

CONFINDUSTRIA

L'avvalimento nelle procedure di gara

Consultazione on line del 16 gennaio 2012

Premessa

Stante l'origine comunitaria dell'istituto dell'avvalimento, ed i continui richiami alla disciplina ed alla giurisprudenza comunitarie operati dagli interpreti (Autorità e giudici) delle corrispondenti norme "interne", appare "centrale" l'affermazione riportata nel documento di base (pag. 3), per cui "Tipica del diritto comunitario è l'indifferenza per ogni formalismo giuridico e l'attenzione focalizzata sull'aspetto sostanzialistico dei rapporti: ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia, è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, di modo che la possibilità di ricorrere all'avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente "ausiliato", dell'effettiva disponibilità di tali mezzi."

Analogamente, si richiama la considerazione riportata a pag. 9 del documento di base, per cui "... solo accogliendo un'impostazione "sostanzialista" si garantisce che, anche in relazione all'istituto dell'avvalimento, vi sia una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione, evitando una mera circolazione di certificati e documenti cui non corrisponde la messa a disposizione di risorse reali. Va sempre considerata, infatti, l'esigenza della stazione appaltante di verificare, in sede di gara, che l'impresa che è ricorsa all'avvalimento disponga poi effettivamente in fase esecutiva delle risorse proprie di cui era carente, poiché solo in questo modo si assicurano i presupposti per il corretto adempimento delle prestazioni oggetto dell'appalto."

Premesso che l'interpretazione delle norme interne, in ragione della loro stretta derivazione comunitaria, deve essere rispettosa dei canoni sopra sottolineati (indifferenza per il formalismo giuridico e conseguente approccio sostanzialistico; centralità dell'effettiva disponibilità, in capo al concorrente ausiliato, dei mezzi e delle risorse fornitigli dall'ausiliario, e conseguente necessità della piena prova di tale disponibilità), si effettuano alcune specifiche considerazioni.

Requisiti "soggettivi": aspetti problematici

Il punto di partenza è rappresentato dalla constatazione che tanto gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE, quanto l'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, non consentono l'avvalimento riguardo ai requisiti di ordine generale che qualsiasi concorrente deve possedere, e che afferiscono direttamente alle qualità personali dell'operatore economico (art. 38 D. Lgs 163/2006), così come riguardo a quelli che legittimano il concorrente ad operare stabilmente, ed in via principale, nel settore economico cui afferisce l'appalto oggetto di aggiudicazione (art. 39 D. Lgs. 163/2006).

Al contrario, l'avvalimento nell'ambito della singola procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture è consentito qualora abbia ad oggetto "requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA" (art. 49 D. Lgs. 163/2006).

I requisiti economico-finanziari dei fornitori e dei prestatori di servizi sono disciplinati dall'art. 41 del Codice, quelli tecnico-organizzativi dall'art. 42, mentre relativamente ai lavori pubblici (d'importo superiore a 150.000 euro) opera il "sistema unico di qualificazione" di cui all'art. 40 del Codice e al Titolo III del DPR 207/2010.

Dal quadro normativo qui richiamato emerge che mentre nelle forniture e nei servizi l'avvalimento può avere ad oggetto uno o più dei requisiti di carattere economico-finanziario e/o tecnico-

organizzativo previsti dagli artt. 41 e 42 del Codice, nei lavori pubblici – trascurando le ipotesi residuali dei lavori d'importo non superiore a 150.000, ovvero d'importo superiore a 20.658.000 (ex art. 61, comma 6, DPR 207/2010) – l'avvalimento non può avere ad oggetto singoli requisiti di qualificazione, bensì l'attestazione di qualificazione SOA, stante il disposto dell'art. 49, comma 6, del D. Lgs. 163/2006, che sancisce "il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria".

Venendo agli specifici quesiti posti dall'AVCP a pag. 12 del documento di base, ovvero:

a) Possibilità, in linea generale, di escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'articolo 38 ed in che limite.

b) Indicare a titolo esemplificativo quali requisiti possano ritenersi esclusi (certificazione di qualità, iscrizione in albi professionali, ecc...);

c) per i requisiti da ritenersi oggetto di avvalimento specificare quali possono essere i mezzi di prova per la messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento.

Si riportano, di seguito, le seguenti ipotesi di soluzione.

La domanda sub a) potrebbe più opportunamente essere riformulata chiedendo se possano essere oggetto di avvalimento requisiti diversi da quelli economico-finanziari (art. 47 direttiva 2004/18/CE e art. 41 del D. Lgs. 163/2006) e tecnico-organizzativi (art. 48 direttiva 2004/18/CE e art. 42 del D. Lgs. 163/2006).

Così riformulata, la domanda non può che avere una risposta negativa, con la conseguenza che, ad esempio, la certificazione del Sistema di qualità aziendale – non essendo riconducibile ai requisiti tecnico-organizzativi, cui appartiene, al contrario, la certificazione di qualità dei prodotti oggetto dell'appalto [cfr.: artt. 48, comma 2, lett. ii) e 49 della direttiva 2004/18/CE e artt. 42, comma 1, lett. m) e 43 del D. Lgs. 163/2006] – non può essere oggetto di avvalimento.

Del resto, che la certificazione del Sistema di qualità aziendale non faccia parte dei requisiti di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi) è inequivocabilmente comprovato anche dall'art. 40 del D. Lgs. 163/2006, il cui comma 3 demanda alle SOA di attestare l'esistenza, nei soggetti qualificati, da un lato della certificazione del Sistema di qualità aziendale, dall'altro dei requisiti di ordine generale nonché di quelli tecnico-organizzativi ed economico-finanziari.

Sul punto, paiono particolarmente convincenti le affermazioni del TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13.10.2011, n. 4769, per cui "Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, condiviso dal Collegio, la certificazione di qualità, attenendo strettamente all'organizzazione aziendale per come implementata dall'imprenditore, costituisce requisito soggettivo non passibile di avvalimento; quand'anche si volesse aderire all'orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso all'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata – con la conseguenza che l'avvalimento in parola sarebbe possibile solo nel caso in cui l'impresa ausiliaria metta contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente, per tutta la durata del contratto di appalto, non soltanto la certificazione, ma anche gli elementi aziendali, come le risorse e l'apparato organizzativo, connessi a tale requisito qualitativo – comunque non rientrerebbe in tale ipotesi il contratto di avvalimento esibito in sede di gara, con cui la società ausiliaria non si è impegnata a mettere a disposizione della ricorrente l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità." ¹;

Del resto, anche la giurisprudenza "possibilista" riguardo all'avvalimento del requisito della certificazione del Sistema di qualità aziendale, precisa che:

- “Per quanto riguarda la certificazione di qualità, ovvero la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della stazione appaltante, va osservato (riprendendo considerazioni svolte dall’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nel documento di consultazione “L’avvalimento nelle procedure di gara”, 2011) che il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l’intera struttura aziendale; da ciò deriva che proprio l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione di qualità aziendale un requisito connotato da un’implicita soggettività (ancorché rientrante fra i requisiti di ordine speciale e, più precisamente, tecnico-organizzativo) e come tale non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall’intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità” (TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 22.12.2011, n. 10080)

- “è onere della concorrente dimostrare che l’impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l’obbligazione di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata, in relazione all’esecuzione dell’appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) (TAR Piemonte, Sez. I, 16.06.2011, n. 631);

- “Il terzo che “presti”, in via di ausiliatore, la propria certificazione di qualità, non si limita al prestito del solo “documento” contenente la certificazione, ma si obbliga a mettere a disposizione dell’impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa, e siffatta obbligazione vale a garantire l’interesse dell’Amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell’appalto, risultando, per ciò solo ed in definitiva, ben possibile che l’impresa concorrente assuma le vesti di un mero centro di imputazione di rapporti giuridici e limiti la sua attività al coordinamento delle prestazioni dell’impresa ausiliaria” (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 29.04.2011, n. 813)².

Alle stesse conclusioni “negative” sembra corretto pervenire anche riguardo all’iscrizione agli albi professionali (quali ad esempio l’Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale), perché anche in tal caso si tratta di requisito che non può essere disgiunto dall’intera organizzazione aziendale che è stata presa in considerazione ai fini della predetta iscrizione.

Non va, inoltre, trascurata la circostanza che l’iscrizione in apposito albo professionale, e più in particolare il possesso di una specifica autorizzazione abilitante alla prestazione di un determinato servizio, sono disciplinati dagli artt. 46 della direttiva 2004/18/CE e 39 del D. Lgs. 163/2006, in sede diversa dalle disposizioni specificamente dedicate ai requisiti “speciali” economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

Particolarmente convincenti, sul punto, paiono le affermazioni riportate nella pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 22.12.2011, n. 10080, secondo cui “le argomentazioni svolte con riferimento alla certificazione di qualità aziendale valgono, a maggior ragione, con riferimento al possesso del requisito dell’iscrizione all’Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale che, invero, oltre ad essere previsto obbligatoriamente dalla normativa nazionale (art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006) e dalla lex specialis di gara, presuppone comunque una specifica organizzazione aziendale, necessaria per assicurare il corretto espletamento di attività delicate e/o pericolose e caratterizzate dall’impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche. Ciò concretizza una soggettività dell’iscrizione che non è equiparabile ad un requisito da poter prestare se disgiunto dall’organizzazione che l’ha conseguita.

A ciò si aggiunga che il requisito dell’iscrizione all’albo di che trattasi costituisce un requisito che si pone a monte dell’attività di gestione dei rifiuti in quanto costituisce titolo autorizzatorio al suo esercizio, previsto in via obbligatoria dalla legge”³

Analogamente, sembra preferibile una risposta “negativa” anche in ordine al requisito della iscrizione al registro delle imprese, per attività analoga a quella dell’appalto, nonostante l’opposto orientamento espresso da una non recentissima giurisprudenza (TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 17.01.2007, n. 137).

Quanto fin qui argomentato induce a dedicare una riflessione “critica” riguardo alla possibilità – espressamente riconosciuta dall’art. 49, comma 1, del D. Lgs. 163/2006 – di procedere all’avvalimento dell’attestazione SOA nell’ambito di una specifica procedura di affidamento.

A norma dell’art. 40, comma 3, del D. Lgs. 163/2006, infatti, l’attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA è il frutto dell’accertamento, operato da quest’ultima, in ordine al possesso, in capo all’operatore economico:

a) della certificazione del Sistema di qualità aziendale;

b) dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del D. Lgs. 163/2006;

c) dei requisiti di ordine speciale tecnico-organizzativi ed economico-finanziari definiti dall’art. 79 del DPR 207/2010 in conformità alle disposizioni comunitarie.

Attestazione di qualificazione che, a norma dell’art. 60, comma 3, del DPR 207/2010, “Fatto salvo quanto stabilito agli articoli 61, comma 6 (nдр: appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000), e 62 (nдр: qualificazione di imprese stabilite in Stati UE diversi dall’Italia), ... costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici”, con la conseguenza che le singole Stazioni appaltanti non debbono, né possono, verificare i singoli requisiti (diversi da quelli generali, giusta il disposto dell’art. 38, comma 3, del D. Lgs. 163/2006), oggetto di accertamento e di attestazione da parte delle SOA.

Tutto ciò rende del tutto “anomalo” l’avvalimento nella singola gara dell’attestazione SOA, per le stesse ragioni che hanno portato in precedenza a privilegiare la risposta “negativa” in ordine alla possibilità di avvalimento della certificazione del Sistema di qualità aziendale, ovvero dell’iscrizione in appositi albi professionali o della titolarità di specifiche autorizzazioni ad operare in un determinato settore.

Sono le stesse ragioni che avevano condotto Confindustria, in occasione dell’audizione tenutasi il 16 febbraio 2006 presso la Commissione Lavori pubblici e Ambiente del Senato, a proporre una revisione dello schema di decreto legislativo di recepimento delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, escludendo l’avvalimento nella singola gara per il settore dei lavori pubblici (con eccezione del requisito della cifra d’affari in lavori quinquennale per gli appalti d’importo superiore a 20.658.000 euro) ed ammettendo nel mesesimo settore solo l’avvalimento nel sistema di qualificazione (ora disciplinato dall’art. 50 del D. Lgs. 163/2006 e dall’art. 88, commi 2 e seguenti, del DPR 207/2010).

De iure condito, del resto, la stessa Autorità (parere sulla normativa 23.04.2009) ha riconosciuto che “L’avvalimento concernente l’attestazione SOA determina, in favore dell’impresa ausiliata, la messa a disposizione dell’intera azienda dell’impresa ausiliaria, intesa come il complesso dei beni organizzati per l’esercizio dell’impresa. 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. Anche in caso di avvalimento trova applicazione il principio di carattere generale derivante dall’art. 1, comma 4, del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, secondo il quale l’attestato di qualificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento”.

Conclusivamente, in risposta al quesito sub lett. c), qualora non si ritenga di aderire alla tesi che esclude l’avvalimento per i requisiti “soggettivi” in precedenza menzionati (ovviamente per

l'attestazione SOA si pone, al più, un problema de iure condendo), sembra necessario che l'avvalimento si fondi sulla piena ed incondizionata messa a disposizione del concorrente ausiliato del complesso aziendale condotto dall'ausiliario.

Tale piena ed incondizionata messa a disposizione del complesso aziendale si dovrebbe sostanziare in un contratto di cessione o di affitto dell'azienda o del relativo ramo specificamente dedicato all'attività oggetto dell'appalto, il che, peraltro, non può che ripercuotersi sulla persistenza in capo all'ausiliario dei requisiti "incardinati" nel complesso aziendale oggetto di cessione/affitto⁴.

I requisiti speciali

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

- a) possono essere oggetto di avvalimento i requisiti immateriali?
- b) In caso di risposta affermativa specificare la posizione sui requisiti di capacità economico-finanziaria e su quelli attinenti all'esperienza pregressa nel settore di riferimento;
- c) in particolare, l'avvalimento dei requisiti economico-finanziari deve sostanziarsi in un contratto di garanzia?

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

Il diritto positivo, sia comunitario sia nazionale, non sembra consentire una limitazione dei requisiti "speciali" nell'avvalimento.

Il problema è, piuttosto, costituito dalle modalità di prova dell'effettiva messa a disposizione del concorrente ausiliato, da parte dell'ausiliario, dello specifico requisito "immateriale" e, prima ancora, di quale sia l'oggettiva "consistenza" di un requisito che, per definizione, è considerato "immateriale".

Per dare una risposta ragionevole a tale problematica può essere utile il ricorso alla figura dell'avvalimento di garanzia, elaborata dalla giurisprudenza richiamata nel documento di base⁵, per legittimare l'avvalimento dei requisiti "immateriali" di natura economico-finanziaria (quali il volume d'affari o fatturato), figura che la stessa giurisprudenza, peraltro, non estende all'area tecnico-organizzativa (ad esempio lavori, servizi, forniture analoghi).

Con riguardo ai primi, il "prestito" dei requisiti costituiti dal capitale sociale⁶ o dal volume di affari complessivo⁷ può sostanziarsi in un contratto di garanzia.

Con riguardo ai secondi, sembra difficile dissociare il fatturato "specifico"⁸ ed i lavori, servizi, forniture analoghi⁹, dal complesso aziendale che li ha conseguiti¹⁰, con la conseguenza che il relativo "prestito" dovrebbe sostanziarsi in contratti aventi ad oggetto l'azienda o il ramo operativo di quest'ultima (cessione o affitto), ovvero in contratti che comunque contemplino l'effettivo coinvolgimento esecutivo dell'ausiliario (ad es. subappalto).

I documenti da allegare

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti:

- a) Possibilità di prevedere la presentazione della documentazione dell'articolo 49 a pena di esclusione;
- b) Possibilità di escludere il concorrente in assenza di contratto di avvalimento

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

Una malintesa acquiescenza alle origini comunitarie dell'istituto ed agli enunciati della corrispondente giurisprudenza, volti a sottolineare l'irrelevanza della forma (e del relativo nomen iuris) del rapporto giuridico nel quale l'avvalimento si sostanzia, purché chi intende ricorrervi fornisca piena prova di poter disporre, per adempiere alla prestazione in affidamento, dei mezzi e/o delle risorse facenti capo all'operatore economico ausiliario, potrebbe condurre a sottovalutare l'importanza della documentazione da produrre in gara con specifico riguardo all'avvalimento (art. 49, comma 2, D. Lgs. 163/2006 e art. 88, comma 1, DPR 207/2010)¹¹.

Al contrario, si ritiene che detta documentazione sia di fondamentale importanza proprio per consentire alla stazione appaltante di apprezzare l'effettiva disponibilità, da parte del concorrente ausiliato, dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario.

A tal fine debbono contemporaneamente essere prodotti, a pena di esclusione, sia il contratto di avvalimento¹² (non surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato¹³), sia tali dichiarazioni, in quanto esprimenti l'impegno nei confronti della Stazione appaltante.¹⁴

Focus sul contenuto minimo del contratto di avvalimento

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti:

- a) Qual è il contenuto minimo del contratto di avvalimento?
- b) Le disposizioni dell'articolo 88 del Regolamento sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture?

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

La responsabilità solidale tra concorrente ausiliato ed operatore ausiliario, così come la durata del contratto di avvalimento, costituiscono elementi connaturati all'istituto dell'avvalimento così come disciplinato dall'art. 49 del D. Lgs. 163 e dall'art. 88, comma 1, del DPR 207/2010, per cui non sembra essenziale che ad essi il contratto di avvalimento dedichi specifica regolamentazione.

Al contrario, consistendo l'avvalimento nella messa a disposizione del concorrente ausiliato, da parte dell'operatore ausiliario, dei mezzi e delle risorse al primo mancanti, appare essenziale che il contratto di avvalimento identifichi in modo esaustivo e puntuale i mezzi e le risorse oggetto di "prestito"¹⁵.

Nel documento di base l'Autorità evidenzia che solo il 14,5% dei contratti di avvalimento esaminati contiene l'indicazione del corrispettivo riconosciuto dal concorrente ausiliato all'ausiliario, quale remunerazione della messa a disposizione dei mezzi e risorse per partecipare alla gara e, in caso di aggiudicazione, per eseguire l'appalto.

Tale circostanza, plausibile nel caso di avvalimento "infragrupo", appare del tutto anomala nel caso di avvalimento tra imprese terze, anche perché sembra sottendere la strumentalità dell'avvalimento alla sola partecipazione alla gara, senza un effettivo impegno dell'ausiliario a mettere a concreta disposizione del concorrente ausiliato i mezzi e le risorse di cui il primo è dotato¹⁶.

Tale circostanza sembra, in sostanza, "tradire" la funzione meramente elusiva delle regole di selezione dei concorrenti alle gare d'appalto, così come a lungo tempo è stato il ricorso all'associazione temporanea d'impresa, almeno fino a quando non è stato normativamente sancito l'obbligo della corrispondenza tra quota di partecipazione all'ATI e quota di partecipazione

all'esecuzione del contratto e tra questa e l'ammontare della qualificazione posseduta da ciascuna impresa temporaneamente riunita.

La prova della effettiva messa a disposizione dei mezzi

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

- a) il contratto di avvalimento deve avere un contenuto dettagliato? In caso di risposta affermativa, quali elementi sono imprescindibili?
- b) Il contratto di avvalimento deve rispondere ad un particolare tipo (contratto di garanzia, subappalto, affitto di ramo d'azienda) in relazione al requisito/ risorsa prestata?
- c) la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse da parte dell'impresa ausiliata deve essere valutata con rigore dalla stazione appaltante?

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

Ai quesiti del presente paragrafo si è già cercato di dare risposta nei paragrafi precedenti.

Riassumendo:

- a) è necessario che il contratto di avvalimento abbia un contenuto dettagliato, in particolar modo con riferimento ai mezzi e/o alle risorse oggetto di avvalimento. Si segnala in particolare la necessità che il contratto di avvalimento evidenzii alla Stazione Appaltante chi eseguirà l'opera materialmente, con quali maestranze specializzate e con quali strumenti, tecnologie e mezzi d'opera, tenendo presente che laddove abbia ad oggetto i requisiti "immateriali" del capitale sociale e del volume d'affari (o fatturato) globale, si sostanzia in un contratto di garanzia;
- b) nei fatti la natura del requisito oggetto di avvalimento condiziona la riconducibilità del contratto di avvalimento ad una specifica tipologia negoziale;
- c) l'effettiva disponibilità delle risorse da parte dell'impresa ausiliata deve essere valutata con rigore dalla Stazione appaltante.

La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

- a) la responsabilità della impresa ausiliaria è contrattuale o extracontrattuale?
- b) La responsabilità dell'impresa ausiliaria riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto o solo le risorse prestate?

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

Si ritiene che l'impresa ausiliaria non sia semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare - non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice - a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente.

L'ausiliario è, infatti, tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante e tale impegno conforma in modo determinante l'istituto dell'avvalimento, costituendone un presupposto di legittimità.

L'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; ne consegue che l'impresa ausiliaria risponde a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione¹⁷.

Quanto all'estensione della responsabilità solidale gravante sull'impresa ausiliaria, si ritiene coerente con le caratteristiche dell'istituto la relativa perimetrazione alle sole prestazioni eseguite mediante il ricorso all'avvalimento (il che, peraltro, si identifica con l'intero appalto, nel caso di avvalimento "di garanzia", ovvero di avvalimento "operativo" che coinvolge l'intero complesso aziendale dell'ausiliario).

L'avvalimento nel settore dei lavori pubblici

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

a) E' compatibile con il principio secondo cui ogni soggetto che esegue lavori pubblici deve essere qualificato il fatto che un'impresa sprovvista di certificazione SOA partecipi ad una gara avvalendosi della certificazione di un'altra impresa, considerando che l'aggiudicataria del contratto dovrà comunque eseguire una parte dello stesso in proprio? In particolare, il problema si pone se la quota di lavori che l'impresa si accinge ad eseguire superi il valore di 150.000 euro.

b) Qual è il significato da attribuire al divieto di utilizzo frazionato dei requisiti previsto dall'articolo 49, comma 6 del codice?

c) E' ammissibile la sostituzione dell'impresa ausiliaria prima della stipula del contratto?

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

De iure condito la risposta al quesito sub a) sembrerebbe dover essere positiva, in linea con le affermazioni della giurisprudenza richiamata anche nel documento di base¹⁸.

Si potrebbe, per converso, obiettare che il postulato sul quale si fonda tale linea di pensiero, secondo cui la garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione non sarebbe adeguatamente assicurata ove nessuno dei soggetti concorrenti possedesse autonomamente i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, non trova riscontro nella gran parte degli istituti che consentono l'aggregazione di più operatori economici al fine di cumulare i requisiti di qualificazione (ad es: consorzi stabili, raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari).

In ogni caso, il precetto contenuto nell'art. 49, comma 6, del D. Lgs. 163/2006, secondo cui "Il contratto (nдр: di appalto) è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara", appare in insanabile contrasto con il principio dettato dall'art. 40, comma 1, del Codice e dall'art. 60, commi 2 e 3, del DPR 207/2010, laddove l'avvalimento dell'attestazione di qualificazione SOA non si traduca in un trasferimento temporaneo dell'intero compendio dei beni aziendali dell'ausiliario, presi in esame in occasione del rilascio a quest'ultimo dell'attestazione SOA.

In che, peraltro, riporta all'evidenza l'anomalia dell'attuale "doppio binario" riservato all'avvalimento dell'attestazione SOA (nella singola gara, ex art. 49 del D. Lgs. 163/2006 e nel sistema unico di qualificazione, ex art. 50).

Quanto sin qui argomentato riguarda anche il quesito sub b).

Quanto al quesito sub c), non sembra possibile sostituire l'impresa ausiliaria prima della stipula del contratto con la Stazione appaltante, dovendo l'identità dell'ausiliario cristallizzarsi al momento della presentazione dell'offerta cui accede¹⁹.

L'avvalimento nei servizi e nelle forniture: focus sui requisiti speciali nei servizi di ingegneria ed architettura

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

a) è ammissibile l'avvalimento per i servizi di tipo intellettuale, quali, ad esempio, la progettazione e la direzione dei lavori?

b) In caso di risposta affermativa, quali specifici requisiti possono formare oggetto di avvalimento?

L'ammissibilità dell'avvalimento anche per quanto attiene ai servizi di tipo intellettuale non sembra potersi revocare in dubbio alla luce della portata generale delle norme comunitarie e nazionali riguardanti l'istituto.

Sul punto, del resto, si sono espressi affermativamente sia la giurisprudenza²⁰, sia l'Autorità²¹.

Sembra doversi escludere l'avvalimento dei requisiti consistenti in specifiche abilitazioni professionali, che debbono necessariamente essere nella diretta titolarità del concorrente.

Rapporto con l'istituto del subappalto

I quesiti posti nel documento di base riguardo all'oggetto in rubrica sono così riassunti

a) è applicabile all'impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall'art. 118 del Codice?

b) Divieto di usufruire dell'avvalimento per il subappaltatore

Le considerazioni sul punto sono le seguenti.

Stante la diversa natura e funzione dell'avvalimento rispetto al subappalto, ancorché il primo possa "tradursi" nel secondo, si ritiene che in quest'ultima ipotesi non trovino applicazione i limiti quantitativi propri del subappalto.

In primo luogo, occorre rilevare che il comma 10 dell'art. 49 del Codice stabilisce che l'impresa ausiliaria può essere subappaltatrice "nei limiti dei requisiti prestati", senza richiamare l'art. 118 del Codice dei contratti e senza fare alcun riferimento a quote di lavori subappaltabili. Pertanto, già dalla formulazione della disposizione in commento e dal silenzio del legislatore su eventuali limitazioni al subappalto, può desumersi che l'unico principio da osservare nel caso in cui un'impresa ausiliaria sia anche subappaltatrice sia quello dell'esatta corrispondenza fra requisiti "prestati" e prestazioni in concreto eseguibili in subappalto.

In secondo luogo, e con specifico riferimento ai rapporti fra l'istituto del subappalto e quello dell'avvalimento, dev'essere tenuto presente che esiste una notevole differenza fra gli stessi ed i diversi regimi di responsabilità che li caratterizzano. Com'è noto, infatti, l'avvalimento è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti già in sede di gara, ed il subappalto rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori, mediante affidamento da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti ad un altro soggetto che eseguirà parte della prestazione (cfr. Consiglio di Stato, V, 20 giugno 2011, n. 3698). Quanto ai regimi di responsabilità, quindi, mentre nel subappalto la responsabilità nei confronti della stazione appaltante fa capo unicamente all'impresa appaltatrice e non al subappaltatore, che è responsabile solo nei confronti di quest'ultima, al contrario, nell'avvalimento, ai sensi del comma 4 dell'art. 49 del Codice dei contratti, l'impresa ausiliaria è responsabile in solido con l'impresa principale nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto.

Proprio tali argomentazioni possono indurre a ritenere che esista una specifica differenza fra il subappalto “classico”, disciplinato dall’art. 118 del Codice, e quello cui è possibile ricorrere nell’avvalimento. In questa seconda ipotesi, infatti, l’impresa ausiliaria potrebbe eseguire in subappalto anche lavori che superino la quota del 30% prevista nell’art. 118, purché nei limiti dei requisiti prestati.

Pertanto, ad avviso della scrivente, dovrebbe essere accolta l’interpretazione secondo cui, quando l’art. 49 del Codice dei contratti prevede che l’impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatrice, faccia riferimento ad una particolare ipotesi di subappalto, non assoggettabile alle limitazioni quantitative di cui all’art. 118”²²

Quanto alla possibilità, per il subappaltatore, di dimostrare la propria idoneità facendo ricorso all’avvalimento dei requisiti di un soggetto terzo, la fattispecie sembra inconciliabile con la ratio concorrenziale dell’istituto, oltre che con la sua disciplina.

I raggruppamenti temporanei di imprese

I quesiti posti nel documento di base riguardo all’oggetto in rubrica sono così riassunti

a) Il ricorso all’avvalimento in un’A.T.I. può comprendere anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un’A.T.I. deve possedere?

Al quesito sembra doversi dare risposta positiva, allineandosi a quella giurisprudenza secondo cui “L’istituto dell’avvalimento è espressione del principio di massima partecipazione e persegue la finalità di ampliare la platea dei potenziali concorrenti consentendo loro di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di soggetti terzi. A tali fini non incide sulla legittimità del ricorso all’istituto la natura giuridica dei legami esistenti fra i soggetti interessati, rilevando unicamente, per l’Amministrazione, che l’impresa avvalente disponga dei mezzi dell’avvalsa. “La legislazione vigente”, infatti, “(art. 37 del Codice; art. 95 del d.P.R. n. 554 del 1999; art. 92 dell’emanando regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici) fissa in tema di a.t.i. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che deve essere posseduta da ciascun componente; ma tale disciplina non può essere intesa come limite all’avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto comunitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all’avvalimento, e che lo consente espressamente anche nell’ambito dei raggruppamenti di imprese, e in tal caso sia mediante avvalimento interno che mediante avvalimento esterno. Pertanto la disciplina nazionale va intesa non solo nel senso che anche nell’ambito di un’a.t.i. è ammesso l’utilizzo dell’avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un’a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all’avvalimento”. (Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577). Il rischio, paventato dalle ricorrenti, che possa in tal modo essere affidato l’appalto a un soggetto non in grado di eseguire la prestazione dedotta in contratto è neutralizzato dal vincolo di responsabilità solidale che lega avvalente e avvalsa nei confronti della Stazione appaltante e dai contratti di avvalimento presentati che comprovano la disponibilità, da parte della mandataria, delle risorse necessarie alla corretta esecuzione dell’appalto (ex art. 49, comma 2, lett. d ed f e comma 4 del D. Lgs. n. 163/2006)”²³

1 Si veda anche il parere di precontenzioso 5.05.2011, n. 80, reso dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici, per cui “E’ preferibile interpretare l’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 nel senso che non consente l’avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001:2008. Anche la

giurisprudenza amministrativa maggioritaria qualifica la certificazione in esame come requisito soggettivo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute, e precisa che tale <obiettivo, per essere effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la certificazione di qualità riguardi direttamente l'impresa appaltatrice>".

2 Analogamente si è espressa l'Autorità (parere del precontenzioso 22.06.2011, n. 115) "la certificazione di qualità ISO 9001 non copre il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma attesta che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene alla qualità dei processi produttivi della propria azienda. La certificazione in esame, quindi, è astrattamente qualificabile come un requisito soggettivo, in quanto attiene ad uno specifico "status" dell'imprenditore; ma che trova fondamento e radici nella concreta organizzazione aziendale, consistendo nell'aver ottemperato alle prescrizioni normative preordinate a garantire la qualità nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Muovendo da tale premessa, si ritiene di interpretare l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 come non ostativo all'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001 soltanto ove insieme alla stessa certificazione venga "prestata" l'organizzazione aziendale che ne funge da presupposto oggettivo".

3 La sentenza prosegue "L'art. 212, comma 5, del D.Lgs n. 152 del 2006 prevede, invero, che "l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto...", dal che deriva che la normativa nazionale, proprio per la delicatezza e rilevanza delle funzioni svolte da tali soggetti (dal punto di vista ambientale ed igienico-sanitario), ritiene necessario che questi siano in possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tali da connotarli a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi. Si aggiunga, poi, che la normativa citata, per la specifica categoria 10 (amianto), contiene una serie di prescrizioni aggiuntive connesse alle garanzie economiche e di professionalità, giustificate proprio dalla pericolosità di tale tipo di attività.

Ciò significa che la possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa i requisiti previsti dalla normativa nazionale a tutela del bene ambientale proprio perché non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della "quantità") di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi.

Ciò che si vuole dire è che l'avvalimento, a differenza dell'istituto del raggruppamento temporaneo di impresa (RTI), serve all'impresa ausiliata per colmare – come detto - la mancanza dei requisiti oggettivi per la partecipazione alla gara ma ciò non significa che il "prestito" operato dalla società ausiliaria si traduca poi nell'utilizzo effettivo di quelle risorse nella fase esecutiva della prestazione nel senso che è rimessa poi alla scelta organizzativa dell'impresa ausiliata se e come avvalersi, durante l'esecuzione, di quanto messo a disposizione dalla ditta ausiliaria."

4 A pag. 22 del documento di base, nel paragrafo 7, dedicato all'avvalimento nel settore dei lavori pubblici, si sottolinea che "la qualificazione SOA comporta la valutazione di un complesso di requisiti appartenenti all'intera azienda, tanto che è stato da più parti sostenuto che l'avvalimento dell'attestazione SOA deve sostanziarsi in affitto di ramo d'azienda o cessione di azienda. In questo caso, però, l'ausiliario non dovrebbe più poter partecipare ad altre gare ed eseguire contratti, posto che la propria attestazione ed, in ultima analisi, la propria azienda, è utilizzata da un'altra impresa".

5 TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2.02.2011, n. 644

6 Cons. Stato, Sez. V, 8.09.2011, n. 5040; Id., ordinanza 2.02.2011, n. 512; Cons. Stato, Sez. IV, 20.01.2008, n. 5742. In quest'ultima pronuncia si afferma, tra l'altro, che "il requisito del capitale sociale "minimo" rientra certamente tra "le altre referenze probanti", di cui all'art. 47, par. 4, della

Direttiva 2004/18/CE, la cui integrazione mediante riferimento alla capacità di altri soggetti non pare poter diminuire quelle garanzie di solidità patrimoniale, cui notoriamente detto elemento risponde, anche alla luce della solidarietà di concorrente ed impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante stabilita dall'art. 49, comma 4, del Codice. Peraltro, si ricordi che, per utilizzare i requisiti di capacità posseduti da un altro soggetto, è necessario che il partecipante alla gara dimostri di disporre effettivamente, sulla base di un titolo giuridico, dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa propri del soggetto, individuale o collettivo, di cui intende avvalersi; sì che, in caso di utilizzo di requisiti di capacità economica e finanziaria quale quello del capitale sociale, anche (o forse anzitutto) il "titolo" anzidetto dovrà risultare adeguato, quanto alla disciplina che ne risulta, alla particolare natura del requisito messo a disposizione”.

7 Cons. Stato, Sez. III, 15.11.2011, n. 6040; TAR Piemonte, Sez. II, 22.05.2007, n. 2218.

8 Cons. Stato, Sez. V, 17.03.2009, n. 1589; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10.10.2007, n. 2486.

9 Cons. Stato, Sez. III, 15.11.2011, n. 6040; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 12.06.2009, n. 1204.

10 TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2.02.2011, n. 644, citata nel documento di base, afferma che “Al di fuori di tale ipotesi (ndr: volume d'affari o fatturato) la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara”.

11 Contra, TAR Veneto, Sez. I, 20.10.2010, n. 5528, “Il contratto di avvalimento assume carattere atipico nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c., e si sostanzia nella messa a disposizione dell'azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa ex art. 2555 c.c.) di cui è titolare l'impresa ausiliaria a favore dell'impresa partecipante alla gara; può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo”.

12 TAR Toscana, Sez. I, 27.06.2011, n. 1110 “la normativa di legge e di gara è esplicita nel richiedere una duplicità di atti negoziali, tra cui, accanto alla dichiarazione d'impegno, anche un vero e proprio contratto tra impresa ausiliaria e concorrente. La giurisprudenza più recente ha evidenziato la estrema importanza della cognizione in sede di gara di tale contratto anche al fine di poter esaminare in concreto le pattuizioni stabilite tra le parti e poter quindi appurare se dalle stesse emerge una concreta cessione di mezzi e risorse tra ausiliaria e concorrente, tale da dare concretezza all'istituto dell'avvalimento stesso (in termini Cons. Stato, sez. III; 18 aprile 2011, n. 2344). La necessaria produzione in giudizio del contratto di avvalimento appare quindi tutt'altro che eccessiva o irrazionale e comporta che gli accordi tra le parti in tale materia dovranno senz'altro rivestire una forma scritta, tale da poter essere prodotti nella documentazione di gara”.

L'AVCP, nel parere di precontenzioso 10.03.2011, n. 39, afferma che “La mancanza di sottoscrizione autografa originale, da parte del rappresentante legale dell'impresa ausiliaria del contratto di avvalimento, a fronte della necessaria forma scritta ad substantiam ex art. 1350, n. 13 c.c., non consente di attribuire con la necessaria certezza il documento al suo autore ed il relativo negozio ad una volontà validamente espressa, con ciò risultando evidentemente il contratto voluto dalla norma formalmente privo di valore alcuno, con conseguente inevitabile esclusione dalla gara per mancanza di un documento di rito.”

13 Contra, TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 17.02.2008, n. 4653.

14 TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 23.11.2011, n. 2174, “Appare inidonea la mera presentazione del contratto di avvalimento stipulato tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, atteso che esso esprime unicamente un impegno tra le parti stipulanti ma non anche dell'impresa ricorrente ausiliata nei confronti della stazione appaltante e che l'insufficienza della mera produzione del

detto contratto è, inoltre, dimostrata dalla stessa formulazione dell'art. 49, comma 2 del codice dei contratti, il quale impone la presentazione sia della dichiarazione (lett. a), sia del contratto (lett. f), perseguendo evidentemente i relativi oneri documentali funzioni diverse e, soprattutto, complementari (in termini, v. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 3 maggio 2011, n. 820)". Analogamente si è pronunciata l'Autorità, pareri di precontenzioso 9.06.2011, n. 100 e 20.10.2010, n. 170, in quest'ultimo caso ritenendo necessaria la dichiarazione dell'impresa ausiliaria anche nell'ipotesi di avvalimento "infragrupo".

15 Si veda il già citato TAR Toscana, Sez. I, 27.06.2011, n. 1110.

16 Contra, TAR Veneto, Sez. I, 20.10.2010, n. 5528, secondo cui non "può sostenersi ... che il contratto in questione (ndr: contratto di avvalimento) sia invalido poiché gratuito: e ciò non solo perché l'assenza di pattuizione di un corrispettivo di per sé non significa che il contratto sia gratuito, potendo al riguardo provvedere il giudice in difetto di un accordo tra le parti (cfr. art. 1709 c.c.), ma anche – e soprattutto – in quanto l'assodata atipicità del contratto di avvalimento non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione del corrispettivo, posto che la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende ex se irrilevante ai fini della validità del vincolo instaurato tra le parti l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di *corrispondere al mandatario un compenso per l'attività da lui svolta, trattandosi di obbligo che a' sensi dell'art. 1709 c.c. è solo presunto (cfr. sul punto la sentenza n. 3451 dd. 6 novembre 2008, resa da questa stessa Sezione)".*

17 Così TAR Campania, Napoli, Sez. I, 6.12.2010, n. 26798.

18 Cons. Stato, Sez. VI, 13.06.2011, n. 3656, per cui due attestazioni non individualmente sufficienti a colmare il requisito richiesto dal bando non potrebbero essere cumulate, attraverso l'avvalimento, per totalizzare la classifica di qualificazione SOA necessaria all'ammissione alla procedura concorrenziale. Con la conseguenza che l'ausiliario, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, dovrebbe necessariamente prestargli per l'intero e integralmente il requisito richiesto dal bando (e non solo una quota parte dello stesso, come avvenuto nel caso sottoposto al vaglio del giudice amministrativo).

19 Secondo Cons. Stato, Sez. V, 20.10.2010, n. 7581, "*L'art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18 richiede ai fini dell'avvalimento che il concorrente provi all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione del contratto "disporrà" delle risorse necessarie di altri soggetti, quindi ciò provi nel momento della partecipazione alla gara e non in quelli, successivi, dell'assunzione degli impegni contrattuali e del loro adempimento; momento, d'altra parte, a cui attiene la disciplina posta dallo stesso art. 48, espressamente riguardante appunto la valutazione e la verifica dei requisiti – sia pur speciali – di partecipazione".*

L'AVCP, nella deliberazione 28.06.2007, n. 220, ha affermato che "*Il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto. Diversamente opinando, si verrebbe a determinare una frattura nel possesso dell'imprescindibile titolo abilitante per chi voglia eseguire lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro costituito dall'attestazione SOA. Pertanto, nel caso in cui l'impresa di cui si avvale l'aggiudicatario sia in possesso di attestazione SOA scaduta e quindi sia priva della prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria indispensabili per la partecipazione alla gara e per l'affidamento dei lavori pubblici, non ricorrono le condizioni per poter stipulare il contratto di appalto".*

20 TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 22.09.2010, n. 32401 e Cons. Stato, Sez. V, 12.11.2009, n. 7054.

21 Pareri del precontenzioso 7.04.2011, n. 61 e 7.04.2011, n. 62.

22 Ad es TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24.01.2008, n. 168. [_](#)

23 Così TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29.07.2011, n. 2037. [_](#)