

L'avvalimento nei lavori pubblici

Un istituto equivoco che necessita di un urgente ripensamento legislativo

avv. Cesare Loria

Direttore centrale ANCE

Nella sua configurazione generale essenziale, l'avvalimento può essere definito come l'istituto per effetto del quale un operatore economico sprovvisto dei requisiti richiesti dal bando per la partecipazione ad una gara di appalto può soddisfarli (e perciò concorrere alla gara ed eventualmente acquisire l'appalto) avvalendosi, a determinate condizioni, dei requisiti di altra impresa, definita come impresa ausiliaria, che rimane formalmente estranea al rapporto contrattuale.

L'istituto trova la sua genesi nella giurisprudenza comunitaria e nazionale e poi

la sua formale regolamentazione nelle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004, recepite nel nuovo codice degli appalti approvato con D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163.

L'analisi della giurisprudenza da cui ha preso le mosse il successivo assetto normativo presenta particolare importanza per verificare la ratio giuridica e pragmatica che inizialmente sorreggeva il nuovo istituto ed analizzare se tale ratio è stata compiutamente recepita nella vigente disciplina legislativa.

Punto di partenza è la nota sentenza della Corte di giustizia n. 389/92 sul caso

L'avvalimento può essere definito come l'istituto per effetto del quale un operatore economico sprovvisto dei requisiti richiesti dal bando per la partecipazione ad una gara di appalto può soddisfarli avvalendosi, a determinate condizioni, dei requisiti di altra impresa, definita come impresa ausiliaria, che rimane formalmente estranea al rapporto contrattuale.

Ballast, nella quale veniva affermato il principio che il concorrente poteva fare affidamento, e perciò avvalersi ai fini della partecipazione alla gara, non soltanto dei propri specifici requisiti, ma anche di quelli delle imprese della holding cui apparteneva

La giurisprudenza nazionale in alcune pregevoli pronunzie confermava l'impostazione comunitaria, postulando che tra l'impresa avvalente e quella avvalsa vi fosse una situazione di sostanziale collegamento al punto che esse potessero essere considerate componenti di una holding e perciò di un centro di interessi unitario (CS,V, 25-3-2002, n. 1965).

Altro indirizzo giurisprudenziale si muoveva in un senso diverso, prescindendo dall'appartenenza alla stessa holding e richiedendo, quale unico presupposto per l'operatività dell'avvalimento, che il concorrente desse prova di disporre effettivamente, e perciò in concreto, dei mezzi dell'impresa ausiliaria di cui essa era carente (e perciò macchinari, attrezzature, personale specializzato, ecc.) (C.S.VI, 20-12-2004, n. 8145; TAR Lazio, III Ter 28-8-2006, n. 7515).

I due indirizzi giurisprudenziali ora ricordati partivano da presupposti diversi ma entrambi quanto mai concreti: il primo richiedeva l'appartenenza alla stessa holding nella (ovvia) presunzione che questa costituisse un "unicum" imprenditoriale con interesse diretto ad adempiere correttamente alle obbligazioni dell'impresa facente parte del gruppo; il secondo richiedeva che il concorrente desse



prova concreta della effettiva disponibilità dei mezzi dell'ausiliaria e non soltanto in sede di partecipazione alla gara, ma anche in fase di esecuzione dell'appalto per la ovvia considerazione che sarebbe del tutto singolare che un ente appaltante richieda la prova di un requisito operativo essenziale in sede di gara ma poi si disinteressa della sua esistenza nella fase di adempimento dell'obbligazione che è quella in cui si realizza l'interesse concreto perseguito.

È quanto mai importante, nell'analisi dell'istituto legislativo dell'avalimento, tenere costantemente presenti tali impostazioni giurisprudenziali in ragione della loro idoneità a costituire criteri interpretativi di significativa rilevanza pragmatica.

Esse, inoltre, danno conto con immediatezza dell'interesse perseguito: per un verso questo consiste nella volontà di ampliare le possibilità di assunzione dell'appalto (e la connessa responsabilità) da parte della holding e perciò del gruppo imprenditoriale di cui l'impresa fa parte; per altro verso consiste nella volontà di ampliare le potenzialità del singolo appaltatore, consentendogli di avvalersi dei requisiti di altro appaltatore al fine dell'assunzione di un appalto che altrimenti gli sarebbe precluso. Ma allorché si passa dal piano delle (lodevoli) enunciazioni di principio a quello dell'analisi del diritto positivo e dei concreti dubbi che esso determina, il discorso assume connotati assai più delicati e problematici.

L'avalimento è disciplinato dalla direttiva comunitaria n. 2004/18 in modo assai scarno: questa, all'art. 47, comma 2, e all'art. 48, comma 3, si limita a stabilire che un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di un altro a condizione che dimostri che disporrà dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto messi a disposizione dal primo. Un punto è perciò sicuro: non è sufficiente l'impegno, ma è necessaria la messa a disposizione concreta per tutta la durata dell'appalto dei requisiti necessari (si

L'avalimento è disciplinato dalla direttiva comunitaria n. 2004/18 in modo assai scarno: questa, all'art. 47, comma 2, e all'art. 48, comma 3, si limita a stabilire che un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di un altro a condizione che dimostri che disporrà dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto messi a disposizione dal primo.



parli di un macchinario indispensabile per l'espletamento di una certa tipologia di servizio).

La stessa direttiva comunitaria all'art. 52, nello stabilire che gli stati membri possono instaurare elenchi ufficiali di imprenditori, afferma che le condizioni di iscrizione a questi devono essere adeguate alla disciplina dell'avalimento di cui agli artt. 47, comma 2 e 48, comma 3.

Ora, come è noto, nella materia dei lavori pubblici esistono nel nostro paese tali elenchi ufficiali costituiti dal sistema di qualificazione SOA disciplinato dal D.P.R. n. 34/2000.

Il nostro legislatore agli artt. 49 e 50 del Codice ha recepito e disciplinato entrambe le forme di avalimento comunitarie e cioè quella gara per gara e quella in sede di qualificazione SOA.

Tale scelta legislativa desta perplessità sia per considerazioni di ordine strettamente giuridico che di ordine pragmatico.

Infatti, allorché è previsto che nei casi in cui sussista un sistema di qualificazione

regolamentato (quello del D.P.R. n. 34/2000) esso debba essere adeguato ai principi ed alle regole dell'avalimento gara per gara, ciò sta a significare che quell'adeguamento assorbe e fa proprie le regole dell'avalimento, appunto, gara per gara che perciò non ha ragion d'essere come istituto autonomo.

In altri termini, l'adeguamento del sistema di qualificazione ai principi dell'avalimento gara per gara rende quest'ultimo superfluo (e foriero di confusione sul piano operativo) in quanto recepito ed attuato nel primo.

Ma al di là di tali considerazioni critiche (che avrebbero dovuto condurre il nostro legislatore a recepire in materia di lavori pubblici esclusivamente l'avalimento in sede di qualificazione SOA), resta il fatto che sono state recepite e sono operanti entrambe le forme di avalimento, il cui esame determina non pochi dubbi sul piano della rigorosa analisi civilistica dell'istituto.

Per quanto concerne l'avalimento gara per gara di cui all'art. 49, in materia di lavori pubblici, questo consiste nella fruizione dell'attestazione SOA di altro soggetto (art. 49, comma 1). Ciò sta a significare che nella materia dei lavori va escluso che l'avalimento possa riguardare un singolo requisito necessario per l'attestazione SOA (esempio: le attrezzature), ma debba invece riguardare la qualificazione SOA nella sua interezza considerata, per una specifica categoria e classifica.

Al fine di coglierne i profili critici è opportuno evidenziare i tratti essenziali della disciplina dell'avalimento gara per gara che possono così riassumersi: a) l'impresa ausiliaria resta formalmente estranea sia alla gara sia al contratto; b) l'impresa ausiliaria deve però assumere l'obbligo formale sia verso l'impresa appaltatrice sia verso la stazione appaltante di mettere a disposizione della prima tutte le risorse oggetto dell'avalimento di cui il concorrente è carente e per tutta la durata dell'appalto; c) l'impresa ausiliaria è responsabile in solido

nei confronti dell'ente appaltante delle prestazioni oggetto del contratto.

Tale costruzione sul piano civilistico determina notevoli perplessità sia per quanto concerne la costruzione giuridica, sia sul piano pragmatico.

Sotto il primo profilo occorre ricordare che nel nostro ordinamento, allorché si parla di responsabilità solidale, si intende responsabilità solidale nell'adempimento dell'obbligazione principale, e soltanto eventualmente responsabilità risarcitoria, nel caso di inadempimento che arrechi danni alla controparte. Ne consegue che nel nostro caso l'impresa ausiliaria è corresponsabile nell'adempimento dell'obbligazione come peraltro confermato dal dato testuale del 4° comma dell'art. 49 secondo cui è responsabile in solido "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

A questo punto emerge con evidenza una contraddizione: da una parte si dice che l'impresa ausiliaria resta estranea al contratto, e dall'altra si dice invece che deve assumere l'impegno verso la stazione appaltante di mettere a disposizione dell'appaltatore le risorse necessarie con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante. Sembra in verità trattarsi di una "fictio juris" o meglio di un artificio giuridico, visto che l'impresa ausiliaria formalmente resta estranea ai rapporti di appalto, ma sostanzialmente ne è coinvolta in pieno con l'assunzione degli obblighi di cui prima si è detto, ed in primis della responsabilità solidale nell'adempimento dell'obbligazione principale.

L'unico modo per tentare in una qualche misura di restituire coerenza giuridica alla costruzione normativa è quello di considerare l'avvalimento come una messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'impresa concorrente, dell'azienda, intesa quest'ultima come il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art.

È auspicabile, in sede di decreti correttivi al codice, un ripensamento legislativo che, relativamente alla materia dei lavori, elimini l'avvalimento gara per gara, essendo sufficiente l'avvalimento in sede di qualificazione SOA a garantire il corretto recepimento delle direttive comunitarie nonché la realizzazione degli interessi che con tale istituto si intendono perseguire.

2555 cod. civ.). Su tale presupposto l'impresa ausiliaria, quale persona giuridica, assume l'obbligo di mettere a disposizione dell'appaltatore la sua azienda e, cioè, mezzi, tecnici e maestranze necessari ad assicurare l'esecuzione dei lavori. Ma anche tale costruzione non è del tutto soddisfacente poiché, essendo l'impresa ausiliaria (arg. ex art. 49, comma 4) responsabile in solido, risulta davvero difficile considerarla, in quanto persona giuridica, estranea al rapporto contrattuale.

Proseguendo comunque nel tentativo di razionalizzare la figura normativa si può con larga approssimazione affermare che con l'avvalimento l'impresa ausiliaria (verso corrispettivo o gratuitamente) mette a disposizione dell'impresa appaltatrice la sua azienda per tutta la durata dell'appalto assumendo ex lege una serie di obbligazioni tra cui in primo luogo quella della solidarietà.

Si tratta di contratto atipico non assimilabile all'affitto di azienda (art. 2558 cod. civ.) nel quale non è prevista solidarietà tra locatore e conduttore ed il locatario subentra nei contratti stipulati dal locatore per l'esercizio dell'azienda.

Sul piano pragmatico rilevano difficoltà non indifferenti, considerato che non è

certo agevole per l'ente appaltante controllare che l'azienda dell'ausiliaria sia presente in cantiere ed operi per tutta la durata dell'appalto con riferimento alle prestazioni oggetto della qualificazione SOA di cui il concorrente è carente. Nella pratica avverrà che l'amministrazione dovrà basarsi esclusivamente sull'impegno assunto in fase di gara, non essendo in condizione nella fase dell'esecuzione dei lavori di controllare l'effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria alla fase operativa. Situazione questa totalmente diversa da quella che si produce nelle associazioni temporanee di imprese dove la partecipazione diretta di tutte le imprese associate all'esecuzione dei lavori determina la agevole possibilità per l'ente appaltante di controllare la loro effettiva partecipazione all'appalto, sia con controlli in loco sia attraverso l'esame delle relative fatturazioni.

Come si vede, l'avvalimento gara per gara, così come oggi disciplinato nel diritto positivo, presenta sensibili controindicazioni e rischi, consistenti essenzialmente nell'eventualità che un appaltatore privo dei necessari requisiti possa avvalersi di altri soggetti che poi resteranno di fatto estranei all'esecuzione dei lavori. Vero è che l'esistenza della previsione della responsabilità solidale costituisce serio deterrente a situazioni di tal genere elusive delle regole del mercato, ma è altrettanto vero che l'esperienza dimostra l'insufficienza di tali forme di deterrenza e la necessità di garanzie certe ex ante in ordine all'idoneità dell'operatore economico che in concreto realizza l'interesse della collettività. Le amministrazioni potranno porre un argine alla predetta paventata possibilità avvalendosi della previsione di cui al comma 7 dell'art. 49 che consente di predeterminare nel bando di gara una percentuale di requisiti che l'impresa concorrente deve comunque possedere con la conseguenza che l'avvalimento

potrà essere attuato esclusivamente ai fini dell'integrazione dei requisiti non posseduti.

Sul piano logico tale esigenza avvertita dal legislatore (e che presumibilmente costituirà prassi generalizzata da parte degli enti appaltanti) di predeterminare rimedi a possibili abusi rivela tutte le lacunosità e le incertezze connesse all'istituto in esame.

Viene a questo punto da chiedersi se l'avvalimento gara per gara, alla luce di quanto si è detto, possa risultare utile nel nostro ordinamento, considerata l'esistenza nello stesso della figura giuridica dell'associazione temporanea di imprese ormai sperimentata da quasi un trentennio.

Secondo un canone tipico di tutte le questioni giuridiche, occorre fare riferimento all'identificazione dell'interesse dell'ausiliaria visto che, a differenza di quanto avviene nelle ATI, l'estraneità di essa al contratto dovrebbe escludere che le possa essere rilasciato il certificato di avvenuta esecuzione dei lavori ai fini della qualificazione SOA o dell'accrescimento della stessa. Si potrebbe obiettare che sussiste l'interesse economico al corrispettivo per la messa a disposizione dell'azienda, ma tale interesse recede ed assume rilievo residuale, laddove si consideri che attraverso l'istituto dell'associazione temporanea si ottengono gli stessi risultati con crescita dell'impresa associata in prima persona e sua rilevanza diretta nei confronti del soggetto appaltante.

Ciò che si vuol dire è che, su tali presupposti, l'istituto dell'avvalimento gara per gara in materia di lavori sembra presentare più controindicazioni che non profili di utilità. Si può presumere che esso non avrà larga applicazione, non sussistendo l'interesse concreto dell'ausiliaria e sussistendo invece un'istituto affine, e cioè, quello dell'associazione temporanea, che contempera in modo razionale l'interesse trilatero e convergente dell'impresa associata, dell'impresa associante e dell'amministrazione, e ciò tra l'altro con



conseguenze analoghe visto che in entrambi gli istituti è prevista la responsabilità in solido.

Assai meglio disciplinato risulta l'istituto dell'avvalimento in sede di attestazione SOA di cui all'art. 50 del codice. La disciplina di dettaglio viene demandata all'emanando regolamento di attuazione, mentre il codice stabilisce alcuni principi essenziali consistenti nel fatto che, per ottenere l'attestazione dell'avvalimento dalla SOA, l'impresa appaltante e l'impresa ausiliaria: a) devono essere in un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del cod.civ.; b) hanno l'obbligo di dimostrare che l'ausiliaria metterà a disposizione dell'avvalente le risorse necessarie per l'intero periodo di validità dell'attestazione SOA; c) hanno l'obbligo di comunicare tempestivamente alla SOA ogni circostanza che possa far venire meno la messa a disposizione delle risorse da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'impresa appaltatrice. Non sfuggirà come due sono i dati caratterizzanti di questa forma di avvalimento e, cioè, il controllo da parte della SOA circa l'effettiva messa a disposizione delle risorse per tutta la durata dell'attestazione e l'appartenenza delle due imprese al medesimo gruppo. Quest'ultimo presupposto (non previsto inspiegabilmente nell'avvalimento gara per gara) riempie di significato sostanziale l'interesse all'avvalimento in ragione del fatto che condizione per la sua attuazione è l'esistenza di una holding, considerata come un centro di interessi unitario, che in quanto tale ha piena convenienza

ad eseguire correttamente i lavori col coinvolgimento reale di tutte le imprese interessate, ripercuotendosi, in caso di esiti negativi, i risultati di bilancio dell'una su quelli dell'altra e sul bilancio consolidato dell'intera compagine.

Anche dal punto di vista logico-operativo l'istituto, in questi termini, risulta più concretamente ancorato a reali esigenze imprenditoriali e per altro verso congegnato in modo da precostituire ex ante serie garanzie per il pubblico interesse perseguito. In buona sostanza si ha l'assimilazione, per quanto concerne la partecipazione alle gare, tra l'impresa persona giuridica e la holding, che pur non avendo soggettività giuridica, di fatto viene considerata come un centro unitario di interessi per gli strettissimi legami intercorrenti tra i suoi componenti.

Per le considerazioni sviluppate è auspicabile, in sede di decreti correttivi al codice, un ripensamento legislativo che, relativamente alla materia dei lavori, elimini l'avvalimento gara per gara, essendo sufficiente l'avvalimento in sede di qualificazione SOA a garantire il corretto recepimento delle direttive comunitarie nonché la realizzazione degli interessi che con tale istituto si intendono perseguire. Ove, al contrario, vengano mantenute entrambe le forme di avvalimento si può ragionevolmente presumere che la prima, e cioè quella gara per gara, da un lato, abbia scarse possibilità di applicazione e dall'altro, possa determinare situazioni elusive delle regole sulla idoneità ad assumere appalti pubblici.