consiglio di Stato, che, con la sentenza 18 aprile 2011, n. 2344, ha significativamente mutato la posizione dei giudici d'appello sul punto.

“Sul piano letterale, l'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. D'altra parte, è fuori discussione che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento miri ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti: pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina. In questa prospettiva, non persuade l'indirizzo interpretativo espresso dall'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici, che ha affermato l'esistenza di un divieto assoluto e inderogabile di ricorrere all'avvalimento, per dimostrare la

disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità. Tuttavia, una volta ammessa l'astratta operatività dell'avvalimento, non può essere trascurata l'evidente difficoltà pratica di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività. In questo contesto, è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)".

Sulla scorta di tale giurisprudenza della magistratura amministrativa superiore, si segnala, a chiusura delle riflessioni sulla natura dei requisiti, che il TAR Toscana, con la sentenza n. 1024 del 13 giugno 2011 (la quale espressamente richiama nella motivazione la sentenza del Consiglio di Stato sopra riportata), ha esteso la possibilità di ricorrere utilmente all'istituto dell'avvalimento anche con riguardo alla certificazione ufficiale rilasciata dalla casa produttrice per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti in fase di presentazione del progetto.

Particolarmente significativi sono anche i documenti richiesti nel prosieguo dell'art. 49 del Codice. In virtù della lettera d) del secondo comma dell'articolo, il concorrente è tenuto ad allegare alla propria domanda di partecipazione una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente, nonché verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione di quest'ultima, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie.

Se confrontata con la successiva lettera e) dell'art. 49, comma 2, nonché con la normativa comunitaria sopra riportata, balza agli occhi la peculiarità di questo ulteriore vincolo, assai discusso in dottrina (10), previsto dalla normativa nazionale. Tale dichiarazione è, infatti, un documento diverso dal contratto di avvalimento tout court: se in virtù di tale accordo l'operatore economico ausiliario si obbliga nei confronti del solo concorrente, con la dichiarazione in esame il primo assume, invece, un impegno diretto anche nei confronti della stazione appaltante, rispetto alla quale il legislatore ha previsto, coerentemente, una responsabilità solidale ex art. 49, comma 4 del Codice.

Ad avviso del Consiglio di Stato, pertanto, *“nell’istituto dell’avvalimento di cui all’art. 49, comma 1, d.lg. n. 163 l’impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l’impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l’ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l’impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un’obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l’aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti”* (11).

Tale rapporto accessorio e dipendente non è stato, tuttavia, approfondito in altre pronunce giurisprudenziali e risulta ancora assai

¹⁰ M. BALDI – R. TOMEI, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Lavis, 2007, p. 499; C. ZUCCHELLI, *L'avvalimento*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 622 ss.

¹¹ Consiglio Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, 1084, richiamato successivamente in plurime pronunce, fra le quali la n. 27551/2010 del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania.

dibattuto e poco chiaro in dottrina, in particolar modo con riguardo alle tutele di cui concretamente gode la stazione appaltante (risarcimento in forma specifica oppure risarcimento per equivalente) nel caso di inadempimento del concorrente, poi aggiudicatario del contratto.

Alla luce di tale quadro, emerge, in ogni caso, la specialità del rapporto di avvalimento rispetto al contratto di subappalto.

Al fine di evitare uno sdoppiamento della documentazione che il concorrente deve allegare, parte della giurisprudenza (12) ha ritenuto di evidenziare che *“in materia di avvalimento nelle gare pubbliche, la dichiarazione dell’impresa ausiliaria prevista dall’art. 49 comma 2 lett. d), d. lg. 12 aprile 2006 n. 163, con cui quest’ultima si 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 il concorrente, non deve essere necessariamente contenuta in un foglio autonomo, ben potendo essere contenuta anche nel medesimo contratto di avvalimento; invero, le disposizioni di legge e di bando devono essere interpretate in chiave non formalistica, per cui ciò che è necessario affinché tali disposizioni siano rispettate è che la documentazione presentata dimostri l’esistenza di un vincolo negoziale che consenta all’impresa ausiliata di avvalersi delle risorse (di cui essa è priva) che le mette a disposizione l’impresa ausiliaria, che quest’ultima assuma il relativo impegno non solo nei confronti dell’impresa ausiliata ma anche nei confronti della stazione appaltante e che, infine, l’impresa ausiliaria renda le dichiarazioni richieste in punto di possesso dei requisiti generali e di non partecipazione in qualsiasi altra forma alla gara”*.

¹² T.A.R. Latina Lazio, sez. I, 18 giugno 2010, n. 1067, in *Foro amm. TAR*, 2010, 6, 2086.

Il documento più significativo da allegare, in virtù della sua idoneità a focalizzare tutti gli elementi che il legislatore ha ritenuto necessari a legittimare il ricorso al possesso indiretto dei requisiti, è il contratto di avvalimento stesso, che il concorrente può presentare in originale o in copia autentica (art. 49, comma 2, lett. f). Tale contratto non può, pertanto, essere concluso verbalmente.

Sul punto, si riporta un passaggio significativo della sentenza n. 1110/2011 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana. *“Nella specie è pacifico che parte ricorrente non ha prodotto copia del contratto, giacché si sostiene che lo stesso è stato concluso in forma verbale e non era quindi possibile produrne una copia cartacea; si sostiene altresì che comunque la stazione appaltante avrebbe dovuto ritenere sufficiente la dichiarazione (allegato D) prodotta dalla ditta ausiliaria Geographics srl e versata in atti sub documento n. 5.*

Osserva il Collegio che la normativa di legge e di gara è esplicita nel richiedere una duplicità di atti negoziali, tra cui, accanto alla dichiarazione d'impegno, anche un vero e proprio contratto tra impresa ausiliaria e concorrente.

La giurisprudenza più recente ha evidenziato la estrema importanza della cognizione in sede di gara di tale contratto anche al fine di poter esaminare in concreto le pattuizioni stabilite tra le parti e poter quindi appurare se dalle stesse emerge una concreta cessione di mezzi e risorse tra ausiliaria e concorrente, tale da dare concretezza all'istituto dell'avvalimento stesso (in termini Cons. Stato, sez. III; 18 aprile 2011, n. 2344).

La necessaria produzione in giudizio del contratto di avvalimento appare quindi tutt'altro che eccessiva o irrazionale e comporta che gli accordi tra le parti in tale materia dovranno senz'altro rivestire una

forma scritta, tale da poter essere prodotti nella documentazione di gara.

Deve quindi evidenziarsi che, contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, la semplice dichiarazione di impegno della ausiliaria a fornire al concorrente quanto necessario per l'esecuzione del contratto non può dirsi sostitutiva e assorbente rispetto alla produzione del vero e proprio contratto di avvalimento, giacché soltanto quest'ultimo contiene le specifiche pattuizioni tra impresa ausiliaria e concorrente e consente quindi la verifica della serietà degli impegni assunti dall'ausiliaria anche in termini di messa a disposizione di mezzi erisorse a favore dell'impresa che partecipa alla gara.

Osserva inoltre il Collegio che la necessità, sopra evidenziata, che l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento sia accompagnato dalla produzione in atti del relativo contratto non risulta in contrasto con la normativa europea in materia, trattandosi di un onere probatorio che può essere facilmente assolto e che ha peraltro una chiara funzione di certezza delle relazioni giuridiche (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743). Infine deve essere rilevato che di fronte ad una normativa di legge e di gara estremamente chiara e lineare non vi era alcuno spazio alla richiesta di chiarimenti, così come invece invocata da parte ricorrente”.

Se l'esistenza di un accordo è, pertanto, necessaria, alcune pronunce dei giudici di prime cure hanno dimostrato particolare riguardo nei confronti dell'autonomia contrattuale, traendone coerenti conseguenze sul piano degli oneri in capo ai concorrenti.

Si segnala, fra le altre, la sentenza che segue del TAR Lazio. “*Gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso risultano del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, sia di affermare, anche per l'effetto, che l'ordinamento non*

prevede uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese (da ultimo, Tar Lazio, II, 4 maggio 2010, n. 9512; I, 3 dicembre 2009, n. 12455; C. stato, V, 12 giugno 2009, n. 3791), con la conseguenza che esso può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo (Tar Lazio, II-ter, 30 aprile 2008, n. 3637) - principio, del resto, pienamente conforme all'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c. - e che la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; alla divisata atipicità del contratto in esame accedendo l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo, dimostrandosi irrilevante (ai fini della validità del vincolo inter partes) l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta, peraltro assistito da presunzione ex art. 1709 c.c. (Tar Lazio, Roma, I, n. 12455 del 2009 cit.). Viene allora in considerazione - ai fini della corretta configurazione della fattispecie - unicamente l'esigenza che la stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento” (13).

Nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene ad un gruppo, è lo stesso Codice a prevedere una semplificazione degli oneri in capo al concorrente, disponendo che, in luogo del contratto, è possibile presentare una dichiarazione che attesti il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo stesso (14), in ragionevole

¹³ T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 27 ottobre 2010, n. 33033, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3210.

¹⁴ Si segnala tuttavia una giurisprudenza più restrittiva ([Consiglio Stato, sez. IV, 20/11/2008, n. 5742](#)), in virtù della quale “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

conformità con quanto previsto anche al successivo art. 50 per l'avvalimento dell'attestazione SOA.

Tale agevolazione è da ritenersi, tuttavia, di stretta interpretazione, in virtù di quella giurisprudenza (15) che, nel caso di un contratto di consorzio, ha precisato che *“la dimostrazione delle condizioni per l'avvalimento dei requisiti non può essere desunta dal mero dato fattuale dell'esistenza del contratto, di per sé non comprovante la disponibilità dei mezzi propri del consorzio stesso. È invero necessario che il soggetto terzo (ausiliante) si impegni formalmente a mettere a disposizione i propri (specificati) mezzi per tutto l'arco temporale di esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, senza che possa assumere un rilievo sostitutivo, sul versante probatorio, la sola esistenza di un rapporto di gruppo. In altre parole, il legame giuridico deve essere corroborato anche dalla prova dell'effettiva “messa a disposizione” delle risorse necessarie a qualificare il concorrente, punto nevralgico, questo, della disciplina dettata dal legislatore nazionale, nonché della giurisprudenza amministrativa, più o meno rigorosa.*

Il contenuto del contratto di avvalimento è precisato all'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010 (Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento), il quale dispone che, per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del Codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

- a) l'oggetto del contratto, c'est-à-dire le risorse e i mezzi prestati, da esplicitarsi in modo determinato e specifico, alla luce delle riflessioni che si sono ampiamente svolte fin d'ora;
- b) la durata del contratto;

appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, con la conseguenza che non è sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari, che avvincono due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo”.

¹⁵ Consiglio Stato, sez. VI, 09 febbraio 2010, n. 641.

c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

In merito al tipo contrattuale, infatti, tanto la dottrina che la giurisprudenza hanno qualificato il contratto di avvalimento di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), quale contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c.. Affinchè la partecipazione alla gara sia legittima, non è, infatti, importante la forma o l'onerosità del contratto, bensì la sussistenza dei requisiti necessari a qualificare il concorrente come idoneo ad eseguire correttamente l'appalto pubblico, nel caso in cui la sua offerta venga selezionata come la migliore.

A tal proposito, si riporta la pronuncia del Consiglio Stato, sez. V 12 giugno 2009 n. 3791 (16), ove i giudici precisano che *“in forza dell'indice normativo fissato in materia di avvalimento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici, il concorrente che si avvale delle risorse dell'impresa ausiliaria deve averne una disponibilità immediata, deve cioè, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, poterle usare per eseguire il contratto senza intermediazione dell'impresa ausiliaria stessa. Risulta in definitiva indefettibile la possibilità, per l'aggiudicatario, di usare in via diretta ed immediata la risorsa con qualsiasi strumento giuridico, comprensivo sia dei contratti tipici (ad esempio il comodato o l'affitto di azienda), ovvero di pattuizioni atipiche ai sensi del capoverso dell'art. 1322 del codice civile. Alla stregua di un'interpretazione sistematica, teleologica e conservativa delle norme di che trattasi, la "disponibilità" assicurata dal terzo al vincitore non può identificarsi nella mera possibilità dell'aggiudicatario di rivolgersi quale cliente al terzo per far svolgere ad esso i servizi in questione”*.

Sulla scia di tale giurisprudenza, particolarmente attenta ai profili sostanziali della documentazione necessaria per poter fare validamente ricorso al possesso indiretto dei requisiti, il TAR

¹⁶ In *Foro amm.* CDS, 2009, 6, 1487.

Toscana, nella già richiamata sentenza n. 1024/2011 avente ad oggetto l'avvalimento di requisiti cd. immateriali (nel caso specifico, come si è visto, si trattava della certificazione ufficiale rilasciata dalla casa produttrice per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti in fase di presentazione del progetto), si è trovato a prendere posizione sul ricorso che censurava anche la circostanza in virtù della quale il contratto di avvalimento riguardava esclusivamente l'uso della certificazione, cioè del titolo richiesto, e non anche delle risorse che ne costituivano il presupposto.

I giudici amministrativi, a tal proposito, hanno motivato il rigetto del ricorso sul punto, affermando che *“il contratto depositato in giudizio induce a diverse conclusioni. In esso si legge: - che l'impresa ausiliaria si impegna non solo a consentire l'utilizzo della certificazione richiesta, ma anche a fornire alla stazione appaltante una dichiarazione "di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente"; - che in relazione alla responsabilità solidale gravante sull'ausiliaria a quest'ultima sono attribuiti poteri di verifica e controllo dell'avanzamento dei lavori, della regolarità dell'esecuzione e di tutti gli atti tecnici, nonché di accesso ai luoghi in cui si svolgono i lavori, con autorizzazione ad interloquire con la direzione lavori e con il RUP. Ad avviso del Collegio la prima dichiarazione vale ad assicurare il supporto non solo cartaceo, ma tecnico eventualmente necessario per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti; mentre i poteri riconosciuti dal contratto all'impresa ausiliaria si configurano quale corrispettivo dell'impegno assunto, finalizzato ad assicurare, in concreto, la corretta esecuzione dei lavori da parte della concorrente aggiudicataria, e sono lo strumento per verificare preventivamente il raggiungimento dell'obiettivo, evitando così di dover rispondere di eventuali inadempimenti. Ciò porta concludere che il rapporto di avvalimento instaurato tra le due società non aveva un oggetto limitato al "titolo" di cui la concorrente era carente, ma*

presentava un contenuto sostanziale, idoneo a dimostrare il possesso del requisito richiesto”.

In senso ancor più permissivo il TAR Veneto, che, nella sentenza n. 5528 del 20 ottobre 2010 (17), con riguardo ai profili dell'ammissibilità del contratto di avvalimento e onerosità dello stesso, motiva come segue.

“Secondo la tesi della ricorrente, oggetto del contratto di avvalimento non potrebbe essere in tal senso la sola referenza maturata in passato dall'impresa ausiliaria, ma l'intera sua azienda: ossia non un mero fatto storico, ma l'insieme dei suoi mezzi e della propria organizzazione produttiva. Il Collegio, per parte propria, rileva innanzitutto che è destituita innanzitutto di fondamento l'affermazione della ricorrente secondo la quale il contratto di avvalimento prodotto da in sede di gara non sia costituito dall'originale dello stesso ovvero dalla sua copia resa conforme all'originale, come per l'appunto disposto dall'art. 49 del d. lgs. 163 del 2006. Si trae conferma di ciò dal doc. 2 di parte resistente, secondo elenco, costituito dalla nota Prot. 30980 dd. 3 settembre 2010 con la quale il Dirigente preposto al Servizio Affari Generali e Legali dell'Azienda U.L.S.S. n. 7 ha trasmesso al proprio patrocinio “in allegato, copia dell'originale del contratto di avvalimento stipulato tra la Cooperativa Sociale “I Tigli 2” e la Cooperativa Sociale “Nike kai Dike” ausiliaria” (cfr. ivi).

Venendo quindi alla contestazione di fondo della ricorrente in ordine all'asserita impossibilità per l'impresa ausiliaria di conferire in avvalimento una sola propria referenza maturata in passato, ad avviso del Collegio risulta per contro possibile, proprio in quanto non vietata dalla disciplina comunitaria e di diritto interno, anche la messa a disposizione a favore del partecipante alla gara di parte e non già della totalità delle risorse aziendali di cui è titolare l'impresa

¹⁷ In *Foro amm.* TAR, 2010, 10, 3134.

ausiliaria medesima, ivi dunque compresi i requisiti immateriali costituiti - come, per l'appunto, nel caso di specie - dal pregresso svolgimento di servizi omologhi a quelli posti in gara e che l'impresa ausiliata intenderebbe a sua volta disimpegnare.

Il contratto di avvalimento stipulato nella specie individua con esaustiva chiarezza l'oggetto conferito da Nike kai Dike a "I Tigli 2", ossia lo specifico requisito di aver "svolto per almeno due anni nell'ultimo quinquennio servizi di manutenzione e/o gestione di presidi/ausili sanitari" contemplato dal bando di gara: oggetto che, pertanto, non è indeterminato e che consente a "I Tigli 2" di avvalersi dell'esperienza di Nike kai Dike maturata in tale settore mediante assistenza anche discontinua e a distanza, stante l'intuitiva insussistenza al riguardo di particolari complessità tecniche in ordine alle modalità gestionali del servizio e agli interventi di riparazione eventualmente necessari.

L'assenza di pattuizione di un corrispettivo di per sè non significa che il contratto sia gratuito, potendo al riguardo provvedere il giudice in difetto di un accordo tra le parti (cfr. art. 1709 c.c.), ma anche - e soprattutto - in quanto l'assodata atipicità del contratto di avvalimento non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione del corrispettivo, posto che la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende ex se irrilevante ai fini della validità del vincolo instaurato tra le parti l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere al mandatario un compenso per l'attività da lui svolta, trattandosi di obbligo che ai sensi dell'art. 1709 c.c. è solo presunto (cfr. sul punto la sentenza n. 3451 dd. 6 novembre 2008, resa da questa stessa Sezione)".

In conclusione, l'avvalimento si presta ad essere, in particolar modo in tempi di crisi economica come quelli odierni, un'efficace strumento a garanzia dell'inclusione nella platea dei concorrenti all'aggiudicazione

dei contratti pubblici anche delle imprese più giovani e dalle dimensioni non particolarmente rilevanti.

Uno strumento che, allo stesso tempo, dà, quindi, attuazione al principio di libera concorrenza nonché ai principi dello Small Business Act (18), fondamentalmente ancora inattuati nel nostro ordinamento. In tal senso, si possono salutare con favore alcune aperture giurisprudenziali che si sono evidenziate nel corso di questo contributo, in particolar modo per la loro attenzione ad un approccio più sostanzialista all'istituto, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Approccio che, come si è visto, non inficia le cautele dovute dalle peculiari esigenze di tutela dell'ordine pubblico economico del nostro ordinamento. In attesa di nuove determinazioni del legislatore sovranazionale e nazionale, alla luce del recente Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.

¹⁸ Comunicazione della Commissione su *Una corsia preferenziale per la piccola impresa- Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (Small Business Act per l'Europa)*, SEC/2008/2101.