

**La disciplina dell'avvalimento <<gara per gara>>
nel nuovo regolamento: la confusione aumenta**

di Massimo Gentile¹

1. L'avvalimento è trattato all'**articolo 88 del regolamento**, il quale, al primo comma, fornisce alcuni ragguagli in ordine al contenuto del contratto di avvalimento per la partecipazione ad una singola gara.

Invero, l'articolo 49 del Codice, recante la disciplina dell'avvalimento ai fini della partecipazione alla gara, non contempla alcun rinvio in sede regolamentare per eventuali indicazioni di dettaglio. Il legislatore regolamentare ha comunque ritenuto di dover chiarire alcuni aspetti.

In particolare, è precisato che il contratto di cui all'articolo 49 comma 2 deve riportare, "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente*", l'oggetto, ossia le "*risorse e i mezzi prestati in modo specifico ed esauriente*", la durata del contratto e "*ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento*".

Analizziamo nel merito ciascuno dei predetti elementi, al fine di comprendere cosa materialmente debba essere inserito in contratto e, soprattutto, quali siano le conseguenze della mancata indicazione.

2. Per ciò che concerne l'**oggetto del contratto**, appare chiaro l'intento del legislatore, il quale - al di là del generico obbligo dell'ausiliario di mettere a disposizione dell'impresa che concorre alla gara le "**risorse necessarie**" che, ai sensi dell'articolo 49 comma 2 lett. f) del Codice, deve essere inserito nel contratto di avvalimento - ha inteso porre l'accento sulla necessità che le risorse <<prestare>> siano puntualmente individuate.

¹ Associato dello Studio Legale Gentile - Varlaro Sinisi.

In contratto andranno pertanto elencate le “*risorse e i mezzi*” messi a disposizione da parte dell’impresa ausiliaria.

Se l’individuazione delle risorse in caso di avvalimento avente ad oggetto un **requisito tecnico o il certificato SOA**² non sembra presentare particolari problemi, atteso che la messa a disposizione non può che concernere i mezzi e le risorse sottostanti a detti requisito o certificato, più complessa appare l’individuazione delle risorse nel caso in cui l’avvalimento abbia ad oggetto **requisiti economico-finanziari**.

In assenza di specifici vincoli, deve ritenersi che, in relazione all’avvalimento di requisiti economico-finanziari, le “*risorse e i mezzi prestati*” possano assumere sia carattere eminentemente tecnico (mezzi, attrezzature, manodopera specializzata, ecc.), sia carattere più prettamente finanziario (ad esempio, capacità di fido con gli istituti di credito).

L’assenza in contratto di indicazioni che, in modo “*compiuto, esplicito ed esauriente*”, consentano di individuare le risorse messe a disposizione del concorrente dovrà necessariamente comportare **l’esclusione del concorrente** stesso dalla procedura concorsuale.

Analogo provvedimento deve essere comminato nel caso in cui le risorse e i mezzi messi a disposizione dall’ausiliario non siano ritenuti dalla stazione appaltante confacenti al compito che contrattualmente farà capo al concorrente, in relazione alla parte di requisiti oggetto di avvalimento. In relazione a tale ultimo aspetto è agevolmente prevedibile l’insorgere di contenziosi, vista la difficoltà a individuare

² Secondo l’Autorità, allorché l’avvalimento concerne l’attestazione SOA, lo stesso determina la messa a disposizione dell’impresa ausiliata dell’intera azienda dell’impresa ausiliaria, intesa come il complesso dei beni organizzato per l’esercizio dell’impresa. L’attestazione, infatti, è rilasciata in considerazione di un patrimonio complessivo di requisiti e quindi, in via generale, la relativa qualificazione non può trasferirsi all’impresa avvalente se siano oggetto di avvalimento soltanto alcuni di quei requisiti. È, appunto, in virtù della qualificazione che si attesta la capacità di un’impresa ad assumere appalti pubblici, fino ad un certo limite e relativamente a certi lavori (Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 20 dicembre 2007 n. 155). Analogo principio può essere ricavato anche da una pronuncia del Consiglio di Stato, secondo la quale nel caso di contratto di avvalimento con il quale un’impresa (cosiddetta ausiliaria) si impegna a sopperire alle deficienze tecniche di un’altra impresa, partecipante alla gara (cosiddetta impresa ausiliata), e laddove questo requisito concerne la iscrizione alla specifica categoria OG12, classifica 1, “*è fuori discussione che tutto ciò che rientra nella categoria medesima, ivi compresi i macchinari, fosse oggetto del contratto di avvilimento*” (Consiglio di Stato sez. V 23 febbraio 2010 n. 1054).

parametri oggettivi di riferimento per la valutazione da compiersi da parte della stazione appaltante, soprattutto – giova ribadire – in relazione a quei requisiti che non implicano un immediato collegamento con risorse e mezzi tecnici.

3. Il secondo elemento che deve formare oggetto di esplicitazione in sede contrattuale è la **durata** del contratto.

A tal proposito va rammentato che, ai sensi dell'articolo 49 comma 2 del Codice, il contratto deve necessariamente prevedere l'obbligo dell'impresa ausiliaria di messa a disposizione delle risorse necessarie per "**tutta la durata dell'appalto**"; non solo, ma identico riferimento temporale è previsto per la dichiarazione concernente il medesimo obbligo che l'impresa ausiliaria deve rendere nei confronti della stazione appaltante.

E' evidente, dunque, che il contratto non potrà avere durata inferiore all'appalto di riferimento e, in caso contrario, non sarà possibile considerarlo idoneo ai fini del perfezionamento dell'avvalimento, con conseguente esclusione del concorrente dalla procedura di gara.

4. La previsione che suscita maggiori interrogativi è quella di cui alla lettera c) dell'articolo 88 comma 1, ossia la necessità di riportare in contratto "**ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento**".

La previsione è estremamente generica e di non agevole inquadramento.

Infatti, seguendo le indicazioni del Codice, non vi sarebbe alcuna necessità di specificare ulteriori elementi utili "**ai fini dell'avvalimento**", risultando sufficiente il contenuto stabilito all'articolo 49; l'unica interpretazione plausibile è quella di rimettere ai contraenti la scelta di fornire o meno ulteriori dettagli concernenti l'avvalimento, senza che detta scelta possa essere suscettibile di pregiudicare la partecipazione alla gara.

Diversamente ipotizzando, verrebbe a delinarsi una situazione paradossale in virtù della quale, a pena di esclusione dalla gara, i soggetti interessati dall'avvalimento sarebbero tenuti a fornire dati ed elementi che la stessa norma regolamentare non meglio precisa.

Peraltro, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, non sembrerebbe possibile nemmeno ricondurre tali elementi alla regolamentazione del rapporto interno tra ausiliaria e concorrente. Infatti, le modalità con le quali viene regolato siffatto rapporto non possono essere suscettibili di incidere sull'avvalimento, atteso che nell'avvalimento, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, sussiste l'irrelevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto "avvalso", essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n. 18/2004/CE ed art 54 Direttiva n. 17/2004/CE)³.

5. Il regolamento non aiuta a risolvere l'annosa questione concernente la idoneità e sufficienza del contratto di avvalimento – ovvero dell'attestazione della esistenza di un rapporto di gruppo tra impresa avvalsa e impresa ausiliaria – unitamente alle dichiarazioni previste all'articolo 49 del Codice, ai fini della partecipazione alla gara e alla esecuzione del contratto.

In particolare, ci si chiede se le imprese interessate dall'avvalimento debbano o meno procedere alla definizione di ulteriori rapporti attraverso i quali – al di là del contratto di avvalimento o della esistenza di un rapporto di gruppo – l'impresa concorrente viene messa in condizioni di eseguire le prestazioni oggetto di appalto.

E' opinione di chi scrive che, in considerazione del tenore letterale dell'articolo 49 il quale, ai fini dell'avvalimento impone esclusivamente la produzione della documentazione indicata al comma 2 del medesimo articolo, non occorrono ulteriori atti negoziali. Tuttavia, è indubbio che, sotto il profilo pratico, l'impresa avvalente, in caso di aggiudicazione dell'appalto, al fine di ottenere materialmente la

³ La stessa giurisprudenza ha avuto modo di affermare che se è vero che l'art. 49, comma 2, lett. d) del D.Lgs. 163/2006 prevede unicamente che il concorrente alleggi un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti di quest'ultimo a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie (gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso rivelandosi del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, come argomentabile dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, che espressamente consente all' "operatore economico [di] fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"), viene allora in considerazione – ai fini della corretta configurazione della fattispecie – unicamente l'esigenza che la Stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento (TAR Lazio Roma sez. I 3 dicembre 2009 n. 12455). Sempre a proposito della irrilevanza dei rapporti interni, si veda anche Consiglio di Stato sez. V 17 marzo 2009 n. 1589.

disponibilità delle risorse tecniche necessarie per l'esecuzione del contratto, dovrà valutare quali ulteriori atti occorrerà sottoscrivere con l'impresa ausiliaria (ad esempio, nolo di attrezzature, distacco di operai ecc.).

Il regolamento nulla specifica nemmeno in ordine alla responsabilità dell'impresa ausiliaria che, a termini dell'articolo 49, deve rispondere in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante. La responsabilità solidale mal si concilia con la limitata possibilità dell'impresa ausiliaria di partecipare alla fase esecutiva delle prestazioni.

Per sciogliere questa apparente contraddizione si potrebbe configurare la responsabilità solidale in termini di garanzia che grava sull'impresa ausiliaria in caso di inadempimento dell'impresa concorrente, titolare del contratto. In tal senso, qualora quest'ultima non dovesse adempiere alle obbligazioni contrattuali, la stazione appaltante potrebbe rivalersi in "via solidale" anche nei confronti dell'impresa ausiliaria quale garante, o chiedendo a quest'ultima l'adempimento delle prestazioni (cioè l'esecuzione dei lavori), ovvero chiamandola a rispondere, solidamente all'impresa concorrente, a titolo di risarcimento danni.

Nondimeno, un'interpretazione della norma in virtù della quale sarebbe consentito alla stazione appaltante, in caso di inadempimento dell'appaltatore, di chiedere (*rectius*: pretendere) un "subentro" nella fase esecutiva dell'impresa "ausiliaria" non sembra trovare né conforto, né adeguato supporto nel dato di legge.

Ad opinione di chi scrive, una lettura della norma finalizzata a rendere coerente il complesso delle previsioni disciplinanti l'avvalimento, impone che, ogniqualvolta l'impresa ausiliaria non partecipi alla fase esecutiva dei lavori, la responsabilità (solidale) debba essere intesa esclusivamente in relazione alla messa a disposizione dei mezzi (da considerarsi in senso ampio) occorrenti per l'esecuzione del contratto.

Più nel dettaglio, laddove l'inadempimento dell'impresa appaltatrice sia riconducibile a "carenze" (qualitative o quantitative) dei mezzi impiegati per l'esecuzione del contratto, l'impresa ausiliaria sarebbe solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante. Ciò in quanto l'obbligo che assume detta impresa nei confronti della stazione appaltante trae origine dalla dichiarazione resa in sede di gara ed

avente ad oggetto proprio la messa a disposizione delle risorse. In buona sostanza, si tratta di un distinto ed autonomo obbligo rispetto a quello, più ampio, facente capo all'impresa appaltatrice.

Tale tesi interpretativa sembrerebbe trovare conforto nelle affermazioni della giurisprudenza secondo la quale l'impresa ausiliaria, con la dichiarazione rilasciata in favore della stazione appaltante, diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, la quale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti⁴.

⁴ Consiglio di Stato sez. VI 13 maggio 2010 n. 2956.