

Articoli e note

n. 2-2006 - © copyright

GIANNI FISCHIONE

L'avvalimento: quid iuris? (prime note)

(In corso di pubblicazione in Archivio Giuridico delle Opere Pubbliche, Roma, Promedi – Per gentile concessione dell'Editore Promedi)

1. Le disposizioni della Direttiva CE 31 marzo 2000 n. 18 (che coordina le procedure di aggiudicazione di qualsiasi tipo di appalto pubblico nei settori ordinari) relative alla facoltà di un concorrente di avvalersi - ai fini della qualificazione ad una gara concernente un appalto di servizi, lavori, forniture - dei requisiti di un'impresa "terza" o di una impresa appartenente allo stesso gruppo societario del concorrente costituisce certamente una tra le più significative novità rispetto al precedente quadro normativo che non contemplava in via specifica l'istituto dell'avvalimento, ma conteneva soltanto alcune disposizioni che indirettamente lasciavano intendere che il concorrente potesse fare affidamento su requisiti/risorse di altro soggetto.

Ma, nell'ottica della giurisprudenza comunitaria non si può parlare di una vera e propria novità in quanto la Direttiva CE trasfonde in norme principi già enunciati dalla Corte di Giustizia [1], completandoli con alcune precisazioni, precisazioni, invero, insufficienti se si tiene conto che l'avvalimento ha una portata dirompente attesa la sua capacità di incidere trasversalmente, ridefinendone le caratteristiche e la portata, su diversi istituti. L'avvalimento, riconosciuto ormai anche dalla giurisprudenza interna [2] è, in particolare, disciplinato nei paragrafi 2 e 3 dell'art. 47 Direttiva 2004/18 (relativo alla capacità economica finanziaria) e nei paragrafi 3 e 4 dell'art. 48 della medesima Direttiva (relativo alla capacità tecnica e professionale) che con norme sostanzialmente analoghe [3], stabiliscono che: a) 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, ma 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; b) alle stesse condizioni previste nella lettera a), un raggruppamento di operatori economici può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. Va, inoltre, evidenziato che a tale assetto rinvia l'art. 52 Direttiva 2004/18 (relativo agli "Elenchi Ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico operativo") il quale stabilisce che gli Stati membri adeguano le condizioni per l'iscrizione e/o abilitazione e/o attestazione "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".

Gli elementi che si evincono con certezza da tale normativa sono, dunque, i seguenti:

- a) l'avvalimento è consentito sia nel settore dei lavori, sia in quello delle forniture, sia in quello dei servizi;
- b) l'oggetto dell'avvalimento concerne qualsiasi requisito di natura tecnica/organizzativa e/o

economico/ finanziaria;

c) c) l'impresa che concorre alla gara per l'affidamento di un appalto (ma ciò vale anche per l'impresa ammessa ad una procedura negoziata, che di seguito ricompriamo nella generale definizione di impresa concorrente o concorrente) deve dimostrare di possedere le relative risorse (onere che comporta l'obbligo del concorrente di produrre quantomeno una dichiarazione con la quale l'impresa che contribuisce a qualificare il concorrente, che definiamo impresa ausiliaria, assume uno specifico impegno a porre a disposizione del concorrente le risorse correlate alla dichiarazione di avalimento); d) il vincolo giuridico fra concorrente e impresa ausiliaria può essere di più varia natura, ma deve pur sempre esistere e deve risultare idoneo allo scopo in base ad uno scrutinio che effettua la Stazione Appaltante; e) l'accordo preordinato ad utilizzare direttamente in gara le risorse di altra impresa, sia essa facente parte del gruppo societario del concorrente , sia essa terza, può essere perfezionato con riferimento ad una ed una sola gara.; l'impresa può, tuttavia, ottenere un'abilitazione/attestazione/iscrizione da Gestori di sistemi di qualificazione o da Uffici o da Organismi attraverso requisiti/risorse di altra impresa, a condizione che questa faccia parte del gruppo societario del soggetto che richiede l'abilitazione; l'abilitazione così ottenuta può essere utilizzata per le gare che si svolgono nel periodo di validità dell'attestazione, purché permanga il requisito della effettiva disponibilità delle risorse oggetto di avalimento, il che implica, in primis, anche il perdurare del rapporto di appartenenza allo stesso gruppo [4] . E' indubbio che il diritto all'affidamento sugli altrui requisiti così congeniato è amplissimo e apre scenari i cui contorni risultano allo stato non definibili, ma sicuramente dirompenti e non sempre chiaramente percepiti dal legislatore comunitario, che pare aver emanato disposizioni senza una preventiva simulazione dei loro effetti. Nei paragrafi che seguono si cercherà di dare qualche primo contributo per rispondere ad alcuni dei molti interrogativi che pone la richiamata normativa, il tutto nella consapevolezza della complessità della materia e della carenza di adeguati riscontri giurisprudenziali.

2. Di certo le disposizioni in questione hanno natura vincolante e vanno senz'altro recepite dal legislatore interno e, in ogni caso, applicate dalle Stazioni Appaltanti. Va, infatti, considerato che la giurisprudenza comunitaria e quella interna [5], già basandosi sui principi del Trattato CE e su alcuni frammenti normativi delle precedenti Direttive CE (il riferimento è stato effettuato ai raggruppamenti di impresa, all'istituto dell'appalto avente ad oggetto l'esecuzione con qualsiasi mezzo e/o all'art. 32 comma 2 lettera c) Direttiva 92/50 che consente al concorrente di dimostrare la mera disponibilità di altrui strumenti, materiali o apparecchiature tecniche) hanno riconosciuto -al fine di garantire effettività al principio di libera circolazione di mezzi e servizi - il diritto dell'impresa a fare affidamento, per qualificarsi, sui requisiti di altro soggetto , anche se non appartenente allo stesso gruppo societario del concorrente. Quindi, il diritto di avalimento è da considerare già vigente nell'ordinamento comunitario ed interno a prescindere dalla sua consacrazione in esplicite e puntuali disposizioni comunitarie o nazionali. La stessa giurisprudenza ha, altresì, osservato che in base ai principi comunitari l'avalimento ha contenuto e portata molto ampi, in linea con quanto ora dispongono gli artt. 47 e 48 della Direttiva CE 2004/18, riconoscendosi che il diritto di avalimento è praticabile anche tra imprese non appartenenti al medesimo gruppo societario, tra l'altro nella forma del subappalto e per qualsiasi requisito di ordine speciale (fatturato, servizio analogo, etc. tec.) . E' evidente , allora, che il legislatore interno è senz'altro tenuto a recepire le predette disposizioni comunitarie, considerato, da un lato, che si tratta di mera trasposizione in norme di principi e regole già vigenti attesa la portata immediatamente precettiva delle statuizioni della Corte di Giustizia; dall'altro, che l'avalimento è considerato anche dalla Direttiva 18 un diritto in capo al concorrente e non già una facoltà correlata ad un atto di riconoscimento da parte dello Stato membro e, men che meno, della Stazione Appaltanti. Sotto tale ultimo profilo, è particolarmente significativo che gli artt. 47 e 48 cit. stabiliscono che l'operatore economico (e non lo Stato membro o la Stazione Appaltante), può , se del caso, fare affidamento sui requisiti di altro soggetto, ossia che il concorrente se lo ritiene opportuno e conveniente può senz'altro avvalersi degli altrui requisiti con il semplice obbligo di conformarsi al dettato legislativo, soprattutto per quanto concerne la prova sulla effettiva disponibilità delle risorse. Peraltro, di per sé le disposizioni ora citate appaiono compiute, incondizionate e immediatamente eseguibili alla scadenza del termine di recepimento della Direttiva 18 cit. (31 gennaio 2006), per cui, anche a voler ipotizzare che le ridette disposizioni aggiungano elementi nuovi a quanto contemplato, direttamente o indirettamente, nelle statuizioni della Corte di Giustizia CE sopra

richiamate, esse, in quanto self executing; dovranno trovare senz'altro applicazione dopo il 31 gennaio 2006. E', comunque, particolarmente significativo della stretta correlazione tra il predetto orientamento della giurisprudenza comunitaria sull'avvalimento e gli artt. 47 e 48 citt. il fatto che a questi ultimi ha già rinviato il giudice interno per fondare l'applicazione dell'avvalimento a fattispecie verificatesi nel 2004 [6]. Resta fermo che in carenza di legge nazionale di recepimento le Stazioni Appaltanti devono ammettere l'istituto dell'avvalimento come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e come definito nelle norme della Direttiva sopra richiamate.

3. Gli artt. 47 e 48 citt. [7], come già accennato, contemplano l'avvalimento con riferimento ad uno qualsiasi dei requisiti previsti dai medesimi articoli: quindi, si può affermare che l'avvalimento è consentito per uno o più dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario (i.c.d. requisiti di ordine speciale). Va, quindi, escluso che il concorrente si possa avvalere dell'impresa ausiliaria per provare i c.d. requisiti di ordine generale (art. 45 Direttiva CE 2004/18, norma che attualmente trova la sua più compiuta espressione nell'ambito dell'ordinamento interno nell'art 75 DPR 554/99), trattandosi, d'altro canto, di elementi strettamente correlati al soggetto, alla sua idoneità morale, alla sua legittimazione a porsi come contraente della Stazione Appaltante, alla sua "situazione personale" per usare le parole della Direttiva. In sostanza, i requisiti di carattere strettamente soggettivo, morali, di affidabilità, di regolarità della gestione, di non essere soggetto a sanzioni o misure previste dalla legislazione antimafia devono essere posseduti dal concorrente: il rapporto di collaborazione tra concorrente e impresa ausiliaria (con qualsiasi modulo attuato) e l'importanza del ruolo che assume l'impresa ausiliaria nella fase di qualificazione del concorrente non possono mai consentire di obliterare l'apprezzamento riguardante i predetti profili in capo al concorrente, ossia in colui che è destinato ad assumere il ruolo di contraente della Stazione Appaltante [8]. A nostro avviso appare, inoltre, imprescindibile la verifica dei predetti requisiti di ordine personale/soggettivo (ivi compreso quello c.d. antimafia) in capo all'impresa ausiliaria, in quanto questa contribuendo alla qualificazione del concorrente, assume, comunque, un ruolo decisivo per far conseguire una posizione giuridica rilevante (differenziata) verso la Stazione Appaltante, posizione dalla quale derivano, in caso di aggiudicazione, anche diritti di ordine economico e patrimoniali. E' dubbio se la certificazione di qualità costituisca un peculiare requisito di ordine soggettivo e come tale ascrivibile, ove richiesta nel bando di gara, tra i requisiti di carattere personale del concorrente e, quindi, requisito non costituente oggetto di avvalimento se il concorrente assume il ruolo di esecutore diretto in tutto o in parte delle prestazioni: a tale interrogativo riteniamo che si possa dare risposta positiva, considerato che detta certificazione mira ad assicurare che l'impresa svolgerà le attività secondo un livello minimo di prestazione, accertato da un organismo qualificato, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e non già uno o più requisiti in sé e per sé stessi considerati [9], il tutto a meno che non risulti che la certificazione sia incontestabilmente riferita solo a quella parte di prestazione che il concorrente non esegue direttamente [10]; in tale ultimo caso appare sufficiente il possesso della certificazione da parte dell'impresa ausiliaria indicata in sede di qualificazione quale esclusiva esecutrice (in forza, ad esempio, di un contratto di subappalto) delle prestazioni cui si correla la certificazione stessa.

3.1. Tra i requisiti di ordine strettamente soggettivo (ossia quelli che imprescindibilmente devono fare capo al concorrente) può essere ricondotto, a nostro avviso, quello comprovante che il concorrente è legittimato ad operare stabilmente e in via principale nel settore economico al quale è riconducibile l'oggetto del contratto posto in gara. Tale considerazione poggia sul fatto che 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 operatori dei mercati di riferimento. Questo implica, come si anticipava, che, di norma, il concorrente deve essere un operatore economico nel settore commerciale che caratterizza in via specifica l'oggetto del contratto ed il fine al quale tende la Stazione Appaltante e che egli deve, altresì, possedere almeno in parte i

requisiti di ordine speciale ai fini dell'esecuzione del contratto. In ulteriore analisi, se il contratto ha quale oggetto immediato e diretto la realizzazione di lavori, la competizione dovrà essere riservata agli appaltatori di lavori con esclusione, quindi, di fornitori/prestatori di servizi, non potendosi strumentalizzare l'istituto dell'avvalimento sino al punto di stravolgere le basilari regole di legittimazione e l'ordine economico. Allo scopo di delineare l'ambito dei concorrenti legittimati a partecipare alla gara occorrerà tener conto non tanto della prestazione in sé e per sé considerata, quanto piuttosto dell'oggetto immediato e diretto del contratto, del fine cui tende la Stazione Appaltante, in uno con il modulo negoziale a cui la stessa fa ricorso. Così, a titolo di esempio, nel caso in cui la Stazione Appaltante intenda ricercare un finanziatore di un'opera (che si assuma l'obbligo, appunto, di finanziare i lavori e di assicurare la loro realizzazione) e non già un mero esecutore di lavori, i requisiti di accesso alla gara dovranno essere quelli propri dei finanziatori ed il concorrente non potrà che essere una banca o ente finanziatore abilitato, aventi i requisiti stabiliti dal bando o un concorrente sempre appartenente alle predette categorie di operatori commerciali che non avendo uno o più dei requisiti specifici previsti dal bando si avvarrà dei requisiti dell'impresa ausiliaria sempre appartenente alla medesima categoria di soggetti abilitati. Non appare, invece, ammissibile che alla gara partecipi un costruttore il quale assolva alla fase di prequalifica avvalendosi di una banca o di un finanziatore, perché altrimenti si inciderebbe sulla scelta fondamentale della Stazione Appaltante di configurare il contratto in termini di servizi e sulla sua esigenza di stipulare un contratto chiavi in mano direttamente con il soggetto abilitato a quel tipo di attività (finanziaria) [11]. Il fatto, poi, che il finanziatore dovrà assicurare la realizzazione dei lavori mediante soggetto qualificato nel settore dei lavori inciderà sul modo di adempimento del contratto e non già sulla fase della qualificazione e non potrà mai determinare un ribaltamento dei contenuti e caratteristiche della fase di qualificazione e dell'oggetto del contratto, dovendosi assicurare l'inviolabilità delle scelte operate dalla Stazione Appaltante, la quale, nell'esempio fatto, intende stipulare un contratto chiavi in mano con un soggetto finanziatore che assicuri la realizzazione dell'intervento costruttivo. Ancora, se come attualmente accade nell'ordinamento interno, la Stazione Appaltante intende ricercare un concessionario di lavori, ritenendo che il concorrente possa essere qualificato o sull'attività costruttiva o su quella finanziaria / gestionale, il concorrente dovrà risultare abilitato ad esercitare l'attività in uno o nell'altro dei predetti settori sui quali si focalizza la fase di prequalifica (o, al limite, in entrambi i citati settori, come nel caso di partecipazione alla gara di ATI miste) e non potrà essere un operatore di un terzo settore (ad esempio, un fornitore), anche se quest'ultimo dichiarasse di volersi avvalere di un operatore economico del settore finanziario o delle costruzioni: anche in tale tipologia di gara il concorrente appartenente ad uno dei settori che connotano alternativamente la fase della prequalifica potrà, tuttavia, integrare i propri requisiti avvalendosi delle risorse di altra impresa operante nei settori indicati nel bando. In definitiva, l'avvalimento non può giustificare forzature all'assetto del contratto determinato dalla S.A, dovendosi, comunque, salvaguardare la inviolabilità della scelta della stessa S.A, sempreché immune da vizi di illogicità e incongruenza.

4. Gli artt. 47 e 48 stabiliscono che il concorrente può avvalersi degli altrui requisiti/risorse ai fini di provare la capacità economica/finanziaria e/o tecnica/organizzativa, senza prevedere che il requisito oggetto di avvalimento debba essere posseduto, almeno in una certa misura minima, anche dal concorrente stesso: il concorrente può avvalersi per intero di un requisito non posseduto, fermo restando che deve essere, nei limiti sopra evidenziati, un operatore del settore oggetto dell'appalto e che deve, comunque, possedere una parte dei requisiti di ordine speciale. Né appaiono compatibili con l'ordinamento comunitario norme che limitano l'avvalimento solo a determinati requisiti o a determinate quantità di un requisito, con obbligo del concorrente di possedere almeno una quota del requisito oggetto di avvalimento. Tuttavia, in linea con i casi esaminati dalla giurisprudenza comunitaria [12] sembra potersi ritenere che la società con funzione di holding [13] possa avvalersi in toto dei requisiti della controllata, fermo restando l'obbligo di provare l'effettiva disponibilità delle risorse della controllata stessa (infra). Si sottolinea che le capacità alle quali si riferiscono gli artt. 47 e 48 cit. si esprimono in una molteplicità di requisiti / referenze: quindi, oggetto di avvalimento può essere per intero ciascuno di detti requisiti [14], tenuto conto che nessuna disposizione della Direttiva 2004/18 contempla la frazione o quota dei requisiti (anche laddove detta frazionabilità sarebbe senz'altro praticabile, come ad esempio nel caso di "fatturato globale" il cui valore potrebbe essere raggiunto cumulando il fatturato del concorrente con quello dell'impresa ausiliaria). In tale direzione va, altresì,

osservato che in un sistema che non prevede il frazionamento dei requisiti, il concorrente per soddisfare la richiesta di una certa quantità di un determinato requisito non può sommare la quantità di quel requisito che egli eventualmente possiede alla quantità del medesimo requisito posseduta dall'impresa ausiliaria, ma deve far affidamento su un'impresa ausiliaria che possiede per intero quella quantità del requisito (fatto 100 un requisito, il concorrente che ha 20 deve avvalersi, in un sistema che non contempla il frazionamento, di impresa che ha 100 di quel requisito): ciò per la ragione che siffatto sistema, escludendo il frazionamento, ritiene che l'elemento della quantità di un determinato requisito è la prima espressione delle caratteristiche del requisito stesso, sicché deve essere posseduto per intero dal concorrente o dall'impresa ausiliaria. Sulla scorta di quanto precede, un sistema che si limitasse a prevedere il frazionamento del requisito unitario e la facoltà di cumulo con obbligo, però, del concorrente di possedere comunque una parte del requisito oggetto di avvalimento non potrebbe ritenersi - a nostro avviso - conforme al diritto comunitario, in quanto questo riconosce la facoltà del concorrente di avvalersi per intero di un requisito speciale posseduto da altra impresa, senza, dunque, obbligo del concorrente di possedere una quota minima del requisito oggetto di avvalimento. In un sistema, poi, che riconoscesse, da un lato, l'avvalimento del requisito per intero e, dall'altro, il frazionamento del requisito, il passo che porterebbe a consentire l'avvalimento anche di una frazione di requisito risulterebbe senz'altro giustificato (se non proprio dovuto) sul piano della ragionevolezza, salvo ad ipotizzare (ma sarebbe un discorso che presterebbe il fianco a più di una critica, una volta scardinata l'unitarietà del requisito) che l'avvalimento della frazione del requisito, determinando una eccessiva parcellizzazione dei requisiti ed un loro crescente svilimento, dovesse essere negato in favore di un modello che si limiterebbe a riconoscere un'alternativa tra l'avvalimento del requisito intero e sistema del cumulo di quote del medesimo requisito.

4.1 In tale prospettiva occorre approfondire l'impatto dell'avvalimento sull'assetto interno in materia di qualificazione.

Alle gare di servizi e forniture le Stazioni Appaltanti, in carenza di puntuali indicazioni normative, sono solite imporre a ciascuna impresa facente parte del raggruppamento di possedere una determinata percentuale di ciascun requisito (in genere, mutuando le prescrizioni in materia di lavori, si richiede alla mandataria almeno il 60% del requisito e alla mandante almeno il 20%): orbene, nella prospettiva dell'avvalimento dovrebbe riconoscersi che l'impresa facente parte dell'ATI possa utilizzare in toto un requisito di altra impresa facente parte della medesima ATI o terza rispetto all'ATI, tenuto conto che gli artt. 47 e 48 citt. prevedono che il raggruppamento è strumento di attuazione delle strategie aziendali in materia di avvalimento (che, come detto, può avere ad oggetto un intero requisito).

Discorso diverso va fatto con riferimento alla normativa sui lavori.

Qui l'impresa, come è noto, non prova, di norma, in gara il possesso dei requisiti di ordine speciale, ma ex lege è tenuta a produrre l'attestazione di qualificazione in categorie e classi rilasciata da una Società Organismo di Attestazione (SOA), la quale, verificato in capo all'impresa il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale (questi ultimi rispondenti sostanzialmente a quelli previsti negli artt. 47 e 48 citt.), rilascia l'attestazione SOA necessaria per partecipare alle gare che si svolgeranno in costanza di vigenza dell'attestazione. In tale sistema è, quindi, di difficile configurazione l'ipotesi dell'avvalimento in gara di uno o più requisiti di ordine speciale, perché in gara la qualificazione avviene con la produzione dell'attestazione SOA (salvo casi speciali, in cui oltre all'attestazione SOA possono essere richiesti specifici requisiti): orbene, a nostro avviso, per non incorrere nel rischio di trasformare il sistema SOA in una sorta di misura che limita o, di fatto, preclude l'avvalimento in gara, dovrà ammettersi che un concorrente possa qualificarsi avvalendosi di impresa in possesso dell'attestazione SOA richiesta nel bando, fermo restando la possibilità di un'impresa partecipante ad un gruppo societario di ottenere direttamente l'attestazione SOA mediante avvalimento di altre imprese del suo gruppo societario, ai sensi dell'art. 52 Direttiva CE 18 (infra). Anche in tale contesto si porrà l'esigenza, seppur in una prospettiva diversa da quella sopra esaminata, di ammettere sia l'avvalimento di impresa in possesso di SOA alla classe corrispondente a quella richiesta dal bando alla impresa che partecipa alla gara singolarmente (classe intera), sia l'avvalimento cumulativo (intendendosi per tale il caso in cui il concorrente ha una frazione della classe intera e si avvale di impresa in possesso di altra frazione di classe della stessa categoria, al fine di raggiungere l'importo previsto dal bando, il tutto nella misura indicata dal bando per le imprese che partecipano secondo il tradizionale modello interno delle ATI).

5. L'avvalimento può concretizzarsi in modo più o meno articolato a seconda delle esigenze del concorrente che può, ad esempio, necessitare di un mero mezzo o attrezzatura dell'impresa ausiliaria destinato ad essere utilizzato nei propri processi produttivi (avvalimento che potremmo definire con assorbimento delle risorse/mezzi, in quanto l'impresa ausiliaria non organizza beni e servizi per eseguire l'appalto, ma si limita a porli a disposizione del concorrente), oppure della organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria che è chiamata a svolgere con la sua azienda alcune prestazioni oggetto del contratto (avvalimento senza assorbimento dei mezzi/risorse). A seconda del diverso modo di concretizzarsi delle esigenze del concorrente possono variare variano oltre alla qualità e quantità dei requisiti oggetto di avvalimento anche le modalità di prova della disponibilità delle altrui risorse. Così, ritornando sugli esempi già fatti, l'avvalimento potrà concentrarsi esclusivamente su un requisito (il mezzo, l'attrezzatura) e la prova sulla disponibilità delle risorse potrà essere fornita con un contratto che assicuri la fruibilità di quel bene da parte del concorrente per tutta la durata dell'appalto nel caso di sua aggiudicazione. Oppure, l'avvalimento potrà riguardare tutti i requisiti speciali dell'impresa ausiliaria che si correlino ad una certa attività rientrante nell'appalto, destinata ad essere eseguita dall'ausiliaria stessa, ed allora la prova della effettiva disponibilità potrà essere data con un contratto idoneo a legittimare il coinvolgimento nella fase esecutiva dell'impresa ausiliaria, quale il contratto di ATI o di subappalto, che avranno delle caratterizzazioni peculiari rispetto ai moduli previsti dalla legislazione interna (infra). Sicuramente non sussistano preclusioni acché l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di impresa partecipante ad un raggruppamento temporaneo di imprese, tenuto conto che gli artt. 47 e 48 citt. dispongono che un raggruppamento di operatori economici può fare affidamento sulla capacità dei partecipanti al raggruppamento (o di altri soggetti esterni al raggruppamento): ciò,

tuttavia, porterà, come si accennava, ad una riconsiderazione della disciplina degli artt. 10 e seg. legge 109/94, se non altro perché questa non prevede che l'impresa facente parte di un ATI possa avvalersi per intero di un requisito di altra impresa della medesima ATI. Il dato letterale e la ratio delle norme contenute negli artt. 47 e 48 cit., finalizzati a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione di beni e servizi, giustificano - comunque - l'avvalimento di più imprese per provare la disponibilità dei requisiti [15]. Non è, invece, previsto l'avvalimento a cascata, essendo evidente che il legislatore comunitario riserva l'avvalimento al concorrente e non già all'impresa ausiliaria. È, infine, opportuno evidenziare che quando nell'ordinamento interno viene in rilievo il sistema di qualificazione mediante attestazioni SOA, il concorrente può qualificarsi solo producendo l'attestazione SOA che esprime una capacità organizzativa più che uno requisito: se al concorrente manca un'attestazione SOA o mancano dei requisiti che aggiunti ai propri gli farebbero conseguire una data attestazione SOA idonea per la qualificazione alla gara, egli dovrà sempre e comunque avvalersi di impresa ausiliaria in possesso di attestazione SOA adeguata, non essendo sufficiente la prova di avere la disponibilità dei predetti requisiti di cui è carente perché per tale ultima via si minerebbe nelle fondamenta il sistema di qualificazione previsto dal DPR 34/00 che attribuisce ad entità terze, rispetto alle Stazioni Appaltanti, la funzione di attestare l'idoneità delle imprese ad operare nel settore dei lavori.

6. Sciogliendo una riserva sopra formulata, si passa ora ad approfondire il rapporto tra avvalimento ed istituto dell'ATI.

Il paragrafo terzo dell'art. 47 ed il paragrafo quarto dell'art. 48 direttiva CE 2004/18 prevedono che un raggruppamento di operatori può fare affidamento sulla capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti esterni al raggruppamento. Questo significa che, ferma la facoltà di avvalersi di soggetti terzi rispetto al raggruppamento, se il raggruppamento ha personalità giuridica o soggettività (ossia se costituisce una entità distinta dalle imprese raggruppate) esso stesso può contare direttamente sui requisiti delle imprese raggruppate per qualificarsi, effettuando in tal senso una dichiarazione di avvalimento. Se il raggruppamento non ha soggettività giuridica (ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, Direttiva 18 il raggruppamento può essere vincolato ad assumere una determinata forma giuridica solo dopo l'aggiudicazione e, dunque, dopo la fase di qualificazione), ciascuna impresa raggruppata può confidare nell'apporto dei requisiti, ai fini della qualificazione, da parte di altra impresa facente parte del medesimo raggruppamento. In entrambi i casi l'impresa ausiliaria può assumere sia il ruolo di esecutore del contratto, sia quello di mera impresa che mette a disposizione le risorse a favore del raggruppamento o delle imprese raggruppate, a seconda delle esigenze concrete dei concorrenti. Resta fermo che il concorrente non deve necessariamente far ricorso all'istituto del raggruppamento qualora intenda avvalersi dei requisiti/risorse di altra impresa, considerato che le norme comunitarie sopra richiamate consentono l'avvalimento sia di impresa appartenente al raggruppamento, sia di imprese terze rispetto al raggruppamento. Con specifico riferimento alla legislazione nazionale sui moduli di collaborazione, va ribadito che le criticità maggiori emergono in conseguenza del fatto che il regime interno sconta, soprattutto nell'ambito della disciplina sugli appalti di lavori, un assetto in base al quale alle imprese non si richiede, di norma, di provare in gara il possesso di specifici requisiti di ordine speciale, ma di essere in possesso di attestazioni SOA (supra). Nel contempo, nel caso di partecipazione alla gara di imprese riunite orizzontalmente, si prevede il frazionamento in quote della classe della categoria SOA il cui possesso è richiesto per valore intero in capo all'impresa che partecipa singolarmente, ammettendosi che l'impresa riunita provi il mero possesso della attestazione SOA in correlazione alla predetta quota; tale quota deve, tuttavia, essere posseduta inderogabilmente. In tale sistema, alla luce delle sopra esposte implicazioni correlate all'istituto comunitario dell'avvalimento, dovrebbe ammettersi il ricorso ad impresa ausiliaria in possesso di classe corrispondente a quella prevista per l'impresa singola (e quindi l'avvalimento per l'intera classe), senza obbligo del concorrente di possedere comunque una quota predeterminata e inderogabile della classe in questione; inoltre, per ragioni di logicità (pure sopra esposte) si potrebbe ammettere l'avvalimento di frazioni di classe [16], fermo restando che vanno raggiunti i valori complessivi previsti dal bando. Quindi, il legislatore interno o mette mano, per così dire, alla disciplina prevista dagli artt. 10-13 legge 109/94 per consentire alle imprese raggruppate di poter fare ampio ricorso all'avvalimento come sopra definito, oppure lascia inalterato l'attuale disciplina sulle ATI e consorzi (considerandola una sorta di disciplina speciale correlata al sistema del frazionamento dei requisiti) e riconosce, però, in via generale il diritto di avvalimento nei termini comunitari sia a favore dell'impresa singola, sia a favore

dell'impresa comunque associata o consorziata. In un sistema che ammette l'avvalimento anche sulla frazione di requisito, l'impresa raggruppata che svolge il ruolo di soggetto qualificato in proprio e di impresa ausiliaria di altra impresa partecipante al medesimo raggruppamento deve possedere il requisito nella misura che gli consente questa duplice imputazione, non potendosi ammettere nella stessa gara l'impiego più di una volta del medesimo requisito (fatto 60 un requisito X relativo ad una gara di forniture o servizi e supponendo che alla gara possa partecipare un raggruppamento di tre imprese, A, B e C a ciascuna delle quali sia richiesto 20, B, se priva di tale requisito, potrà avvalersi di A se quest'ultima, qualificata in proprio per 20, avrà, comunque, quel requisito per un valore complessivo pari a 40). Peraltro, nel caso di sistema SOA, va precisato che l'attestazione ad una determinata categoria e per una determinata classe non è scindibile in base al sistema definito dal DPR 34/00, pertanto l'impresa associata che si serve dell'attestazione per qualificare sé stessa non può essere di ausilio con quella stessa attestazione ad altra impresa del medesimo raggruppamento (né, ovviamente, a qualsiasi altra impresa; in quest'ultimo caso anche per evitare turbative alla libertà degli incanti e alla serietà del confronto concorrenziale; sul punto infra). Va, peraltro, osservato che qualsiasi impresa che fa affidamento sui requisiti di altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse e che in caso di ATI tale condizione non può ritenersi soddisfatta attraverso il mero mandato collettivo che è alla base della costituzione dell'ATI nel contesto della legislazione interna. In effetti, il mandato è un mero strumento di rappresentanza e ciascuna impresa dell'ATI, sia essa pure la mandataria, si trova in una posizione di assoluta parità con le altre imprese della medesima associazione, tutte titolari del contratto e nessuna di esse in grado di incidere unilateralmente sulla gestione dell'altra per garantirsi la effettiva disponibilità dei mezzi e risorse oggetto di eventuale avvalimento. Quindi, anche nel caso di avvalimento nel contesto di un'ATI deve essere data in via specifica la prova sulla effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa raggruppata con funzione di impresa ausiliaria: pertanto, il rapporto di mandato deve essere accompagnato - nel caso in cui allo schema ordinario degli artt. 10 e 13 legge 109/94 si aggiunga un meccanismo di avvalimento ai sensi degli artt. 47 e 48 citt. - da un rapporto di provvista idoneo ad evidenziare quel penetrante controllo "effettivo" sulle risorse richiesto dalla disciplina comunitaria [17]. La disciplina sulle ATI nel settore dei servizi ed in quello delle forniture appare più facilmente allineabile con l'istituto dell'avvalimento, perché non sconta un regime di predeterminazione normativa dei requisiti o di frazione di requisito; né prevede, salvo casi eccezionali (si pensi al comparto dei rifiuti) un sistema di qualificazione (analogo a quello SOA) attestato da entità diverse dalla Stazione Appaltante: in tali settori sarà più agevole conformarsi da parte delle Stazioni Appaltanti all'esigenza di consentire all'impresa riunita di avvalersi in toto di un requisito di altra impresa facente parte del medesimo raggruppamento (ferma la facoltà di avvalersi di imprese terze rispetto all'ATI). I consorzi ordinari sono equiparati dal legislatore interno alle ATI, nel senso che per qualificarsi il consorzio deve risultare costituito da una consorziata che ha i requisiti previsti per la mandataria di un'ATI e una o più consorziate aventi i requisiti previsti per le mandanti dell'ATI. Ne consegue che il rapporto tra avvalimento e disciplina interna sul consorzio va posto e risolto secondo la prospettiva sopra delineata con riferimenti alle ATI. Qualche annotazione particolare va, invece, fatta per i consorzi stabili, che costituiscono un soggetto legittimato ad operare nel solo settore dei lavori pubblici, caratterizzato dal fatto che il consorzio agisce come imprenditore imputando direttamente a sé stesso le fattispecie giuridiche poste in essere, compresa la titolarità del contratto di appalto. Tale soggetto ottiene in proprio le attestazioni SOA mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate le quali, salvo le eccezionali stabilite dall'art. 12, comma 8 ter, della legge 109/94, non devono necessariamente possedere quote minime predefinite di uno o più requisiti. Tale peculiarità consente di affermare che il modulo del consorzio stabile si inserisce tendenzialmente in quel quadro di flessibilità e duttilità che connota l'istituto dell'avvalimento, il quale, comunque, non impone al concorrente di possedere necessariamente un determinato requisito di ordine speciale o una sua frazione. Non può, tuttavia, non evidenziarsi la peculiarità costituita dalla stabilità del vincolo di collaborazione tra i consorziati, i quali si aggregano per operare congiuntamente per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, tenuto conto che l'accordo per avvalersi degli altrui requisiti risulta circoscritto dagli artt. 47 e 48 citt. ad un solo appalto (condizione questa che è soddisfatta, invece, nel caso di ATI). Anche in considerazione del fatto che il consorzio stabile ha soggettività giuridica, esso potrà in proprio avvalersi dei requisiti di un soggetto esterno al consorzio; peraltro, le norme contenute negli artt. 47 e 48 citt. prevedono chiaramente che qualsiasi raggruppamento possa fare affidamento sui requisiti dei partecipanti al raggruppamento stesso o di altri soggetti. L'avvalimento porterà - inoltre - a scardinare nell'ambito dell'ordinamento nazionale la regola della inammissibilità dei consorzi stabili alle gare di forniture e servizi: infatti, in forza dei

ridetti artt. 47 e 48 , qualsiasi consorzio o società consortile può avvalersi dei requisiti dei propri consorziati e/o soci (ferme le criticità di ordine generale correlate alla stabilità del vincolo di collaborazione). In tale prospettiva è significativo che di recente la giurisprudenza ha affermato che l'art.11 legge 109/94 (che ha introdotto i consorzi stabili nel settore dei lavori pubblici) non è espressione di un principio generale valido anche nel settore delle forniture e servizi e che, tuttavia, un consorzio con personalità giuridica operante nel settore degli appalti di servizi può qualificarsi con i requisiti delle consorziate qualora dimostri di avere la effettiva disponibilità delle risorse delle stesse, il tutto ai sensi della normativa comunitaria sull'avvalimento. Più in particolare si è affermato che: «< in tema di appalto di servizi la direttiva n. 50/1992, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente al concorrente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti. Tale principio è estensibile anche ai consorzi con personalità giuridica, che negli appalti di servizi possono avvalersi, per comprovare il requisito del fatturato minimo dell'ultimo triennio, del fatturato delle società consorziate che eseguiranno il servizio. Dato tale principio, ai consorzi con personalità giuridica che partecipano agli appalti di servizi non è estensibile la disciplina dettata per gli appalti di lavori pubblici, a tenore della quale, invece, solo i consorzi privi di personalità giuridica possono essere assimilati alle a.t.i. e avvalersi dei requisiti dei consorziati. Invero, la regola dettata dall'art. 11, l. n. 109 del 1994, non è espressione di un principio generale, ma vale solo per i lavori pubblici, atteso che nel diritto comunitario si è fatta strada l'opposto principio, secondo cui il concorrente alla gara di appalto può fare affidamento sulla capacità economico finanziaria di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei legami con essi, e purché provi che disporrà dei mezzi necessari (art. 47.2, direttiva unificata 18/2004)...omissis >>[18].

7. Passando ad esaminare i rapporti tra avvalimento e subappalto, va ribadito che l'avvalimento può concretizzarsi anche nella esigenza del concorrente di qualificarsi con i requisiti di altra impresa alla quale affidare in subappalto le prestazioni correlate alle qualifiche non possedute: in sostanza il subappalto può rappresentare uno strumento attraverso il quale attuare l'avvalimento e la cooperazione tra imprese, o, in altri termini, il mezzo che da conto della effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria. In considerazione del fatto che l'avvalimento consente di fare affidamento sugli altrui requisiti di ordine speciale senza limitazioni aprioristiche (supra), appare ragionevole affermare che il ricorso al subappalto (strumento di attuazione dell'avvalimento) non possa essere circoscritto in ragione dell'appartenenza delle prestazioni a determinate categorie e/o classi. Supplendo il subappalto (quale strumento di avvalimento) a carenze di requisiti necessari per la qualificazione, il concorrente deve indicare già in sede di gara il subappaltatore ed i suoi requisiti, producendo il contratto di subappalto, anche se l'efficacia di questo potrà essere sospensivamente condizionata all'aggiudicazione. In tale direzione è utile evidenziare che la Corte di Giustizia CE, in un caso in cui una clausola del bando di gara vietava il ricorso al subappalto per parti importanti del contratto, richiamate le disposizioni delle direttive comunitarie sull'avvalimento e sul subappalto, ha osservato che dalle predette disposizioni risulta quanto segue: «< una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto. Tuttavia, secondo la Corte, spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (sentenza Holst Italia, cit., punto 29). Come giustamente rilevato dalla Commissione delle Comunità europee, un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e delle selezioni del miglior offerente. Discende da quanto precede che la premessa sulla quale si fonda la seconda questione sarebbe esatta solo qualora fosse accertato che il

punto 1.8 del bando di gara vieta, nella fase della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario dell'appalto, che quest'ultimo subappalti prestazioni essenziali del contratto. Infatti, un soggetto che fa valere le capacità tecniche ed economiche di terzi cui intende fare riferimento se l'appalto gli viene attribuito può essere escluso solo qualora non sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente di tali capacità. Orbene, risulta che il punto 1.8 del bando di gara non riguarda la fase della valutazione e della selezione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, bensì la fase della sua esecuzione, e mira proprio ad evitare che l'esecuzione delle parti essenziali dell'appalto sia affidata a soggetti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice non ha potuto accertare le capacità tecniche ed economiche al momento della selezione dell'aggiudicatario. Spetta al giudice nazionale verificare se si sia verificata tale circostanza. Se dovesse risultare che una clausola del bando di gara è effettivamente contraria alla direttiva 92/50, in particolare in quanto essa vieta illegittimamente il subappalto, allora basterebbe rammentare che, in forza degli artt. 1, n. 1 e 2, n. 7, della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a prendere i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile, qualora violassero il diritto comunitario in materia di appalti pubblici (omissis)>> [19]. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la disciplina interna sul subappalto che limita l'affidamento in subappalto dei lavori/servizi/forniture relativi alla prestazione prevalente e, comunque, quella che vieta il subappalto nei lavori superspecialistici di cui all'art. 13, comma 7°, legge 109/94 cit. non appare conforme all'ordinamento comunitario nella misura in cui venga applicata per limitare la facoltà del concorrente di qualificarsi mediante subappalto, ossia avvalendosi di risorse e requisiti di cui dispone l'impresa ausiliaria, indicata come subappaltatrice in sede di qualificazione. D'altro canto, le esigenze di ordine pubblico correlate alla prevenzione del fenomeno mafioso non possono giustificare tutte le limitazioni e i condizionamenti previsti dall'attuale disciplina sul subappalto, dovendosi, invece, focalizzare solo sui profili di idoneità morale del subappaltatore; altrimenti, la misura adottata per tutelare uno specifico interesse pubblico nazionale risulterebbe incongrua ed incisiva in modo irragionevole del principio di libera circolazione dei beni e servizi. In altri termini, non può sostenersi in modo convincente che solo ammettendo il subappalto per determinate quote (quali il 30% nel caso di prestazione principali e il 15% in caso di lavori superspecialistici di cui all'art. 13 cit.) si previene il fenomeno mafioso, sicché si può giustificare una riduzione della portata del diritto di avalimento.

8. L'ammissibilità dell'avalimento a prescindere dalla natura del vincolo giuridico esistente tra impresa concorrente ed impresa ausiliaria non esclude il diritto-dovere della Stazione Appaltante di accertare l'esistenza di un vincolo idoneo a rendere effettiva la disponibilità delle risorse e dei requisiti [20]; il legislatore, sancendo la prescindibilità della natura del vincolo, ha voluto semplicemente affermare che il vincolo può in concreto atteggiarsi in modo diversificato in dipendenza della risorsa di cui vuole disporre il concorrente e, quindi, che il sistema comunitario ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi [21]. La prova della disponibilità degli altrui requisiti dovrà essere data nella fase in cui la Stazione Appaltante qualifica il concorrente e - quindi - nelle procedure ristrette in sede di prequalifica e nelle procedure aperte in sede di presentazione dell'offerta e della documentazione amministrativa. Il concorrente, in particolare, dovrà provare i requisiti di cui egli è in possesso e che l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti di ordine generale e di quelli di ordine speciale correlati alla dichiarazione di avalimento; infine, dovrà provare che dispone effettivamente delle risorse per eseguire l'appalto. È auspicabile che il legislatore interno fondi l'intervento dell'impresa ausiliaria, per rafforzarne il vincolo ed evitare incertezze di sorta, su una dichiarazione con la quale la stessa si impegni, incondizionatamente e irrevocabilmente, per tutta la durata dell'appalto (o per tutta la durata di validità del titolo abilitativo fatto acquisire ad altra impresa del suo gruppo societario), a mettere a disposizione del concorrente le risorse oggetto di avalimento; sancendo, nel contempo, il principio secondo il quale, ferma la responsabilità illimitata del concorrente, l'impresa ausiliaria sia responsabile verso la Stazione Appaltante, unitamente all'impresa concorrente, in tutto o in parte, in correlazione all'ambito del suo apporto, ove suscettibile di autonoma e separata valutazione ed apprezzamento alla luce delle prestazioni oggetto del contratto di appalto. L'impegno nel caso degli artt. 47 e 48 citt. concerne un determinato affare e deve, quindi, seguire e non precedere la indizione della gara; esso deve, in sostanza, essere contestualizzato in ragione del committente, delle prestazioni oggetto di gara e delle risorse messe a disposizione

dall'impresa ausiliaria. Resta fermo che la Stazione Appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa abbia fornito in fase di prequalificazione [22] prove idonee sulla effettiva disponibilità delle risorse di altre imprese [23], senza aprioristiche limitazioni in ordine alla prova [24].

8.1 Il rapporto infragruppo di per sé non è sufficiente a provare la effettiva disponibilità delle risorse, occorrendo la prova concreta e puntuale della fruibilità delle risorse dell'impresa appartenente allo stesso gruppo societario del concorrente; addirittura, secondo un certo orientamento tale prova occorre anche nel caso in cui il concorrente possieda il 100% del capitale della controllata in veste di ausiliaria (infra). La Corte di Giustizia CE ha, infatti, avuto modo di precisare che la Direttiva 92/50 non permette di escludere determinate modalità di prova, né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di un terzo basandosi sulla sola circostanza che entrambi facciano parte di uno stesso gruppo societario, aggiungendo che: "qualora, per dimostrare le sue capacità tecniche, finanziarie ed economiche, una società produca referenze delle sue consociate, essa deve provare che, a prescindere dalla natura del vincolo giuridico intercorrente con dette consociate, dispone effettivamente dei mezzi di queste ultime necessari all'esecuzione degli appalti" [25].

Maggiori contrasti si registrano sul versante della giurisprudenza interna.

Secondo un orientamento, infatti, la possibilità che la società controllata assuma condotte di gestione contrastanti con gli impegni assunti dalla società madre rappresenta un'ipotesi patologica sempre possibile nelle relazioni imprenditoriali, da fronteggiarsi con i rimedi ordinari; sicché può ritenersi che costituisca valido requisito ai fini delle partecipazioni alle gare per pubblici appalti, l'iscrizione all'Albo delle imprese di gestione dei rifiuti posseduta da una società controllata al 100%, poiché la partecipazione totalitaria al capitale è idonea a tutelare (in base ad una valutazione ex ante), l'interesse sostanziale garantito dalla normativa, ossia che l'appalto sarà eseguito da soggetto adeguatamente qualificato [26]. Secondo altro orientamento, invece, nemmeno il controllo azionario totalitario non assolve di per sé all'onere di provare specificatamente l'effettiva disponibilità delle capacità tecniche della controllata se non altro per l'evidente autonomia contrattuale di cui gode ciascuna impresa del gruppo societario [27].

9. Oltre all'avalimento in sede di gara (sino ad ora esaminato ed oggetto degli artt. 47 e 48 cit.) la Direttiva 18 prevede che un operatore possa avvalersi degli altrui requisiti anche per ottenere attestazioni o qualificazioni da Autorità o Organismo, necessarie per partecipare alle gare (art. 52 Direttiva 2004/18 che disciplina gli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e la certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato) [28]: ma, in quest'ultimo caso (a differenza dell'avalimento diretto in gara) l'avalimento è consentito solo nell'ambito del gruppo societario e mira a far conseguire un'abilitazione o attestazione da utilizzare in qualsiasi gara bandita nel periodo di validità dell'attestazione stessa. Comunque, per effetto del rinvio agli artt. 47 e 48 contenuto nell'art. 52 cit., l'operatore economico dovrà dimostrare che dispone effettivamente delle risorse dell'impresa ausiliaria (cioè, lo si ripete, nonostante quest'ultima sia parte del gruppo societario del soggetto richiedente l'abilitazione) per tutto il periodo di durata dell'attestazione; il controllo sulla idoneità del vincolo giuridico e sulla effettiva disponibilità delle risorse è in tal caso effettuato dall'organismo/autorità/ufficio che rilascia l'abilitazione. Al fine di garantire l'effettiva permanenza delle condizioni che consentono l'abilitazione ai sensi dell'art. 52, appare opportuno (oltre ai già previsti meccanismi di revisione periodica dell'attestazione) che il legislatore interno imponga, in sede di partecipazione alla gara, al concorrente e all'impresa ausiliaria, di rendere una dichiarazione che confermi la perdurante appartenenza delle dette imprese al medesimo gruppo societario, stabilendo nel contempo, che in caso di omessa dichiarazione, o di dichiarazione mendace la Stazione Appaltante procederà alla esclusione dalla gara, alla escussione della garanzia ed alla comunicazione all'entità che gestisce il sistema di qualificazione ai fini della sospensione o decadenza del titolo abilitativo. In relazione ai contratti pendenti il venir meno del rapporto infragruppo non dovrebbe, tuttavia, comportare la risoluzione del contratto, qualora l'aggiudicatario dimostrasse la permanenza, sulla base di un diverso vincolo, della disponibilità dei mezzi e risorse per completare l'appalto, il tutto per evitare i pregiudizi correlati alla sospensione dell'appalto in corso di

realizzazione. La sussistenza, in concreto, delle condizioni per ottenere l'abilitazione/attestazione da un sistema centralizzato, ai sensi dell'art. 52 cit., non esclude, a nostro avviso, l'avvalimento in gara ai sensi degli artt. 47 e 48 cit. mediante impresa del gruppo o impresa terza: così, ad esempio, il concorrente non avente una determinata attestazione SOA può avvalersi direttamente in gara di impresa del gruppo societario avente quella attestazione, fermo restando che egli può, altresì, avvalersi di impresa terza. È bene sottolineare che l'acquisizione di un'attestazione/abilitazione presso un sistema centralizzato in virtù del rapporto infragruppo (e, comunque, della prova sulla effettiva disponibilità delle risorse) è esplicazione di un diritto speciale, esercitabile solo nei rapporti infragruppo, che va ad aggiungersi a quello generale previsto a favore di qualsiasi operatore economico dagli artt. 47 e 48, tenuto conto che espressamente questi ultimi riconoscono l'avvalimento in gara a prescindere dalla natura giuridica del legame tra concorrente ed impresa ausiliaria. Va, inoltre, evidenziato che la giurisprudenza tende a legittimare l'avvalimento sia della società madre verso la società figlia, che viceversa [29]; tale conclusione è senz'altro condivisibile in quanto gli artt. 47, 48 e 52 cit. fanno riferimento all'appartenenza al gruppo societario senza distinguere tra posizione apicale e quella subordinata. Il legislatore interno dovrà comunque farsi carico di individuare l'ambito operativo dell'art. 52: in merito, si potrebbe delineare il gruppo societario facendo riferimento al concetto di impresa collegata di cui al paragrafo 2, art. 63, direttiva 2000/18, oppure all'art. 23 direttiva 2004/17, fermo restando la irrilevanza della posizione ricoperta dall'impresa nel contesto del gruppo così determinato.

10. All'impresa ausiliaria è senz'altro precluso partecipare alla medesima gara alla quale partecipa l'impresa ausiliata e ciò sia a titolo individuale, sia in ATI, sia in consorzio ordinario; inoltre si esclude che l'impresa ausiliaria possa svolgere questo ruolo per più concorrenti alla stessa gara (anche nel caso in cui essa apportasse a ciascun concorrente distinti requisiti), il tutto a garanzia della trasparenza e serietà del confronto concorrenziale, nonché della segretezza ed inviolabilità dell'offerta. L'impresa ausiliaria potrebbe, tuttavia, risultare socia di società di capitali o consorziata di consorzi stabili che partecipano alla gara alla quale accede l'impresa ausiliata, sempreché essa ausiliaria non interferisca sui processi di formazione e di presentazione delle offerte da parte della società e/o del consorzio stabile, i quali avendo rispettivamente personalità giuridica e soggettività imputano direttamente ed esclusivamente a sé stessi le offerte.

--- *** ---

[1] Corte Giustizia CE, V, 14 aprile 1994, causa 389/92 Ballast Nedam Groep NV; in Riv. Trim. App. 1995, 307 ss., con nota di D. Spinelli, Brevi riflessioni sulla nozione di holding e di gruppo nel settore degli appalti pubblici e in Riv. Trim. App. 1996, p. 83 ss., con nota di A.M. Romito, Partecipazione di una holding al mercato degli appalti di pubblici: il superamento del problema formale delle distinte persone giuridiche dalle consociate in relazione alle Direttive CE 71/2004 e 71/05; Corte Giustizia CE, III, 18 dicembre 1997, C 5/97, Ballast Nedam Groep, in Riv. Trim. App., 2000, p. 197 ss., con nota di A.M. Romito, La partecipazione di una holding al mercato degli appalti di lavori pubblici. Atto secondo; Corte Giustizia CE, V, 2 dicembre 1999, C 176/98, Holst Italia Spa/Comune di Cagliari, in Riv. Dir. Pubblico Comunitario, 2000, p. 1405 ss., con le conclusioni dell'Avvocatura Generale P. Langer

[2] Si vedano: Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2003 n. 5287, in www.giustizia amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2003 n. 4883, in www.giustizia amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2003 n. 645, in

www.giustiziamministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2002 n. 1695, in Cons. St. 2002, I, 959; Tar Lazio, Sez. III, 11 marzo 2004 n. 2704, in nuova [giustizia amministrativa.it](http://www.giustizia amministrativa.it); Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 30 aprile 2003 n. 1090, in www.giustiziamministrativa.it.

Contra, in precedenza: Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2000 n. 5412, in Foro Amm., CdS, 2000, 3055; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 17 giugno 2001 n. 5791, in Urb. app. 2001, 1359, con nota di A. Meale, La

prova della capacità di prestatore negli appalti pubblici di servizi una significativa apertura del Giudice Amministrativo

[3] Anche gli artt. 53 e 54 della Direttiva CE 2004/17, relativa ai settori speciali, disciplinano l'istituto dell'avvalimento con norme simili a quelle contenute nella Direttiva CE 2004/18

[4] In tal senso anche M. Martinelli, nell'opera collettanea a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Il nuovo decreto degli appalti pubblici nella direttiva comunitaria 2004/18 e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, 2005, 628 ss; C. Zucchelli, Avvalimento dei requisiti da altre imprese nella procedura ad evidenza pubblica, in www.giustizia-amministrativa.it)

[5] In particolare, meritano di essere richiamate le prime sentenze della Corte di Giustizia, che hanno, per così dire, aperto la via all'istituto dell'avvalimento.

Con una prima sentenza la predetta Corte si è occupata di una fattispecie avente ad oggetto la mancata ammissione nell'ambito di un registro di operatori economici di una holding nel settore dei lavori pubblici, qualificazione esclusa sul presupposto che la società non poteva essere considerata come un'impresa di lavori pubblici perchè essendo una holding non eseguiva essa stessa i lavori ma faceva riferimento, per qualificare le sue capacità, ai lavori eseguiti dalle sue consociate, che erano tutte persone giuridiche distinte.

La Corte, su conformi conclusioni della Commissione CE, ha osservato che da diverse norme della Direttiva sui lavori (quelle sui raggruppamenti di impresa; quelle dell'art. 26 lett. e Direttiva CE 71/05 che ammette la possibilità, per giustificare il requisito sulla capacità tecnica, di produrre una dichiarazione indicante i tecnici o gli organi tecnici di altra impresa; quelle dell'art. 1 Direttiva 89/440 che prevede l'esecuzione con qualsiasi mezzo, ossia con mezzi altrui) si desume che l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere richiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provvede direttamente all'esecuzione dell'opera, ma altresì da una persona che intende far eseguire i lavori mediante agenzie o succursali o si avvale di tecnici o organi tecnici esterni ovvero di un raggruppamento di imprenditori. Pertanto, aggiunge la Corte: « una holding che non esegue direttamente le opere perchè le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte, non può per tale motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici (omissis...) qualora per dimostrare le sue capacità tecniche, finanziarie ed economiche al fine di ottenere l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprese abilitate, una società produce referenze delle sue consociate essa deve provare che, a prescindere dal vincolo giuridico intercorrente con dette consociate, essa dispone effettivamente dei mezzi di queste ultime necessari all'esecuzione degli appalti" (Corte Giustizia CE, Sez.V, 14 aprile 1994, causa 389/92, in Riv. Trim. App. 1995, 307 ss. Cfr., altresì, la sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. III, 18 dicembre 1997, causa 5/97, in Riv. Trim. App. 2000 pag. 197, che ha puntualizzato che il riconoscimento di siffatta facoltà di avvilimento non è rimesso alla discrezionalità della Stazione Appaltante, ma è un obbligo della stessa. Si evidenzia che con tali sentenze che hanno a riferimento l'ipotesi di avvalimento infragruppo è stato ritenuto che una holding potesse partecipare avvalendosi in toto di requisiti di una consociata e che in concreto potesse eseguire i lavori attraverso esse consociate).

Con un'altra sentenza (Corte Giustizia CE 2 dicembre 1999, causa 176/98, Holst Italy / Comune di Cagliari/ Impresa Ruhwasserr), la Corte si è occupata di una fattispecie in cui il bando prevedeva che le imprese interessate dovessero in particolare comprovare, da un lato, un fatturato medio annuo non inferiore ad un certo importo (nell'ambito della gestione di impianti di depurazione delle acque e di sollevamento fognario), dall'altro, la positiva gestione di almeno un impianto di depurazione di liquami civili per due anni consecutivi nel corso degli ultimi tre anni, a pena di esclusione dalla procedura di aggiudicazione.

L'impresa concorrente, costituita nel 1996, non poteva far valere il minimo fatturato per il periodo 1993 - 1995, nè la positiva gestione di almeno un impianto di depurazione di liquami civili nel corso degli ultimi tre anni.

Per dimostrare la sua idoneità a partecipare alla procedura di gara al termine della quale l'appalto le era stato aggiudicato, la concorrente aveva fornito una documentazione relativa ai mezzi in possesso di un altro soggetto, azionista unico di un'impresa, la quale aveva partecipato, con altre cinque società, alla creazione dell'impresa concorrente, sotto forma di una società per azioni, posseduta nella misura di 1/6 da ciascuna delle società madri Orbene, la Corte, in merito, ha affermato che: " occorre rilevare che, come sottolineato dal sesto "considerando", la direttiva 92/50 mira a evitare intralci alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, così come le direttive 71/304 e 71/305 mirano a garantire la libera prestazione dei servizi nell'ambito degli appalti pubblici di lavori (v. sentenza Ballast Nedam Groep)

A tal fine, nel capitolo 1 del titolo VI della direttiva 92/50 si enunciano regole comuni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi, nel novero delle quali figurano la possibilità di subappaltare una parte dell'appalto a terzi (art. 25) e la possibilità per i raggruppamenti di prestatori di servizi di presentare offerte senza che possa essere loro richiesta una forma giuridica specifica per la presentazione della loro offerta (art. 26).

Inoltre, i criteri di selezione qualitativa stabiliti al capitolo 2 del titolo VI della direttiva 92/50 hanno come unico scopo di definire le regole di valutazione oggettiva della capacità degli offerenti, in particolare in materia finanziaria ed economica ed in materia tecnica. Una di esse, prevista all'art. 31, n. 3, permette al prestatore di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato. Un'altra di tali disposizioni, figurante all'art. 32, n. 2, lett. c), 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 (v. nello stesso senso, per quanto riguarda la direttiva 71/305, sentenza *Ballast Nedam Groep I*, citata, punto 12).

Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa (v., nello stesso senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, sentenza *Ballast Nedam Groep I*, citata, punto 15).

Pertanto è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto.

Tuttavia, tale ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, spetta all'autorità aggiudicatrice, come precisato dall'art. 23 della direttiva 92/50, 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.

Pertanto, qualora, per dimostrare le sue capacità finanziarie, economiche e tecniche al fine di essere ammessa a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, una società faccia riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, di qualunque natura giuridica essi siano, spetta ad essa dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non le appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto".

Ancor più di recente il Giudice comunitario ha ribadito il diritto del concorrente ad avvalersi dei requisiti di altra impresa, anche se non appartenente al gruppo societario del concorrente stesso, precisando che l'avvalimento può concretizzarsi in un contratto di subappalto attraverso il quale l'impresa ausiliaria assume l'impegno ad eseguire le prestazioni correlate ai requisiti portati da essa ausiliaria a favore del concorrente (Corte Giustizia CE 18 marzo 2004, causa 314/01, *EDS/Orga*, sulla quale si tornerà in seguito , quando ci occuperemo del subappalto)

E' utile evidenziare che con le sentenze in questione la Corte utilizza la parola mezzi come pienamente alternativa a quella requisiti.

Per la giurisprudenza interna si rinvia alla nota 2

[6] Cons. Stato, Sez. VI , 20 dicembre 2004 n.8145, in *Urb App.* 2005, p. 677 ss., con nota di M. Napoli, Il principio di avvalimento dei requisiti di gara; Cons Stato, Sez. IV., 14 febbraio 2005 n.435, in www.giustiziaamministrativa.it.; cfr., altresì, TAR Sardegna, 8 settembre 2000 n. 984, in *TAR*, 2001, I, 426, il quale ha statuito che il bando non può escludere la facoltà di avvalersi di imprese terze.

[7] Per ora si sofferma l'attenzione sull'avvalimento diretto in gara, si rinvia ad un punto successivo l'analisi dell'art. 52 Direttiva 2004/18 sull'avvalimento presso elenchi ufficiali di operatori

[8] Cfr.: Cons. Stato, Sez. V , 18 ottobre 2001, n. 5517 ; Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2001 n. 3188

[9] Cfr.: Cons. Stato 5527/01

[10] Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005 n. 435 , il quale precisa che secondo un principio di fondo del sistema, tali certificazioni costituiscono un requisito di carattere soggettivo, che deve essere posseduto da ciascuna impresa associata.

[11] Il caso è formulato a titolo di esempio, con riferimento al quadro comunitario, senza tener conto dei limiti operativi interni delle banche e/o della percorribilità , allo stato dell'attuale legislazione interna , di ipotesi di gare aventi ad oggetto leasing immobiliare pubblico

[12] Si veda la giurisprudenza nelle note 1e 5.

[13] La dottrina distingue due tipi di holding: quella che esercita direttamente una attività di produzione e di scambio e che al tempo stesso esercita l'influenza sulle società controllate o collegate (c.d. holding impura) e quella che si limita esclusivamente a gestire le proprie partecipazioni nelle altre società del gruppo (c.d. holding pura).

Sebbene l'attività di direzione e quella di presenza nell'attività produttiva o di scambio siano operativamente scisse, entrambe concorrono a determinare la funzione imprenditoriale che è unica. La capogruppo, quindi, è imprenditore per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, tanto che operi sul mercato direttamente quanto indirettamente.

Il gruppo esercita, nel suo complesso, un'unica impresa, che fa capo a più società giuridicamente distinte.

Tuttavia, per la giurisprudenza prevalente il gruppo non è un autonomo soggetto di diritto: le società del gruppo sono distinte e autonome l'una dall'altra (Cass. 17 maggio 1997 n. 4418; Cass. 29 novembre 1996 n. 10688; Cass. 9 novembre 1992 n. 12053; Cass. 8 maggio 1991 n. 5123; Cass. 1439/90 cit.).

L'esistenza del gruppo non giustifica il sacrificio degli interessi delle società controllate in vantaggio degli interessi della holding o del gruppo nel suo complesso. Ed infatti, ciascuna società conserva, all'interno del gruppo la propria autonomia e pertanto il perseguimento di un interesse comune è legittimo solo nei limiti in cui esso coincida con gli interessi individuali delle singole società che ne fanno parte (Cass. 21 luglio 2000 n. 9571, Trib. Milano 22 gennaio 2001).

La legge detta alcuni obblighi particolari che riguardano l'informazione, il deposito del bilancio delle società controllate e l'eventuale obbligo di redigere un bilancio consolidato del gruppo.

In materia di bilancio la società ha, tra l'altro, l'obbligo di indicare i suoi rapporti non solo con le società controllate, ma anche con quelle collegate. Le informazioni su tali rapporti devono essere contenute nello stato patrimoniale, nel conto economico, nella nota integrativa ed anche nella relazione della gestione (artt. 2424, 2424 bis, 2425, 2427, 2428 c.c.).

[14] Non si condivide quindi la sentenza del TAR Lazio, Sez. III, 17 giugno 2001 n. 5791 in Urb. App. 2001, pag. 1359 ss con nota di A. Meale, La prova della capacità del prestatore negli appalti pubblici di servizi: una significativa apertura del Giudice Amministrativo, secondo la quale l'avvalimento non può essere utilizzato, anche nei rapporti infragruppo, per soddisfare il requisito concernente il capitale sociale minimo.

E', comunque, utile evidenziare che la Corte Giustizia (sentenza causa Holst /Italia, cit.) ha ammesso l'avvalimento anche nel caso di requisiti afferenti al fatturato e alla gestione di servizio analogo

[15] Cfr., Tar Lombardia, Sez. III, 30 aprile 2003 n. 1090, relativa ad una holding che si è avvalsa di due controllate senza ricorrere al modulo dell'ATI, né al subappalto, che non sarebbe stato, comunque, praticabile, trattandosi di prestazioni prevalenti di valore superiore al 30% .

[16] Si è già evidenziato che l'avvalimento è strumento di completamento dei requisiti posseduti dall'ATI: questo implica che l'impresa che aspira all'affidamento di un contratto che ha ad oggetto in via immediata, diretta ed esclusiva l'esecuzione dei lavori deve essere impresa comunque in possesso di certificazione SOA

[17] Cfr.: Cons Stato. 5517/01, cit. e Cons. Stato 3188/01, cit.

[18] Cons Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2004 n.8145, in Urb App., 2005, 677, con nota di M. Napoli, Il principio comunitario di avvilimento dei requisiti di gara.

Per quanto attiene alla prova sulla effettiva disponibilità delle risorse il Consiglio di Stato, con la sentenza da ultimo citata, osserva che: << il Consorzio di cooperative ha effettivamente dimostrato, in gara, di poter fare affidamento sulla capacità economico finanziaria delle consorziate, in quanto ha formulato l'offerta in rappresentanza di esse (in conformità al proprio statuto), chiarendo che in caso di aggiudicazione dell'appalto il servizio sarebbe stato eseguito dalle consorziate. Sicché, la Commissione di gara non poteva escludere senz'altro il Consorzio, ma doveva piuttosto verificare l'effettivo possesso del requisito del fatturato in capo alle società consorziate che avrebbero eseguito il servizio in caso di aggiudicazione dell'appalto>>

Tale sentenza sembrerebbe dare per scontato l'avvalimento anche sulla frazione di requisito; infatti, nella fattispecie esaminata, il consorzio ha soddisfatto il requisito del fatturato nel triennio cumulando i fatturati di due consorziate.

[19] Corte Giustizia CE 18 marzo 2004, causa 314/01, EDS/Orga .

Per la giurisprudenza interna si veda Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001 n. 5517, in Foro Amm. 2001 pag. 2859. Cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2003 n. 645, il quale ha ritenuto ammissibile che un concorrente possa provare la proprie iscrizione all'Albo degli smaltitori ad una sola categoria, dichiarando di voler subappaltare la parte del servizio correlata ad altra categoria, pure prescritta dal

bando ai fini della qualificazione, ad impresa avente la relativa iscrizione all'albo; la sentenza è significativa perché riforma la decisione con la quale il TAR Friuli Venezia Giulia, 1° giugno 2001 n. 326, aveva osservato che non era ammissibile che il contratto risultasse affidato ad un appaltatore che avrebbe dovuto rispondere dell'espletamento delle attività del subappaltatore senza essere egli stesso in possesso della specifica qualificazione tecnica e senza che il subappaltatore avesse assunto una propria responsabilità verso le Stazione Appaltante

[20] Cons. Stato 3188/01, cit.

[21] Cons. Stato n. 435/05, cit.

[22] Cons. Stato n. 435/05, cit., con riferimento ad un atto di cessione di beni aziendali, privo di data certa anteriore alla domanda di partecipazione alla gara e di autenticazione delle sottoscrizioni dei legali rappresentati delle parti contraenti.

[23] Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, il quale afferma che il mancato accertamento può esporre la S.A. all'azione di risarcimento dei danni nel concorso di tutti gli altri elementi che delineano la responsabilità

[24] Cfr Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005 n. 435 secondo il quale il diritto comunitario : a) ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi; b) di conseguenza non impone l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui; c) tiene ferma l'esigenza di un rigoroso riscontro della effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi. In definitiva sollecita una analisi casistica da parte delle amministrazioni e dei giudici circa la sussistenza dei requisiti di capacità".

La prova sulla disponibilità dell'altrui requisito può essere fornita attraverso qualsiasi elemento che attesti l'esistenza di rapporti giuridici idonei a tal fine (Cons. Stato, 5287/03, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005 n. 435), eventualmente anche attraverso presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. ((TAR Lombardia, Milano, n. 4716/02, cit. , il quale ha osservato che:<>)).

L'onere probatorio relativo alla produzione dei bilanci va, comunque, assolto in proprio dal concorrente ai fini di far verificare la sua affidabilità, fermo restando che se il concorrente si avvale dei requisiti economico finanziari di altra impresa, dovrà produrre anche i bilanci di quest'ultima (TAR Lazio, Sez. III, 16 gennaio 2004, n. 302).

E' , comunque, legittima l'esclusione in carenza di prove sulla effettiva disponibilità dei mezzi (Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, in Cons. Stato, 2002, I, 534; cfr., altresì, TAR Piemonte, Sez. II, 10 aprile 2003 n. 533, in Foro Amm., TAR 2003, pag. 1147; TAR T.A.A., 17 dicembre 2000 n. 499).

[25] In tal senso si vedano entrambe le sentenze Ballast Nedam Groep, citate nelle precedenti note 1 e 5.

[26] Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2002 n. 1695, in Riv. Trim. Appalti, 2003, 191 ss, con nota di A. Lopez, Il possesso "per relationem" dei requisiti di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica. Cfr., altresì, Tar Lombardia, Sez. III, 30 aprile 2003 n. 1090, secondo il quale la prova sulla disponibilità dei mezzi delle controllate può derivare dal controllo azionario totalitario; la fattispecie era relativa ad una holding che si era avvalsa di due controllate ai fini dell'esecuzione totalitaria senza ricorrere al modulo dell'ATI, né al subappalto, comunque eccedente il 30% del servizio prevalente. Sull'argomento del gruppo si veda anche la nota 15

[27] Cons. Stato , Sez. V, 435/00, cit., che richiama le diverse conclusioni della sentenza n. 1695/02, già cit., per evidenziarne la peculiarità in ragione del fatto che essa aveva ad oggetto un appalto di lavori pubblici ed un rapporto societario diretto tra società madre e società figlia

[28] All' ambito dell'art. 52 cit. appaiono riconducibili, ad esempio: la qualificazione SOA, la qualificazione nei settori di rifiuti; i sistemi di qualificazione gestiti dalle Stazioni Appaltanti ai sensi delle Direttive Comunitarie

[29] Così, Cons. Stato, n. 4883/03 cit.; TAR Lombardia, Sez III, 29 gennaio 2002 n. 4716

