

L'Istituto dell'avvalimento

Il ruolo dell'avvalimento nella giurisprudenza nazionale e nelle pronunce dell'autorità di vigilanza. Normative, direttive e leggi che regolano l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni

Avv. Maria Cristina Marchegiani*

L'istituto dell'avvalimento trae origine dalla giurisprudenza comunitaria (sent. "Ballast" Corte di Giustizia delle Comunità europee 14 aprile 1994 Causa C-389/92) che in un caso di qualificazione a una gara stabilì che si potesse tener conto dei requisiti appartenenti ad altra società componente il raggruppamento, purché venisse provato di aver effettivamente a disposizione i mezzi della società necessari per l'esecuzione dell'appalto. Solo più tardi l'avvalimento è stato regolato dal diritto comunitario agli artt. 47 e 48 della Direttiva n. 18/2004/CE e all'art. 54 della Direttiva n. 17/2004/CE e poi recepito nel nostro ordinamento attraverso il Codice appalti (D.lgs. 163/06). La normativa sull'avvalimento ha lasciato comunque aperti molti interrogativi che nel corso del tempo sono stati colmati e correttamente interpretati dalla giurisprudenza amministrativa nazionale.

L'avvalimento è disciplinato all'art. 49 del D.lgs. 163/06 il quale dispone che si ricorre a tale istituto quando un concorrente, per poter partecipare a una gara di lavori, servizi, forniture e soddisfare il possesso dei requisiti di

capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa, deve far affidamento sulla capacità ovvero sui requisiti di altri soggetti. L'articolo 49 del Codice subordina l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento alla presenza di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. L'importanza di una dichiarazione di impegno da parte dell'impresa ausiliaria è stata confermata anche dalla giurisprudenza del Tar Piemonte, che con sentenza n. 430 del 17 marzo 2008, ha stabilito che l'impresa partecipante ad una gara pubblica, nel caso in cui ricorra all'istituto dell'avvalimento, ex art. 49 D.lgs. 163/06, deve dimostrare sulla base di un titolo giuridico di disporre effettivamente dei requisiti di cui intende avvalersi. Nella fattispecie un consorzio era stato legittimamente escluso, secondo il Tar, per avere solo dichiarato di avvalersi, per il possesso dei requisiti, della società consorziata, senza dimostrare l'effettiva possibilità giuridica di utilizzare la capacità

finanziaria, economica e tecnica di terzi.

Alla luce della giurisprudenza comunitaria si rende necessario ai fini della partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 49 del D.lgs. 163/09, il contratto di avvalimento (in originale o copia autentica), anche se la normativa non richiede una particolare forma di contratto. Sul punto si è espressa di recente, con posizioni contrastanti, la giurisprudenza del Tar e del Consiglio di Stato. Inizialmente il Tar Lazio, con sentenza n. 3637 del 30 aprile 2008 aveva affermato che è sufficiente a legittimare l'avvalimento la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria nei confronti del concorrente, senza che sia necessario uno specifico contratto. Tale orientamento giurisprudenziale si attribuiva al fatto che l'ordinamento italiano non prevede uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese, tale contratto pertanto, secondo i giudici, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, anche con semplice dichiarazione delle parti. Successivamente il Consiglio di Stato (sent. 743 del 10 febbraio 2009), ribaltando la sentenza del Tar Lazio, ha ritenuto il contratto di avvalimento requisito necessario a pena di esclusione dalla gara. Secondo il Consiglio di Stato (sent. n. 743) la legittimità dell'esclusione è da rinvenire oltre che nella normativa all'art. 49 del D.lgs. 163/06, agli artt. 47 e 48 Direttiva n. 18/2004/CE e all'art. 54 Direttiva n. 17/2004/CE, anche nella passata giurisprudenza secondo cui il partecipante

alla gara deve dimostrare di disporre effettivamente dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa del soggetto di cui intende avvalersi (V. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1856 del 22 aprile 2008). Secondo i giudici pertanto la dichiarazione di semplice impegno a mettere a disposizione del concorrente (senza precisarne le generalità) i propri requisiti non può ritenersi univoca. L'importanza del contratto di avalimento è riscontrabile non solo tra impresa concorrente e impresa esterna alla gara, ma anche nel caso di imprese appartenenti al medesimo raggruppamento. Si è pronunciata in merito l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che, con parere n. 34 dell'11 marzo 2009, ha rilevato come, anche nel caso di avalimento all'interno di un raggruppamento, è comunque necessaria l'esibizione di un atto giuridico costitutivo del rapporto di avalimento. Secondo l'Autorità anche nel contesto di un raggruppamento deve essere data in via specifica la prova dell'effettiva disponibilità, da parte di un'impresa del raggruppamento medesimo, dei mezzi/risorse necessari di cui è carente; non può quindi ritenersi sufficiente il mero e ordinario mandato collettivo, che è alla base della costituzione di un RTI. Sempre in tema di raggruppamenti il parere dell'autorità n. 34/09 ha affrontato il problema della dichiarazione della mandataria di avvalersi di un requisito posseduto dalla mandante e quindi da un'impresa facente parte dello stesso raggruppamento. L'Autorità ha ritenuto legittimo il ricorso all'avalimento anche in questo caso, proprio in virtù del richiamato disposto degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per cui un concorrente, singolo o raggruppato, può fare affidamento sui requisiti di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (cfr.: Cons. Stato, Sez.

V, 5 luglio 2007, n. 3814 e TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820). Pertanto, ha precisato l'Autorità, "la pretesa preclusione che deriverebbe dall'art. 49, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui stabilisce che - in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, ... che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti - non può essere condivisa, ritenendosi più corretto che il suddetto divieto venga inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, e quindi siano entrambe presentatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa facciano parte di uno stesso raggruppamento, e quindi presentino un'unica offerta facendo capo ad un medesimo centro di interessi (in tal senso anche Tar Lazio, Roma, 4820/08)". Da queste considerazioni emerge il principio generale per cui non è rilevante il rapporto giuridico esistente tra l'impresa che utilizza l'istituto dell'avalimento e quella che presta i requisiti; gli unici limiti posti dal Codice consistono nell'impossibilità di avvalersi della stessa impresa da parte di due diversi concorrenti e che l'impresa ausiliaria e quella avvalsa partecipino alla stessa gara (salvo il caso di raggruppamento). Su tale argomento si è pronunciato di recente il Consiglio di Stato (sent. 1589 del 17 marzo 2009) dichiarando che la non rilevanza dei rapporti intercorrenti tra le imprese deve essere attribuita al fatto che l'avalimento non serve per arricchire le capacità di un partecipante ma, al contrario, è stato previsto per consentire alle imprese sprovviste di requisiti minimi di concorrere a un bando di gara. La sentenza 1589/09 merita inoltre di essere ancora citata relativamente ad un caso di raggruppamento di

imprese in cui uno dei due componenti un consorzio nella veste di mandatario, si era avvalso di più imprese ausiliarie allo scopo di dimostrare il requisito del fatturato in lavori. Secondo il Consiglio di Stato tale fattispecie non può legittimare l'esclusione del raggruppamento, ex art. 49 co. 6 D.Lgs. 163/06, in quanto l'indicazione di tre imprese ausiliarie deve essere intesa come alternativa e non cumulativa. Poi, dal punto di vista pratico si era constatato che solo l'apporto di una delle imprese aveva contribuito al superamento del requisito minimo, lasciando irrilevante l'indicazione delle altre due. Altro problema da affrontare è il momento di presentazione della dichiarazione di avalimento. In mancanza di espresso riferimento nel codice appalti, è intervenuto il Tar dell'Emilia Romagna che, con sentenza del 14 febbraio 2008 n. 219, ha affrontato il tema della dichiarazione di avalimento in sede di gara rispetto alla possibilità di integrare tale dichiarazione in una fase successiva. Al riguardo i giudici hanno stabilito che la dichiarazione di avalimento deve essere resa, per motivi di par condicio, in sede di partecipazione alla gara e deve essere corredata da apposita documentazione attestante il possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria e l'obbligo, nei confronti del concorrente, di fornire i requisiti e le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, elementi, questi ultimi, che non possono essere oggetto di integrazione successiva all'offerta. Per quanto riguarda la predisposizione, da parte della stazione appaltante, di clausole del bando riferite all'avalimento, dobbiamo rilevare una mancata uniformità nella redazione di bandi in quanto non sempre viene richiamato tale istituto. Il problema è quindi se, in assenza di un richiamo all'avalimento, sia pacifico utilizzare questo strumento. Comunque, nel silenzio della legge riguardo a tale

problematica, si è pronunciata la giurisprudenza del Tar Piemonte (n. 2218 del 22 maggio 2007) e del Consiglio di Stato (n. 3499 dell'11 luglio 2008) che ha ritenuto legittimo il ricorso a tale istituto anche se non indicato nel bando. In particolare, per i giudici del Tar "l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti finanziari di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso". Pertanto se nel bando non si richiamano le norme del Codice dei contratti sull'avvalimento (si tratta degli articoli 49 e 50), ciò non impedisce ai concorrenti di utilizzarlo e di partecipare facendosi "prestare" i requisiti di altri soggetti che li mettono a loro disposizione. Lo stesso orientamento è stato confermato dal Consiglio di Stato il quale, con sentenza n. 3499/08, ha affermato che, anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, le imprese possono ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'avvalimento parziale verticale. Secondo i giudici, infatti, dato che l'avvalimento ha portata generale nel diritto comunitario, 'un comunicato emesso dalla stazione appaltante che ribadisca tale concetto non può che rappresentare un mero chiarimento che non integra affatto la lex specialis di gara'. Interessante è anche il caso concernente l'applicazione dell'istituto nell'ambito dell'appalto integrato, laddove manchi una espressa previsione nel bando di gara.

Nella fattispecie il Tar Lazio (sent. n. 10565 del 24 novembre 2008) facendo riferimento all'articolo 53, terzo comma del codice dei contratti, peraltro non ancora applicabile in base al terzo decreto correttivo che ha espressamente stabilito che fino all'entrata in vigore del regolamento si debba applicare ancora la disciplina di cui all'articolo 19 della Legge Merloni, ha affermato che

l'avvalimento permette agli operatori economici che non possiedono i requisiti progettuali stabiliti nel bando di gara relativamente alla progettazione esecutiva, di "avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta", in alternativa alla possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

Nel caso in questione il ricorrente sosteneva che, in base al bando di gara (che non prevedeva l'avvalimento), l'impresa avrebbe dovuto o possedere la certificazione SOA per progettazione e costruzione, oppure costituire un raggruppamento con il progettista in possesso dei requisiti. Il Tar non ha concordato con questa tesi affermando invece che l'espressione "avvalersi", di cui all'art. 53 del d.lgs. 163/06, deve essere "letta in relazione all'art. 49 del codice e agli artt. 47 e 48 della dir. 2004/18 che consente al concorrente, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto". Per i giudici è risultato poi ininfluente e irrilevante che nel bando di gara non fosse stata richiamata la norma sull'avvalimento: da tale mancata indicazione, hanno detto i giudici, non può farsi discendere l'impossibilità per i concorrenti di utilizzare l'istituto di derivazione comunitaria perché le clausole della lex specialis (bando) non possono essere interpretate prescindendo dalla vincolatività diretta delle norme, anche se non richiamate.

Ciò vale soprattutto se l'interpretazione di previsioni del bando appare incompleta o poco chiara; in questi casi la loro interpretazione non può determinare una restrizione alle posizioni soggettive dei concorrenti, cosiccome sono direttamente riconosciute dalla normativa.

Nel merito possiamo quindi affermare

che l'istituto dell'avvalimento sia ormai ampiamente utilizzato in tutti i contratti di appalti. Anche nel caso di una disciplina speciale come quella dei beni culturali, l'avvalimento è stato ritenuto applicabile dal Tar Veneto. In particolare il Tar (sent. 3451 del 6 novembre 2008) ha precisato che l'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 non reca al suo interno la previsione di deroghe alla sua applicazione per quanto segnatamente attiene alla titolarità a svolgere le lavorazioni della categoria: né potrebbe essere altrimenti, trattandosi di istituto espressamente recepito nelle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE a seguito di varie pronunce della Corte di Giustizia CE che ne hanno affermato la tutela quale esplicitazione del diritto comunitario alla libera concorrenza'. Inoltre, hanno affermato i giudici, ciò che rileva, 'ai fini della corretta aggiudicazione del contratto, è che l'Amministrazione appaltante abbia piena contezza della disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento'. Secondo i giudici pertanto l'avvalimento, ex art. 49, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 si identifica, per il caso di specie, 'nella fruizione della propria attestazione SOA che un soggetto accorda a un altro, ciò significa che nella materia dei lavori l'avvalimento non riguarda un singolo requisito necessario al fine del rilascio dell'attestazione SOA (ad es., le attrezzature), ma riguarda la qualificazione SOA nella sua interezza'. In conclusione, quel che rileva da questa analisi è il considerevole apporto da parte della giurisprudenza nazionale all'interpretazione della normativa sull'avvalimento; tuttavia, anche se la giurisprudenza ha affrontato varie problematiche in materia, non mi sembra si possa considerare concluso il suo intervento in quanto l'istituto lascia spazio a diversi dubbi di interpretazione che aumentano con la prassi.

* *Uff. legislativo OICE*