

## **L'AVVALIMENTO**

### **PREMESSA**

il decreto legislativo n° 163 del 2006 e successive modifiche ed integrazioni disciplina in due articoli l'istituto dell'avvalimento, nell'articolo 49 e nell'articolo 50.

L'istituto consente la partecipazione alle procedure per l'acquisizione di beni servizi e la realizzazione di lavori, di imprese, prive dei requisiti speciali, avvalendosi dei requisiti di carattere speciale (economico-finanziario tecnico e produttivo) posseduti da altri soggetti in possesso dei requisiti speciali o di qualificazione SOA (art. 50).

Il ricorso all'avvalimento consente dunque ad un concorrente (singolo, raggruppato o consorziato) che intende partecipare ad una gara pubblica per l'affidamento di un lavoro, fornitura, servizio, di raggiungere l'importo del fatturato, la capacità tecnica, la necessaria attestazione SOA, richiesti, che di per sé non avrebbe, utilizzando i requisiti necessari posseduti da altre imprese terze non coinvolte nella stessa procedura di gara.

Il diritto amministrativo, come principio di carattere generale, conosce l'istituto dell'avvalimento tra enti appartenenti allo Stato e facenti parte della medesima articolazione organizzativa attraverso l'articolo 118 della Costituzione nella sua originaria formulazione, attestandosi come modulo organizzativo tra enti.

Tale articolo prevedeva un avvalimento istituzionale tra organi dello stesso Stato, come le regioni, le province ed i comuni e consentiva l'utilizzo di strutture e di uffici di altri enti, per l'esercizio delle proprie funzioni. Nella materia degli appalti, dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti

pubblici, molti autori sostengono che l'avvalimento, disciplinato dagli articoli 49 e 50, costituisca una vera e propria novità del codice ed una introduzione nello Stato italiano di una novità delle direttive 2004/17 e 2004/18 della UE. In realtà dell'avvalimento già se ne erano occupate le direttive degli anni settanta e degli anni 90, prova ne è la copiosa giurisprudenza in materia, nonostante l'istituto fosse rimasto, rispetto ad altri in secondo piano. Sebbene tale istituto venga considerato come una delle novità del codice esso era ben noto nell'ordinamento interno<sup>1</sup> e prima ancora in quello comunitario dove – come vedremo- esso ha trovato da tempo legittimazione grazie all'avallo della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il concorrente, denominato "avvalente, offre a dimostrazione dei requisiti minimi di partecipazione per concorrere alla gara, la capacità di un terzo, denominato avvalso, il quale, però, non assume il ruolo di concorrente né, successivamente, di appaltatore.

Il terzo si vincola nei confronti dell'avvalente e la stazione appaltante può e deve accertare che il medesimo possieda la capacità dichiarata e che, in fase esecutiva, effettivamente l'avvalente potrà avere la disponibilità dei mezzi dell'avvalso.

I requisiti oggetto dell'avvalimento possono essere solamente i requisiti di carattere speciale e non quelli generali previsti dall'articolo 38 del codice.

Si distingue infine un avvalimento operativo ed un avvalimento di garanzia.

Il primo ha ad oggetto l'ausilio dei mezzi materiali per la realizzazione dell'appalto il secondo invece afferisce alla capacità dell'avvalso di garantire le prestazioni al concorrente attraverso la capacità economica-finanziaria, una sorta di schema negoziale di garanzia fideiussoria o una sorta di patronage finanziario da parte dell'impresa ausiliaria, che garantisca, per tale via l'amministrazione in ordine alla disponibilità

---

<sup>1</sup> Si veda direttiva CE 92/50 relativa ai servizi, articolo 32, par. 2 lettera c)

finanziaria e delle risorse per l'avvio e la buona esecuzione dell'appalto, e per tutta la sua durata.

### **1. Profili evolutivi dell'istituto**

Il principio era quindi già noto nell'ordinamento interno e prima ancora nell'ordinamento comunitario, nel quale aveva potuto trovare legittimazione grazie all'intervento di numerose pronunce della Corte di Giustizia europea, la quale si è principalmente pronunciata in relazione a fattispecie caratterizzate da un vincolo di gruppo. Il "Leading case" è rappresentato dalla decisione *Ballast Nedam Groep*<sup>2</sup>, con la quale è stata affermata, con riferimento agli appalti di lavori pubblici, la possibilità per un concorrente, di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dalla disciplina vigente e/o dal bando anche in modo "indiretto", ossia avvalendosi di quelli posseduti da altri soggetti.

In particolare il giudice comunitario ha ammesso, con la sentenza, che una società capogruppo compri il possesso delle capacità per ottenere la propria iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati, facendo valere le referenze delle consociate, a condizione che la società madre provi di disporre effettivamente dei mezzi delle società appartenenti al gruppo, necessari all'esecuzione degli appalti.

Con una pronuncia successiva a questa resa nel 1997 il giudice comunitario ha statuito che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una holding, è obbligata a tenere conto dei requisiti delle società figlie per valutare l'idoneità della società madre, qualora la holding stessa dia la prova di disporre effettivamente delle sue consociate.

Lo stesso giudice comunitario ha poi compiuto un passo avanti, in materia di appalti di servizi, con la decisione "*Holst Italia*" del 1999 (causa c

---

<sup>2</sup> Corte di giustizia ce del 14 aprile del 1994.

176/98) in questo caso era la società non dominante che dichiarava di avvalersi dei requisiti della società madre.

Ciononostante, il giudice comunitario ha ammesso che un concorrente, seppur sfornito dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, possa partecipare ugualmente alla gara, avvalendosi dei requisiti di carattere tecnico, economico e finanziario di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei vincoli diretti o indiretti che il concorrente ha con questi ultimi.

L'offerente ovvero il concorrente deve però dimostrare all'amministrazione di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari alla esecuzione dell'appalto.

La Corte di Giustizia CE ha così mostrato la totale indifferenza per le forme giuridiche in quanto non ha considerato necessaria la presenza di un "rapporto di gruppo" tra l'impresa che si avvale e quella della cui capacità essa si avvale per partecipare alla procedura di gara per comprovare i requisiti prescritti dal bando.

Rileva soltanto, per il giudice comunitario, che l'impresa che partecipa sia nella condizione di dimostrare all'amministrazione di disporre dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

Tale indirizzo è visibilmente orientato alla concezione realistica del diritto comunitario, secondo cui, ai fini dell'applicazione di regole proprie dell'ordinamento europeo, occorre considerare la sostanza dei rapporti, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata.<sup>3</sup>

Successivamente, nell'anno 2004, il principio è stato utilizzato nella sentenza SIEMENS AG c/o Arge Telekom e partners, secondo cui, ai fini della partecipazione alla gara, è possibile avvalersi dei requisiti di capacità tecnica ed economica dei subappaltatori e dunque mediante l'utilizzo dei tecnici del subappaltatore.

---

<sup>3</sup> Martinelli ,in dottrina comunitaria.

Nella sentenza la Corte di Giustizia precisa che i soggetti terzi, i cui requisiti vengono spesi per essere ammessi alla procedura di aggiudicazione, possono anche essere subappaltatori. Infatti la direttiva 92/50 consente espressamente all'articolo 32, n°2 lettera c) ed h) la possibilità di fornire la prova mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici che non fanno direttamente capo al prestatore di servizi, ovvero, mediante l'indicazione della quota del contratto che si intende subappaltare. In questa linea di ragionamento la Corte precisa che un prestatore di servizi non può essere escluso da una procedura per l'aggiudicazione di un appalto se, in sede di selezione, fa valere le capacità tecniche ed economiche di terzi subappaltatori, dimostrando di disporre dei mezzi e delle capacità di questi ultimi.

Viceversa, il divieto di subappalto della sola esecuzione di parti essenziali dell'appalto è contrario al diritto comunitario poiché consentendo il subappalto nella fase di esecuzione si ammetterebbe la realizzazione della prestazione da parte di soggetti per i quali l'amministrazione aggiudicatrice non ha avuto modo di controllare le capacità tecniche e finanziarie in sede di gara.

In altri termini la sentenza afferma che il diritto comunitario consente ad un'impresa di partecipare ad una gara per l'affidamento di appalti pubblici di servizi facendo valere i requisiti di carattere tecnico ed economico di un individuo soggetto terzo, anche subappaltatore, mediante la dimostrazione della disponibilità giuridica dei mezzi e delle capacità di quest'ultimo.

La giurisprudenza nazionale, successivamente al leading case, ha elaborato due orientamenti con riferimento al rapporto di avvalimento.

Un primo orientamento, conforme alla sentenza *Ballast Nedam Groep I* esclude che la sola situazione di controllo, ravvisabile fra capogruppo e le sue controllate, possa, ex se, provare specificamente l'effettiva disponibilità

delle capacità tecniche altrui, non fosse altro che per l'evidente autonomia contrattuale di cui godono le società controllate.<sup>4</sup>

Tale orientamento è stato avallato anche dal Consiglio di Stato<sup>5</sup>, talune decisioni hanno confermato il principio secondo cui, qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, tecnica ed economica, al fine di essere ammesso alla procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti ed imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica siano - avrà l'onere di dimostrare di potere effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese, che non gli appartengono in proprio ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

La dottrina sostiene inoltre che il soggetto avvalso dovrà dimostrare e produrre un atto debitamente sottoscritto dal legale rappresentante della società avvalente, con il quale, incondizionatamente e irrevocabilmente, per tutta la durata dell'appalto in questione, il soggetto terzo si obbliga a mettere a disposizione del concorrente tutti i requisiti, i mezzi tecnici, il personale oggetto della dichiarazione d'impegno.

Sulla base di tale ottica poca rilevanza ha il collegamento negoziale se non si dimostrano gli impegni vincolanti di messa a disposizione nei confronti dell'impresa consociata, candidata alla gara, dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, da parte della società che li detiene.<sup>6</sup>

Invece secondo un orientamento della giurisprudenza tale prova non occorre in caso di HOLDING .

Tale indirizzo ritiene che il rapporto di direzione e coordinamento che si viene a creare in caso di partecipazione totalitaria, o anche solo maggioritaria, al capitale sociale, possa essere considerato un elemento

---

<sup>4</sup> TAR, sentenza n° 2494 del 2005.

<sup>5</sup> Sentenza n°8145 del consiglio di Stato sezione VI del 20 dicembre del 2004.

<sup>6</sup> C.d.S decisione n° 7376 del 2005 sez. VI.

sufficiente per poter usufruire dell'avvalimento, senza la necessità di alcun ulteriore elemento.

L'impegno scritto, in questo caso, non sarebbe necessario.

Emerge dunque che la prova di potere effettivamente disporre dei mezzi di altri soggetti è atipica, non limitata quindi a particolari mezzi, e può essere data mediante qualsiasi strumento attestante l'esistenza di rapporti giuridici idonei a provare l'effettiva disponibilità di tali capacità in capo ai partecipanti alla gara.

In ragione di queste argomentazioni si può affermare che l'istituto dell'avvalimento risponde alla logica comunitaria di agevolare le grandi imprese holding e lo stesso Consiglio di Stato, prendendo atto dell'effetto dirompente nei confronti delle piccole e medie imprese, ha sottolineato l'esigenza che, per evitare manovre elusive e turbative di gara l'avvalimento sia comunicato all'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici ed adeguatamente reso pubblico.

Nelle prime applicazioni dell'avvalimento, i principi espressi dalla direttiva 2004/18/CE sono stati intesi restrittivamente, nel senso che si richiedeva l'accertamento di un interesse di gruppo non occasionale ma stabile da garantire la stazione appaltante che l'impresa partecipante alla gara avesse posseduto durevolmente i requisiti fatti valere.

## **2. L'avvalimento nell'articolo 49 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.**

L'istituto dell'avvalimento viene introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 49 del nuovo codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, approvato con D. Lgs. N° 163 del 2006 n° 163 che recepisce gli articoli 47 e 48 della direttiva unificata.

La previsione del suddetto Codice, che canonizza l'istituto dell'avvalimento, segna il definitivo superamento dei principi che erano

alla base della legislazione nazionale in materia e di quelli che sostenevano l'obbligo di possedere i requisiti di qualificazione in proprio dal momento della pubblicazione del bando, nonché il divieto assoluto, nelle procedure di gara, di modificare soggettivamente il candidato successivamente alla presentazione dell'offerta.<sup>7</sup>

Quindi, nella procedura ad evidenza pubblica, è consentito ai candidati di provare il possesso dei requisiti tecnici, economici e finanziari, nonché quello di attestazione SOA avvalendosi di quelli posseduti da altra impresa, non partecipante alla medesima procedura, che li mette a disposizione della prima partecipante effettiva.

La ratio ispiratrice è di derivazione comunitaria e cioè di consentire e di garantire la massima concorrenza tra gli operatori e un più ampio allargamento del mercato.

Esclusi dalla potestà di avvalimento sono i requisiti di carattere generale, cosiddetti morali elencati nell'articolo 38 e 39 del Codice dei contratti pubblici, in quanto afferenti a qualità strettamente personali dell'impresa, i quali, pertanto, devono essere posseduti da tutti i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica.

L'articolo, pur essendo inserito nella parte seconda del codice, mostra di essere focalizzato interamente sui lavori.

In realtà, la partecipazione a gare d'appalto di servizi vede, in relazione a talune prestazioni, quali ad esempio pulizie, smaltimento rifiuti, l'ammissibilità della procedura solo in presenza di iscrizione nell'apposito albo delle imprese ad esercitare la specifica attività.

La dinamica del rilascio dell'abilitazione e il senso della stessa sono sostanzialmente simili a quelle proprie della certificazione SOA, per cui, sotto questo punto di vista, la norma appare lacunosa nel dato testuale, ma

---

<sup>7</sup> Vedi Consiglio di Stato decisione n° 1873 del 2006 sez. VI.



si può affermare che la stessa si può colmare, per i servizi e le forniture, ricorrendo in via analogica alla disciplina dettata per i lavori.

L'istituto dell'avvalimento costituisce il banco di prova di una **commistione** tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti per la dimostrazione delle caratteristiche dell'impresa (fatturato economico – tecnico – produttivo).

Molto spesso la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha fatto notare che pur richiedendo la legge una netta separazione tra requisiti per poter accedere alla procedura di gara e requisiti che, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia l'offerta economicamente più vantaggiosa, debbano essere considerati quali elementi per determinare l'offerta, molto spesso si verifica una commistione in sede di gara, risultando di difficile applicazione la distinzione tra ciò che è richiesto per accedere alla gara e ciò che sarà oggetto di valutazione nella seconda fase.

In altri termini l'avvalimento è diventato il momento di verifica in cui i requisiti per la partecipazione alla gara, dichiarati e documentati dal partecipante, siano poi spostati, dal momento coincidente con la gara a quello della determinazione del concorrente risultante vincitore.

I requisiti di capacità tecnica ed economica e produttiva **sono molto spesso oggetto di valutazione della offerta economicamente più vantaggiosa** e tutto ciò deve essere coordinato con i requisiti di carattere generale che invece sono necessari per la partecipazione alla gara e per determinare l'ingresso nella stessa da parte degli operatori economici.

Si verifica nell'avvalimento quindi che il partecipante avvalendosi dei requisiti di carattere speciale di un'altra impresa, offra tali requisiti, non suoi, quali elementi per la valutazione finale dell'offerta oltre che dimostrarli per accedere alla procedura di gara.

Alla impresa che partecipa alla gara e che intende avvalersi dei requisiti di un altro soggetto, sono, infatti, imposti degli oneri documentali e, più

segnatamente, l'allegazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con la quale quest'ultima si obbliga, sia verso il concorrente che verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto e della sua esecuzione, le risorse necessarie di cui è carente ed un contratto col quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornirgli i requisiti e a mettergli a disposizione le risorse necessarie.

Nel caso di avvalimento di una società che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del contratto, l'impresa può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dalla normativa antimafia.

Dalla formulazione dell'elenco da allegare ex articolo 2 lettera a – g sembrerebbe che i requisiti richiesti non debbano sussistere al momento della procedura di gara, essendo sufficiente la prova seria ed attuale della futura disponibilità dei requisiti al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali.

La giurisprudenza che si è pronunciata sul punto<sup>8</sup> ha ritenuto legittimo tale rinvio al futuro in un'ottica finalisticamente orientata, sostenendo che l'attualità e l'efficace sussistenza dei requisiti rileva ai fini dell'esecuzione dell'appalto e non della partecipazione alla gara.

### **3. La responsabilità solidale tra avvalso e avvalente verso la stazione appaltante.**

Il legislatore italiano ha precisato che tra il concorrente e l'impresa ausiliaria si dia origine ad una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto.

---

<sup>8</sup> Decisione C.d.S n° 7376 del 2005 sez. VI

Tale previsione costituisce una forma di garanzia per l'ente appaltante che ha come contraente un soggetto che in proprio e direttamente è carente di una serie di requisiti.

Il tema della responsabilità solidale è previsto dal comma 4 dell'articolo 49. Tale comma ha dato origine a numerosi interrogativi stante la mancata precisione dello stesso comma in ordine all'ambito di operatività della responsabilità e cioè se essa si riferisca al contratto di avvalimento oppure al contratto d'appalto stipulato tra stazione appaltante e avvalso.

Ad alimentare ulteriori incertezze sul punto è lo stesso articolo 49 al comma 2 lettera f) ove si precisa che : *“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” ed al successivo comma 10, ove si precisa che : il contratto in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di regolare esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di sub appaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*.

E' soprattutto quest'ultimo comma a porsi in contrasto con il precedente comma 2, in quanto la responsabilità solidale se riferita al contratto di appalto determinerebbe una estensione della responsabilità della impresa ausiliaria a dovere eseguire, in caso di inadempimento della impresa esecutrice e concorrente, il contratto di appalto in virtù del richiamo alla solidarietà del rapporto di cui al comma 4 dello stesso articolo 49.

La responsabilità solidale, secondo i canoni del diritto civile, postula che la stazione appaltante, in caso di inadempimento dell'aggiudicatario possa rivolgersi alla impresa ausiliaria e pretendere la esecuzione del contratto.

Se invece, nel silenzio della legge, la solidarietà di cui al comma 4 si riferisce unicamente al contratto di avvalimento gli effetti giuridici mutano radicalmente, atteso che il comma 10 dell'articolo 49 limita la responsabilità della impresa ausiliaria ai requisiti prestati.

Il combinato disposto del comma 2, 4 e 10 dell'articolo 49 del codice dei contratti non brilla certamente per chiarezza dispositiva.

L'interpretazione dominante in dottrina è che, con il riferimento alla solidarietà tra impresa ausiliaria e impresa concorrente, si è voluto costruire un ulteriore elemento di garanzia verso la stazione appaltante nel caso di fenomeno patologico del contratto di avvalimento.

L'istituto, essendo di nuova introduzione, finora non ha subito il sindacato della giurisprudenza amministrativa sotto il profilo della responsabilità solidale.

Ulteriore garanzia per L'ente è data dal comma 5 che prevede che gli obblighi imposti dalla normativa antimafia a carico del concorrente debbano essere applicati anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria ed in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

#### **4. L'avvalimento e le modifiche del terzo correttivo – decreto legislativo 152 del 2008 al codice dei contratti.**

Lo stato italiano ha subito un richiamo da parte della Commissione Europea su alcuni punti oggetto della disciplina dell'avvalimento ed in modo particolare sui commi 6 e 7 dell'articolo 49.

Il comma 7 è stato completamente soppresso perché impediva, secondo la Commissione europea, all'interno dello Stato Italiano, l'operatività dell'avvalimento, così come costruito in ambito comunitario, in quanto si stabiliva che la stazione appaltante in sede di bando poteva disporre

l'avvalimento o dei requisiti tecnici o economici, ovvero che l'avvalimento poteva integrare un requisito già posseduto dal concorrente.

Il comma 6 invece è stato riscritto permettendo una maggiore operatività per gli appalti di beni e servizi lasciando invece inalterato il quadro preesistente per gli appalti di lavori.

## **5. La natura giuridica della responsabilità nascente dall'avvalimento.**

La richiesta di un contratto per le imprese che non sono legate da un rapporto di holding, pone molti interrogativi sulla natura stessa di questo rapporto contrattuale.

Il Codice indica che tra concorrente e ausiliario vi sia un rapporto di mandato, quindi l'ausiliaria non può partecipare singolarmente alla gara, inoltre, al fine di tutelare le amministrazioni da eventuali turbative, sussiste l'obbligo per l'impresa ausiliaria di essere completamente terza a qualunque altra impresa concorrente che partecipasse alla medesima gara.

La dottrina si interroga sulla natura della responsabilità prospettando varie soluzioni. In linea generale vi sono due tendenze : una propende all'inquadramento nell'ambito della responsabilità contrattuale; l'altra invece propende alla responsabilità acontrattuale.

La tesi della responsabilità contrattuale contempla delle varianti al suo interno.

Una prima tesi ritiene che il rapporto che nasce tra ausiliario e concorrente sia ascrivibile alla responsabilità contrattuale<sup>9</sup>, e si ritiene che in virtù dell'impegno tra ausiliario e concorrente, si instauri un vero e proprio rapporto contrattuale sottolineando che si tratta di un presupposto

---

<sup>9</sup> Fracanzani

amministrativo alla procedura di gara e alla stipula del contratto definitivo. Pertanto l'avvalimento è il presupposto amministrativo della gara.

Se viene meno l'impegno dell'avvalso, l'avvalente non potrà far leva sui requisiti dell'articolo 49 perchè la dichiarazione di impegno è un presupposto amministrativo/negoziale del contratto.

Sempre nell'ambito della teoria contrattuale c'è chi sostiene che l'impegno assunto dal concorrente e dall'ausiliario, abbia la natura di contratto a favore di terzo, in cui il terzo sarebbe in questo caso la stazione appaltante, la tesi si è esposta a delle critiche fondate principalmente su rilievi di natura civilistica, in quanto il contratto a favore del terzo, previsto dall'articolo 1411 del codice civile presuppone che gli effetti del contratto siano indirizzati a favore del terzo. Sul punto è stato rilevato che nella ipotesi dell'avvalimento, la stazione appaltante non è il terzo verso il quale operano gli effetti del contratto di avvalimento.

La teoria contrattuale invece sottolinea e pone al centro dell'attenzione dei giuristi il fatto che la responsabilità nascente dal contratto di avvalimento sia riconducibile unicamente ad una previsione normativa e quindi è una responsabilità legale, che nasce da una previsione normativa.

La giurisprudenza amministrativa ed in particolare il TAR UMBRIA con sentenza n° 472 del 2007 afferma che si tratta di una responsabilità contrattuale, seppure accessoria, rispetto al vincolo tra stazione appaltante e aggiudicatario, e che nasce nel momento in cui l'ausiliario non assolve gli impegni presi, dichiarati e sottoscritti con il concorrente.

Un'altra tesi colloca la fattispecie della responsabilità da contratto di avvalimento nella disciplina della promessa unilaterale di cui all'articolo 1487 del codice civile e che le patologie del contratto di avvalimento debbano risolversi con la disciplina civilistica della promessa unilaterale.

Non manca in dottrina chi afferma che la genesi del contratto di avvalimento sia circoscritta al procedimento amministrativo<sup>10</sup> per l'espletamento della procedura di gara e quindi è lì che si colloca la sua natura contrattuale ovvero all'interno di un procedimento amministrativo, costituendo esso un vero e proprio subprocedimento all'interno della procedura di gara.

L'istituto per l'autore ha forti analogie con la promessa del fatto del terzo di cui all'articolo 1381 del codice civile e tuttavia sembra discostarsene almeno nella fase relativa alla partecipazione alla gara, se non anche in quella successiva alla esecuzione del contratto.

L'istituto civilistico dell'articolo 1381 sembra presentare difficoltà di adattamento<sup>11</sup> all'avvalimento in quanto presuppone un contratto già esistente tra due soggetti di cui uno, il promittente, garantisca il fatto di un terzo, il quale del tutto estraneo al contratto, assuma una obbligazione o tenga un determinato comportamento.

Nella vicenda dell'avvalimento, almeno nella fase di partecipazione alla gara, nessun contratto esiste tra la stazione appaltante e l'impresa concorrente; e inoltre il terzo estraneo alla gara si è già impegnato ad eseguire la prestazione nei confronti dell'impresa concorrente e questo ancora prima che questo impegno venga assunto anche nei confronti della stazione appaltante mediante la dichiarazione di cui al comma 2, lettera d) dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici.

La via più semplice sarebbe quella di considerare questo fenomeno come un contratto tipico nuovo. Ma vi osta il fatto che l'istituto dell'avvalimento è una fattispecie complessa, in cui il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente rappresenta soltanto una componente di essa, e neppure la più importante. Infatti la stessa legge non lo ritiene necessario quando l'obbligo dell'impresa ausiliaria a vincolarsi

---

<sup>10</sup> Consigliere di Stato Gianpaolo Cirillo.: l'avvalimento sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico.

<sup>11</sup> Cirillo : l'avvalimento tra sub procedimento e negozio giuridico. Sito della Giustizia amministrativa.

verso la stazione appaltante scaturisca dal vincolo giuridico derivante dalla sua appartenenza allo stesso gruppo societario di cui fa parte l'impresa concorrente (art. 49, comma 2 lettera g).

La promessa del fatto del terzo se si confronta con le norme positive di cui all'articolo 49, comma 2 lettera a, lettera d) e lettera f) e con la dinamica dell'avvalimento ci si rende conto che lo "schema di base" dell'avvalimento si conforma allo stesso schema dell'istituto di cui all'articolo 1381 del codice civile.

Ciò che viene in rilievo con l'avvalimento è un'attività documentale ed un'attività negoziale, la seconda precede la prima in ordine di tempo.

Essi vanno inseriti nella giusta sequenza: negoziale, da un lato, e sub procedimentale dall'altro. Infatti la dichiarazione di avvalimento apre contemporaneamente entrambe le sequenze.

L'avvalimento ha come centro la dichiarazione di avvalimento dell'impresa partecipante, che, aprendo la serie sub procedimentale e la serie negoziale, si modella sulla struttura di base della promessa del fatto del terzo.

## **6. L'avvalimento ed il subappalto.**

Con il primo correttivo al codice dei contratti al comma 10 dell'articolo 49 si stabilisce che : "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati". La novità sostanziale rispetto alla versione originaria consiste 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. In primo luogo occorre procedere ad una lettura sistematica dei commi precedenti e successivi al comma 10.

Il comma 2 lettera f) stabilisce la norma che l'impresa concorrente debba produrre il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga verso



l'impresa concorrente a fornire i propri requisiti e a metter a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto.

Il primo punto che va chiarito è se il contratto di cui all'articolo 49, comma 2 lettera f) coincida con il contratto di subappalto.

Una certa dottrina<sup>12</sup> ritiene di no, stante ad una interpretazione letterale dell'articolo 49 comma 10, perché il ruolo di subappaltatore non si traduce tuttavia in un obbligo, la norma lascia facoltà in tal senso.

Il ruolo di subappaltatore non può essere inteso come un modello tipico in cui si estrinseca il rapporto tra concorrente e impresa ausiliaria, quanto piuttosto come mera possibilità che tuttavia lascia spazio a forme diverse dal subappalto.

Nella ipotesi di coesistenza di avvalimento e subappalto vengono in rilievo dei profili di compatibilità tra avvalimento e subappalto.

La questione riveste dei profili di complessità in relazione al regime vincolistico che nel nostro ordinamento caratterizza il subappalto.

L'articolo 118 del codice dei contratti, che riproduce le norme previgenti nel nostro ordinamento – prevede infatti numerosi vincoli e condizioni che limitano l'utilizzo dell'istituto.

Basti ricordare : è sottoposto all'autorizzazione della stazione appaltante; non può superare il 30% dell'importo dei lavori.

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 avvalimento. La questione è estremamente delicata stante i rilievi penali che potrebbe sollevare, considerato che la disciplina del subappalto è considerata di ordine pubblico.

---

<sup>12</sup> Roberto Mangani

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 esclusivamente all'impresa appaltatrice e resta estraneo al rapporto con il committente. In base invece al comma 4 dell'articolo 49 del codice, qualora il subappalto si inserisca nell'ambito di un rapporto di avvalimento, l'impresa ausiliaria/subappaltatrice risponde in solido anche nei confronti della stazione appaltante.

Questa diversità di disciplina su un profilo così importante come il regime di responsabilità potrebbe indurre a considerare il subappalto nell'ambito dell'avvalimento un subappalto speciale che lo rendono distinto dal subappalto ordinario.

Le conseguenze di una tale impostazione sarebbero rilevanti. Prima fra tutte, per il subappalto operante nell'ambito dell'avvalimento, non varrebbero le limitazioni di cui all'articolo 118 del codice dei contratti pubblici. sotto questo profilo la conclusione trova la sua rispondenza nella formulazione del comma 10. sembra quindi che l'unico limite che incontra il subappalto ,nell'ambito dell'avvalimento, sia costituito dai "requisiti prestati". Proiettata la questione nell'ambito dei lavori pubblici, ove la qualificazione SOA è utilizzata per le opere di specializzazione e alle classifiche di iscrizione, condurrebbe ad una conseguenza aberrante permettendo la deroga alla normativa ordinaria del limite quantitativo del 30%. Si deve tuttavia considerare che l'avvalimento è un istituto innovativo che impone di ripensare le categorie generali a cui gli operatori del settore erano abituati a misurarsi.

## **6. L'avvalimento al vaglio della Corte Costituzionale (sentenza n°160 del 2009)**

La regione Campania nel disciplinare al materia degli appalti con propria legge aveva eliminato la possibilità di applicare l'avvalimento per gli appalti sottosoglia. In un giudizio di legittimità sulla legge della regione Campania sollevata dalla presidenza del Consiglio dei Ministri, lo Stato rivendica propri spazi e solleva la questione di competenza esclusiva dello Stato in violazione dell'articolo 117 in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento dei diritti civili.

La Corte Costituzionale, con precedente sentenza n°401 del 2007, e 411 del 2008, aveva precisato che “pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi desumibili dal Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato”. Aggiunge infine : “ anche un appalto sottosoglia può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale”. L'istituto dell'avvalimento, afferma la Corte, presenta alcuni aspetti che sono riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in quanto materia a tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117 lettera m), perché la sua applicazione consente di ampliare la platea dei concorrenti; altre implicazioni dell'avvalimento invece hanno una ricaduta sulla materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 117, lettera L).

Per tali motivazioni la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la questione di legittimità sollevata dallo Stato in ordine all'articolo 27 ,comma 1 lettera L della regione Campania che impediva l'applicazione dell'avvalimento negli appalti sotto soglia.

## **7. Posizioni critiche sull'istituto dell'Avvalimento**

Pur nella consapevolezza che l'istituto sia di recente introduzione ed applicazione nell'ordinamento italiano non si può prescindere dai giudizi di valore che su di esso si sono enunciati.

Si ritiene che sia gli operatori economici che le stazioni appaltanti non siano pronti e preparati ad applicare in modo maturo e consapevole l'istituto.

Il diritto all'avvalimento dei requisiti apre scenari nuovi e non opportunamente ponderati dal diritto comunitario che pur di tutelare la concorrenza dimentica di effettuare e di prospettare le conseguenze di simili istituti soprattutto all'interno dello Stato italiano condizionato fortemente a prevenire ogni forma di criminalità organizzata nelle commesse pubbliche.

Parte della dottrina rileva che : *l'obiettivo della tutela della concorrenza sia fallito proprio a causa dell'eccesso di misure concorrenziali, le quali pongono le stazioni appaltanti in condizione deteriori rispetto a quelle in cui si troverebbe un qualsiasi imprenditore medio nella scelta del suo contraente.*

***La corsista***

***Dott.ssa Carolina Ferro***

