

## Articoli e note

n. 3-2007 - © copyright

ROBERTO MANGANI

### Avvalimento e subappalto

#### 1. Premessa

L'istituto dell'avvalimento trova origine, come a tutti noto, nell'ambito dell'ordinamento comunitario. La sua "creazione" è opera dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia che, in anni ormai lontani, ne ha delineato le caratteristiche strutturali, definendone nel contempo i limiti e le condizioni di legittimo utilizzo.

E' altrettanto noto che questa elaborazione giurisprudenziale ha trovato una successiva consacrazione normativa ad opera delle più recenti Direttive UE, che hanno dettato per la prima volta la disciplina positiva dell'istituto, limitandosi peraltro a recepire i principi contenuti nelle pronunce del giudice comunitario, senza alcun particolare sforzo di ulteriore elaborazione.

Fin dal primo momento in cui l'avvalimento ha cominciato ad assumere una sua configurazione nell'ambito del diritto comunitario, è apparso chiaro che l'istituto era destinato ad avere sul nostro ordinamento nazionale un impatto per molti aspetti dirimpente.

Le caratteristiche messe a fuoco dal giudice comunitario ne facevano, sotto più di un profilo, un "corpo estraneo" rispetto alle nozioni e alle categorie giuridiche comunemente utilizzate nel sistema che, nel nostro paese, ha tradizionalmente disciplinato la realizzazione dei lavori pubblici.

Era evidente che le logiche poste a base del riconoscimento dell'istituto non erano pienamente in linea con quelle che governavano il nostro sistema normativo. Proprio tenendo conto di questa realtà, gli osservatori più attenti avevano immediatamente sottolineato come l'avvalimento imponesse di misurarsi con un'insieme di questioni che ruotavano tutte intorno alla necessità di trovare una modalità di composizione tra tale istituto e altri istituti tradizionalmente presenti nell'ordinamento dei lavori pubblici, la cui configurazione era destinata a essere messa fortemente in crisi dall'introduzione del nuovo strumento.

Sullo sfondo si delineava il tema che è apparso subito centrale nell'analisi dell'istituto e nella conseguente ricerca di soddisfacenti soluzioni operative: in che termini dovesse configurarsi il rapporto tra impresa avvalente e impresa avvalsa e, specularmente, come poteva strutturarsi un efficace sistema di garanzie a favore della stazione appaltante.

Il nucleo centrale di molte delle problematiche poste dall'istituto riguarda infatti l'individuazione degli strumenti di garanzia di cui deve godere l'ente appaltante a tutela della propria posizione di committente e, in ultima analisi, ai fini della buona esecuzione dell'opera.

E' infatti evidente che l'amministrazione deve avere un sistema di tutela che le permetta, anche nel caso in cui le capacità dell'impresa contraente siano "mediate" attraverso la figura dell'avvalso, di assicurarsi un livello di adempimento degli impegni contrattuali non minore di quello che si ha nell'ipotesi ordinaria in cui il contraente è il soggetto a cui fanno capo direttamente le capacità esecutive.

In mancanza di questa equiparazione di garanzie il sistema dell'avvalimento rischia di compromettere seriamente l'adempimento contrattuale e, in ultima analisi, la buona e corretta esecuzione dell'appalto; di contro, le soluzioni da ricercare non sono agevoli, specie se si tiene conto che, in prima battuta, l'avvalso si configura come un soggetto totalmente estraneo al rapporto contrattuale con l'amministrazione.

Non è un caso che la novità introdotta dal decreto 6/2007, per quanto circoscritta, ponga una serie non indifferente di questioni e di problemi interpretativi, proprio perché tocca il profilo più complesso e

controverso in tema di avalimento: il rapporto tra impresa principale, impresa ausiliaria e stazione appaltante.

E' proprio intorno al tentativo di trovare una corretta e razionale configurazione di tale rapporto che ruotano molte delle questioni ancora irrisolte in merito al corretto utilizzo dell'istituto.

Sotto questo aspetto, la figura dell'impresa ausiliaria rappresenta ancora una "nebulosa", di cui non risultano pienamente definiti confini e caratteristiche. La sua posizione nei confronti della stazione appaltante si configura in termini di terzietà, ma su di essa grava la responsabilità solidale; partecipa all'esecuzione dell'appalto, ma in forme non chiaramente tipizzate; mette a disposizione risorse e mezzi, ma non ne ricava benefici in termini di requisiti di qualificazione.

Nei confronti dell'appaltatore principale è un braccio operativo, che sembra "prestare" (e quindi perdere) la sua stessa identità; nei confronti della stazione appaltante assume la qualità di terzo, ma nella sostanza non è tale fino in fondo.

E' in questo "ibrido" che si annidano molte delle difficoltà con cui ci si misura nell'affrontare i problemi applicativi posti dall'avalimento.

## 2. La giurisprudenza comunitaria

Sembra opportuno, ai fini di meglio inquadrare le problematiche poste dalle norme positive dettate in tema di avalimento dal Codice dei contratti, operare un breve excursus sui principi fondamentali che in materia sono stati affermati prima dalla giurisprudenza comunitaria e poi da quella nazionale.

Come accennato all'inizio, la nozione di "avalimento" trova il suo originario riconoscimento ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

La prima sentenza che si è occupata del tema è ormai risalente nel tempo, essendo del 14 aprile 1994, Causa C - 389/92 (c.d. Ballast). Con essa veniva affermato che una holding poteva dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione tramite una società del suo gruppo di appartenenza. In particolare, nel caso preso in esame dalla richiamata sentenza, era stato ritenuto ammissibile che un'impresa che esercita un'influenza dominante su altra impresa potesse avvalersi, ai fini della dimostrazione delle proprie capacità e, conseguentemente, ai fini della materiale esecuzione dei lavori, delle capacità e dei mezzi dell'impresa "dominata".

La sentenza richiamata legittimava la realtà del "gruppo" imprenditoriale ponendo tuttavia una condizione imprescindibile: l'esistenza di un collegamento strutturale forte, costituito da un rapporto di diretto controllo (e quindi di influenza dominante) tra società concorrente e società di cui la prima si avvaleva ai fini dell'esecuzione dei lavori. Questo collegamento strutturale rappresentava infatti, secondo la Corte, una prima garanzia per l'amministrazione aggiudicatrice in relazione all'effettiva capacità dell'impresa concorrente di far fronte ai suoi impegni.

Accanto al rapporto di controllo diretto il giudice comunitario, in questo primo intervento, aveva individuato un'ulteriore condizione, consistente nella necessità che l'impresa controllante dimostrasse di poter concretamente disporre dei mezzi propri della società controllata, attraverso un esplicito impegno che quest'ultima doveva aver assunto nei confronti della prima. In questo modo, veniva individuato un secondo livello di garanzia a favore della stazione appaltante ai fini del corretto adempimento degli impegni contrattuali assunti dall'impresa che si avvaleva delle capacità di altra impresa.

Su questo primo intervento giurisprudenziale si è poi innestata una successiva evoluzione, che ha trovato compiuta espressione in una seconda pronuncia, del 2 dicembre 1999, causa C - 176/98 (c.d. Holst Italia). Con questa decisione, mentre è stata ribadita la possibilità che un soggetto concorrente si avvalga dei requisiti di altro soggetto, è stata nel contempo operata una parziale modifica in merito alla definizione del tipo di rapporto che deve sussistere tra avvalente e avvalso.

Il giudice comunitario ha infatti affermato che il collegamento esistente tra soggetto concorrente e soggetto in possesso dei requisiti di qualificazione non deve necessariamente passare attraverso un controllo diretto del primo sul secondo. Ciò che rileva, in sostanza, non è tanto la natura formale del collegamento esistente tra i due soggetti, quanto il dato sostanziale relativo all'effettiva disponibilità da parte dell'impresa concorrente dei mezzi dell'altra impresa i cui requisiti vengono dichiarati in sede di gara. E se questo dato sostanziale è assicurato - per esempio attraverso un impegno esplicito assunto dal soggetto in possesso dei mezzi necessari a favore del concorrente che intende partecipare alla gara - perde di rilievo il tipo di collegamento formale esistente tra i due soggetti.

In questo modo il giudice comunitario ha quindi spostato il problema da un piano strettamente giuridico-formale ad un piano - molto più concreto e sostanziale - relativo all'indagine che

l'amministrazione aggiudicatrice deve compiere in merito all'effettiva corrispondenza tra la dichiarazione di volersi avvalere dei mezzi di una determinata impresa diversa da quella che partecipa alla gara e l'effettiva disponibilità di tali mezzi ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Qualora questa corrispondenza effettivamente sussista passa in secondo piano il vincolo giuridico attraverso il quale essa viene garantita.

E' evidente che in questo modo il fenomeno dell'avvalimento si allontana dalla logica del "gruppo imprenditoriale", trovando cittadinanza anche al di fuori dello schema di gruppo e , quindi, anche tra soggetti che non hanno alcun collegamento societario.

### 3. La giurisprudenza nazionale

Sulla scia aperta dalle decisioni della Corte di Giustizia, anche la giurisprudenza nazionale ha nel tempo legittimato il fenomeno dell'avvalimento.

Le posizioni espresse sul tema dai giudici amministrativi non sono state tuttavia uniformi, specie in relazione al fondamentale profilo relativo alla tipologia e all'intensità della prova che deve essere fornita dall'impresa principale ai fini della dimostrazione di poter effettivamente disporre dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria .

In alcuni casi, infatti, le decisioni giurisprudenziali hanno dato rilievo centrale, ai fini di consentire l'avvalimento, alla esistenza di un rapporto controllante - controllata tra impresa avvalente e impresa avvalsa e, più in generale, all'esistenza di un collegamento infragruppo tra le due imprese.

In questo filone si muovono alcune decisioni del Consiglio di Stato: la n. 1938 del 3 aprile 2001, sez. IV , la n.1695 del 25 marzo 2002, sez. V e la n. 5149 del 28 settembre 2005, sez. V.

In particolare, la pronuncia 1695/2002 ha affermato il principio che la qualificazione di un soggetto ai fini della partecipazione a una gara di appalto può essere dimostrata attraverso i requisiti posseduti non direttamente dal soggetto in questione, bensì da un altro soggetto di cui il primo abbia il controllo totalitario. In questo modo la qualificazione - intesa come effettiva capacità tecnica di eseguire i lavori - può far capo, in una logica di rapporto holding - società operativa, alla seconda; mentre la holding può rimanere il motore strategico dell'intervento, nonché il soggetto dotato di adeguati mezzi finanziari e organizzativi diretti a garantire, sotto questi profili, l'ente committente.

Questo orientamento accoglie quindi un'interpretazione che dà rilievo assoluto al profilo formale del rapporto controllante - controllata: per il solo fatto che un'impresa detiene il controllo della totalità del pacchetto azionario di altra impresa, viene considerato legittimo che la prima (controllante) possa partecipare alla gara avvalendosi dei requisiti posseduti dalla seconda (controllata).

In questa pronuncia l'elemento del controllo totalitario è stato ritenuto dal Consiglio di Stato condizione di per sé sufficiente ai fini di poter usufruire dei requisiti di qualificazione dell'impresa controllata. Non è stato quindi considerato necessario che vi sia un preventivo ed esplicito impegno dell'impresa controllata a mettere a disposizione i propri mezzi ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ritenendosi il controllo totalitario sostanzialmente equiparabile all'assunzione di tale impegno.

Sempre nella logica tendente a dare particolare rilievo al rapporto infragruppo si colloca la sentenza 5194/2005. Secondo questa pronuncia, l'avvalimento può operare nell'ambito di un gruppo imprenditoriale anche al di là del rapporto di controllo diretto tra società madre e società figlia.

Rispetto alla possibilità di avvalersi dei requisiti di una società del gruppo, cioè, è indifferente la natura del rapporto che intercorre tra impresa avvalente e impresa avvalsa. All'istituto può fare ricorso non soltanto la società madre che partecipa all'appalto utilizzando i requisiti della società figlia, ma anche una qualunque società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti esistenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società del gruppo.

In una direzione parzialmente diversa e maggiormente conforme alla più recente giurisprudenza comunitaria si sono mosse invece altre decisioni dei nostri giudici amministrativi. Esse hanno ribadito come, ai fini dell'avvalimento, l'unico dato che rileva è l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'avvalso, che deve essere adeguatamente provata da parte dell'impresa concorrente all'appalto.

Rispetto a questo dato, è del tutto indifferente la natura del vincolo esistente tra i due soggetti, cioè il rapporto giuridico in base al quale viene assicurata la richiamata disponibilità (TAR Lombardia, Ordinanza, sez. III, 14 aprile 2000, n. 1190; TAR Sardegna, 8 novembre 2000, n. 984; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188; Sez. V, 18 ottobre 2001, n.5517).

In questa direzione si è mosso peraltro il più recente orientamento del Consiglio di Stato. Ne sono espressione le sentenze 7 febbraio 2003, n. 645, Sez. V, 17 settembre 2003, n. 5287, Sez. VI, 14

febbraio 2005, n. 435, Sez. IV, e 15 dicembre 2005, n. 7134, Sez. V. In particolare, nella pronuncia 435/2005 è stata in primo luogo contestata l'assolutezza del principio affermato nella sentenza 1695/2002, che come visto opera un sostanziale automatismo tra controllo totalitario di un'impresa figlia e prova del possesso dei requisiti in capo all'impresa madre. L'applicazione di questo principio non può essere generalizzata, dovendosi inserire il dato del controllo totalitario nel più generale contesto in cui si collocano i rapporti tra le due imprese.

In questo senso, è stato negato che l'esistenza di una situazione di controllo tra impresa capogruppo e impresa controllata possa di per sé costituire la prova dell'effettiva disponibilità da parte della prima dei mezzi e delle capacità tecniche della seconda. Ciò in quanto, al di là del controllo totalitario, ogni società gode di una propria autonomia contrattuale con la conseguenza che, per ipotesi, la società controllata potrebbe assumere impegni negoziali in contrasto con le determinazioni della capogruppo, impegni che sarebbero legittimamente opponibili alla stazione appaltante.

Da questa premessa la pronuncia fa discendere la logica conseguenza che non è sufficiente il semplice controllo azionario per dare la prova circa la effettiva disponibilità delle capacità di soggetti terzi in termini di mezzi e risorse necessari per l'esecuzione dell'appalto; occorre invece una specifica analisi caso per caso da parte dell'amministrazione e, in seconda istanza e in caso di controversia, del giudice, per verificare se tale prova sia stata fornita in maniera adeguata.

In questa logica la sentenza in commento definisce alcuni principi in tema di avvalimento che possono essere così riassunti: a) è consentito all'impresa concorrente di far valere in sede di gara le capacità tecniche ed economiche di soggetti terzi ai fini dell'esecuzione dell'appalto; b) è necessario, anche a garanzia della serietà dell'offerta e della tutela della par condicio, che si dia prova certa dell'effettiva disponibilità delle risorse e dei mezzi dell'impresa ausiliaria; c) è compito della stazione appaltante in prima battuta ed eventualmente del giudice in sede di controllo giurisdizionale valutare la congruità della prova offerta.

E' di tutta evidenza che, anche nell'elaborazione giurisprudenziale, il punto focale nell'ambito del fenomeno dell'avvalimento è costituito proprio dalla prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi, delle risorse e delle capacità di un'impresa terza da parte del concorrente che ne voglia usufruire.

Proprio su tale profilo l'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato ha assunto una posizione rigorosa. Non è stato infatti ritenuto sufficiente, ai fini di assolvere l'onere della prova, l'appartenenza al medesimo gruppo societario. E' stato invece considerato necessario che tale prova assuma una sua configurazione autonoma, che prescinda dalla mera sussistenza del collegamento societario.

Sulla natura di tale prova e sui criteri che devono ispirare la sua valutazione già la sentenza del Consiglio di Stato 5287/2003 aveva sottolineato come si trattasse di prova atipica, non limitata a particolari mezzi ma perseguibile attraverso l'evidenziazione di tutti quei rapporti giuridici, che possono essere di natura eterogenea, idonei a dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa terza.

Anche su questo punto risultano di notevole interesse alcune affermazioni contenute nella pronuncia 435/2005. Nel ribadire che non è possibile imporre l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui, è stata puntualizzata l'esigenza di un rigoroso riscontro della effettiva disponibilità delle capacità e dei complessi aziendali appartenenti a soggetti terzi.

La relativa analisi va condotta caso per caso, senza alcun tipo di automatismo, secondo criteri che lasciano ampi margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nella valutazione casistica della prova e, in particolare, del legame giuridico che deve intercorrere tra impresa concorrente e soggetto terzo.

A rafforzare il carattere fortemente discrezionale della valutazione della stazione appaltante, la sentenza precisa che il sindacato giurisdizionale su tale valutazione è di tipo "estrinseco", nel senso che non può arrivare a sostituire le determinazioni dell'amministrazione con quelle gradite al giudice, purché ovviamente le valutazioni della stazione appaltante si mantengano nei limiti della ragionevolezza e della non arbitrarietà.

L'insieme di queste affermazioni ha come conseguenza che, in mancanza di parametri certi e predefiniti di valutazione, la discrezionalità di giudizio dell'amministrazione è massima. Con il pericolo, peraltro, che possa nascere frequentemente un contenzioso in merito al corretto esercizio di tale discrezionalità.

Se infatti è vero che il sindacato giurisdizionale viene definito di tipo estrinseco, è altrettanto vero che resta aperta la possibilità di contestare la correttezza dell'attività valutativa posta in essere dall'amministrazione, specie sotto il profilo sintomatico del vizio di eccesso di potere.

#### 4. Le direttive comunitarie e l'impatto sul nostro ordinamento

I principi elaborati dalla Corte di Giustizia hanno trovato consacrazione a livello normativo nelle ultime direttive UE 2004/17 e 2004/18, che per la prima volta hanno disciplinato l'avvalimento.

Tale disciplina si presenta peraltro molto scarna, essendo limitata all'enucleazione di alcuni principi essenziali.

In particolare, nell'ambito dei settori ordinari la Direttiva 2004/18, nell'ammettere che, "se del caso e per un determinato appalto", un operatore economico possa fare affidamento sulla capacità economico e finanziaria (articolo 47) o tecnica e professionale (articolo 48) di altri soggetti, fissa esclusivamente due principi: 1) questa possibilità è ammessa a prescindere dalla natura giuridica dei legami esistenti tra impresa che si avvale dei requisiti (c.d. avvalente) e impresa che "presta" i requisiti (c.d. avvalsa o ausiliaria); 2) l'impresa avvalente deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari che siano nella titolarità dell'impresa avvalsa, ad esempio attraverso la presentazione di un esplicito impegno assunto da quest'ultima.

Il legislatore comunitario si è quindi limitato a enucleare due condizioni. La prima di carattere negativo: non è richiesta la sussistenza di un particolare legame giuridico tra le due imprese; la seconda di carattere positivo: è richiesta la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse proprie dell'impresa che "presta" i requisiti.

La stessa Direttiva 2004/18, poi, estende l'istituto dell'avvalimento anche ai sistemi di qualificazione, oltre che alla partecipazione alle singole gare. E' infatti previsto che i sistemi di qualificazione vigenti nei singoli Stati membri debbano consentire che, ai fini della relativa iscrizione, gli operatori economici facenti parte di un gruppo imprenditoriale possano avvalersi dei mezzi di altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo, fermo restando la necessità di dimostrare che disporranno di tali mezzi per tutta la durata del certificato di iscrizione al sistema (articolo 52). Rispetto alle previsioni relative alla partecipazione alla singola gara, quindi, la significativa differenza è che nel caso del sistema di qualificazione l'avvalimento può operare solo nell'ambito dei rapporti infragruppo.

L'impostazione "riduttiva" della disciplina contenuta nella direttiva risulta peraltro coerente alla finalità di garantire la massima espansione ai principi propri del diritto comunitario. Il legislatore della UE, cioè, si è mosso, anche in materia di avvalimento, al fine principale di assicurare le esigenze della massima concorrenzialità e della più ampia apertura al mercato.

In questa logica, la tendenza è stata quella di ammettere il ricorso all'avvalimento con molta larghezza, limitando al minimo i vincoli e le prescrizioni imposti ai concorrenti.

L'effetto di questa concezione "liberista" dell'avvalimento è stato però un'attenuazione, per molti aspetti, del sistema di garanzie poste a tutela della stazione appaltante. Ancora una volta, quindi, si è finita per riprodurre, anche sotto questo specifico profilo, la diversa impostazione tra un sistema comunitario essenzialmente volto a tutelare il diritto delle imprese di partecipare alle gare nell'ambito del mercato comune e un sistema nazionale come il nostro, storicamente più attento alle esigenze della committenza pubblica e agli strumenti di tutela di cui questa deve disporre.

Le ultime direttive comunitarie si limitano, come detto, a dettare una disciplina molto scarna, che risente appunto di questa concezione "liberista". Proprio questa impostazione, tuttavia, solleva alcune questioni, molto complesse e di non facile soluzione, che - come visto - erano peraltro state in parte affrontate, ma non compiutamente risolte, nelle richiamate pronunce dei nostri giudici amministrativi.

Le questioni aperte, strettamente collegate tra loro, sono riportabili in larga parte al tema generale della ricerca di un punto di equilibrio tra le istanze di apertura al mercato che l'avvalimento tende a garantire e la necessità di salvaguardare comunque il sistema di tutela a favore dell'ente appaltante.

Riassumendo alcuni profili già esaminati in precedenza, le questioni aperte dalle disposizioni comunitarie in tema di avvalimento possono essere così sintetizzate:

a) si pone un problema di onere della prova in relazione alla dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse proprie dell'impresa avvalsa. La norma comunitaria nulla dice sul punto, e anche le pronunce dei nostri giudici amministrativi si sono limitate ad affermare il principio della "atipicità" della prova, cioè la possibilità di fornire tale dimostrazione con qualunque mezzo idoneo;

b) esiste una questione collegata alle garanzie di cui deve disporre la stazione appaltante per assicurarsi che i mezzi e le risorse dell'avvalso siano in concreto utilizzabili in sede di esecuzione dell'appalto, e che l'avvalso risponda in qualche modo della corretta esecuzione dell'opera. Questione che, in sostanza, si traduce nella necessità di definire i rapporti che si vengono a instaurare tra stazione appaltante e avvalso;

c) quale effetto speculare della questione di cui al punto precedente, si pone un problema di definire

correttamente i rapporti giuridici tra avvalente e avvalso, su cui la norma comunitaria non dà alcuna specifica indicazione "in positivo", limitandosi a chiarire il rapporto solo in termini "negativi" (non è necessario che vi sia un particolare vincolo giuridico tra i due soggetti).

Vi è poi un problema di integrazione e coordinamento tra l'istituto dell'avvalimento e altri istituti presenti nell'ordinamento che regola l'esecuzione dei lavori pubblici. In questo ambito, le criticità riguardano:

- a) il rapporto tra l'avvalimento e la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, caratterizzata da vincoli e regole che rischiano di essere "travolte" da una carenza di regolamentazione del primo;
- b) l'esistenza di una serie di norme che tendono a garantire l'affidabilità morale delle imprese che contraggono con le stazioni appaltanti attraverso l'accertamento dei requisiti di carattere generale, nonché la sussistenza di una disciplina che tende a prevenire l'infiltrazione mafiosa (c.d. legislazione antimafia);
- c) la compatibilità tra l'avvalimento e la disciplina vincolistica in materia di subappalto;
- d) infine, la questione di fondo, assolutamente centrale nel nostro sistema, di quali siano le forme e i modi attraverso cui rendere compatibile il sistema dell'avvalimento con il regime di qualificazione fondato sulla SOA.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento delle norme comunitarie, si è dunque trovato a dover misurare le sue scelte con l'insieme complesso e articolato delle richiamate questioni.

Occorre quindi esaminare la disciplina dettata dal Codice dei contratti per verificare se e in che misura le norme introdotte abbiano dato risposte convincenti ai numerosi problemi aperti e sopra sintetizzati.

## 5. La disciplina dell'articolo 49

L'analisi va condotta prendendo in considerazione quelle disposizioni contenute nell'articolo 49 del Codice dei contratti che assumono specifico rilievo ai fini dell'inquadramento di quello che - come appare ormai evidente - rappresenta il punto cruciale dell'intera disciplina: i rapporti tra impresa principale, impresa ausiliaria e stazione appaltante.

Sotto questo profilo viene in considerazione in primo luogo la previsione del comma 1, che contiene l'affermazione di principio secondo cui l'avvalimento è consentito con riferimento a tutti i requisiti di qualificazione previsti dall'ordinamento. Quindi, il ricorso alle risorse e ai mezzi di un'impresa diversa da quella che partecipa alla gara è, in linea generale, ammesso sia per i requisiti tecnico - organizzativi che per quelli economico - finanziari (rimanendo peraltro aperto il problema di come possa concretamente configurarsi l'avvalimento con riferimento ai requisiti di carattere "immateriale", quali il fatturato o i lavori analoghi).

Sempre il comma 1 contiene poi una specifica previsione per il settore dei lavori pubblici. E' infatti esplicitamente affermato che l'avvalimento è consentito anche per l'attestazione della certificazione SOA. Ciò significa, in linea generale, che possono partecipare alla gara anche soggetti privi dell'attestazione SOA purché si avvalgano di imprese che invece ne siano in possesso.

Queste previsioni di carattere generale, tuttavia, non esauriscono la disciplina relativa alla concreta delimitazione del campo di applicazione dell'avvalimento. Esse vanno infatti lette in coordinamento con le disposizioni contenute nel comma 7, che in qualche modo integrano quelle del comma 1.

In base al comma 7, è previsto che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, il bando di gara possa limitare la possibilità dell'avvalimento nei seguenti termini:

- consentendolo solo per i requisiti economici;
- consentendolo solo per i requisiti tecnici;
- consentendolo solo per integrare un requisito già posseduto dall'impresa che partecipa alla gara nella misura o percentuale indicata nello stesso bando.

In sostanza questa previsione consente alla stazione appaltante - dandone evidenza nel bando - di introdurre nel procedimento di gara una sorta di avvalimento "parziale". Questa parzialità può operare sia in senso "orizzontale", ammettendo quindi che l'impresa concorrente possa avvalersi di un'altra impresa per dimostrare la sussistenza o dei soli requisiti economici o dei soli requisiti tecnici; sia in senso "verticale", ammettendo quindi soltanto che l'impresa che partecipa alla gara possa aggiungere ai propri requisiti - che essa comunque deve necessariamente possedere nella misura o percentuale minima indicata nel bando - i requisiti posseduti da altra impresa, per la residua misura o percentuale. Questa previsione limitativa pone peraltro due ordini di problematiche. La prima attiene alla sua compatibilità con la norma comunitaria. Questa, infatti, ammette l'avvalimento come una possibilità il

cui concreto campo di utilizzazione sembra lasciato esclusivamente alle scelte imprenditoriali dei concorrenti. Non appare esservi spazio, cioè, per interventi della stazione appaltante volti a limitare tale possibilità né, conseguentemente, per una normativa nazionale che ammetta tali interventi limitativi.

La seconda questione, più complessa, involge il tema dei rapporti tra avalimento e sistema di qualificazione fondato sulla SOA. Nel settore dei lavori pubblici, infatti, la regola ordinaria è che la partecipazione alle gare è condizionata unicamente al possesso dell'attestazione SOA. Questa regola subisce limitate eccezioni: per i lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, è richiesto, quale unico requisito aggiuntivo, il possesso di una cifra di affari in lavori pari ad almeno tre volte l'importo a base di gara; per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro, sono previsti requisiti alternativi in luogo della SOA.

La conseguenza è che, in linea generale, relativamente alle gare per l'affidamento di lavori pubblici - al di fuori della limitate eccezioni sopra ricordate - l'avalimento non può che riguardare l'insieme complessivo dei requisiti, inteso nella sua inscindibile unitarietà, il cui accertato possesso ha consentito il conseguimento dell'attestazione SOA.

Questa constatazione porterebbe quindi a concludere che nel settore dei lavori pubblici non dovrebbe trovare applicazione - se non per ciò che concerne il requisito della cifra di affari in lavori o i requisiti richiesti per i lavori di importo minore - la possibilità del c.d. avalimento parziale.

In sostanza, poiché la partecipazione alle gare è basata sul possesso dell'attestazione SOA - il cui ottenimento presuppone una valutazione complessiva dell'insieme dei requisiti che fanno capo all'impresa - non sembra residuare alcuno spazio per una valutazione (e un conseguente avalimento) di requisiti in termini parziali. Detto in altro modo, l'attestazione SOA non consente una valutazione separata dei singoli requisiti e quindi una loro scissione al fine di ammettere l'avalimento per alcuni e non per altri, ovvero solo per una certa percentuale del singolo requisito.

Questa conclusione interpretativa mette peraltro in evidenza, sotto uno specifico aspetto, la più generale problematica attinente all'individuazione dei margini di conciliabilità dell'istituto dell'avalimento con il sistema di qualificazione fondato sull'attestazione SOA.

Altra disposizione da tenere in considerazione è quella di cui al comma 2, lettera d). Essa impone che l'impresa ausiliaria sottoscriva una dichiarazione con cui la stessa si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Anche in questo caso il concreto contenuto di tale dichiarazione sembra assumere una connotazione particolare con riferimento al settore dei lavori pubblici. Se infatti, come abbiamo sottolineato, l'avalimento nelle gare per l'affidamento di lavori sembra nella sostanza riferirsi all'attestazione SOA, la dichiarazione relativa alla messa a disposizione delle risorse dovrebbe riguardare l'insieme dei mezzi, del personale e dei beni materiali e immateriali che hanno permesso il rilascio di tale attestazione. Sembra quindi doversi ritenere che tale dichiarazione, per essere coerente con la messa a disposizione (non del singolo requisito ma) della SOA nella sua valenza unitaria, non possa che riferirsi a quel complesso di beni organizzato la cui sussistenza è alla base del rilascio dell'attestazione SOA. In ultima analisi, si dovrebbe concludere che l'impresa ausiliaria debba dichiarare che mette a disposizione non questa o quella singola risorsa, bensì l'azienda nel suo complesso o tutt'al più un ramo di azienda.

La dichiarazione di cui al punto precedente non è tuttavia sufficiente per fornire la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria. Tale dichiarazione deve essere infatti accompagnata - fatta salva l'ipotesi dell'avalimento nell'ambito dei rapporti infragruppo - dal contratto in originale o in copia autentica con cui 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 (comma 2, lettera f)).

In base alle considerazioni svolte in precedenza, si dovrebbe ritenere che tale contratto debba avere ad oggetto la "messa a disposizione" dell'azienda (o di un suo ramo) considerato nella sua complessiva unitarietà.

Qualunque tipologia contrattuale che non si sostanzia nel "prestare" l'azienda unitariamente considerata, infatti, non sembra idonea al raggiungimento dell'obiettivo della messa a disposizione dell'attestazione SOA o, più propriamente, dell'insieme dei requisiti che hanno consentito il conseguimento di tale attestazione.

Va rilevato che questa previsione che obbliga alla produzione di un vero e proprio contratto appare più rigorosa della corrispondente norma comunitaria - nonché dell'indirizzo giurisprudenziale che fino ad

oggi si è andato affermando - che non impone alcuno specifico mezzo di prova ed anzi, sia pure in via esemplificativa, ritiene sufficiente il semplice impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Come accennato, l'obbligo di produrre un vero e proprio contratto ai fini della dimostrazione dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria non sussiste nella particolare ipotesi in cui l'avvalimento venga utilizzato tra due imprese appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale.

Infatti, ai sensi della previsione di cui al comma 2, lettera g), nel caso in cui l'avvalimento avvenga nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo imprenditoriale dell'impresa concorrente, in luogo del contratto è sufficiente produrre una dichiarazione attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

In questo caso, quindi, la problematica interpretativa si sposta dalla individuazione delle caratteristiche che deve avere il contratto di "avvalimento" alla necessità di definire in cosa consista questo "legame giuridico ed economico "infragruppo".

Per rimanere alla possibilità di più immediata evidenza, si pone il dubbio se tale "legame" possa essere costituito anche dalla semplice partecipazione azionaria totalitaria o di controllo dell'impresa concorrente sull'impresa ausiliaria, che consenta alla prima di indirizzare le scelte della seconda fino al punto di assicurarsi la messa a disposizione delle risorse di quest'ultima necessarie ai fini dell'avvalimento.

La questione ha evidentemente dei profili di notevole criticità, in quanto involge il complesso tema dei rapporti esistenti nell'ambito dei gruppi societari e, in particolare, dei limiti all'autonomia delle singole società che possono derivare dallo loro appartenenza ad un gruppo imprenditoriale unitariamente inteso.

Vanno infine analizzate le due disposizioni, contenute nel comma 4 e nel comma 10, che rappresentano per molti aspetti la chiave di volta per inquadrare (e tentare di risolvere) i delicati problemi che l'istituto pone.

Il comma 4 sancisce il principio della responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante relativamente alle prestazioni oggetto del contratto.

Il comma 10 - nella nuova formulazione conseguente alle modifiche introdotte dal Decreto 6/2007 - mentre mantiene fermo il principio che il contratto di appalto viene eseguito dall'impresa principale - cui viene rilasciato il certificato di esecuzione - stabilisce che "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati".

La novità sostanziale rispetto alla precedente versione della norma sta quindi nel fatto che cade il divieto per l'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore. Questa innovazione, per quanto circoscritta, pone molte e rilevanti questioni.

Il loro esame va condotto attraverso un collocamento sistematico di questa nuova previsione che sia coerente con le altre disposizioni nel cui contesto essa va ad inserirsi.

In primo luogo, occorre procedere a una lettura coordinata della nuova previsione del comma 10 con quella contenuta al comma 2, lettera f). Quest'ultima - come ricordato poco sopra - stabilisce che, in sede di gara, l'impresa concorrente debba produrre il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente medesimo a fornire i propri requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Il primo punto che va chiarito è se questo contratto che va prodotto in sede di gara coincida necessariamente con il contratto di subappalto che lega impresa principale e impresa ausiliaria ai sensi del comma 10.

La risposta più convincente sembra essere negativa. Depone in questo senso, in primo luogo, il tenore letterale del comma 10 che, stabilendo che l'impresa ausiliaria "può" assumere il ruolo di subappaltatore, sembra configurare una possibilità che non si traduce tuttavia in un obbligo cogente.

In sostanza, nel momento in cui viene sancito il principio che l'impresa ausiliaria "può" assumere il ruolo di subappaltatore, ciò non può essere inteso come individuazione di un modello tipico e unico in cui si deve estrinsecare il rapporto tra impresa principale e impresa ausiliaria, quanto piuttosto come una mera possibilità che tuttavia lascia spazio per la configurazione di tale rapporto in forme anche diverse dal subappalto.

Questa lettura, tuttavia, va sempre accompagnata all'affermazione più volte ripetuta in precedenza, secondo cui il contratto c.d. di "avvalimento", alla luce delle peculiari caratteristiche che la qualificazione assume nel settore dei lavori pubblici - fondata sulla certificazione SOA - deve comunque concretizzarsi in una tipologia contrattuale che implichi la "messa a disposizione" del complesso aziendale unitariamente considerato.

In relazione a tale quadro complessivo, si potrebbe quindi pervenire a una possibile ipotesi ricostruttiva

secondo cui il contratto di "prestito" dei requisiti e di "messa a disposizione" delle risorse individuato alla lettera f) del comma 2 potrebbe assumere due possibili configurazioni: o un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda o un contratto di subappalto.

E' evidente che nel primo caso non vi sarebbe poi, in fase esecutiva, un rapporto di subappalto, in quanto sarebbe la stessa impresa principale ad utilizzare, ai fini esecutivi, l'azienda (o il ramo d'azienda) affittata dall'impresa ausiliaria.

Più complessa si presenta invece la questione qualora la tipologia contrattuale prescelta sia quella del subappalto. In questo caso, infatti, viene in evidenza il problema dei rapporti e dei margini di compatibilità tra avalimento e subappalto.

La questione riveste dei profili di notevole complessità in relazione al regime vincolistico che nel nostro ordinamento caratterizza la disciplina sul subappalto.

L'articolo 118 del Codice dei Contratti - che riproduce sostanzialmente le norme previgenti e da tempo presenti nell'ordinamento - prevede infatti numerosi vincoli e condizioni che limitano l'utilizzo dell'istituto.

E' sufficiente ricordare - per rimanere ai profili più significativi - che il ricorso al subappalto è sottoposto ad autorizzazione della stazione appaltante; che è previsto un vincolo quantitativo costituito dal divieto di subappaltare le prestazioni della categoria prevalente in misura superiore al 30% del relativo importo; che le opere oggetto di subappalto devono essere individuate dal concorrente già in sede di offerta; che per le prestazioni oggetto di subappalto devono essere applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso non superiore al 20%; che è sancito il divieto del subappalto a cascata.

Nei suoi termini essenziali la questione che si pone è se tale disciplina vincolistica valga in termini assoluti, e sia quindi applicabile anche alla particolare ipotesi in cui il subappalto si svolge nell'ambito di un rapporto di avalimento.

La questione è estremamente delicata, anche in considerazione del fatto che la disciplina sul subappalto è considerata di ordine pubblico e ha, di conseguenza, dei riflessi di tipo penale. Sarebbe stato quindi particolarmente opportuno che, proprio in sede di riformulazione del comma 10 dell'articolo 49, il legislatore avesse operato un migliore coordinamento con le norme previgenti per sciogliere questo rilevante dubbio interpretativo.

In mancanza di questa indicazione esplicita, la risposta va ancora una volta cercata alla luce dell'insieme complessivo delle norme dettate in materia di avalimento.

Sotto questo profilo sembra assumere un significato particolare, ai fini della soluzione del problema in esame, la disposizione contenuta nel comma 4, che sancisce la responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Si tratta di una previsione che introduce una profonda differenza rispetto all'ipotesi tipica di subappalto.

Nella configurazione ordinaria del subappalto, infatti, la responsabilità verso la stazione appaltante fa capo esclusivamente all'impresa appaltatrice e non investe in alcun modo il subappaltatore, che risponde solo nei confronti della prima e resta estraneo al rapporto con il committente. In base alla specifica previsione del comma 4, invece, qualora il subappalto si inserisca nell'ambito di un rapporto di avalimento, l'impresa ausiliaria/subappaltatore risponde in solido anche nei confronti della stazione appaltante.

Proprio questa diversità di disciplina su un profilo così importante come il regime di responsabilità potrebbe essere considerato indice che il subappalto configurato nell'ambito della disciplina dell'avalimento ha caratteristiche sue proprie, che lo rendono distinto dall'ipotesi ordinaria. Ciò potrebbe far concludere nel senso della non applicabilità a questa particolare ipotesi di subappalto della disciplina dell'articolo 118, dettata per l'ipotesi ordinaria.

Le conseguenze di una tale impostazione sono rilevanti. Prima fra tutte, per il subappalto operante nell'ambito dell'avalimento non varrebbe il limite quantitativo sopra richiamato in relazione alle prestazioni della categoria prevalente. Sotto questo profilo, peraltro, la conclusione trova anche una sua rispondenza nella formulazione letterale del comma 10.

Come visto, questo stabilisce che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore "nei limiti dei requisiti prestati". Sembra quindi che l'unico limite che deve caratterizzare il subappalto dell'impresa ausiliaria é che le relative prestazioni da eseguire siano coerenti con i requisiti oggetto di prestito. In sostanza, nel settore dei lavori dove - come più volte ricordato - oggetto del prestito non sembra possano essere i singoli requisiti ma la SOA nella sua unitarietà, questa previsione dovrebbe intendersi collegata alle caratteristiche della SOA posseduta dall'impresa ausiliaria. Si dovrebbe quindi

ritenere che l'impresa ausiliaria/subappaltatore possa assumere i lavori corrispondenti alle categorie di specializzazione e alle classifiche di iscrizione risultanti dalla propria SOA.

Accogliendo questa interpretazione, se per ipotesi i requisiti prestati (cioè la SOA posseduta) consentono all'impresa ausiliaria di eseguire prestazioni della categoria prevalente in misura superiore al 30%, non sembra che possa essere invocato il limite quantitativo posto dalla disciplina generale.

E' indubbio che questa conclusione è per alcuni aspetti dirimpante, in quanto finisce per inserire nell'ordinamento una particolare tipologia di subappalto "speciale", che si differenzia da quella generalmente conosciuta, e rispetto alla quale non troverebbero applicazione le disposizioni dettate per il subappalto "ordinario".

Si deve tuttavia considerare, come più volte detto, che ci troviamo di fronte a un istituto innovativo che impone di ripensare molte delle usuali categorie con cui l'operatore era abituato a misurarsi. E, in questo contesto, va sottolineato che, nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, il subappalto rappresenta una delle forme in cui può prendere corpo l'articolato rapporto che lega impresa principale e impresa ausiliaria. E questa particolare caratterizzazione può giustificare una deroga alle norme valide in via generale, dettate per l'ipotesi tradizionale in cui il subappalto si svolge al di fuori di qualunque rapporto (di avvalimento) tra l'appaltatore e il subappaltatore.

L'unico profilo che sembra mantenere una sua validità anche per questo subappalto "sui generis" è quello autorizzatorio. Tenendo conto anche della natura penale della norma che impone l'autorizzazione per procedere al subappalto, sembra doversi ritenere che tale autorizzazione debba essere rilasciata anche nei confronti del subappalto da operare a favore dell'impresa ausiliaria, anche se in realtà si tratta di un'autorizzazione "dovuta".

La stessa logica derogatoria sembra dover valere anche rispetto al divieto di subappalto previsto dall'articolo 37, comma 11 del Codice dei contratti.

Come è noto, tale ultima disposizione prevede che, nel caso in cui nell'ambito dell'appalto vi siano le c.d. opere superspecialistiche aventi un valore superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, tali opere non possono essere oggetto di subappalto e il soggetto che non è di per sé in possesso della relativa qualificazione è obbligato a costituire un'associazione di imprese di tipo verticale.

Anche questa particolare ipotesi di divieto di subappalto dovrebbe ritenersi superata nel caso in cui l'impresa che partecipa alla gara utilizzi, relativamente alle opere superspecialistiche, le prestazioni di un'impresa ausiliaria. Anche rispetto a questa ipotesi, infatti, dovrebbe ritenersi prevalente la previsione sopravvenuta contenuta nella nuova formulazione dell'articolo 49, comma 10.

Come detto, l'unica condizione che tale ultima disposizione pone relativamente alle prestazioni dell'impresa ausiliaria/subappaltatore è che queste si svolgano "nei limiti dei requisiti prestati". Di conseguenza, se i requisiti prestati dall'impresa ausiliaria si riferiscono alle opere superspecialistiche, si deve ritenere che quest'ultima possa assumere il ruolo di subappaltatore per l'esecuzione di dette opere, anche se il loro valore sia superiore al 15% dell'importo totale dei lavori.

Qualche ulteriore considerazione merita la disposizione del comma 4, che come detto sancisce la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e dell'impresa principale nei confronti della stazione appaltante.

Anche in questo caso si tratta di una previsione che impone di abbandonare gli schemi tradizionali e di ripensare le logiche del contratto di appalto. Nel sistema degli appalti pubblici, la regola ordinaria è la responsabilità per l'adempimento si leghi alla titolarità del contratto e che, conseguentemente, per aversi responsabilità solidale vi debba essere una contitolarità delle obbligazioni contrattuali: colui che è responsabile in solido è normalmente parte del contratto.

Nel nostro caso, invece, è la legge che sancisce direttamente una forma di responsabilità solidale nei confronti di un soggetto che non è parte del contratto. L'impresa ausiliaria assume il ruolo di subappaltatore e, quindi, non è contitolare del contratto di appalto; nonostante ciò, risponde in solido nei confronti della stazione appaltante.

In sostanza, il quadro normativo delineato dall'articolo 49 sembra fondarsi sulla permanenza della titolarità del contratto di appalto esclusivamente in capo all'impresa che ha partecipato alla gara, cui si accompagnerebbe una responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria di tipo "legale", derivante cioè non dalla contitolarità del rapporto contrattuale ma dall'esistenza di una esplicita indicazione legislativa in tal senso.

In altri termini, la responsabilità solidale in capo all'impresa ausiliaria non sarebbe la naturale conseguenza della sua qualità di coobbligata contrattuale, ma deriverebbe da una previsione legislativa ad hoc volta a configurare l'esistenza di un soggetto che, pur non essendo parte del rapporto contrattuale, è chiamato a rispondere solidalmente in ordine all'adempimento di tale rapporto.

Altro problema riguarda l'individuazione degli eventuali limiti entro cui deve considerarsi operante, nei confronti dell'impresa ausiliaria, la richiamata responsabilità solidale. La formulazione letterale del comma 4 sembrerebbe configurare tale responsabilità in termini molto ampi, estendendola genericamente a tutte le prestazioni oggetto del contratto (di appalto).

Sembra tuttavia possa ragionevolmente proporsi una lettura diversa, che trova la sua coerenza anche alla luce del ruolo di subappaltatore che il comma 10 attribuisce all'impresa ausiliaria. In base a tale ruolo l'impresa ausiliaria eseguirà le prestazioni - in coerenza e nei limiti dei requisiti prestati - specificamente indicate nel contratto di subappalto. E sembrerebbe quindi coerente, dal punto di vista sistematico, che la sua responsabilità solidale sia limitata a quelle specifiche prestazioni che essa esegue nell'ambito del rapporto di subappalto.

Ma se questa conclusione ha una sua validità nell'ipotesi in cui l'avvalimento si estrinseca attraverso il contratto di subappalto, per coerenza di sistema essa sembra poter valere anche nel diverso caso in cui il rapporto di avvalimento si svolga attraverso un contratto di affitto di azienda (o altra diversa tipologia contrattuale con cui l'impresa ausiliaria mette a disposizione il suo complesso aziendale).

## 6. Conclusioni

Le considerazioni svolte rendono evidente come intorno all'istituto dell'avvalimento molti siano ancora i dubbi interpretativi e le questioni giuridiche aperte. E non è difficile prevedere che ancora a lungo si discuterà in merito alle soluzioni più idonee ai fini di una corretta utilizzazione dello strumento.

Resta da capire - e si tratta di un aspetto di assoluto rilievo - se e in che misura l'istituto è destinato effettivamente a diffondersi nella prassi operativa, proprio alla luce della disciplina introdotta dal Codice dei contratti.

Sotto quest'ultimo profilo, non si può non rilevare che tale disciplina sembra, in prima battuta, potenzialmente in grado di svolgere un ruolo frenante rispetto alla diffusione dell'istituto.

In una logica ispirata ai canoni di una "sana" imprenditorialità, sembrerebbe potersi affermare che le condizioni poste dall'articolo 49 appaiono scoraggiare il ricorso all'avvalimento.

E infatti, non è ben chiaro quale sia l'interesse sostanziale che dovrebbe spingere l'impresa ausiliaria a prestare i suoi requisiti senza poter usufruire del beneficio delle prestazioni eseguite ai fini della qualificazione e, nel contempo, assumendo una responsabilità di tipo solidale, dai contorni non chiari e che - nell'interpretazione più estensiva - potrebbe estendersi al di là dello specifico apporto offerto.

Si tratterebbe, in sostanza, di una posizione meno conveniente rispetto all'ipotesi del subappalto "ordinario" o del raggruppamento temporaneo di imprese, sia sotto il profilo della qualificazione che sotto quello della responsabilità.

Tuttavia, sarebbe troppo semplicistico basarsi esclusivamente su queste considerazioni per concludere che l'istituto è destinato a rivestire un ruolo marginale nel nostro sistema di realizzazione dei lavori pubblici.

Occorre infatti tenere presente che molti sono gli approfondimenti che vanno ancora sviluppati e che le ulteriori elaborazioni di giuristi e operatori possono individuare formule e schemi originali - oggi non ancora messi completamente a fuoco - capaci di sfruttare le potenzialità dell'istituto superando quegli ostacoli che oggi sembrano frapporsi al suo concreto utilizzo.

Sullo sfondo resta poi il problema - che rappresenta ormai una costante nell'ambito dell'ordinamento dei lavori pubblici - della compatibilità tra la disciplina nazionale e le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento.

Come ricordato all'inizio, le previsioni dell'articolo 49 si muovono in una logica volta a porre limiti e condizioni all'utilizzo dell'istituto, laddove le norme comunitarie lo concepiscono come uno strumento che, nella concreta definizione dei suoi termini di funzionamento, dovrebbe essere lasciato esclusivamente alle scelte imprenditoriali dei concorrenti.

Se le norme nazionali in tema di avvalimento dovessero essere sottoposte al vaglio del giudice comunitario, non è da escludere che alcune previsioni dettate dal nostro legislatore possano essere cancellate. Con la conseguente possibilità che alcune delle questioni che oggi vanno affrontate in una determinata prospettiva, possano ricevere una considerazione diversa.

In ogni caso, resta confermata tutta la problematicità di rapportare la disciplina di un istituto tipico del diritto comunitario alla realtà del nostro ordinamento nazionale, che evidenzia ancora una volta come non sempre sia agevole coniugare logiche normative che, se non proprio configgenti, quanto meno si muovono secondo un diverso ordine di priorità.

*(pubblicato il 26.3.2007)*

