

L'avvalimento dopo il nuovo regolamento

Fabio Cintioli

Roma, 22 febbraio 2011

Le origini dell'avvalimento

- La giurisprudenza della Corte di giustizia (dal caso *Ballast*, n. 389/1994, al caso *Holst*, n. 176/1999, sino al CGCE, V, 18.3.2004, C 314/01):
 - (i) La *ratio*: Ispirata dal *favor* per la massima partecipazione alla gara e per l'apertura del mercato interno. Contrarietà a che i requisiti di partecipazione possano essere un limite allo sviluppo del mercato degli appalti pubblici. Favorire la circolazione dei requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnica.
 - (ii) Il riferimento ai rapporti infragruppo. Indifferenza dell'ordinamento rispetto al rapporto giuridico tra ausiliaria ed ausiliata.
 - (iii) Il limite: Effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'ausiliaria in capo all'ausiliata. La prova.

Le direttive nn.18 e 17 del 2004

- L'avvalimento come istituto di natura generale ed il modello “aperto” previsto nelle direttive;
- La distinzione tra avvalimento nei sistemi di qualificazione ed avvalimento nella specifica gara.

Le scelte del legislatore nazionale

- La preoccupazione di fondo: l'ausiliata come “scatola vuota” e la protezione della natura fiduciaria del rapporto tra stazione appaltante ed appaltatore;
- Il bilanciamento tra *ratio* comunitaria e limiti:
 - (i) La dichiarazione *ex art. 38* sui requisiti generali dell'impresa ausiliaria e l'applicazione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia;
 - (ii) L'impegno verso la stazione appaltante di mettere a disposizione “*le risorse necessarie*”; comma 10: “*il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione*”;
 - (iii) La produzione del contratto di avvalimento;
 - (iv) La responsabilità solidale dell'ausiliaria “*in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*”.
 - (v) La distinzione tra avvalimento nei sistemi di qualificazione (art. 50) ed avvalimento nella specifica gara (art. 49);
 - (vi) Atipicità e varietà dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.
- La principale caratteristica dell'avvalimento nell'ordinamento italiano: Il bilanciamento corre tra *favor* per la circolazione dei requisiti e responsabilità solidale.

Il regolamento

- Art. 88: Il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'oggetto (le risorse ed i mezzi prestati in modo determinato e specifico), la durata ed ogni altro elemento utile;
- Il bilanciamento sembra nuovamente focalizzarsi sul rapporto tra *favor* per la circolazione dei requisiti ed effettiva disponibilità di risorse e mezzi dell'ausiliaria;

-
- Tornano in primo piano dubbi fondamentali:
 - Qual è (prima che l'*oggetto*) la natura del contratto di avvalimento (rapporto interno: subappalto, affitto di azienda, cessione di *know how*?) e quale il rapporto tra ausiliaria e stazione appaltante;
 - Qual è il significato e la portata della solidarietà estesa all'ausiliaria;
 - Qual è l'ambito applicativo dell'avvalimento. Vale per tutti i requisiti? Anche per quelli di portata immateriale? Anche per quelli di potenziale connotazione soggettiva? Anche per le certificazioni di qualità?

I principali problemi. L'ambito applicativo

- I requisiti immateriali e il c.d. avvalimento “di garanzia” come figura diversa dall'avvalimento “operativo”;
- Il caso della soglia minima del capitale sociale e dei livelli di fatturato (ord. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2011, n. 512, a proposito di una soglia minima richiesta di capitale sociale);
- Il caso delle “significative esperienze nel settore” negli anni precedenti ed il sottile confine tra requisiti oggettivi e requisiti soggettivi, che non potrebbero, per definizione, essere prestati (TAR Campania, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644, a proposito della dimostrazione della pregressa esperienza specifica nel settore per cinque anni continuativi);
- Il caso delle certificazioni di qualità. Orientamenti restrittivi che lo intendono come requisito soggettivo (TAR Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665; AVCP, Parere 10 dicembre 2008, n. 254). Limite derivante dall'art. 50 e dalla disciplina delle direttive del 2004;
- L'esigenza di una soluzione coerente con la *ratio*: evitare che il requisito possa essere un fattore che ingessa il mercato interno.

La messa a disposizione delle risorse *necessarie* e dei mezzi *necessari* e la sua *rigorosa* prova

- Il rigore giurisprudenziale non si era spinto sino alla previsione dell'art. 88; il principio riguardava casi di mancanza del contratto, o di mancanza di un effettivo ed esplicito impegno contrattuale o verso la stazione appaltante o verso l'ausiliata (ad es., Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 641: non è sufficiente il dato fattuale dell'esistenza di un contratto di consorzio, essendo necessario che l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione i propri mezzi per tutto l'arco temporale interessato);
- La varietà dei requisiti e la varietà delle fattispecie: subappalto, affitto di azienda o di ramo di azienda, consorzio, *franchising*, cessione di diritti di *know how*, contratti di garanzia;
- Il problema si congiunge a quello dell'ambito applicativo: se l'avvalimento deve ammettersi anche per requisiti immateriali, nasce la difficoltà di definire e configurare il contratto di avvalimento;
- L'impatto del regolamento.

Il subappalto come contenuto possibile del contratto di avvalimento

- Art. 49, comma 10: l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati;
- Sono applicabili i limiti relativi al subappalto?
- La risposta positiva (in parte, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791; TAR Lazio, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 287; TAR Umbria, 31 maggio 2007, n. 472) rischia di porsi in contrasto con il favore che l'ordinamento comunitario accorda alla circolazione dei requisiti;
- La risposta negativa (in questo senso TAR Lombardia, sez. III, 24 gennaio 2008, n. 168; Guida pratica diramata dal Segretariato generale della PCM, gennaio 2011: *legittimamente un'impresa ausiliaria potrebbe svolgere, pertanto, l'intera prestazione prevista dal contratto, qualificandosi ai sensi dell'art. 49 comma 10 come subappaltatrice, senza l'applicazione dell'art. 118*) rischia di ridurre l'ausiliata a mera scatola vuota ed a creare un "mercato dei certificati di esecuzione";
- Tuttavia al rapporto di subappalto accede la responsabilità solidale verso la Stazione appaltante. E' vero subappalto?
- La giurisprudenza afferma che l'ausiliaria non è un soggetto *terzo* rispetto alla gara (Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

La solidarietà

- Natura: obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente che si perfeziona con l'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Una forma di garanzia personale di tipo “fideiussorio” (?), senza l'assunzione della qualità di parte contrattuale;
- La solidarietà illimitata a tutto il “contratto” di appalto (TAR Campania, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 26798): il rischio di un contrasto con la normativa comunitaria;
- La solidarietà limitata ai requisiti prestati ed alle risorse ed ai mezzi messi a disposizione (TAR Lazio, sez. III *ter*, 27 dicembre 2007, n. 14081);
- Come delimitare in concreto la solidarietà? L'impatto del regolamento ed il problema dell'avvalimento di garanzia.

L'avvalimento multiplo e plurimo

- Art. 49, comma 8 e l'ATI;
- Gli orientamenti espansivi del Consiglio di Stato:
 - (i) Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Avvalimento infra ATI;
 - (ii) Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857; Ricorso a due distinte imprese ausiliarie ed ammissibilità dell'avvalimento plurimo;
- L'impatto del regolamento: la specificazione dei relativi contratti.

La natura giuridica del contratto di avvalimento

- L'avvalimento come contratto mutevole;
- L'avvalimento non è un contratto atipico, perché è menzionato dalla legge e soprattutto perché può avere un contenuto tipico (un affitto di azienda, un subappalto, etc.);
- Non possiamo negare che l'avvalimento sia un contratto a sé, perché è menzionato come tale dalla legge e perché la legge vi riconduce alcune conseguenze giuridiche che deriveranno, appunto, dall'essere quel contratto anzitutto un avvalimento, prima che un affitto di azienda o un subappalto. Ad esempio la spettanza del certificato di esecuzione dei lavori.
- L'avvalimento ha un oggetto peculiare: il requisito. Il requisito, nel momento stesso in cui è identificato nella *lex specialis*, assume la qualità di bene giuridico, oggetto di diritti, perché è in grado di aggregare determinati interessi economicamente rilevanti.

-
- Quindi abbiamo una causa ed un contenuto costante ed una causa ed un contenuto variabile:
 - (i) Il contenuto costante è il prestito dei requisiti;
 - (ii) Il contenuto variabile è la messa a disposizione dei beni e/o utilità corrispondenti al requisito prestato.

-
- Il contenuto variabile discende (*recte*: è condizionato) dal tipo di requisito posto a gara su scelta della Stazione appaltante:
 - (i) Se si tratta di un bene materiale (che si collega ad una componente materiale della prestazione), avremo che il contenuto variabile potrà consistere in un affitto di azienda o di ramo di azienda od in un subappalto;
 - (ii) Se si tratta di un bene immateriale (e generico: ad esempio la soglia di fatturato o di capitale sociale), esiste una difficoltà di configurare il rapporto come un affitto di azienda o come un subappalto. Il contratto non può mancare e non può limitarsi alla menzione del prestito dei requisiti, ma può avere un contenuto variabile di portata più ampia e quindi più generica: ad esempio, la cessione del *know how*, o di una messa a disposizione di propri uffici e/o maestranze. Un contrappeso alla genericità a garanzia della Stazione appaltante: l'espansione della solidarietà.

-
- Il problema di adeguare il contenuto variabile dell'avvalimento all'art. 88 del regolamento.
 - Consigli pratici e considerazioni di sistema.

Considerazioni di sintesi

- L'avvalimento, imperniato sul prestito dei requisiti, deve poter operare anche per requisiti immateriali;
- L'avvalimento comporta una responsabilità solidale che potrà essere circoscritta in funzione del tipo di contenuto variabile che avrà il contratto di avvalimento;
- L'avvalimento, lì dove abbia il contenuto di un subappalto, ove pure si ammetta il superamento del limite dell'art. 118, presuppone che il contributo dell'ausiliaria sia delimitato e coerente con il tipo di requisito che viene "prestato".
- Il contratto di avvalimento dovrebbe poter avere un contenuto più generico nel caso di requisiti immateriali.