

Articoli e note

n. 6-2006 - © copyright

ALBERTO COSTANTINI

RUGGERO STENDARDI

L'avvalimento nel Codice degli appalti pubblici

1. Le origini

L'avvalimento rappresenta una delle novità più interessanti e rilevanti del Codice Unico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato con D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (pubblicato nel S.O. n. 107/L alla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2006, n. 100) la cui entrata in vigore, nonostante qualche notizia di stampa di segno contrario, sembra confermata per il 1 luglio 2006.

L'origine dell'istituto si fa risalire, comunemente, alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (causa C-389/92, Ballast Nedam Groep I), relativa alla questione pregiudiziale sorta nell'ambito di una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga in ordine al mancato rinnovo dell'abilitazione concessa a questa società.

In detta sentenza la Corte affermò che le disposizioni delle direttive comunitarie 71/304 e 71/305 andavano interpretate nel senso che, ai fini della 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, dovesse tenersi 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.

Da allora altre sentenze della Corte di Giustizia (18 dicembre 1997, causa C-5/97 Ballast Nedam Groep II), hanno precisato ed esplicitato le indicazioni contenute nella sentenza capofila, chiarendo, in particolare, (sentenza 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia), 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, ma deve comunque essere oggetto di verifica da parte della stazione appaltante.

In ogni caso le fattispecie concrete da cui le sentenze comunitarie traggono spunto riguardavano sempre avvalimenti operanti all'interno e nell'ambito di gruppi di imprese, ossia di aggregazioni di imprese accomunate da una comune dipendenza da un unico soggetto dominante, denominato capogruppo o holding, rispetto al quale le singole imprese controllate, pur giuridicamente distinte e formalmente autonome, sono tuttavia assoggettate a penetranti poteri di controllo e indirizzo da parte del capogruppo medesimo.

In questa prospettiva la giurisprudenza comunitaria, da sempre ispirata a criteri ermeneutici di tipo sostanzialistico, non ha fatto fatica a svalutare l'aspetto formale della distinta soggettività giuridica delle diverse imprese del gruppo a fronte della concreta capacità della capogruppo di condizionare l'operatività della impresa controllata, per giungere alla conclusione che tale capacità di condizionamento ben può manifestarsi anche attraverso una sorta di "requisizione" delle risorse umane e materiali dell'impresa controllata da parte della capogruppo, per consentire a quest'ultima l'esecuzione di un appalto o, addirittura, per farle conseguire l'ottenimento di una abilitazione durevole alla partecipazione a gare di appalto pubblico.

Successivamente, anche la nostra giurisprudenza amministrativa aveva riconosciuto la facoltà per i

concorrenti di qualificarsi a gare pubbliche di appalto dichiarando di volersi avvalere dei requisiti di altre imprese, non concorrenti alla gara stessa (Cons Stato, sez. V[^], 25 febbraio 2005, n.7134), anche al di fuori della comune appartenenza ad un medesimo gruppo di imprese, purchè fosse dimostrato che il concorrente avesse acquisito un vero e proprio diritto soggettivo ad utilizzare le risorse dell'altro.

2. Gli sviluppi recenti

Riguardata in un'ottica retrospettiva deve osservarsi che, rispetto al contesto normativo allora esistente, l'affermazione che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE "va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto" (conclusioni della sentenza Holst Italia), rappresenta una interpretazione di tipo spiccatamente additivo rispetto al tenore letterale degli artt. 31, §3, e 32, §2, lett.c) della direttiva 92/50 "servizi" dai quali emerge, al più, la possibilità, per il concorrente, di avvalersi di tecnici e organi tecnici estranei alla propria organizzazione aziendale e, per le amministrazioni aggiudicatrici, di ammettere modalità di prova dei requisiti di qualificazione alternativi a quelli normativamente previsti.

E' solo con le direttive comunitarie 2004/18/Ce del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) e 2004/17/Ce del 31 marzo 2004 (coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (ex settori esclusi) e, per quanto riguarda l'Italia, con il Codice dei contratti pubblici approvato con il già citato d.lgs. n.163/2006 che l'avvalimento trova chiara (anche se non compiuta) consacrazione normativa.

Peraltro la sopra ricordata genesi dell'istituto, nato nell'ambito di gruppi di imprese e diventato adulto (se così può dirsi) nel terreno aperto dei rapporti commerciali tra distinti operatori economici, del tutto estranei fra di loro, condiziona chiaramente l'impianto sistematico delle ultime direttive comunitarie in materia di appalti che distinguono nettamente l'avvalimento "infragrappo" (art. 52, § 2), a cui possono accedere solo "operatori economici facenti parte di un gruppo" e che consente loro di ottenere addirittura l'iscrizione ad un albo o la certificazione di abilitazione, dall'avvalimento "ordinario", cui possono accedere tutti gli operatori economici in relazione ad "un determinato appalto" in occasione del quale il concorrente (singolo o associato) può "fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (artt. 47, § 2 e 48, § 3; cfr, per i settori speciali, l'art. 54, §§ 5 e 6, direttiva 2004/17).

A detto impianto si uniforma anche il Codice degli appalti che ammette solo le imprese facenti parte di un gruppo all'avvalimento in sede di ottenimento dell'attestazione SOA (quindi solo ai fini della partecipazione a gare di lavori), precluso invece a tutti gli altri operatori economici, che invece possono accedere, al pari delle imprese facenti parte di un gruppo, solo all'avvalimento ordinario, ossia finalizzato alla partecipazione ad una singola e specifica gara e, in caso di aggiudicazione, all'esecuzione del conseguente contratto, abbia esso ad oggetto lavori, servizi o forniture.

Peraltro, il nostro Codice degli appalti introduce una distinzione tra imprese facenti parte di gruppi e altre imprese anche all'interno dell'avvalimento ordinario, esonerando le prime dall'onere di consegnare all'amministrazione aggiudicatrice il contratto di avvalimento, previsto invece in via generalizzata per tutte le altre.

3. Avvalimento infragrappo: profili di immediata rilevanza dell'istituto

Per semplicità espositiva va subito chiarito che l'esame dell'avvalimento infragrappo finalizzato all'ottenimento dell'attestato SOA non riveste carattere di attualità, poiché l'art. 50 del Codice degli appalti rinvia all'emanando regolamento di attuazione dello stesso Codice la disciplina della qualificazione SOA mediante avvalimento.

La problematica dei gruppi di imprese rimane dunque per il momento confinata nell'ambito di quello che abbiamo definito avvalimento "ordinario" e si identifica con lo stabilire quale sia la nozione di riferimento di gruppo di imprese.

Nel nostro ordinamento la nozione di gruppo appare modellata su quella di controllo societario, espressa dall'art. 2359 c.c., che distingue le tre note figure del controllo di diritto (maggioranza dei voti in assemblea), del controllo di fatto (capacità di controllare, anche senza la maggioranza formale, gli orientamenti dell'assemblea) e del controllo contrattuale o esterno (capacità di condizionamento attraverso una posizione di forza determinata da vincoli contrattuali duraturi che creano dipendenza di una società nei confronti di un'altra)

A detta nozione fanno costante riferimento le norme che, sotto profili e per finalità di volta in volta diversi, hanno affrontato la tematica del gruppo di imprese: così l'art. 26 del D.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 (Attuazione delle Direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69) che, per definire l'ambito di operatività dell'obbligo di consolidamento dei conti economici delle imprese, ha fatto rinvio ai numeri 1) e 2) del primo comma dell'art. 2359 c.c. aggiungendovi, peraltro, le ipotesi di "... imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole" nonché di "... imprese in cui un'altra, in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto".

Alla stessa stregua la nozione di direzione e coordinamento (di cui vi fu una prima traccia nell'art.3 del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in legge, con modificazioni, dall' art. unico, legge [c.d. Prodi] 3 aprile 1979, n. 95), utilizzata dagli artt. 2497 e ss. cod. civ. (introdotti dal D.lgs 17 gennaio 2003, n.6 per finalità di tutela dei soci di minoranza e dei creditori di società "dominate" da altre) appare anch'essa qualificata dal rinvio alle nozioni di controllo societario di cui all'art. 2359 c.c., oltre che dal rinvio alla appena citata norma sull'obbligo di consolidamento dei conti societari (cfr. artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.) .

Nel settore dei contratti pubblici, invero, il nostro legislatore si è sin qui limitato a fare rinvio alle nozioni di controllo societario e, talvolta, di collegamento, previste dall'art. 2359 c.c., senza considerare, almeno apparentemente, le nozioni, ad esse collegate ma non del tutto coincidenti, delle leggi speciali sopra citate in materia di consolidamento dei conti economici, né la nozione di direzione e coordinamento.

Si pensi, a tal proposito, al divieto di partecipazione alla medesima gara di più imprese che si trovino tra loro in rapporto di controllo (art. 10, comma 1-bis, legge n. 109/1994 e s.m.i.); all'art. 18, comma 9, della legge 55/90, nel testo modificato dalla legge 415/98, che richiede all'impresa che si avvale del subappalto o cottimo di allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento, a norma dell'articolo 2359 c.c., con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo; ovvero, ancora, al comma 9 dell'art. 17 della legge 109/94, secondo cui "Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici,...(omissis)...per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici (...omissis...) non può partecipare un soggetto controllante, controllato o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 c.c.". Fuori dal coro solamente l'articolo 2, comma 3, della legge 109/94 e s.m.i., che nel consentire ai concessionari di lavori pubblici di eseguire direttamente o attraverso imprese collegate o controllate tutti o parte dei lavori oggetto di concessione, rinvia all'ordinamento comunitario la definizione di impresa collegata e quindi all'art. 63, § 2, della direttiva 2004/18/Ce del 31 marzo 2004.

Può dunque ritenersi, in via di prima approssimazione e per quanto necessario in questa sede, che la nozione di gruppo cui l'interprete dovrà fare riferimento ai fini dell'applicazione dell'art. 49 del Codice appalti e, segnatamente, dell'art. 49, comma 2, lett.g) dovrà tenere conto, sincreticamente, di tutte le nozioni di gruppo sin qui espresse dall'ordinamento.

4. Avvalimento ordinario: forme e contenuti essenziali.

L'interpretazione e l'applicazione delle norma sull'avvalimento è resa particolarmente problematica dal fatto che, mentre il legislatore comunitario risponde unicamente all'esigenza di ampliare la platea dei soggetti ammessi alle pubbliche gare, il nostro ordinamento sugli appalti pubblici riflette anche interessi di natura spiccatamente pubblicistica, quali il contrasto all'economia mafiosa e, più in generale, malavitosa, e l'effettività del controllo, da parte delle stazioni appaltanti, sulla corretta esecuzione del contratto.

In tale quadro, l'art. 47, § 2, e l'art 48, § 3, della direttiva 2004/18, riguardanti rispettivamente la capacità economico-finanziaria e quella tecnicoorganizzativa, si limitano a disporre che il soggetto concorrente, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con gli altri soggetti delle cui capacità intende avvalersi, deve dare dimostrazione all'amministrazione aggiudicatrice che, per l'esecuzione dell'appalto, disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine assunto dal soggetto terzo.

Se ne ricava, per un verso, che la disciplina comunitaria sembra reputare sufficiente la documentata assunzione dell'impegno de quo da parte dell'impresa ausiliaria, nei soli confronti dell'impresa ausiliata e non anche della amministrazione aggiudicatrice, salvo l'obbligo di dare "prova" dell'esistenza dell'impegno; per l'altro, che la assunzione di un tale impegno appare essere una soltanto delle possibili "forme" di dimostrazione della esistenza effettiva disponibilità, da parte dell'impresa ausiliata, dei mezzi e delle risorse che possono essere rese disponibili dall'impresa ausiliaria ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Sul punto, la normativa nazionale sull'avvalimento appare maggiormente definita, anche se significativamente più restrittiva.

L'art. 49, 2° comma, alle lettere d) ed f) del Codice dei contratti pubblici, dispone che il concorrente, ai fini dell'avvalimento "ordinario", deve allegare una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale quest'ultima si obbliga nei confronti dell'impresa ausiliata "e verso la stazione appaltante" a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (lett. d), nonché l'originale o la copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga, nei confronti del concorrente, a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lett. f).

Tali disposizioni rendono evidente che, rispetto alla disciplina comunitaria, l'obbligo di messa a disposizione dei mezzi e delle risorse deve essere assunto dall'impresa ausiliaria, ai fini dell'avvalimento "ordinario", anche nei diretti confronti della stazione appaltante, e che tale obbligo, nei rapporti interni tra impresa ausiliata ed ausiliaria, deve essere consacrato in un vero e proprio contratto, del quale è richiesta la produzione in sede di gara.

A corollario della diretta assunzione dell'obbligo dell'impresa ausiliaria "anche nei confronti della stazione appaltante", gli artt. 49, 4° comma, e 50, 3° comma, del Codice, dispongono la responsabilità solidale della detta impresa e di quella ausiliata nei confronti della stazione appaltante.

5. Fonte della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria

Dalla breve ricognizione di cui sopra si ricava che lo schema normativo di riferimento, alla luce del quale verificare l'estensione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, è costituito: (i) dall'assunzione di un obbligo diretto nei confronti del soggetto aggiudicatore, di fornire all'impresa ausiliata i mezzi e le risorse delle quali quest'ultima intende avvalersi per l'esecuzione dell'appalto; (ii) dalla sussistenza di un contratto che suggelli tra le parti private tale obbligo; (iii) dalla conseguente responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata verso la stazione appaltante per le obbligazioni discendenti dal contratto d'appalto.

Quanto sopra, con la specificazione che, tuttavia, a differenza di quanto accade nelle ATI, ove il mandatario stipula il contratto con l'amministrazione aggiudicatrice anche in nome e per conto delle mandanti (le quali pertanto assumono direttamente le obbligazioni contrattuali e le connesse responsabilità verso la stazione appaltante, salva la loro limitazione nel caso di ATI verticale), nell'avvalimento non appare configurabile un rapporto contrattuale tra impresa ausiliaria ed amministrazione aggiudicatrice.

Lo schema sopra ricostruito sembrerebbe prima facie rispondere alla figura civilistica del contratto a favore di terzo (artt. 1411 e ss. c.c.), ma, se tale fosse effettivamente la fattispecie configurabile, la stazione appaltante verrebbe esposta, ai sensi dell'art. 1413 c.c., alle eccezioni che il promittente (l'impresa ausiliaria) potrebbe opporre all'impresa concorrente (quella ausiliata) in forza del contratto tra le stesse stipulato ai fini della messa a disposizione dei requisiti e mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto. Il che non sembra corrispondere alla ratio della normativa in esame poiché, per un verso, se lo schema voluto fosse effettivamente quello del contratto a favore di terzo, non si comprende perché il legislatore abbia imposto all'impresa ausiliaria (che intenda "prestare" i propri requisiti e mezzi a quella concorrente) l'assunzione di un formale, espresso e separato obbligo in tal senso anche nei diretti confronti della amministrazione aggiudicatrice mediante apposita dichiarazione; per l'altro,

che l'impianto normativo sopra richiamato -per quanto scarno- porta ad escludere che la fonte dell'obbligazione dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice possa essere rinvenuta in un rapporto di natura "contrattuale"-intercorrente con l'impresa ausiliata o, meno che mai, direttamente con la stazione appaltante-, stante la norma di cui all'art. 49, comma 10, del Codice dei contratti, secondo la quale "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore".

In altri termini, una tale disposizione, unita a quella che dispone che l'impresa ausiliaria debba assumere, anche nei diretti confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, l'obbligo di "prestare" i mezzi ed i requisiti dei quali si vuole avvalere l'impresa concorrente mediante una dichiarazione esterna ai rapporti contrattuali che legano rispettivamente il soggetto concorrente e la stazione appaltante -da un lato- e l'impresa concorrente e quella ausiliaria -dall'altro-, nonché l'ulteriore previsione "secca" della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria in caso di avvalimento, militano per una configurazione "acontrattuale" del rapporto tra impresa ausiliaria e stazione appaltante avente la propria fonte nelle specifiche disposizioni di legge disciplinanti l'avvalimento nei contratti pubblici, dai quali deriva anche, sempre ex lege, la responsabilità dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione giudicatrice.

Laddove si volesse ricondurre l'obbligo dell'impresa ausiliaria ad uno schema civilistico, potrebbe quindi farsi riferimento alla figura della promessa unilaterale, la cui efficacia obbligatoria, ai sensi dell'art. 1987 c.c., è infatti subordinata alla ricorrenza "dei casi ammessi dalla legge".

6. "Frazionabilità" o meno della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria in rapporto ai requisiti e mezzi "prestati" all'impresa ausiliata.

A fronte di tale quadro di riferimento, e tenuto conto che l'avvalimento può avere ad oggetto singoli requisiti o capacità, oltretutto non solo materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro) ma anche immateriali (capacità economico-finanziaria, fatturato e persino l'attestazione SOA), si pone il problema della estensione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, per le obbligazioni generate dal contratto d'appalto, in ragione della quantità o qualità dei requisiti, delle risorse e dei mezzi "prestati" dall'impresa ausiliaria.

Giova innanzitutto rammentare che, stante la formulazione dell'art. 49 del Codice Unico, non sembra possa escludersi la configurabilità dell'avvalimento "parziale", ossia quello con il quale l'impresa concorrente, ai fini del singolo appalto, si avvale di uno o più singoli requisiti, capacità o mezzi di altro soggetto.

Tale norma, al 6° comma, nel disporre che "il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria..." , sostanzialmente ammette, a contrario, che, nel caso in cui il bando preveda più requisiti tecnici ed economici e/o tipologie di prestazioni, il concorrente ben possa avvalersi di soggetti terzi solo per alcuni di essi.

In tale contesto, ed ai fini della valutazione della concreta estensione della responsabilità solidale imposta all'impresa ausiliaria dall'art. 49, 4° comma, del Codice appalti, parrebbe in prima battuta logico e naturale -anche sul piano giuridico- definire e circoscrivere una tale responsabilità dell'ausiliare parziale alle sole "prestazioni" da quest'ultimo fornite, ovvero a quelle soddisfatte mediante i mezzi o requisiti da quest'ultimo messi a disposizione dell'impresa ausiliata.

Volendo formulare degli esempi -allo scopo di evidenziare gli aspetti problematici della questione della estensione della responsabilità dell'ausiliare parziale prima di fornirne la possibile soluzione-, si consideri l'ipotesi del "nolo a freddo", figura nota e ricorrente nell'ambito degli appalti pubblici.

In tal caso sembrerebbe "esorbitante" ascrivere all'ausiliario la responsabilità solidale per tutte le obbligazioni assunte dal soggetto "avvalso" nei confronti della stazione appaltante, posto che la prestazione del primo consiste semplicemente nel mettere a disposizione dell'impresa aggiudicataria un determinato macchinario, senza fornire l'operatore che dovrà materialmente utilizzarlo per eseguire (tutta o parte del) la prestazione che costituisce l'oggetto dell'appalto, laddove, in ossequio alla nuda lettera della norma sull'avvalimento che prevede la responsabilità solidale dell'ausiliario (art. 49, 4° comma), si dovrebbe ritenere che delle obbligazioni gravanti sull'impresa aggiudicataria per la corretta esecuzione della prestazione o dell'opera appaltata, debba rispondere in solido anche il "noleggiante", benché quest'ultimo si sia limitato, proprio in conformità e in adempimento dell'obbligo assunto nei confronti dell'ausiliato e della amministrazione aggiudicatrice, a prestare il bene oggetto di

avvalimento.

Peraltro, si comprende come l'operazione di delimitazione della responsabilità dell'ausiliare parziale possa risultare in concreto estremamente ardua, se non invero addirittura impossibile, laddove le "prestazioni" dell'ausiliare consistano non nella messa a disposizione di beni o mezzi (attrezzature, locali, forza lavoro, professionalità specializzate), ma piuttosto di requisiti immateriali (quali la capacità economico-finanziaria, il fatturato, le certificazioni od attestazioni, l'aver eseguito prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara, sui quali vedi anche infra § 7), che non traducendosi necessariamente in un facere corrispondente ad una porzione specifica della prestazione oggetto dell'appalto (la realizzazione di determinati lavori o di una quota di opera, la prestazione di una parte della fornitura o del servizio appaltati), precludono qualsivoglia possibilità di oggettiva "delimitazione" dell'area della responsabilità dell'ausiliario.

Ed invero, a ben vedere, anche nelle ipotesi di apparente maggior "semplicità" (quali quelle di messa a disposizione di beni) la soluzione della limitazione di responsabilità non risulta affatto scontata. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una prestazione di servizi di catering per la quale i soli stabilimenti e le attrezzature per l'approntamento dei pasti vengano forniti al concorrente da un soggetto terzo, senza svolgimento, da parte di quest'ultimo, dell'attività di preparazione degli stessi (ipotesi oltretutto molto vicina al "nolo a freddo" dell'esempio precedente). In tal caso, benché sul piano materiale il terzo fornisca i mezzi imprescindibili per l'esecuzione del servizio appaltato, potrebbe apparire non corretto ascrivere allo stesso la responsabilità (solidale) dell'eventuale inadempimento della prestazione contrattualmente assunta dal concorrente aggiudicatario, mentre si sarebbe portati a ritenere che all'ausiliario parziale debba semmai ed eventualmente imputarsi solo la responsabilità derivante dai difetti dei beni materiali messi a disposizione per l'esecuzione del servizio. Ma è evidente che, in tal caso, non si invocherebbe altro che la responsabilità comunque gravante sull'ausiliario in ragione della proprietà dei beni prestati, e non quella solidale, -specificata e diversa-, prevista dal regime dell'avvalimento.

E' ovvio che, se già nell'esempio ora formulato emergono tutti i limiti della logica della delimitazione della responsabilità dell'ausiliare parziale, a maggior ragione, tale delimitazione si rivela impossibile, come sopra già accennato, nel caso in cui il soggetto terzo sia chiamato a "prestare" al soggetto avvalso un requisito immateriale, salvo che si voglia ricorrere ad astrattismi od a valutazioni empiriche che traducano in termini "percentuali" l'incidenza che, sulla prestazione concretamente eseguita, possono avere il requisito e/o la capacità di volta in volta prestati dall'impresa ausiliaria.

Non può negarsi, tuttavia, che una tale fittizia delimitazione non appare compatibile, innanzitutto, con la lettera della norma che, senza alcuna limitazione o distinguo, prevede la responsabilità solidale dell'ausiliario; e ciò, a fortiori, ove si consideri che il legislatore, nei casi in cui ha reputato di dover circoscrivere la responsabilità di soggetti che a vario titolo possono "contribuire" alla esecuzione dei lavori o della prestazione appaltata, ha disposto in tal senso in modo espresso.

Si considerino, al proposito, sia il disposto dell'art. 37 del Codice in materia di ATI verticale, che la norma di cui all'art. 118 dello stesso Codice, relativa al subappalto.

Giova rilevare, piuttosto, che in tali figure l'elemento differenziale, rispetto all'avvalimento, è costituito dalla sicura preventiva individuabilità dell'oggetto materiale della prestazione rispetto alla quale viene a configurarsi una responsabilità "circoscritta" solidale a carico del soggetto esecutore.

In altri termini, è la possibilità di procedere allo individuazione e/o allo scorporo della singola prestazione, rispetto al complesso dei lavori o servizi appaltati, ad indurre e consentire la delimitazione -materiale e giuridica- della responsabilità in capo al soggetto cui sono affidate le lavorazioni scorporate o al subappaltatore, i quali tutti, peraltro, sul piano soggettivo, devono possedere i requisiti e le capacità richiesti dalla normativa di settore agli affidatari di lavori e/o servizi in appalto pubblico.

Diversa, invece, è la situazione contemplata dall'istituto dell'avvalimento, il cui presupposto, sul piano soggettivo, è proprio la carenza, in capo all'aggiudicatario, di uno o più requisiti, capacità e/o mezzi che ne consentirebbero la partecipazione alla gara, e, sul piano oggettivo, la sostanziale "indifferenza" normativa al tipo della prestazione nella quale si traduce l'apporto del soggetto ausiliario, potendo la stessa consistere tanto in facere, tanto in una semplice messa a disposizione di beni materiali poi utilizzati per rendere la prestazione richiesta all'aggiudicatario (come negli esempi sopra proposti del nolo a freddo e del catering), tanto nella messa a disposizione di qualificanti requisiti e/o capacità (si pensi a quelli finanziari od all'attestazione SOA) che non si traducono nella esecuzione (in tutto od in parte) della prestazione materiale oggetto dell'appalto, né da parte dell'aggiudicatario né da parte dell'ausiliario.

Tale ricostruzione non sembra smentita dalla circostanza che, secondo il disposto dell'art. 49 del Dlgs 163/2006, l'impresa che intenda ricorrere all'ausilio di soggetti terzi quanto ai singoli requisiti richiesti dal bando, debba fornire "...specificazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria" e, soprattutto, debba presentare 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".

Infatti, se è vero tale norma esprime un collegamento necessario tra l'indicazione dei requisiti carenti ed il "prestito" delle corrispondenti risorse o requisiti (da consacrare anche in un contratto tra ausiliato ed ausiliare da presentare in sede di gara), è peraltro vero che la messa a disposizione di questi ultimi non si traduce sempre e necessariamente nella esecuzione di tutta o parte della prestazione appaltata, dalla quale poter dedurre di volta in volta la delimitazione dell'ambito della responsabilità solidale dell'ausiliario (vedi anche § 7).

Orbene, e così venendo al piano sostanziale, tali ultimi significativi rilievi rendono evidente che, nel caso di avalimento, la responsabilità del soggetto terzo per le obbligazioni derivanti dal contratto d'appalto non beneficia di limitazione alcuna, neppure nel caso di avalimento "parziale".

Infatti, nell'avalimento come sopra ricostruito, l'apporto dell'ausiliario, se pur parziale, risulta connotato dalla sua "necessaria strumentalità" rispetto alla prestazione appaltata all'aggiudicatario carente dei requisiti o dei mezzi richiesti, cosicché la prestazione oggetto dell'appalto -e prima ancora la sua stessa aggiudicazione- sono possibili e consentiti solo grazie alla necessaria "commistione" dell'apporto e dei requisiti dell'ausiliato e dell'ausiliare, tutti indistintamente destinati alla realizzazione dell'appalto mediante una prestazione complessiva costituente un unicum inscindibile, rispetto al quale non è possibile operare una ripartizione dei rispettivi "ambiti" di responsabilità. Ripartizione che oltretutto, come già rilevato negli esempi sopra proposti, se risulta estremamente difficile persino nelle ipotesi in cui l'avalimento si sostanzia nella messa a disposizione di mezzi od attrezzature, è sicuramente impossibile nel caso in cui l'avalimento abbia invece ad oggetto i già citati requisiti immateriali, il cui "prestito" non si traduce nello svolgimento di alcuna delle prestazioni oggetto dell'appalto da parte dell'ausiliario.

Per contro, è evidente che ove si volesse accedere alla tesi della "circoscrivibilità" della responsabilità dell'ausiliario in ragione della effettiva estensione della prestazione oggetto d'appalto da questi svolta, dovrebbe coerentemente giungersi alla conclusione di escludere qualsivoglia responsabilità solidale dell'ausiliario, per l'inadempienza dell'ausiliato, tutte le volte che una tale prestazione materiale dell'ausiliario non sia configurabile perché oggetto dell'avalimento è un requisito o una capacità immateriale.

Conclusione che, invero, non solo confligge apertamente con il tenore letterale delle succitate norme del Codice (artt. 49, 4° comma e 50, 3° comma), le quali -come si è detto- non circoscrivono in alcun modo la responsabilità solidale dell'ausiliario, ma che condurrebbe a risultati addirittura paradossali. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'ausiliare parziale metta a disposizione del soggetto concorrente i suoi requisiti finanziari (bilanci, attestazioni bancarie, fatturato). In tale tipologia di avalimento il "prestito" di detti requisiti non si traduce certo nello svolgimento di una porzione della prestazione oggetto del contratto d'appalto, con riferimento alla quale individuare e circoscrivere l'ambito della responsabilità solidale dell'ausiliario. Per contro, non v'è dubbio che se il requisito prestato -del quale è carente l'aggiudicatario- è costituito dalla capacità finanziaria dell'impresa ausiliaria, escludere la responsabilità solidale dell'ausiliare parziale per tutte le obbligazioni derivanti dall'appalto significherebbe esporre l'Amministrazione appaltante a tutti i pregiudizi derivanti dalle condizioni di insufficienza finanziaria dell'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, oltretutto proprio in una fattispecie laddove tale carenza non solo si pone come nota, ma costituisce addirittura il presupposto espresso del ricorso all'avalimento. E d'altro canto, se l'avalimento comporta l'espresso obbligo dell'ausiliario, -anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice-, di "mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (art. 49, 2° comma, lett. d)), nel caso di avalimento avente ad oggetto il requisito finanziario risulterebbe incongruo e contraddittorio reputare che dette risorse debbano essere tenute a disposizione dell'ausiliato e dell'amministrazione aggiudicatrice ai fini della regolare esecuzione dell'appalto, escludendo poi che alle stesse risorse si possa incondizionatamente attingere, in caso di inadempimento del soggetto "avalso", per ristorare adeguatamente l'Amministrazione del pregiudizio subito.

Se ne deve concludere, pertanto, che la responsabilità solidale posta a carico dell'impresa ausiliaria non possa essere circoscritta alle prestazioni effettivamente svolte dall'impresa ausiliaria, atteso che

tale delimitazione rappresenta una evenienza possibile nell'avvalimento (a seconda dell'oggetto dello stesso), ma non un elemento necessario e ricorrente in tutte le possibili configurazioni di detto istituto. Né potrebbe ipotizzarsi, a fronte del dato normativo disponibile e della ricostruzione dell'istituto di cui sopra, una "graduazione" della responsabilità di volta in volta affidata all'interprete in sede giudiziale, ovvero mutuata dal tenore e dall'estensione degli accordi contrattuali conclusi tra ausiliario ed ausiliato, rispetto ai quali, come evidenziato in apertura, l'Amministrazione aggiudicatrice resta comunque estranea; tanto più che l'ipotesi della generale solidarietà passiva tra soggetti che concorrono nella esecuzione di una prestazione, non solo risponde a principi generali del nostro ordinamento, ma anche ad uno schema -quale quello della responsabilità nelle ATI orizzontali-, che trova ordinaria applicazione in materia di appalti pubblici e che può reputarsi "vicino", per tale profilo, a quello dell'avvalimento.

Peraltro, non può tacersi che, sebbene la soluzione della responsabilità solidale dell'ausiliario per tutte le obbligazioni derivanti dall'appalto appaia quella più consona al dato normativo ed alla configurazione dell'istituto dell'avvalimento, una tale generalizzata responsabilità rischia di inibire fortemente, nella pratica, il ricorso a detto istituto.

Non v'è chi non veda, infatti, che potrebbe risultare particolarmente difficile per l'impresa concorrente reperire un ausiliario che, a fronte di una propria "prestazione" estremamente ridotta in rapporto all'appalto aggiudicato (e consistente magari nella sola messa a disposizione di particolari mezzi tecnici od attrezzature specialistiche), sia disponibile a gravarsi della generalizzata responsabilità solidale per tutte le obbligazioni derivanti dal contratto d'appalto in capo all'aggiudicatario.

D'altro canto, è altresì vero che, quantomeno nei casi relativi al "prestito" di singoli beni (quali quelli degli esempi sopra formulati con riguardo al "nolo a freddo" ed al catering) il ricorso all'avvalimento potrebbe risultare "sovrabbondante" rispetto al fine di reperire la materiale e giuridica disponibilità di tali mezzi, posto che l'impresa concorrente potrebbe anche approvvigionarsene stipulando singoli contratti di nolo o locazione, tanto più che l'utilizzo di tale ultimo schema negoziale risulta particolarmente "agevole", in quanto spesso sottratto all'ambito di applicazione della disciplina del subappalto (cfr. art. 118, comma 11, del Codice).

7. Schemi negoziali nei rapporti tra ausiliato e ausiliario

Come già ricordato, il concorrente che intenda farsi "prestare" i requisiti di un altro operatore economico deve fornire in sede di gara "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" (art. 49, 2° comma lett. f), del Codice appalti).

Detta norma di diritto interno, come sopra evidenziato, aggiunge alla corrispondente disposizione comunitaria un ulteriore "requisito" che ausiliario ed ausiliato devono soddisfare in sede di gara, senza peraltro nulla indicare né in ordine alle tipologie contrattuali alle quali questi ultimi possono ricorrere, né in ordine al loro contenuto.

A questo proposito pare utile fornire -senza nessuna pretesa di esaustività e per lo più in termini problematici- una prima panoramica degli schemi negoziali rispetto ai quali definire il contenuto "contrattuale" dell'avvalimento in termini di obbligazioni assunte dall'ausiliario e dall'ausiliato e delle questioni poste dalla contrattualizzazione dell'impegno dell'ausiliario in ragione dei possibili diversi "oggetti" dell'avvalimento.

A tal fine soccorrono diverse pronunce dei giudici amministrativi che ora in via incidentale, ora espressamente, sono state chiamate a definire i contorni contrattuali dell'avvalimento.

Interessante, in questa prospettiva, è innanzitutto la sentenza del TAR Lazio, sez. 3^a ter, del 23 marzo 2004, n. 2704, che ha escluso che un contratto di cessione di ramo d'azienda (a favore dell'impresa ausiliata), tanto più se sospensivamente condizionata all'effettiva aggiudicazione della gara, possa considerarsi idoneo ad accreditare e comprovare, nello schema dell'avvalimento, la disponibilità dei mezzi e delle risorse richiesti per l'aggiudicazione dell'appalto. Ciò in forza della corretta valutazione che con detto contratto "si ha non già un 'vincolo' del tipo cui si riferisce la Dir. n. 92/50/CEE, bensì un'alienazione vera e propria del ramo d'azienda con tutto il suo contenuto patrimoniale, ovviamente per i beni e i diritti effettivamente disponibili dalle parti. Ma, in tal caso, non si applica la norma comunitaria, perché il 'vincolo' colà indicato presuppone non già un trasferimento di titolarità sull'azienda, come nella specie, bensì un rapporto di sfruttamento economico, da parte dell'impresa

partecipante e durante l'esecuzione dell'appalto, delle utilità giuridiche, d'una capacità e di dotazioni la cui titolarità permane comunque in capo al terzo, rapporto che, nella specie, la ricorrente e la sua dante causa non hanno voluto stringere o di cui, comunque, non v'è prova in atti. Altrimenti non avrebbero senso, né utilità, le regole di garanzie sottese all'obbligo di dichiarare la piena ed incondizionata disponibilità di mezzi, strutture e risorse altrui, all'uopo bastando dichiararne la piena titolarità".

Ancora, con recentissima sentenza n. 518 del 9 febbraio 2006, il Consiglio di Stato, pronunciandosi su una procedura selettiva per un appalto di servizi sottratti all'applicazione della disciplina del Dlgs 157/95, -dalla quale l'impresa ricorrente era stata esclusa per non aver richiesto l'autorizzazione al subappalto con riguardo alla parte di prestazioni che intendeva eseguire in regime di franchising-, ha ricondotto il franchising alla nozione del subappalto in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che non coincide con quella corrispondente civilistica ma va delineata alla luce dello scopo della disciplina del subappalto nel diritto dei contratti pubblici. In particolare il Supremo Collegio, -tenuto conto che la disciplina pubblicistica del subappalto (art. 18, della legge. n. 55 del 1990, dettato per i lavori e esteso anche a servizi e forniture dai D.lgs. n. 157/1995, D.lgs. n. 358/1992 e D.lgs. n. 158/1995) ha disposto una serie di cautele sia al fine di garantire la qualità della prestazione del subappaltatore, sia al fine di prevenire fenomeni di infiltrazione delinquenziale nei contratti pubblici, e che questo è lo scopo perseguito dal legislatore-, ha statuito che la nozione "sostanziale" di subappalto nei contratti pubblici implica che debba considerarsi subappalto "qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti, in relazione ai quali si pone l'esigenza che siano qualificati e in regola con la c.d. disciplina antimafia".

Conseguentemente anche il franchising rientra nella nozione "sostanziale" del subappalto nei contratti pubblici, poiché attraverso lo stesso contratto si realizza "una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know-how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti dal franchisor"; cosicché, "se in una gara di appalto il concorrente-franchisor dichiara che talune prestazioni saranno eseguite dai franchisees, non fa riferimento alla propria organizzazione di impresa, ma a soggetti terzi, giuridicamente e economicamente distinti".

Di contro l'avvalimento presuppone, sempre nella logica ricostruttiva del Consiglio di Stato, che l'ausiliato dimostri che le risorse dell'ausiliario possano considerarsi equiparate, per la durata dell'appalto, "a proprie articolazioni organizzative, e non soggetti giuridici distinti".

Altro profilo venuto all'attenzione della giurisprudenza è quello relativo alle situazioni di controllo societario, rispetto alla quale si registrano due correnti interpretative, l'una secondo cui la dimostrazione di tale condizione soggettiva sia sufficiente a comprovare la disponibilità dell'altrui capacità tecnica o finanziaria (in tal senso Cons.Stato. sez. V[^], sentenza 28 settembre 2005, n. 5195), l'altra che, invece, ritiene che il relativo onere probatorio debba essere più penetrante (TAR Campania, I[^] sez., sentenza 23 marzo 2006, n.3146). In tale ultima prospettiva l'esistenza di un rapporto di controllo societario è condizione soggettiva fortemente indicativa della possibilità da parte di un'impresa di avvalersi dei requisiti tecnici ed organizzativi dell'altra, ma non è sufficiente a dimostrare un'effettiva disponibilità in tal senso, occorrendo un'allegazione ulteriore che costituisca in capo all'ausiliaria una vera e propria obbligazione nei confronti del concorrente (orientamento che, peraltro, non sembra essere stato recepito nella stesura dell'art.49, comma 2, lett.g) del Codice).

Di contro, con riferimento al contratto di consorzio il Consiglio di Stato - Sezione Sesta - con sentenza del 6 giugno 2006 n. 383 ha ritenuto che il principio dell'avvalimento, riconosciuto in via generalizzata dal diritto comunitario, debba operare a fortiori nell'ambito di consorzi costituiti ai sensi della legge n. 422/1909, cioè di una fattispecie in cui l'offerente ha la "certa disponibilità nei sensi indicati dal diritto comunitario" dell'organismo tecnico dell'impresa consorziata.

Tale breve ricognizione consente di evidenziare, quanto agli schemi negoziali, che la la giurisprudenza che si è sin qui occupata dell'avvalimento ha finito per indicare ciò che esso non è piuttosto che ciò che esso è: pertanto, posto che l'avvalimento non parrebbe riconducibile ad un contratto di subappalto né ad un contratto di franchising, né ad una cessione di azienda o di ramo di azienda, resta da capire sotto quale schema negoziale tipico esso sia sussumibile ovvero se esso addirittura integri un nuovo schema contrattuale sino ad ora non tipizzato.

A tale ultimo proposito, per sgombrare subito il campo da questioni che potrebbero rivelarsi fuorvianti, non pare che le norme, sia comunitarie che nazionali, abbiano inteso configurare addirittura un nuovo

schema negoziale tipico, innanzitutto poichè sarebbe improprio attribuire tale intendimento al legislatore comunitario, mosso, al contrario, dalla volontà di non irrigidire i propri precetti in schemi negoziali definiti che, in quanto tali, risulterebbero difficilmente adattabili ai diversi diritti nazionali; in secondo luogo perché anche il nostro legislatore, che pure avrebbe potuto trasporre le disposizioni comunitarie in uno o più dei tipi negoziali noti al nostro ordinamento, ha chiaramente abdicato a tale facoltà, limitandosi a prevedere che l'obbligo dell'ausiliario di mettere a disposizione dell'ausiliato le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto tragga origine da un contratto tra le dette parti, senza tuttavia definirne il contenuto ed il regime normativo.

Pare quindi inevitabile collocare la questione nella prospettiva dell'autonomia negoziale delle parti, che potranno realizzare la costituzione dell'obbligo di messa a disposizione delle risorse voluta dal legislatore, ora attraverso contratti già schematizzati e disciplinati dal nostro ordinamento ora attraverso contratti misti ovvero, ancora, attraverso contratti atipici (art. 1322 c.c.). Unica indicazione che sembra venire dal dato normativo è rappresentata dalla natura giuridica delle parti del contratto di avvalimento, che dovrebbero potersi identificare solo con imprenditori commerciali, in quanto l'ausiliario è chiamato a contribuire alla realizzazione di un contratto di appalto o di concessione, per i quali la natura imprenditoriale dell'esecutore è elemento costitutivo della fattispecie negoziale tipica (cfr. art. 1655 c.c.).

Ciò detto, ad una prima approssimazione può senz'altro convenirsi con l'opinione, già manifestata da alcuni commentatori, secondo cui la figura negoziale che meglio di ogni altra realizza lo scopo voluto dal legislatore è l'affitto di azienda o di ramo d'azienda. Sembra peraltro altrettanto chiaro che il detto contratto non esaurisce certo, in via astratta, la gamma dei possibili tipi negoziali in grado di realizzare l'obiettivo voluto dal legislatore: si pensi, al riguardo, al comodato con fissazione del termine per la restituzione della cosa coincidente con quello di ultimazione dell'appalto, che garantisce al comodatario-appaltatore la disponibilità delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (cfr. art. 1809 c.c.).

Verosimilmente sarà la pratica a selezionare i casi nei quali ricorrere all'avvalimento ed i tipi di contratto a tal fine utilizzabili, tenuto conto che il rigido regime delle responsabilità esaminato nei precedenti paragrafi potrebbe indurre l'utilizzo di schemi negoziali in grado di garantire lo stesso risultato pratico senza incorrere nella detta responsabilità.

Un esempio aiuterà a illustrare la questione: ove il bando di gara prescriva, tra i requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa, la disponibilità di un locale attrezzato (ad esempio una centrale operativa per lo svolgimento di un servizio di vigilanza armata) sito nel comune ove si andrà a svolgere il servizio, il concorrente potrà agevolmente dimostrare di possedere il requisito mediante esibizione di un contratto di locazione immobiliare di durata almeno pari a quella dell'appalto.

Si ha ragione di ritenere che detta fattispecie rimanga estranea all'avvalimento, sia perché il detto contratto locativo non implica in alcun modo che il locatore sia un imprenditore commerciale, sia perché nel caso della semplice locazione immobiliare non si realizza una vera e propria messa a disposizione temporanea dei requisiti di partecipazione e delle risorse richieste per l'esecuzione dell'appalto da un imprenditore ad un altro, ma l'acquisizione da parte del concorrente di uno degli elementi necessari per l'esecuzione del contratto attraverso uno strumento giuridico - la locazione - che è assolutamente fungibile, ad esempio, con l'acquisto in proprietà e che, al pari di quest'ultima, non richiede alcuna collaborazione nell'esecuzione del contratto d'appalto da parte del proprietario del bene. Del resto, anche prima che l'istituto dell'avvalimento si affermasse per via pretoria nel nostro ordinamento non si sarebbe potuto dubitare del pieno diritto del concorrente di dimostrare il possesso del requisito, sopra indicato a mò di esempio (la disponibilità di una centrale operativa), sia attraverso la piena proprietà del bene che attraverso la sua acquisizione in locazione.

Tutto ciò per chiarire che, in un caso come quello qui ipotizzato, anche laddove il proprietario del bene immobile da adibire a centrale operativa fosse un operatore commerciale, ben difficilmente questi accetterà di configurare la messa a disposizione del detto bene secondo lo schema dell'avvalimento, piuttosto che attraverso quello della locazione commerciale, poiché con il primo si assoggetterebbe, nei confronti del soggetto aggiudicatore, ad una responsabilità solidale con l'appaltatore per la buona esecuzione del contratto, che invece non si assumerebbe in ipotesi di semplice locazione immobiliare.

Pertanto, può pronosticarsi che gli operatori economici preferiranno evitare il ricorso all'avvalimento tutte le volte che saranno in grado di reperire, tra gli strumenti contrattuali legalmente riconosciuti o comunque meritevoli di tutela, schemi di accordo che garantiscano lo stesso risultato utile senza implicare l'assoggettamento dell'ausiliario alla responsabilità solidale verso i soggetti committenti.

Venendo al secondo dei profili problematici sopra evidenziati, e cioè la "contrattualizzazione" dell'impegno dell'ausiliario in ragione dei possibili diversi "oggetti" dell'avvalimento, occorre muovere dall'art. 49 del D.lgs. 163/2006.

Al concorrente che intenda farsi "prestare" tutti o alcuni dei requisiti richiesti dal bando tale norma impone di fornire "....specificazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria" e di presentare "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", nonché di produrre, sempre in sede di gara, il contratto concluso inter partes dal quale deriva l'assunzione del detto obbligo da parte dell'ausiliario in favore dell'ausiliato.

In concreto, se in un appalto di servizi di progettazione tra i requisiti richiesti nel bando vi fosse quello di disporre di alcuni professionisti muniti di particolare specializzazione in un certo settore di attività e il concorrente non ne disponesse direttamente ma intendesse farseli "prestare" da un terzo, risulterebbe agevole verificare la corrispondenza tra il possesso del requisito in sede di gara e l'impegno del terzo a svolgere per conto dell'aggiudicatario quelle specifiche prestazioni specialistiche in vista delle quali il requisito era stato richiesto dal bando. Quando tuttavia, in un appalto di lavori, ad essere "prestata" fosse, ad esempio, la qualificazione SOA in una certa categoria e per una certa classifica richiesta dal bando, molto meno agevole sarà verificare quali risorse umane e materiali corrispondano effettivamente alla categoria e alla classifica "prestata"; difficoltà che sarà ancora maggiore laddove l'ausiliario sia qualificato, nella categoria oggetto di "prestito" per una classifica superiore a quella richiesta e si limiti, quindi, a "prestare" solo le risorse corrispondenti non alla categoria nel suo complesso, ma fino a concorrenza della classifica richiesta dal bando. In tale caso sembra davvero arduo verificare che le risorse umane e materiali che nel contratto di avvalimento l'ausiliario si obbligherà a mettere a disposizione dell'ausiliato corrispondano effettivamente alla categoria e alla classifica non posseduta da quest'ultimo.

Altrettanto problematica è la "traduzione" in un oggetto contrattuale rispondente ai canoni dell'art. 1346 cod.civ. dei requisiti immateriali (il fatturato, i servizi o le forniture cosiddetti "di punta" ecc.ecc.) richiesti per la partecipazione alla gara e, nell'ambito di questi ultimi, di quelli indivisibili (quale l'aver eseguito almeno un servizio identico a quello oggetto di gara, mentre il fatturato è, almeno astrattamente, divisibile).

Infatti, se il problema appare risolvibile per i requisiti materiali, di cui è agevole verificare la corrispondenza tra il requisito dichiarato in sede di gara e l'effettiva messa a disposizione delle risorse nella fase dell'esecuzione, gravi difficoltà pone il prestito di requisiti immateriali e, ancor più, di quelli indivisibili.

Tali difficoltà non paiono, allo stato, superabili in via interpretativa, anche per l'assenza di una prassi applicativa, mentre rendono particolarmente pressante l'esigenza di un intervento correttivo del legislatore, che, ove intenda effettivamente confermare la applicabilità generalizzata dell'avvalimento a tutti i possibili requisiti di partecipazione tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, nonché l'obbligo di loro contrattualizzazione inter partes, si dovrà assumere l'onere di precisare in quali "risorse" da mettere a disposizione durante l'esecuzione del contratto d'appalto debbano tradursi i requisiti di tipo immateriale già "prestati" al concorrente in fase di gara e per i quali il legislatore ha imposto anche la conclusione di un contratto tra ausiliario ed ausiliato.

Detta opera di chiarificazione appare viepiù necessaria laddove si consideri che, nell'attuale contesto normativo, alla prevedibile tendenza degli operatori economici di ricorrere a formule contrattuali generiche e "rituali" (del tipo: "l'ausiliario si impegna a mettere a disposizione dell'impresa concorrente le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto") potrebbe specularmente corrispondere il tentativo dei soggetti aggiudicatori di restringere, attraverso il bando, il campo di applicazione dell'istituto ai soli requisiti materiali e, inoltre, di sindacare la validità del contratto esibito dal concorrente ausiliato in sede di gara, con notevole incremento del contenzioso amministrativo e rallentamento delle procedure concorsuali.

Roma, giugno 2006

(pubblicato il 15.6.2006)

[Stampa il documento](#)

