

Corso Residenziale
IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI,
FORNITURE
OSIMO 25 – 26 MAGGIO 2006

L’istituto del c.d. avvalimento, oggetto, modalità di prova e verifica della
disponibilità delle risorse, regime di responsabilità dell’avvalente e
dell’avvalso.

Avv. Claudio Zucchelli
Consigliere di Stato

Premessa: la Giurisprudenza comunitaria.

Fin dalle prime disposizioni sugli appalti pubblici, la Comunità europea evita di “personalizzare” i requisiti di capacità economica e tecnica che gli operatori devono possedere per partecipare a gare d’appalto.

Con riferimento alla capacità economica e finanziaria, riprendendo analoghe disposizioni contenute nelle precedenti direttive 71/304 – relativa alla soppressione delle restrizioni alla libera prestazione di servizi in materia d’appalti di lavori pubblici e all’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali – e 71/305 – relativa al coordinamento delle procedure d’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici - l’articolo 31, n. 3 della direttiva 92/50 Servizi (uguale previsione è contenuta nell’articolo 26 della direttiva 37/93 Lavori e nell’articolo 22 della direttiva 36/93 Forniture), permette al prestatore di provare le capacità richieste dall’Amministrazione mediante qualsiasi documento che l’Amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato.

Per quanto riguarda la capacità tecnica, riprendendo identiche disposizioni contenute nelle direttive del 1971 sopraccitate, l’articolo 32, n. 2, lett. C), della direttiva 92/50 Servizi (ma uguale previsione è introdotta con l’articolo 27 della direttiva 37/93 Lavori) prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità tecnica del prestatore mediante l’indicazione dei tecnici o

degli organismi tecnici, siano essi parte integrante o meno dell'impresa del prestatore di servizi, di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione del servizio.

Ne risulta, quindi, che è consentito ad un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto.

Questa lettura delle norme è stata chiarita dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee fin dalle prime pronunce.

Nella prima sentenza sul tema (causa **C-389/92, Ballast Nedam Groep I**) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, chiamata a risolvere una questione pregiudiziale in una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga in ordine al mancato rinnovo dell'abilitazione concessa a questa società, ha affermato che le disposizioni comunitarie delle direttive 71/304 e 71/305 vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. La Corte ha aggiunto che spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato.

Quindi fin dall'inizio si ammette l'avvalimento di requisiti di altre imprese, ma tramite prova di poter effettivamente disporre dei mezzi messi a disposizione da altre società.

Nella seconda sentenza del 18 dicembre 1997 /causa **C-5/97 Ballast Nedam Groep II**, la Corte, chiamata a specificare se la parola "consentono" (di tener conto dei requisiti posseduti da altri soggetti rispetto all'offerente...) pronunciata nella prima sentenza debba intendersi nel senso di "impongono", ha chiarito che, quando è addotta la prova che la persona giuridica dominante di un gruppo dispone effettivamente dei mezzi delle società appartenenti al gruppo, l'autorità competente deve necessariamente tener conto di queste società.

Nella successiva sentenza sul tema, del 2 dicembre 1999 (causa **C-176/98**), la Corte ribadisce ed esplicita più espressamente che la possibilità per l'offerente di disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto non può essere presunta, indipendentemente dai rapporti di diritto che il soggetto ha con i membri del gruppo al quale appartiene. Pertanto, il ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, a norma dell'articolo 23 n.1 della direttiva 92/50 Servizi (analoga previsione è contenuta nell'articolo 18, par. 1 della direttiva 37/93 Lavori e nell'articolo 15, par. 1 della direttiva 36/93 Forniture), spetta all'autorità aggiudicatrice procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri

elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto. Le disposizioni comunitarie non permettono di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte dello stesso gruppo di imprese.

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale della Corte, Philippe Lèger, nella medesima causa, si osserva che il legislatore comunitario non si preoccupa della forma giuridica che rivestono i prestatori di servizi, ma della loro capacità ad adempiere i compiti che sono loro affidati in occasione dell'assegnazione degli appalti pubblici, vale a dire a possedere i mezzi utili per l'esecuzione dei lavori di cui si tratti, indipendentemente dalla propria organizzazione. La non presa in considerazione dello status giuridico degli operatori economici permette di garantire l'obiettivo comunitario della libera circolazione dei servizi, e quindi di ampliare a vantaggio delle Amministrazioni aggiudicatrici il ventaglio delle offerte, in particolare quelle che possono provenire da altri Stati membri della Comunità con regimi giuridici diversi.

Tale obiettivo primario, tuttavia, deve conciliarsi con l'esigenza delle Amministrazioni di poter contare sulla buona esecuzione degli appalti.

A questo proposito, sempre nelle conclusioni dell'Avvocato generale, si osserva che alcuni obblighi prescritti dalla direttiva 92/50 Servizi sono finalizzati anche a limitare i rischi ai quali possono essere esposte le Amministrazioni per il fatto che agli operatori economici è consentito di avvalersi della capacità di altri soggetti per la partecipazione alle gare di appalto.

In particolare, l'articolo 26, n. 3 della direttiva 92/50 Servizi (tale disposizione non compare nelle altre due direttive 37/93 Lavori e 36/93 Forniture, ma la nuova direttiva 2004/18, all'articolo 4, riprende la disposizione e la estende anche agli appalti pubblici di lavori e di forniture), nel disporre che i candidati o gli offerenti non possono essere respinti soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche, autorizza l'Amministrazione a richiedere alle persone giuridiche di "indicare... il nome e le qualificazioni professionali delle persone che effettuano la prestazione del servizio di cui trattasi." Infatti, sebbene non si possa vietare di affidare un appalto a una persona giuridica col solo pretesto della sua forma giuridica, non si può comunque privare l'Amministrazione delle informazioni che le consentano di valutare la capacità del prestatore di effettuare l'offerta alle condizioni stabilite".

Gli articoli 31 e 32 della direttiva 92/50 Servizi tutelano altresì l'interesse dell'Amministrazione alla selezione di offerenti qualificati. Vengono, infatti, elencate le prove della capacità finanziaria ed economica che possono essere richieste al prestatore di servizi, le modalità

che consentono di ricorrervi e la soluzione alternativa nel caso in cui il prestatore di servizi fosse nella impossibilità di produrre le referenze richieste. Si stabiliscono anche i criteri che caratterizzano la capacità dei prestatori di servizi a fornire i servizi richiesti, si elencano le prove che testimoniano la loro capacità tecnica e si precisano le modalità secondo le quali l'Amministrazione può richiederle.

Si prevede che il prestatore di servizi possa provare, a determinate condizioni, la propria capacità economica e finanziaria... mediante qualsiasi altro documento che l'Amministrazione stessa ritenga appropriato, ciò che sembra lasciare all'Amministrazione un certo margine di discrezionalità.

L'articolo 23 della direttiva 92/50 Servizi (ripreso dall'articolo 18 della direttiva 37/93 Lavori e dall'articolo 15 della direttiva 36/93 Forniture Forniture, disposizione poi uniformata dall'articolo 44 della direttiva 2004/18) stabilisce che gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti... e dopo che l'idoneità dei prestatori non esclusi ... sia stata verificata dalle Amministrazioni conformemente ai criteri di cui agli articoli 31 e 32." Non importa, quindi, quale sia il metodo utilizzato per garantire una messa a disposizione effettiva da parte dell'offerente dei mezzi e delle garanzie richieste dall'Amministrazione giacché tale messa a disposizione può essere verificata. E ugualmente non rileva il vincolo giuridico che unisce due imprese, perché la selezione dell'Amministrazione è fatta nel caso concreto in base a una prova delle competenze di cui le imprese dispongono effettivamente e della solidità delle garanzie che offrono. L'Amministrazione dovrà effettuare un esame degli elementi di fatto e di diritto che riguardano il contenuto degli accordi eventualmente conclusi tra l'offerente e l'impresa "avvalsa" o dei rapporti statutariamente stabiliti tra esse, nonché il carattere vincolante del legame giuridico che unisce tali società. E', infatti, essenziale conoscere il contenuto degli impegni che vincolano l'impresa offerente all'impresa terza e che possono impegnare quest'ultima nei confronti dell'Amministrazione. Del resto, allorché un operatore si avvalga delle capacità di soggetti esterni alla propria organizzazione, non sempre si può dare la stessa portata alle prove che sono adottate per dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi del soggetto esterno. In proposito l'Avvocato generale rileva che i dati che riguardano la solidità finanziaria di una società, allorché sono invocati dall'impresa offerente nei confronti dell'Amministrazione, difficilmente possono essere considerati come garanzia reale allorché la società che ha ottenuto l'appalto non è essa stessa economicamente valida. In mancanza di rapporto contrattuale diretto tra l'Amministrazione e la società terza, le referenze finanziarie di quest'ultima possono rivelarsi insufficienti a preservare gli interessi dell'ente che aggiudica l'appalto. Non è certo, in tale circostanza, che l'Amministrazione abbia interesse a limitarsi a prove esterne all'offerente.

L'interpretazione che deve quindi essere data alle disposizioni comunitarie deve porsi al punto di equilibrio tra i due obiettivi essenziali, che sono la ricerca di una liberalizzazione il più ampia possibile degli appalti e la fissazione di norme che garantiscano all'Amministrazione delle prestazioni di servizi di qualità. Tale interpretazione tiene anche conto dei rischi di frode che possono annullare gli effetti protettivi delle norme. Le conseguenze di una soluzione che consista nell'ammettere che le condizioni normative fissate dalla direttiva 92/50 Servizi siano soddisfatte da persone diverse rispetto all'impresa offerente, di conseguenza devono essere valutate attentamente

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale L.A. GEELHOED, presentate il 20 novembre 2003 (nel procedimento **C-314/01**) si pone nuovamente l'accento sui mezzi di prova dei requisiti. E' ribadito che "i potenziali candidati per un appalto non possono essere esclusi per il fatto di non poter disporre in proprio di tutte le competenze necessarie all'esecuzione di un appalto. Un siffatto divieto potrebbe determinare, soprattutto per appalti di grandi dimensioni e tecnicamente complessi, una forte riduzione della cerchia dei candidati e avrebbe pertanto l'effetto di frustrare l'obiettivo perseguito dalla direttiva 92/50 Servizi. Invece l'ente aggiudicatore, per garantire che l'appalto una volta aggiudicato sia correttamente eseguito, può esigere che l'offerente, ove si avvalga delle competenze di altri soggetti, si renda garante della disponibilità dei mezzi di questi ultimi".

La disciplina del codice

Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, reca il recepimento delle due direttive sui contratti pubblici, la n. 17 e la n. 18 del 2004, ma, soprattutto, introduce *ex novo* il Codice dei contratti pubblici.

Si è cercato di mediare tra la spinta aperturista sino all'eccesso della Unione Europea, che sembra a ben vedere costruita più "a tavolino" che "sul campo", e le necessità concrete delle Amministrazioni nel perseguimento dell'interesse pubblico, variamente qualificato come si è detto.

Gli articoli in questione sono il 49 e 50 collocati nella Parte II, Titolo I, capo II. La indicazione della collocazione è importante perché nella parte Terza, che disciplina i contratti nei così detti settori speciali (ex settori esclusi), l'articolo 206 richiama gran parte della disciplina generale dettata nelle parti Prima, Quarta e Quinta del Codice ed un congruo numero di articoli della parte Seconda (nella quale appunto sono collocati gli articoli 49 e 50), ma non questi ultimi.

A prima vista, dunque, sembrerebbe che l'avvalimento disciplinato dai due detti articoli non si possa realizzare nei contratti dei settori speciali, ma così non è. Infatti i successivi articoli 230, che detta norme generali nell'ambito della sezione V dedicata alla "Selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione", 232, che si occupa dei sistemi di qualificazione e conseguenti procedure selettive,

233, che si occupa dei Criteri di selezione qualitativa e procedimento di selezione, espressamente richiamano gli articoli 49 e 50.

In chiusura ci occuperemo dei limiti di applicazione di questi articoli anche ai settori speciali.

L'articolo 49, sin dal suo primo comma, dimostra chiaramente la volontà del Legislatore italiano di adeguarsi totalmente alla apertura della Unione Europea di cui si è detto, sciogliendo definitivamente i vari nodi disponendo che l'avvalimento nella singola agara è possibile per i soggetti singoli, consorziati o raggruppati, per tutti i requisiti richiesti dal bando, ivi compresa l'attestazione SOA che quindi è riferita non al soggetto che partecipa (avvalente), ma ad un terzo (avvalso).

Il comma secondo tenta di riempire di significato il riferimento della direttiva ai famosi mezzi di prova, enumerando partitamene quali siano i documenti da presentare. Deve intendersi, in questo caso, che i documenti siano da considerare prove, non mezzi di prova, vale a dire essi incorporano l'atto giuridico di cui sono quindi prova, e non sono solo mezzi da cui dedurre la sussistenza stessa dell'atto.

In primo luogo la norma richiede obbligatoriamente il deposito della attestazione SOA sia dell'impresa avvalente sia dell'impresa ausiliaria (avvalso). L'espressione "oltre all'eventuale attestazione SOA etc." non significa che questa può mancare, ma solo che deve essere presentata solo nel caso di contratti di lavori. Non si dimentichi, infatti, che gli articoli 49 e 50 si applicano ai tre settori (lavori, servizi e forniture) e quindi l'utilizzazione dell'avverbio "eventualmente" vuole riferirsi al caso in cui si proceda per un contratto di lavori, e non vuole rendere del tutto facoltativa la SOA. Infatti esso pone sullo stesso piano l'attestazione dell'impresa avvalente e di quella ausiliaria, e se il significato da attribuire fosse della facoltatività della presentazione, ciò avrebbe modificato il sistema conducendo alla non più obbligatorietà della attestazione stessa anche per l'impresa che partecipa.

Con ciò si è sciolto il nodo prima segnalato, cioè se l'ausiliario appartenga o meno al circuito degli imprenditori appaltatori per le P.A. La risposta è, per il nostro Legislatore, positiva e la conseguenza, quindi, è che il soggetto avvalso, o ausiliario che dir si voglia, avrà già subito il vaglio della certificazione (in Italia o nel suo Paese di provenienza). Con ciò si è risolto il problema sopra segnalato del possesso dei requisiti generali di moralità ed affidabilità, poiché l'ausiliario è, sostanzialmente, un imprenditore del mercato speciale dei contratti pubblici e non un estraneo alla logica di questo. Si è sopra osservato che tutto ciò potrebbe essere interpretata come una limitazione alla partecipazione e quindi avente un effetto utile vietato dalla direttiva.

Così non è sembrato al Legislatore, considerando che l'impresa ausiliaria partecipa, sia pure indirettamente, al contratto pubblico, e che nulla e nessuno le vieta di acquisire l'attestazione

italiana o del Paese di origine. Del resto, se è legittimo, in generale, prevedere sistemi di qualificazione e ciò non è interpretato come una limitazione alla concorrenza, a condizione che l'accesso alla certificazione sia consentita a tutte le imprese europee, non si vede perché non debba essere conforme alla direttiva richiedere che anche l'impresa ausiliaria si sottoponga ad un sistema di qualificazione. La direttiva espressamente non lo vieta, come si è visto, e dunque occorre esaminare l'effetto utile della norma, che, come si è appena detto, a condizione della apertura a tutte le imprese, non delimita di fatto la concorrenza più di quanto non lo faccia il sistema di qualificazione in sé considerato.

Le problematiche sopra segnalate dovrebbero trovare soluzione nella indicazione dei documenti da allegare, la cui descrizione, in realtà, costituisce norma dispositiva in senso stretto e per ciò si è già segnalato che tali documenti sono prove in senso stretto, ovvero incorporano il fatto o atto giuridico cui si riferiscono.

La lettera a) del comma secondo richiede una dichiarazione, verificabile ai sensi dell'articolo 48 (vale a dire la richiesta di informazioni da parte della Stazione appaltante prima di aprire le offerte nei confronti di almeno il 10 per cento dei concorrenti) con un duplice contenuto: in primo luogo la manifestazione di volontà di avvalersi ("dichiarazione ...attestante l'avvalimento"), in secondo luogo l'indicazione specifica sia dei requisiti in relazione ai quali si manifesta la volontà di avvalimento sia dell'impresa ausiliaria che è in possesso dei requisiti stessi.

La dichiarazione è atto giuridico, non negozio, unilaterale recettizio, come tale produce le conseguenze giuridiche che lo stesso articolo 49 prevede nel suo complesso.

La lettera b) richiede la dichiarazione del possesso, da parte della impresa partecipante, dei requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 38 (non essere in stato di fallimento, regolarità antimafia etc.). Si badi che la medesima dichiarazione è richiesta dalla lettera c) nei confronti della impresa ausiliaria. Per nessuna delle due è richiamata la procedura di verifica di cui all'articolo 48, il che deve essere interpretato non già come un impedimento alla verifica, ma anzi come un ampliamento delle possibilità della Stazione appaltante. Poiché l'articolo 48 non è richiamato, si deve concludere che la Stazione ben potrà, con ogni mezzo, accertare la veridicità della dichiarazione senza essere sottoposta all'obbligo del minimo del 10% degli avvalsi né alla procedura del sorteggio, beninteso del solo ausiliario, poiché nei confronti della impresa avvalente deve necessariamente applicarsi la procedura dell'articolo 48 prevista in generale per i partecipanti alla gara.

A questa conclusione si giunge dal combinato disposto degli articoli 48 primo comma, 49, secondo comma lettera c) e terzo comma. Infatti, nei confronti della impresa partecipante, la dichiarazione di cui alla lettera b) circa il possesso dei requisiti è necessariamente assimilabile alla

dichiarazione sostitutiva prevista dall'articolo 38 comma 2. Non vi sarebbe motivo, infatti, di sottoporre il partecipante ad una procedura di verifica obbligatoria, svincolata dall'applicazione dell'articolo 48, solo perché questi ha deciso di avvalersi di una altra impresa, ciò si tradurrebbe in una disparità di trattamento e quindi in una incostituzionalità della norma così letta. Viceversa, l'impresa ausiliaria non partecipa alla gara, quindi non è soggetta alla disciplina degli articoli da 38 a 47 e quindi non è soggetta neppure alla verifica a campione di cui all'articolo 48. Se ne deduce che nei suoi confronti la Stazione appaltante può in ogni momento e con qualsiasi mezzo accertare il possesso dei requisiti generali. Opinando diversamente essa sfuggirebbe a qualsiasi controllo e la Stazione appaltante non potrebbe sindacare in alcun modo la idoneità dell'avvalso. Ciò però contrasterebbe in maniera insanabile con il comma terzo dell'articolo 49, il quale, prevede che nel caso di dichiarazioni mendaci la Stazione appaltante esclude il concorrente, esclude la garanzia ed invia gli atti all'Autorità per le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11. Poiché il comma terzo si riferisce alle dichiarazioni mendaci previste nello stesso articolo 49 senza distinguere quale sia il soggetto dichiarante, e dunque anche da parte dell'ausiliario, se ne deve dedurre che sia insito un potere di controllo senza il quale non si comprende come potrebbe accertarsi la mendacità delle dichiarazioni dell'avvalso. D'altro canto l'avvalso, non partecipando alla gara, non rientra nel controllo a campione e quindi, per dare un senso a tutto ciò non resta che inferire un potere generale di verifica e di richiesta di informazione in capo alla Stazione appaltante verso l'avvalso.

La lettera d) deve essere letta in correlazione con la lettera f).

Si accennava nella prima parte alle problematiche relative alla forma di accordo ed al rapporto giuridico che lega avvalente ed avvalso. Si ricorderà che l'articolo 47, comma secondo della direttiva n. 18 espressamente prescinde dalla natura del legame giuridico tra avvalente ed avvalso, con ciò lasciando ampia libertà allo Stato membro di recepire l'istituto prevedendo le forme di collegamento giuridico proprie del suo ordinamento.

Il legislatore italiano ha decisamente optato per la necessità della esistenza di un negozio giuridico, giustamente qualificato come contratto avendo contenuto patrimoniale, richiesto dalla lettera f). L'oggetto del contratto è indicato dalla stessa norma ed è costituito dall'obbligo di fornire all'avvalente i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. Il contratto si inserisce, ovviamente, nella autonomia contrattuale prevista dall'articolo 1322 del codice civile e costituisce un contratto atipico. Il sinallagma si perfeziona da un lato con la messa a disposizione dei mezzi e delle risorse di cui l'avvalente abbia dichiarato di avvalersi nella dichiarazione di cui alla lettera a), o con la fornitura dei requisiti. "Fornire i requisiti" è in verità espressione poco precisa, ma necessitata, poiché i requisiti di cui si tratta sono quelli di natura economico finanziaria che costituiscono, ovviamente, patrimonio dell'avvalso. Non si poteva certo

pretendere che il contratto prevedesse il trasferimento di risorse economiche e finanziarie (a tacer del fatto che il credito goduto nell'ambiente bancario e la affidabilità non si possono trasferire), sì che il requisito è stato trattato dal Legislatore quasi fosse una *res* immateriale, che è, appunto, fornita all'avvalente perché la usi e l'uso, per sua stessa natura, non può che essere la spendita del requisito per la partecipazione. Quanto alla fornitura dei mezzi e delle risorse non si pongono particolari problemi, se non segnalare che l'obbligo di specificarli dovrà tradursi nella indicazione esatta e precisa dei mezzi tecnici o delle professionalità che saranno utilizzate dall'avvalente: direttore tecnico, operai, macchinari etc. La controprestazione del sinallagma non è indicata dal Legislatore, poiché nella libertà contrattuale il contratto in questione può anche essere gratuito, essendo rimesso completamente alla volontà delle parti. L'ipotesi non è peregrina, poiché si noterà che la lettera g) del comma 2, come vedremo, prevede l'avvalimento infra gruppo per il quale è prevista solo come eventuale una dichiarazione attestante il legame giuridico in luogo del contratto. Ben potrebbe, quindi, procedersi alla stipulazione di un contratto gratuito.

Contestualmente al contratto, tuttavia, la lettera d) richiede altresì una sottoscrizione dell'avvalso con la quale questo si obbliga a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, e per cui appunto egli si avvale, per tutta la durata dell'appalto (rectius: contratto poiché l'articolo 49 si applica anche alle gare per forniture). A prima vista questa dichiarazione può sembrare una ripetizione del contratto di cui alla lettera f), ma in realtà essa ha effetti giuridici del tutto diversi.

In primo luogo l'obbligazione non è di natura contrattuale, ma costituisce atto di sottomissione di natura amministrativa nei confronti della Stazione appaltante, con la conseguenza che non solo l'avvalente, utilizzando gli strumenti derivanti dal contratto, ma anche la Stazione, utilizzando gli strumenti amministrativi, possono pretendere l'adempimento della obbligazione. In secondo luogo, come corollario, introduce direttamente la Stazione appaltante nel meccanismo di adempimento, alla stregua di un terzo a favore del quale sia stipulato il contratto. Senza una tale dichiarazione, infatti, l'unico strumento giuridico per far valere la prestazione sarebbe stato il contratto, azionabile solo dal contraente avvalente, o dalla Amministrazione se lo consideriamo contratto a favore del terzo, il che è quanto meno dubbio, ma comunque anche in tal caso con le limitazioni di cui all'articolo 1413 c.c., vale a dire che il promittente (avvalso) può opporre le eccezioni fondate sul contratto. In altri termini l'Amministrazione sarebbe stata alla mercè della regolarità del contratto di avvalimento, spuntandone, alla fin fine, se del caso solo un risarcimento del danno. Si deve ricordare, invece, che l'obiettivo primario della Stazione appaltante è soddisfare l'interesse pubblico all'opera o servizio o fornitura, sì che il sistema non poteva essere costruito

solo con una ottica da diritto civile, ma tenendo conto anche di eventuali poteri amministrativi della Stazione stessa.

Riteniamo, quindi, che l'Amministrazione possa agire anche in sede di autotutela esecutiva, utilizzando i propri poteri autoritativi per costringere l'avvalso a porre a disposizione le risorse necessarie, in alternativa alla esclusione del concorrente e conseguente affidamento al secondo in graduatoria. Deduciamo ciò dal fatto che la lettera d) si riferisce alla dichiarazione solo per quanto concerne le "risorse", non menzionando i requisiti, vale a dire si riferisce a mezzi, uomini e forniture che possono essere oggetto di ordinanze esecutive, oltre che, eventualmente, di esecuzione in danno affidata a terzi, anche se in tal caso si porrebbe un ulteriore problema nella scelta del terzo tramite una procedura ad evidenza pubblica.

Attendiamo l'istituto alla prova della realtà, poiché solo le multiformi evenienze e la prudente fantasia del Giudice, ci dirà quali concretamente siano le conseguenze giuridiche tutte derivanti dalla dichiarazione, la cui esistenza, comunque, era assolutamente necessaria.

La lettera e) è la prima a porre condizioni alla partecipazione dell'avvalso. In particolare essa richiede una dichiarazione, ma per ciò che si è detto prima la norma in realtà è dispositiva, nella quale l'avvalso attesti che non partecipa in alcun modo alla gara per la quale presta l'avvalimento, né in proprio né in qualsiasi forma associata. La dichiarazione è in realtà un atto giuridico unilaterale con il quale l'avvalso assume una obbligazione di non fare.

La disposizione è di facile comprensione: mira ad evitare un palese conflitto di interessi oltre che la conoscenza, da parte dell'avvalso, degli elementi economici dell'offerta dell'avvalente.

La lettera g), infine, scioglie il nodo sopra segnalato circa la possibilità dell'avvalimento infragruppo, ammettendolo, ed in tal caso richiedendo, in alternativa al contratto di cui alla lettera f), che quindi, come già si è detto, non è escluso nella fattispecie, una dichiarazione che attesti il legame giuridico ed economico tra le due imprese, dal quale, però, discendano le conseguenze giuridiche previste dal comma 5 dello stesso articolo, vale a dire il rispetto della normativa antimafia.

La lettera g) esaurisce il comma secondo. Del comma terzo si è già accennato citando la reazione giuridica alle dichiarazioni mendaci. Il comma potrebbe sollevare dubbi relativi alla applicabilità delle sanzioni all'avvalso mendace. Infatti, esaminando l'articolo 6 richiamato dall'articolo 49, ci rendiamo conto che l'Autorità gode di potere amministrativo, regolatorio e sanzionatorio nei confronti dei soggetti economici che partecipano alle gare ed eseguono i contratti: vedi il comma 5 dell'articolo 6: "L'autorità vigila sui contratti pubblici", ma dunque non sui contratti di avvalimento. Tuttavia, il comma 9, lettera a), prevede il potere generale di chiedere documenti, informazioni e chiarimenti a tutti i soggetti, operatori economici o persone fisiche,

purché ne siano in possesso ed essi riguardino i contratti pubblici *de quibus*. Sembrerebbe, quindi, che nella dizione generica “operatori economici o persone fisiche che ne siano in possesso” siano compresi tutti i soggetti giuridici dell’ordinamento in possesso di documenti o informazioni riguardanti i contratti pubblici e quindi anche gli avvalsi. Da ciò l’applicabilità anche della sanzione in caso di mendacio, prevista dal comma 11 ultima parte. La conferma si ottiene leggendo la norma in maniera sistematica con l’articolo 50, il cui comma 2 espressamente estende la possibilità della irrogazione di sanzioni anche all’avvalso, sia pure in una fattispecie diversa che poi esamineremo.

E’ questa una modalità indiretta di verifica dell’accordo di avvalimento che può operare anche in virtù della disposizione del comma 11 dell’articolo in esame, i quale dispone l’invio all’Autorità delle dichiarazioni di avvalimento, come poi vedremo.

Il quarto comma dell’articolo 49 introduce la prima delle garanzie previste a favore della Stazione appaltante, prevedendo la solidarietà passiva dell’avvalente e dell’avvalso nei confronti della Stazione in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Si noti che la solidarietà, nel caso, si concreta nel risarcimento del danno derivante dall’eventuale inadempimento, ma non si limita alla parte di prestazione che sia coperta dall’avvalimento, si estende bensì all’intero contratto.

Il regime della responsabilità è dunque tracciato dal Legislatore, sia nei confronti dell’avvalente sia dell’avvalso, nella maniera più incisiva possibile. La lettera della norma è chiarissima: la solidarietà si applica relativamente alle prestazioni oggetto del contratto di appalto o fornitura. La *ratio* della disposizione è chiara: il venir meno del requisito economico finanziario, determina, nel migliore dei casi, l’esclusione dalla gara anche ad aggiudicazione avvenuta, e dunque è foriero di danni per l’Amministrazione. In relazione ai requisiti tecnico organizzativi, invece, si può verificare un vero e proprio inadempimento contrattuale durante la esecuzione del contratto che, se pure limitato alla parte coperta dall’avvalimento, incide sull’intero sinallagma.

Questa disposizione, sul piano teoretico, conferma la unitarietà del rapporto tra aggiudicatario e Stazione. In altri termini l’avvalso non entra in scena quale sub appaltatore responsabile solo della parte di lavori sub appaltati ai sensi dell’articolo 118, ma come corresponsabile dell’intero contratto, atteso che il requisito che egli pone a disposizione dell’avvalente condiziona, in realtà, appunto la possibilità stessa della aggiudicazione e quindi l’intero contratto e *ab origine* la stessa possibilità di partecipazione alla gara, cioè è condizione necessaria per l’aggiudicazione. Ne consegue che la falsità delle dichiarazioni dell’avvalso o le sue inadempienze non incidono solo su una parte dei lavori, ma sull’intero contratto.

Il comma quinto dell’articolo 49 equipara l’avvalso al concorrente principale nella sottoposizione agli obblighi di cui alla normativa antimafia. La norma potrebbe sembrare ridondante, poiché dovrebbe apparire ovvio che il divieto generale di contrarre con soggetti

interessati a fenomeni di criminalità organizzata di stampo mafioso dovrebbe operare a tutto campo anche nei confronti dell'avvalso, così come esplicitamente opera nei confronti del sub appaltatore. Gli è che, proprio in questo ambito, emerge la discrasia di fondo creata dall'istituto dell'avvalimento nel nostro ordinamento, poiché l'avvalso non è un sub appaltatore (né può esserlo come vedremo). L'avvalso, dunque, non intrattiene alcun rapporto giuridico diretto con la Stazione, quindi non stipula con essa alcun negozio giuridico e, conseguentemente, non potrebbe operare nei suoi confronti il divieto generale. Da ciò la necessità della affermazione positiva contenuta nel comma quinto, anche se ciò potrebbe condurre a difficoltà operative nei confronti di imprese avvalse estere.

I commi 6, 7, 8, 9 e 10 completano il quadro delle limitazioni che il Legislatore italiano ha posto all'istituto dell'avvalimento, senza in ciò violare la direttiva, la quale, nel prevedere l'istituto, non ha imposto, come si vide, divieti particolari al recepimento. Certamente, come si è già accennato, l'effetto utile della riduzione della concorrenza potrebbe condurre alcune norme ad una dichiarazione di contrarietà alla direttiva, ma vedremo che questo è il caso solo, forse, della norma che vieta il sub appalto.

Il comma sei restringe il campo dell'avvalimento prevedendo che, per ciascun requisito, l'avvalente possa avvalersi di una sola impresa. Si era segnalato nella seconda parte il pericolo della costruzione di scatole vuote, la disposizione in esame non risolve alla radice il problema, ma almeno lo riduce. Infatti, in particolare per quanto riguarda il requisito economico finanziario, impone al concorrente di raggiungere l'importo richiesto fidando sulle forze proprie e di un altro solo soggetto. Lo spezzettamento della garanzia economico finanziaria tra una pluralità di soggetti avrebbe condotto alla possibilità che la Stazione potesse essere costretta a relazionarsi, per la responsabilità solidale, con una miriade di soggetti, con le conseguenze immaginabili circa le possibilità di recupero e la reale garanzia.

Per quanto concerne i requisiti in generale, salvo quanto si dirà nell'esame del comma 7, la norma non pone alcuna limitazione al numero di avvalimenti richiesti dal partecipante per la singola gara. Ciò vuole dire che il partecipante potrebbe avvalersi di tutti i requisiti, in sostanza divenendo quella "holding scatola vuota" cui si accennava con timore. Vedremo più avanti come ciò potrebbe essere evitato con un corretto riferimento alla necessaria esistenza di una azienda.

Tuttavia, poiché la realtà è sempre multiforme ed in fine dei conti la Stazione è il *dominus* della procedura, il Codice ha previsto che nella *lex specialis*, ovverosia il bando, la Stazione preveda espressamente l'avvalimento di più imprese per il medesimo requisito, sia economico finanziario sia tecnico organizzativo o per l'appartenenza alla categoria di lavori, ma ciò solo in relazione all'importo dell'appalto (*rectius* contratto) o delle prestazioni. Ricordiamo che la norma si

applica nei tre settori, lavori, forniture e servizi. Evidentemente la Stazione dovrà giudicare circa l'opportunità che, per l'ammontare del valore o per la peculiarità delle prestazioni il requisito rispettivamente economico finanziario e tecnico organizzativo possa essere prestato da più soggetti. Ciò dovrà sufficientemente essere motivato. La necessità della motivazione scaturisce dalla considerazione che permettere una deroga all'avvalimento unico significa ampliare la schiera dei partecipanti, il che se da un lato si pone in conformità allo spirito delle direttive, dall'altro urta gli interessi delle imprese che possiedono i requisiti in proprio.

Limitatamente ai lavori, tuttavia, neppure il bando può permettere il cumulo delle SOA relativamente alla stessa categoria. In Altri termini per il settore dei lavori non si possono sommare più di due SOA di modesto importo sino a raggiungere la soglia richiesta dal contratto. Il motivo è evidente: l'attestazione SOA si basa su un coacervo di parametri che non sono cumulabili tra le imprese all'infinito. In questo caso non è il valore della SOA in sé a qualificare l'impresa, quanto i parametri che hanno condotto alla attribuzione della SOA stessa, sì che la sommatoria di imprese modeste non necessariamente è equivalente ad una impresa di maggiori dimensioni e capacità. Più che altro il rischio è di mutuare la parabola dei sette ciechi. La quantità non è necessariamente qualità.

Tuttavia un tale ragionamento può far sorgere il dubbio che allora la norma sia appunto contraria alla direttiva perché raggiunge l'effetto di limitare la concorrenza, cioè limitare la platea di imprese partecipanti riducendo le possibilità di avvalimento, ove la Stazione non abbia disposto la deroga nel bando.

La nostra opinione è che la determinazione dei requisiti di partecipazione da parte di uno Stato membro nell'opera di recepimento delle direttive, se logica e non contraddittoria, non possa essere mai considerata come limitazione alla concorrenza, retamente intesa. Il più strenuo difensore dello spirito comunitario non può dimenticare che la Stazione appaltante spende il denaro della collettività e non rischia in proprio, ma con le tasche dei cittadini. Ne consegue che qualsiasi limitazione alla partecipazione, se sorretta da una ragionevole prospettiva, non viola *ex se* le direttive, a condizione che sia applicata a tutte le imprese europee. In altri termini occorre una lettura diversa e ragionata del feticcio della concorrenza, che si basi più sulla *par condicio* tra tutti gli operatori che sull'allargamento acritico della base dei partecipanti. In altri termini la concorrenza è garantita se le misure apparentemente restrittive sono applicate a tutte le imprese di qualsiasi paese. Anzi, le misure a difesa della concorrenza troppo rigide rischiano di divenire misure protezionistiche, contrarie alla concorrenza stessa perché tengono sul mercato imprese che, per la loro stessa dimensione e capacità, non dovrebbero entrare nel gioco. Ciò non significa appunto concorrenza, ma interventismo, l'esatto contrario.

Ci sembra questa una semplice verità che spesso non è compresa dalle vestali della concorrenza pura e dura.

Nella stessa linea il comma settimo affida alla Stazione appaltante un ulteriore margine decisionale. Nel bando, infatti, l'avvalimento può essere limitato ad uno dei due macro settori: o al requisito economico finanziario o a quello tecnico organizzativo. Ciò sempre con opportuna motivazione in relazione alla natura o all'importo del contratto. Alla Stazione è permessa una ulteriore valutazione, vale a dire limitare l'avvalimento alla sola integrazione di un requisito economico o tecnico già posseduto dall'avvalente. La norma mira a permettere alla Stazione di impedire la creazione della scatola vuota cui si è più volte accennato. In determinati contratti il concorrente non può essere del tutto sprovvisto del requisito e ciò sia per quanto concerne l'aspetto economico, perché ciò porrebbe molti dubbi sulla sua stessa affidabilità quale esecutore del contratto, sia sotto il profilo tecnico, poiché in tal caso sarebbe legittimo chiedersi se realmente ci si trovi dinanzi ad una impresa, o meglio ad una azienda, cioè al complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (articolo 2555 c.c.). Se i beni da organizzare non esistono, ma sono, per così dire, "prestati" da altro, esiste realmente l'impresa?

Questo è il vero quesito di fondo che l'istituto dell'avvalimento ci propone. Sciogliendo la riserva sopra formulata dobbiamo concludere che i limiti all'avvalimento si ricavano, oltre che dalle norme che stiamo esaminando, anche dalla applicazione dei principi generali, i quali, al solito, guidano l'interprete più delle singole norme dispositive.

In tale ottica riteniamo che l'avvalimento non possa essere accettato dalla Stazione appaltante, e quindi che questa possa procedere legittimamente alla esclusione del concorrente, quando la quantità e natura degli avvalimenti, multipli o singoli, estesi ad una platea eccessiva di requisiti, neghi in radice l'esistenza del complesso di beni organizzati, cioè della azienda, e quindi in ultima analisi dell'impresa stessa. L'avvalimento, in sostanza, è destinato ad integrare una struttura imprenditoriale realmente esistente ed operante nel settore in cui si svolge la gara, ma certo non a creare un soggetto fantasma che, ricorrendo all'istituto, sia di fatto costituito solo da una segreteria di coordinamento del lavoro altrui. Sarà la giurisprudenza a verificare la percorribilità della tesi ora esposta, e soprattutto a delimitarne i confini. Vale a dire che, in assenza di una norma esplicita, l'applicazione del principio generale di cui all'articolo 2555 c.c. per il quale non esiste imprenditore senza azienda, spingerà a individuare il minimo di organizzazione aziendale necessario perché si possa dire di essere in presenza di un vero imprenditore qualificato che integra i suoi requisiti, ma non che li crea *ex novo* con l'avvalimento.

Il comma ottavo reca una disposizione persino ovvia, ovvero il divieto che lo stesso avvalso presti i propri requisiti a più di una stessa impresa nell'ambito della medesima gara, ovvero che esso partecipi alla gara stessa.

Si tratta in realtà di due evenienze del tutto distinte, ma citate congiuntamente, perché il loro divieto risponde alla medesima ragione.

E' abbastanza evidente che l'avvalso, prima di prestare il proprio requisito, considerando la solidarietà delle obbligazioni, pretenda di conoscere approfonditamente l'impresa avvalente e l'offerta economica ed organizzativa del concorrente, il che gli darebbe la possibilità di alterare il regime della gara attraverso il venir meno della assoluta segretezza delle offerte.

La seconda disposizione cumula, oltre alla cautela già citata, anche la considerazione che sussisterebbe un evidente conflitto di interesse tra l'avvalente e l'avvalso, rivali e sodali al contempo nella medesima procedura.

Resta da chiedersi a chi debba applicarsi la misura della esclusione dalla gara. Nel silenzio della legge la risposta non può che essere una: sono da escludere tutte le imprese che si siano avvalse (evidentemente all'insaputa l'una dell'altra) del medesimo soggetto.

Resta impregiudicata, ovviamente, la reazione in sede civile delle imprese escluse nei confronti dell'avvalso, il quale era ben conscio di avere prestato l'avvalimento, per la medesima gara, a più di una impresa.

Nella seconda fattispecie, cioè la violazione del divieto di partecipazione anche dell'avvalso, riteniamo che l'esclusione debba colpire solo quest'ultimo. Infatti l'avvalente è del tutto estraneo alla decisione dell'avvalso, il quale, viceversa, era consapevole della situazione di incompatibilità in cui egli versava.

La diversa conclusione si giustifica con il fatto che nel primo caso, ovvero l'avvalimento multiplo, le imprese avvalenti, anche se incolpevoli, possono, ciascuna di esse, avere avuto conoscenza dei criteri di formazione dell'offerta da parte delle altre, impedire il che costituisce, come si è detto, la *ratio* della norma.

Il comma nono contiene una ulteriore eccezione al divieto, sempre affidata alla discrezionalità motivata della Stazione. Si tratta dei casi in cui l'avvalimento riguarda particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato. In questo caso il bando può prevedere, sempre motivatamente, che la medesima impresa presti l'avvalimento a più concorrenti sino ad un massimo indicato nel bando, il che, *a contrario*, vuol dire che si esclude l'avvalimento da parte di una medesima impresa nei confronti della totalità dei concorrenti. La norma, tuttavia, postula sostanzialmente un prezzo fisso dell'avvalimento di questo tipo. Infatti dispone che l'avvalso si debba impegnare a fornire all'aggiudicatario la particolare attrezzatura tecnica alle

“medesime condizioni”. Il significato della norma può apparire incerto. Sono infatti possibili diverse interpretazioni.

Si potrebbe ritenere che l'avvalso sia tenuto a fornire l'avvalimento anche al soggetto aggiudicatario cui non lo aveva prestato in precedenza, purché alle medesime condizioni cui lo aveva prestato al suo avvalente non aggiudicatario. La norma, in questo caso, postulerebbe una sorta di gara nella gara, vale a dire che nel caso in cui fosse più di una impresa a prestare l'avvalimento nella medesima gara (e ciò in realtà sarebbe la regola dato il divieto sopra notato di prestare l'avvalimento alla totalità dei concorrenti) l'impresa avvalsa che ha richiesto il prezzo più basso sarebbe tenuta a fornire l'attrezzatura all'aggiudicatario, chiunque egli sia, appunto al prezzo più basso richiesto agli altri avvalenti.

Una seconda interpretazione, invece, postula che l'avvalso si impegni a fornire le attrezzature solo all'aggiudicatario suo avvalente, ma in tal caso alle condizioni migliori che eventualmente egli abbia richiesto ad un avvalente non risultato aggiudicatario.

Entrambe le interpretazioni conducono a conseguenze aberranti.

La prima introduce una sub procedura di gara non prevista dalla legge ed in forte odore di cartello, dato che il presupposto di fatto è che l'attrezzatura in questione sia posseduta non già da un ristretto novero di imprese, ma da un novero addirittura “ristrettissimo”. In secondo luogo essa interverrebbe a rompere il rapporto contrattuale tra l'avvalente aggiudicatario ed il suo avvalso che abbia richiesto un prezzo maggiore di altro, intervenendo in maniera costituzionalmente illegittima sulla volontà delle parti e sul regime contrattuale.

Senza contare che se l'avvalso scelto, per così dire, in questa sorta di sub procedura di gara ha in effetti richiesto un prezzo basso, tale che se applicato ad una altra offerta avrebbe fatto prevalere questa ultima (si ricordi che per definizione in questa interpretazione l'avvalente vincitore può essersi avvalso di un soggetto a prezzo maggiore) ciò costituirebbe una evidente alterazione della gara.

La seconda pone minori problemi, ma non di poco conto. Infatti, se l'avvalso ha richiesto prezzi diversi all'avvalente aggiudicatario e ad altri concorrenti, dovrebbe fornire all'aggiudicatario la attrezzatura al prezzo minore da lui richiesto anche ad un avvalente non aggiudicatario. Ma vi è da chiedersi: se l'avvalente vincitore si era accordato per un prezzo maggiore e ciò non ostante è risultato vittorioso, perché l'avvalso dovrebbe rinunciare a parte del suo guadagno per diminuire la richiesta al livello di quella operata nei confronti di un avvalente non vincitore? Si tratterebbe di una intrusione indebita nel sinallagma contrattuale, una sorta di esproprio a favore dell'aggiudicatario.

Ci sembra, quindi, che nessuna delle due interpretazioni, che scaturiscono da una disposizione in verità non perspicua, sia accettabile.

Vi è una terza interpretazione possibile, che pone minori problemi. Si tratterebbe di inferire dalla norma l'obbligo per l'avvalso di più concorrenti di praticare per tutti le medesime condizioni, anche al fine di non alterare la *par condicio* del mercato sfruttando, in sostanza, una posizione semi dominante. La norma deve quindi essere letta come se l'impegno dell'avvalso, preventivo ovviamente, fosse quello di chiedere a tutti gli avvalenti lo stesso prezzo.

La soluzione è abbastanza soddisfacente, ma vi è da chiedersi: *quid juris* se l'avvalso viola questo obbligo implicito che abbiamo ricavato dal sistema? Se, pur impegnandosi precedentemente a fornire ("a tutti gli avvalenti") la particolare attrezzatura tecnica alle medesime condizioni in realtà, nel chiuso della busta delle offerte, ha richiesto prezzi diversificati, quale sarà la conseguenza giuridica nei confronti suoi, ma anche della regolarità della gara? Anche questa interpretazione conduce a possibili alterazioni della scelta del contraente. Ipotizziamo che l'impresa proprietaria delle attrezzature abbia richiesto a Tizio un prezzo maggiore che a Caio e che Caio abbia vinto la gara anche grazie a questo migliore trattamento, cosa accadrebbe se in una sorta di prova di resistenza, applicando anche a Tizio il prezzo praticato per Caio, Tizio sarebbe risultato vincitore? In tal caso si dovrebbe ritenere che la violazione dell'obbligo della *par condicio* tra tutti gli avvalenti imponga la rideterminazione della graduatoria tenendo conto del minor prezzo.

In conclusione, comunque la si interpreti, la norma pone non pochi problemi che la relazione ministeriale non aiuta a risolvere, essendo assai scarna e meramente descrittiva.

Probabilmente nel decreto legislativo integrativo occorrerà procedere ad un chiarimento, soprattutto sul punto dell'obbligo dell'avvalso di praticare il medesimo prezzo a tutti gli avvalenti e sulle conseguenze negative nei suoi confronti, pur nella intangibilità della graduatoria come formatasi.

Il comma decimo, a chiusura e suggello di una impostazione che aveva percorso sotteraneamente tutto l'articolo ed i commi precedenti, ma che non era stata ancora espressamente pronunciata, dispone chiaramente che il rapporto contrattuale si instaura solo tra la Stazione e l'impresa aggiudicataria, alla quale sola è rilasciato il certificato di esecuzione. Questa, quindi, anche sotto il profilo *de futuro*, cioè per la partecipazione a successive gare, è l'unica titolare del rapporto con la Stazione. Corollario di ciò è il divieto per l'avvalso di assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore (e ciò è ovvio, quasi sovrabbondante) o di sub appaltatore, e ciò è invece di più difficile spiegazione.

Probabilmente su tale divieto si accentrerà l'attenzione della Commissione Europea. In effetti se il sub appalto è permesso dall'articolo 118 in via generale, a favore di qualsiasi impresa purché dotata dei requisiti necessari, perché impedirlo all'avvalso? La *ratio* della norma è quella di impedire che l'avvalso offra all'avvalente condizioni di favore al solo scopo di favorirlo nella gara

per poi assumere in sub appalto una parte delle opere, recuperando in tal modo, sul ricavo d'impresa, quanto ha perso nel chiedere un prezzo inferiore. Ciò indurrebbe una evidente alterazione della *par condicio*, poiché spingerebbe l'avvalso ad una richiesta, sostanzialmente in dumping. In parole povere, l'assunzione del sub appalto potrebbe essere finalizzata ad una alterazione preventiva della *par condicio* tra i concorrenti.

Crediamo fermamente che, sotto questo profilo, anche le eventuali perplessità della Unione Europea dovrebbero essere fugate.

L'ultimo comma, l'undicesimo, è stato inserito su suggerimento del Consiglio di Stato, il quale, opportunamente, ha ritenuto che sul sistema dell'avvalimento l'Autorità debba vigilare con attenzione e debba quindi essere informata *ex lege* di tutti gli avvalimenti richiesti e delle aggiudicazioni effettuate mercè la loro utilizzazione.

Come è noto l'articolo 52 della direttiva n. 18 prevede l'avvalimento anche per la iscrizione in elenchi o la certificazione che il loro ordinamento giuridico preveda per la partecipazione a gare pubbliche. Tuttavia la stessa direttiva limita una tale evenienza ai soggetti legati tra loro da un legame giuridico od economico tale da considerarli appartenenti ad un medesimo gruppo. La direttiva richiama espressamente l'avvalimento sia dei requisiti economico finanziari sia di quelli tecnico organizzativi.

Il Legislatore italiano ha ovviamente recepito la direttiva, preoccupandosi di disciplinare espressamente solo il conseguimento della SOA, con attenzione, dunque, solo agli appalti di lavori e non ai contratti di servizi e forniture.

Chiariamo subito, però, che il comma 4 dell'articolo 50 che recepisce l'istituto estende le norme anche ai sistemi di attestazione o qualificazione nei diversi servizi, rendendolo applicabile dunque anche a questo tipo di contratti. Nulla dispone in relazione alle forniture. Riteniamo, tuttavia, che la norma debba essere letta interpretando l'espressione "nei diversi servizi" in maniera estensiva comprendente anche, in senso atecnico, il servizio di fornitura di beni. Del resto la direttiva non distingue tra i tre settori, ma introduce l'avvalimento in linea generale, anzi espressamente riferendosi ad elenchi di imprenditori (ne senso di imprese di lavori) fornitori e prestatori di servizi. Essendo la direttiva self executing, in ogni caso l'avvalimento deve essere permesso anche nel settore delle forniture, il che ci spinge a ritenere che la norma applicabile, anche in tal caso, in via analogica e fatte salve le compatibilità, sia appunto l'articolo 50 in commento.

Il concetto di gruppo espresso dalla direttiva in maniera atecnica, e in fin dei conti più sostanzialistica che giuridica, è stato tradotto dal Legislatore italiano con riferimento alle sole ipotesi di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 c.c.

Vi è forse da dubitare della compatibilità con il diritto comunitario della impostazione italiana, atteso che, come è noto, il riferimento al “gruppo” è operato in linea generale dal Legislatore comunitario fuori da qualsiasi formalismo giuridico e riferendolo anche a situazioni di collegamento puramente economico, secondo quanto più volte disposto dalla giurisprudenza della Corte.

Il comma primo lettera a) quindi introduce la limitazione del controllo societario, mentre la lettera b), in accordi con l’articolo 52 della direttiva, prevede da parte della impresa ausiliaria il rilascio di una dichiarazione (che in verità ha le stesse caratteristiche giuridiche di quella già prevista dall’articolo 49 per l’avvalimento nella singola gara) con la quale assume l’obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento per tutto il periodo di validità della SOA così richiesta. Si tratta, anche in questo caso, della assunzione unilaterale di una obbligazione, di *facere*, che è rivolta, come nell’avvalimento per la singola gara, a favore dell’avvalente e delle Stazioni appaltanti per le cui gare sia utilizzata la SOA stessa. Segue l’obbligo, che è un corollario conseguente dal punto di vista logico, di comunicare le circostanze che facciano venir meno la messa a disposizione delle risorse. La norma non prevede a chi tale circostanza debba essere comunicata. Riteniamo che il destinatario della comunicazione sia il soggetto che ha emesso la SOA, e che alla comunicazione debba seguire necessariamente il ritiro della certificazione.

L’articolo 50 comunque lascia inalterato il regime dell’articolo 49 per le singole gare. La lettera d) espressamente dispone che si osservi l’articolo 49 commi 8 e 9. La norma è importante perché richiama espressamente il divieto di prestare l’avvalimento a più di un concorrente nella medesima gara, salva l’eccezione del comma 9, come si è già visto. Il significato della disposizione è che l’impresa che ha fornito i requisiti per la certificazione SOA non potrà partecipare come avvalso ad una gara cui partecipi il soggetto che ha acquisito la SOA grazie al suo avvalimento. Inoltre la stessa impresa avvalsa non potrà partecipare alla gara cui partecipa il soggetto avvalente ai fini della SOA.

La ratio della norma è la medesima già esaminata. Anche in questo caso ci si deve chiedere quale dei due soggetti debba essere escluso, e la risposta, come già abbiamo visto nell’esame dell’articolo 49, non può che essere che entrambe le imprese sono da escludere.

Il comma secondo, che abbiamo già citato, prevede l’applicazione delle sanzioni di cui all’articolo 6, comma undicesimo da parte della Autorità per le dichiarazioni mendaci, nonché la sospensione della attestazione SOA. Su questo punto occorre soffermare la nostra attenzione.

La fattispecie contempla l’ipotesi di omissione o mendacio nelle comunicazioni delle circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse, e che dunque devono condurre alla revoca della SOA. Il comma secondo, quindi, nel disporre che in tal caso oltre alle sanzioni di cui all’articolo 6 si applica la sospensione della attestazione SOA prevede due diverse

misure. La prima di natura affittiva per l'impresa avvalsa, la quale è privata per un periodo da sei mesi a tre anni della propria qualificazione; la seconda di non facile comprensione. Infatti la SOA nei confronti della impresa avvalente, o ausiliata che di si voglia, non potrà essere solo sospesa, ma completamente revocata, poiché sono venuti meno i requisiti per ottenerla. Nei suoi confronti, quindi, non si pone un problema di sospensione, ma di revoca. La norma, quindi, deve essere interpretata nel senso che, quale misura affittiva anche nei confronti dell'avvalente, se a lui risale il mendacio o l'omissione, sia disposta la sospensione della propria diversa SOA di cui fosse eventualmente in possesso. Altra lettura non è possibile, atteso, appunto, che la SOA ottenuta grazie all'avvalimento non può essere solo sospesa, ma deve essere revocata.

In accordo all'articolo 52 della direttiva ed al 45° considerando della stessa l'articolo 50 prevede la responsabilità solidale della impresa avvalente e di quella avvalsa. Valgono anche in questo caso le considerazioni già espresse nel caso dell'avvalimento per la singola gara.

Del quarto comma, che estende le disposizioni, in quanto compatibili, anche ai sistemi di attestazione o qualificazione nei servizi si è già detto.

La direttiva n. 17 ha previsto i medesimi istituti anche nei settori speciali.

A tal fine l'articolo 230 espressamente richiama le disposizioni degli articoli 49 e 50. Poco vi è quindi da aggiungere, atteso che il richiamo non è accompagnato da alcuna disposizione di carattere specifico. Si deve solo osservare che detti articoli sono richiamati *in toto* e non solo nei limiti di compatibilità.

In verità sorge un problema di compatibilità con la direttiva n. 17 quanto all'avvalimento per l'iscrizione in albi o per la qualificazione.

Mentre l'articolo 52 della direttiva n. 18 (settori ordinari) prevede l'avvalimento a tali fini tra imprese appartenenti al medesimo gruppo (inteso in senso economico e non giuridico), il corrispondente articolo della direttiva n. 17 (settori speciali), vale a dire l'articolo 53 commi 4 e 5 prevedono l'avvalimento in generale, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto tra avvalente ed avvalso.

Viceversa, l'articolo 230 del codice, l'articolo 232 comma 6 e l'articolo 233 comma 1 espressamente richiamano gli articoli 49 e 50 del codice, e dunque limitano anche nei settori speciali l'avvalimento in questione (in pratica per ottenere la SOA) alle sole imprese controllate o controllanti.

Vi è da chiedersi se una tale limitazione sia compatibile con la direttiva n. 17.