

CONFORMITÀ E DISCORDANZE FRA REGOLE COMUNITARIE E NAZIONALI IN TEMA DI AVVALIMENTO

Claudio Zucchelli *

SOMMARIO: 1. Premessa: la giurisprudenza comunitaria - 2. La disciplina del codice: art. 49 avvalimento nei lavori, servizi e forniture - 2.1. Comma 1 - 2.3. Comma 3 - 2.4. Comma 4 - 2.5. Comma 5 - 2.6. Comma 6 - 2.7. Comma 7 - 2.8. Comma 8 - 2.9. Comma 9 - 2.10. Comma 10 - 2.11. Il comma 10 originario - 2.12. Il comma 10 attuale - 2.13. Comma 11 - 3. La disciplina del Codice: art. 50 avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione - 3.1. Comma 1 - 3.2. Comma 2 - 3.3. Comma 3 - 3.4. Comma 4 - 4. Settori speciali.

1. Premessa: la giurisprudenza comunitaria. Fin dalle prime disposizioni sugli appalti pubblici, la Comunità europea evita di “personalizzare” i requisiti di capacità economica e tecnica che gli operatori devono possedere per partecipare a gare d’appalto.

Con riferimento alla capacità economica e finanziaria, riprendendo analoghe disposizioni contenute nelle precedenti direttive 71/304 – relativa alla soppressione delle restrizioni alla libera prestazione di servizi in materia d’appalti di lavori pubblici e all’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali – e 71/305 – relativa al coordinamento delle procedure d’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici - l’articolo 31, n. 3 della direttiva 92/50 Servizi (uguale previsione è contenuta nell’articolo 26 della direttiva

* Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e Capo del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il testo costituisce estratto della relazione predisposta per il seminario su *L’avvalimento tra ratio comunitaria, legislazione interna e prassi applicative* svoltosi il 20 gennaio 2012 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento nell’ambito del ciclo di incontri *Temi di diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici e i servizi*. L’iniziativa è stata promossa dall’*Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici* del Dipartimento di Scienze Giuridiche. Il testo integrale delle relazioni presentate al seminario sarà pubblicato prossimamente da EDK.

37/93 Lavori e nell'articolo 22 della direttiva 36/93 Forniture), permette al prestatore di provare le capacità richieste dall'Amministrazione mediante qualsiasi documento che l'Amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato.

Per quanto riguarda la capacità tecnica, riprendendo identiche disposizioni contenute nelle direttive del 1971 sopraccitate, l'articolo 32, n. 2, lett. C), della direttiva 92/50 Servizi (ma uguale previsione è introdotta con l'articolo 27 della direttiva 37/93 Lavori) prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità tecnica del prestatore mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi parte integrante o meno dell'impresa del prestatore di servizi, di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione del servizio.

Ne risulta, quindi, che è consentito ad un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto.

Questa lettura delle norme è stata chiarita dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee fin dalle prime pronunce.

Nella prima sentenza sul tema (causa C-389/92, Ballast Nedam Groep I) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, chiamata a risolvere una questione pregiudiziale in una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga in ordine al mancato rinnovo dell'abilitazione concessa a questa società, ha affermato che le disposizioni comunitarie delle direttive 71/304 e 71/305 vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere

effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. La Corte ha aggiunto che spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato.

Quindi fin dall'inizio si ammette l'avvalimento di requisiti di altre imprese, ma tramite prova di poter effettivamente disporre dei mezzi messi a disposizione da altre società.

Nella seconda sentenza del 18 dicembre 1997 (causa C-5/97 Ballast Nedam Groep II), la Corte, chiamata a specificare se la parola "*consentono*" (*di tener conto dei requisiti posseduti da altri soggetti rispetto all'offerente...*) pronunciata nella prima sentenza debba intendersi nel senso di "*impongono*", ha chiarito che, quando è adottata la prova che la persona giuridica dominante di un gruppo dispone effettivamente dei mezzi delle società appartenenti al gruppo, l'autorità competente deve necessariamente tener conto di queste società.

Nella successiva sentenza sul tema, del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98), la Corte ribadisce ed esplicita più espressamente che la possibilità per l'offerente di disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto non può essere presunta, indipendentemente dai rapporti di diritto che il soggetto ha con i membri del gruppo al quale appartiene. Pertanto, il ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, a norma dell'articolo 23 n.1 della direttiva 92/50 Servizi (analoga previsione è contenuta nell'articolo 18, par. 1 della direttiva 37/93 Lavori e nell'articolo 15, par. 1 della direttiva 36/93 Forniture), spetta all'autorità aggiudicatrice procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto.

Le disposizioni comunitarie non permettono di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte dello stesso gruppo di imprese.

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale della Corte, Philippe Lèger, nella medesima causa, osserva che il legislatore comunitario non si preoccupa della forma giuridica che rivestono i prestatori di servizi, ma della loro capacità ad adempiere i compiti che sono loro affidati in occasione dell'assegnazione degli appalti pubblici, vale a dire a possedere i mezzi utili per l'esecuzione dei lavori di cui si tratti, indipendentemente dalla propria organizzazione. La indifferenza dello status giuridico degli operatori economici permette di garantire l'obiettivo comunitario della libera circolazione dei servizi, e quindi di ampliare a vantaggio delle Amministrazioni aggiudicatrici il ventaglio delle offerte, in particolare quelle che possono provenire da altri Stati membri della Comunità con regimi giuridici diversi.

Tale obiettivo primario, tuttavia, deve conciliarsi con l'esigenza delle Amministrazioni di poter contare sulla buona esecuzione degli appalti.

A questo proposito, sempre nelle conclusioni dell'Avvocato generale, si osserva che alcuni obblighi prescritti dalla direttiva 92/50 Servizi sono finalizzati anche a limitare i rischi ai quali possono essere esposte le Amministrazioni per il fatto che agli operatori economici è consentito di avvalersi della capacità di altri soggetti per la partecipazione alle gare di appalto.

In particolare, l'articolo 26, n. 3 della direttiva 92/50 Servizi (tale disposizione non compare nelle altre due direttive 37/93 Lavori e 36/93 Forniture, ma la nuova direttiva 2004/18, all'articolo 4, riprende la disposizione e la estende anche agli appalti pubblici di lavori e di forniture), nel disporre che i candidati o gli offerenti non possono essere respinti soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni

vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche, autorizza l'Amministrazione a richiedere alle persone giuridiche di *“indicare... il nome e le qualificazioni professionali delle persone che effettuano la prestazione del servizio di cui trattasi.”* Infatti, sebbene non si possa vietare di affidare un appalto a una persona giuridica col solo pretesto della sua forma giuridica, non si può comunque privare l'Amministrazione delle informazioni che le consentano di valutare la capacità del prestatore di effettuare l'offerta alle condizioni stabilite”.

Gli articoli 31 e 32 della direttiva 92/50 Servizi tutelano altresì l'interesse dell'Amministrazione alla selezione di offerenti qualificati. Sono, infatti, elencate le prove della capacità finanziaria ed economica che possono essere richieste al prestatore di servizi, le modalità che consentono di ricorrervi e la soluzione alternativa nel caso in cui il prestatore di servizi fosse nella impossibilità di produrre le referenze richieste. Si stabiliscono anche i criteri che caratterizzano la capacità dei prestatori di servizi a fornire i servizi richiesti, si elencano le prove che testimoniano la loro capacità tecnica e si precisano le modalità secondo le quali l'Amministrazione può richiederle.

Si prevede che il prestatore di servizi possa provare, a determinate condizioni, la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'Amministrazione stessa ritenga appropriato, ciò che sembra lasciare all'Amministrazione un certo margine di discrezionalità.

L'articolo 23 della direttiva 92/50 Servizi (ripreso dall'articolo 18 della direttiva 37/93 Lavori e dall'articolo 15 della direttiva 36/93 Forniture, disposizione poi uniformata dall'articolo 44 della direttiva 2004/18) stabilisce che *“gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti ... e dopo che l'idoneità dei prestatori non esclusi ... sia stata verificata dalle Amministrazioni conformemente ai criteri di cui agli articoli 31 e 32.”*

Non importa, quindi, quale sia il metodo utilizzato per garantire una messa a disposizione effettiva da parte dell'offerente dei mezzi e delle garanzie richieste dall'Amministrazione giacché tale messa a disposizione può essere verificata. E ugualmente non rileva il vincolo giuridico che unisce due imprese, perché la selezione dell'Amministrazione è fatta nel caso concreto in base a una prova delle competenze di cui le imprese dispongono effettivamente e della solidità delle garanzie che offrono.

L'Amministrazione dovrà effettuare un esame degli elementi di fatto e di diritto che riguardano il contenuto degli accordi eventualmente conclusi tra l'offerente e l'impresa "avvalsa" o dei rapporti statutariamente stabiliti tra esse, nonché il carattere vincolante del legame giuridico che unisce tali società. E', infatti, essenziale conoscere il contenuto degli impegni che vincolano l'impresa offerente all'impresa terza e che possono impegnare quest'ultima nei confronti dell'Amministrazione.

Del resto, allorché un operatore si avvalga delle capacità di soggetti esterni alla propria organizzazione, non sempre si può dare la stessa portata alle prove che sono adottate per dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi del soggetto esterno. In proposito l'Avvocato generale rileva che i dati che riguardano la solidità finanziaria di una società, allorché sono invocati dall'impresa offerente nei confronti dell'Amministrazione, difficilmente possono essere considerati come garanzia reale se la società che ha ottenuto l'appalto non è essa stessa economicamente valida. In mancanza di rapporto contrattuale diretto tra l'Amministrazione e la società terza, le referenze finanziarie di quest'ultima possono rivelarsi insufficienti a preservare gli interessi dell'ente che aggiudica l'appalto. Non è certo, in tale circostanza, che l'Amministrazione abbia interesse a limitarsi a prove esterne all'offerente.

L'interpretazione che deve quindi essere data alle disposizioni comunitarie deve porsi al punto di equilibrio tra i due obiettivi essenziali, che sono la ricerca di una liberalizzazione il più ampia possibile degli appalti e la fissazione di norme che garantiscano all'Amministrazione delle prestazioni di servizi di qualità. Tale interpretazione tiene anche conto dei rischi di frode che possono annullare gli effetti protettivi delle norme. Le conseguenze di una soluzione che consista nell'ammettere che le condizioni normative fissate dalla direttiva 92/50 Servizi siano soddisfatte da persone diverse rispetto all'impresa offerente, di conseguenza devono essere valutate attentamente

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed, presentate il 20 novembre 2003 (nel procedimento C-314/01) si pone nuovamente l'accento sui mezzi di prova dei requisiti. E' ribadito che *“i potenziali candidati per un appalto non possono essere esclusi per il fatto di non poter disporre in proprio di tutte le competenze necessarie all'esecuzione di un appalto. Un siffatto divieto potrebbe determinare, soprattutto per appalti di grandi dimensioni e tecnicamente complessi, una forte riduzione della cerchia dei candidati e avrebbe pertanto l'effetto di frustrare l'obiettivo perseguito dalla direttiva 92/50 Servizi. Invece l'ente aggiudicatore, per garantire che l'appalto una volta aggiudicato sia correttamente eseguito, può esigere che l'offerente, ove si avvalga delle competenze di altri soggetti, si renda garante della disponibilità dei mezzi di questi ultimi”*.

Dopo queste iniziali e fondamentali sentenze, la Corte ha consolidato la sua giurisprudenza, per intendere la quale occorre notare che quando i giudici europei utilizzano il termine “mezzi” (di cui può disporre il concorrente) intendono riferirsi anche ai requisiti.

Giova, però, precisare anche ai fini della successiva esposizione, che, secondo la nostra terminologia, i requisiti sono soggettivi o oggettivi e generali e speciali. Orbene, l'equiparazione tra mezzi e requisiti (e di

conseguenza la ammissibilità dell'avvalimento) è certa ove ci si riferisca ai requisiti oggettivi ed ai requisiti soggettivi specifici (ad esempio l'esperienza), ma certamente non si riferisce ai così detti requisiti generali personali, quali l'onorabilità, l'assenza di procedure fallimentari, e, ovviamente, la certificazione antimafia (C.d.S., V, 3 dicembre 2009, n. 7592).

Tra i requisiti personali, a nostro avviso, devono rientrare anche le eventuali attestazioni di qualità (conforme C. d. S., IV, 14 febbraio 2005, n. 453). L'attestazione di qualità, infatti, altro non è che una certificazione della correttezza delle procedure produttive seguite dall'impresa e della esistenza di strumenti, anche procedurali, per verificare costantemente il livello di qualità e mantenerlo integro.

Quindi, se il bando richiede il possesso di una tale certificazione manifesta la volontà del committente di utilizzare solo soggetti "garantiti" nella esecuzione. Va da sé che la circostanza per cui l'avvalso possa dirsi "garantito", ma l'avvalente no è di per sé sufficiente ad inficiare l'intera filiera esecutiva. In conclusione tale requisito è personale e deve essere posseduto da tutti i soggetti partecipanti, qualunque sia lo strumento collaborativo (avvalimento, ATI, Consorzio etc.).

2. La disciplina del Codice: art. 49 avvalimento nei lavori, servizi e forniture. Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, reca il recepimento delle due direttive sui contratti pubblici, la n. 17 e la n. 18 del 2004, ma, soprattutto, introduce *ex novo* il Codice dei contratti pubblici. Si è cercato di mediare tra la spinta aperturista sino all'eccesso della Unione Europea, che sembra a ben vedere costruita più "a tavolino" che "sul campo", e le necessità concrete delle Amministrazioni nel perseguimento dell'interesse pubblico, variamente qualificato come si è detto.

Gli articoli in questione sono il 49 e 50 collocati nella Parte II, Titolo I, capo II. La indicazione della collocazione è importante perché nella parte Terza, che disciplina i contratti nei così detti settori speciali (ex settori esclusi), l'articolo 206 richiama gran parte della disciplina generale dettata nelle parti Prima, Quarta e Quinta del Codice ed un congruo numero di articoli della parte Seconda (nella quale appunto sono collocati gli articoli 49 e 50), ma non questi ultimi.

A prima vista, dunque, sembrerebbe che l'avvalimento disciplinato dai due detti articoli non si possa realizzare nei contratti dei settori speciali, ma così non è. Infatti i successivi articoli 230, che detta norme generali nell'ambito della sezione V dedicata alla "*Selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione*", 232, che si occupa dei sistemi di qualificazione e conseguenti procedure selettive, 233, che si occupa dei Criteri di selezione qualitativa e procedimento di selezione, espressamente richiamano gli articoli 49 e 50. In chiusura ci occuperemo dei limiti di applicazione di questi articoli anche ai settori speciali.

Ci preme una breve premessa.

Il rischio dell'avvalimento è quello di creare scatole vuote, avvalifici o imprenditori virtuali, con scadimento della qualità delle prestazioni ricevute dalla P. A. e con violazione sostanziale, anche se non formale, di una vera concorrenza.

Nell'esame dei due articoli che ci riguardano emergeranno criticità nonché una sostanziale incapacità del diritto europeo di uscire dai suoi schemi astratti, rigidi e razional-costruttivisti in base ai quali la concorrenza da strumento è divenuta fine. Riteniamo che ci possa guidare, nella soluzione di discrasie evidenti, il ricorso ad un ragionamento giuridico di ordine generale.

In determinati contratti il concorrente non può essere del tutto sprovvisto di requisiti e ciò sia per quanto concerne l'aspetto economico, perché ciò porrebbe molti dubbi sulla sua stessa affidabilità quale esecutore del contratto, sia sotto il profilo tecnico, poiché in tal caso sarebbe legittimo chiedersi se realmente ci si trovi dinanzi ad un'impresa, o meglio ad una azienda, cioè al complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (articolo 2555 c.c.). Se i beni da organizzare non esistono, ma sono, per così dire, "prestati" da altro, esiste realmente l'impresa?

Questo è il vero quesito di fondo che l'istituto dell'avvalimento ci propone.

Dobbiamo prendere atto della abrogazione di alcune norme che l'Unione Europea riteneva contrarie alla direttiva, come il comma 7 su cui poi ci intratterremo, ma ciò non ci esime dal ribadire una interpretazione generale dell'avvalimento che, negata dal diritto comunitario specificatamente per la norma abrogata, manifesta tutta la sua vitalità nell'ottica di una interpretazione sistematica dell'istituto. In sostanza, i limiti all'avvalimento si ricavano, oltre che dalle norme, anche dall'applicazione dei principi generali, i quali, al solito, guidano l'interprete più delle singole norme dispositive.

In tale ottica riteniamo che l'avvalimento non possa essere accettato dalla Stazione appaltante, e quindi che questa possa procedere legittimamente all'esclusione del concorrente, quando la quantità e natura degli avvalimenti, multipli o singoli, estesi a una platea eccessiva di requisiti, neghi in radice l'esistenza del complesso di beni organizzati, cioè della azienda, e quindi in ultima analisi dell'impresa stessa. L'avvalimento, in sostanza, è destinato ad integrare una struttura imprenditoriale realmente esistente ed operante nel settore in cui si svolge la gara, ma certo non a creare un soggetto fantasma che, ricorrendo all'istituto, sia di fatto costituito solo da una segreteria di coordinamento del lavoro altrui. Sarà la giurisprudenza a verificare la

percorribilità della tesi ora esposta, e soprattutto a delimitarne i confini. Vale a dire che, in assenza di una norma esplicita, l'applicazione del principio generale di cui all'articolo 2555 c.c. per il quale non esiste imprenditore senza azienda, spingerà a individuare il minimo di organizzazione aziendale necessario perché si possa dire di essere alla presenza di un vero imprenditore qualificato che integra i suoi requisiti, ma non che li crea *ex novo* con l'avvalimento.

2.1. *Comma 1.* L'articolo 49, sin dal suo primo comma, dimostra chiaramente la volontà del Legislatore italiano di adeguarsi totalmente alla apertura della Unione Europea di cui si è detto, sciogliendo definitivamente i vari nodi disponendo che l'avvalimento nella singola gara è possibile per i soggetti singoli, consorziati o raggruppati, per tutti i requisiti richiesti dal bando, ivi compresa l'attestazione SOA che quindi è riferita non al soggetto che partecipa (avvalente), ma ad un terzo (avvalso).

2.2. *Comma 2.* Il comma secondo tenta di riempire di significato il riferimento della direttiva ai famosi mezzi di prova, enumerando partitamene quali siano i documenti da presentare. Deve intendersi, in questo caso, che i documenti siano da considerare prove, non mezzi di prova, vale a dire essi incorporano l'atto giuridico di cui sono quindi prova, e non sono solo mezzi da cui dedurre la sussistenza stessa dell'atto.

(omissis)