

L'avvalimento tra norme comunitarie e disciplina nazionale,
ovvero il paradigma di una difficile convivenza

1. Premessa

L'ingresso nel nostro sistema normativo delle direttive comunitarie in materia di appalti ha comportato una modifica profonda dei caratteri e prima ancora della filosofia propri della disciplina regolatrice dei contratti pubblici.

Negli anni '70, epoca a cui risale la prima Direttiva – la 305/71 – questo elemento non era ancora pienamente percepito. Solo successivamente le norme comunitarie hanno dato luogo, per molti aspetti, a una vera e propria “rivoluzione silenziosa”, cui peraltro hanno contribuito in maniera significativa gli interventi sempre più frequenti del giudice comunitario.

Il binomio a livello comunitario tra fonte legislativa e interpretazione giurisprudenziale ha modificato in profondità istituti e prassi del nostro ordinamento nazionale.

Alla base di questo significativo cambiamento vi è la diversa finalità cui, in termini generali, è indirizzata la normativa comunitaria rispetto a quella nazionale. La prima ha come suo obiettivo la massima apertura del mercato europeo degli appalti, cosicché l'intera disciplina è orientata a tutelare gli interessi dei concorrenti che a tale mercato vogliono accedere. La normativa nazionale, nella sua impostazione più tradizionale, poneva invece al centro l'interesse dell'ente appaltante, alla cui tutela erano preordinate non solo le norme sulla scelta del contraente ma anche – e forse soprattutto - quelle relative alla fase esecutiva.

Coerentemente a questa diversa impostazione, la disciplina comunitaria si occupa solo della fase di selezione del contraente, mentre non tocca, se non marginalmente e in maniera indiretta, la fase esecutiva.

In questa diversità di approccio hanno radice molti dei contrasti che sono sorti tra normativa comunitaria e disciplina nazionale. Contrasti che non riguardano solo i casi, evidentemente illegittimi, di aperta violazione da parte del legislatore nazionale delle disposizioni contenute nelle

direttive, ma anche le diverse ipotesi in cui le norme nazionali si pongono in funzione integrativa della disciplina comunitaria.

Senza anticipare alcuna conclusione, va detto fin da subito che appare troppo semplicistico risolvere i contrasti con un acritico riconoscimento della supremazia, sempre e comunque, della norma comunitaria sulla norma nazionale, attraverso un'operazione interpretativa che finisce per annullare qualunque spazio autonomo del legislatore nazionale.

2. L'avvalimento: un caso emblematico

Proprio l'istituto dell'avvalimento rappresenta un caso emblematico della difficoltà di conciliare previsioni del diritto comunitario con istituti e norme propri del nostro ordinamento nazionale. Ma anche della necessità di ripensare il rapporto direttive comunitarie – legge nazionale secondo canoni che, sia pure in un contesto di doverosa armonizzazione, consentano di preservare alcune peculiarità del nostro sistema normativo.

Il carattere emblematico dell'avvalimento trova fondamento già nell'origine dell'istituto. Si tratta infatti di un istituto tipico dell'ordinamento comunitario, nato in prima battuta dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia Ue e successivamente recepito dal legislatore comunitario nelle direttive in materia di appalti pubblici.

La disciplina originariamente dettata dalle direttive era molto scarna. Essa si limitava a prevedere che, ai fini della dimostrazione dei requisiti necessari per la partecipazione a una gara, un operatore economico potesse fare affidamento sulla capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei rapporti giuridici intercorrenti tra i due soggetti (impresa che si avvale dei requisiti e impresa che li presta). L'unica condizione indicata era che l'impresa che si avvale di altra impresa deve dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi di quest'ultima.

Fin da subito era apparso chiaro che il recepimento dell'istituto nel nostro ordinamento nazionale avrebbe dato luogo a notevoli difficoltà. Le sue caratteristiche infatti, anche alla luce delle scarse disposizioni dettate dal legislatore UE, ne evidenziavano l'atipicità rispetto alle regole che tradizionalmente hanno governato e tuttora governano la qualificazione dei soggetti chiamati ad eseguire contratti pubblici.

Nel tentativo di attenuare le difficoltà applicative derivanti da tale situazione, il legislatore nazionale ha introdotto una serie di disposizioni

che non trovano corrispondenza nel diritto comunitario, e che sono finalizzate proprio ad assicurare un utilizzo dell'istituto il più possibile coerente con le regole tradizionali del nostro sistema normativo.

Rispetto a questa scelta operata dal nostro legislatore nazionale, ci si è chiesti fin da subito se essa potesse considerarsi pienamente legittima ovvero se le specifiche disposizioni dettate non fossero incompatibili, in tutto o in parte, con la disciplina comunitaria dell'istituto.

Anche sotto questo profilo, quindi, l'avvalimento costituisce una cartina di tornasole in ordine alle modalità di intendere e di delimitare correttamente i rapporti tra disciplina comunitaria e normativa nazionale.

3. L'unicità dell'impresa ausiliaria e l'avvalimento frazionato

Sul tema della compatibilità tra normativa nazionale e disciplina comunitaria è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia UE con la sentenza del 10 ottobre 2013, che ha bocciato la norma nazionale che vietava, in relazione all'appalto di lavori, il così detto avvalimento plurimo.

Si tratta della disposizione contenuta al comma 6 dell'articolo 49, secondo cui, in relazione ai lavori, il concorrente si poteva avvalere di una sola impresa ausiliaria per ogni categoria di specializzazione. Questo principio dell'unicità dell'impresa ausiliaria poteva subire deroghe in casi particolari, legati all'importo dell'appalto o alla specialità delle prestazioni; in tali casi il bando di gara poteva consentire l'avvalimento di più imprese ausiliarie anche in relazione a una medesima categoria di specializzazione.

La Corte di giustizia ha ritenuto tale norma in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di avvalimento. A sostegno di questa conclusione il giudice comunitario ha in primo luogo fatto riferimento ad alcuni dati testuali e sistematici contenuti nelle direttive che portano a ritenere che non possa considerarsi consentito al legislatore nazionale di imporre un divieto di utilizzo di più imprese ausiliarie. Il principio dell'unicità dell'impresa ausiliaria costituisce infatti un vincolo all'utilizzo dell'istituto che non trova corrispondenza in alcuna previsione del diritto comunitario.

Ma soprattutto, secondo il giudice comunitario, tale vincolo si pone in contrasto non solo con la ratio dell'istituto ma anche con la ratio più

complessiva sottesa all'intera disciplina comunitaria sugli appalti. Se l'obiettivo di tale disciplina è quello di favorire la più ampia apertura alla concorrenza del relativo mercato, facilitando in particolare l'accesso allo stesso delle piccole e medie imprese, consentire l'avvalimento nelle forme e secondo le modalità più ampie significa utilizzare l'istituto in piena coerenza con le indicate finalità. Al contrario, restringerne l'utilizzo imponendo vincoli e condizioni significa limitare la concorrenza in maniera ingiustificata.

Peraltro, una volta sancita in termini generali l'incompatibilità con il diritto comunitario del divieto di avvalimento plurimo, la stessa Corte di Giustizia apre uno spiraglio in relazione a particolari ipotesi. Non viene infatti esclusa la possibilità che, in considerazione dell'importo dei lavori e della peculiarità degli stessi, sia necessario prevedere che le capacità per eseguirli debbano essere possedute da un solo soggetto o da un numero limitato di soggetti.

Tuttavia questa possibilità deve essere vagliata di volta in volta dall'ente appaltante, che deve assumere la sua decisione secondo principi di ragionevolezza e proporzionalità. In sostanza il divieto di avvalimento plurimo può anche essere consentito in casi eccezionali, purché la decisione di introdurlo nell'ambito della gara rientri nella discrezionalità dell'ente appaltante, non essendo invece ammissibile che la stessa decisione sia assunta dal legislatore in termini generali e astratti.

L'eliminazione dall'ordinamento nazionale del divieto del così detto avvalimento plurimo ha travolto anche un altro vincolo che, sempre in funzione limitativa, era stato in precedenza affermato dalla giurisprudenza nazionale.

Si tratta del divieto, sancito in particolare in alcune sentenze del Consiglio di Stato, di frazionare i requisiti di qualificazione tra impresa principale e impresa ausiliaria. Ed in effetti il Consiglio di Stato si è subito allineato all'indicazione della Corte di Giustizia¹.

In precedenza, invece, il nostro giudice amministrativo aveva ritenuto non ammissibile che l'impresa principale, in possesso di parte del requisito di qualificazione, si avvallesse dell'impresa ausiliaria a sua volta titolare del medesimo requisito per altra parte. Era quindi da considerarsi vietato l'avvalimento nel caso in cui l'impresa ausiliaria non

¹ Vedi Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874, riferita al divieto di cumulo del capitale sociale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria.

fosse autonomamente titolare dell'intero requisito richiesto dal bando ². E' di grande interesse, ai nostri fini, ricordare le motivazioni che avevano indotto il giudice nazionale ad abbracciare questa soluzione. In termini generali, l'intento del giudice amministrativo era quello di individuare dei limiti per il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento anche al fine di renderlo coerente con le norme in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, evitando che il ricorso a tale istituto potesse rappresentare un *vulnus* al regime di qualificazione disegnato dalla normativa vigente.

Questo intento si ricava chiaramente dagli argomenti sviluppati a sostegno delle richiamate conclusioni. Il ragionamento operato dal Consiglio di Stato riconosce, in via preliminare, che l'avvalimento è un istituto di carattere generale che ha il fine di aumentare il livello di concorrenzialità, consentendo che, attraverso il prestito dei requisiti di altri soggetti, possano partecipare alla gara anche concorrenti che autonomamente non avrebbero la possibilità di farlo.

Tuttavia il principio della più ampia concorrenzialità trova un limite nell'esigenza che la stazione appaltante abbia la certezza di ricevere la prestazione da soggetti idonei, in grado di procedere all'esecuzione dell'appalto secondo gli adeguati standard qualitativi. E tale certezza non sarebbe assicurata nel caso in cui si consentisse che alla gara partecipino soggetti che non sono autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione nella loro integralità.

Da qui l'introduzione da parte del legislatore nazionale di alcuni limiti all'utilizzo dell'istituto che si ricollegano alla necessità di non vanificare il processo di qualificazione che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante e che non può entrare nella disponibilità dei concorrenti come avverrebbe nel caso in cui si consentisse la partecipazione alla gara a un soggetto che né direttamente né tramite l'impresa ausiliaria sia in grado di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione indicati dal bando.

In sostanza, il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato si fonda sulla necessità di mantenere integro il sistema di qualificazione dei lavori pubblici che vede da un lato, l'individuazione a livello centralizzato delle categorie di specializzazione e delle classifiche di importo e, dall'altro, la fissazione dei requisiti di qualificazione da parte della stazione

² Vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3565 del 13 giugno 2011.

appaltante in occasione della singola gara. Questo sistema rischierebbe di essere alterato se si consentisse che, attraverso l'avvalimento, possano partecipare alla gara soggetti non in possesso in misura integrale dei requisiti richiesti dal bando.

In questa logica l'avvalimento deve incontrare dei limiti oggettivi, nel senso che consente di ricorrere a un'impresa ausiliaria che presta i requisiti mancanti all'impresa principale, ma non può consentire che tale impresa ausiliaria sia a sua volta carente, almeno parzialmente, dei suddetti requisiti³.

Questo insieme articolato di argomentazioni viene spazzato via dal giudice comunitario attraverso il semplice richiamo – per alcuni versi generico – alla necessità di dare la più ampia attuazione ai principi di concorrenzialità e di massima apertura al mercato. Quasi a dare evidenza plastica di come tali principi, intesi nella loro accezione più ampia, siano considerati idonei dalla Corte di giustizia UE a eliminare quei vincoli – di derivazione giurisprudenziale e legislativa – volti a consentire un utilizzo dell'avvalimento coerente con i principi generali del nostro sistema normativo⁴.

4. *Gli altri vincoli previsti dall'articolo 49*

³ Queste conclusioni erano peraltro state condivise anche dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici che, nella Determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, aveva ribadito, con argomentazioni sostanzialmente analoghe, il divieto di frazionamento dei requisiti tra impresa principale e impresa ausiliaria.

⁴ Solo per inciso, si deve evidenziare come alcuni passaggi della sentenza del giudice comunitario sembrano aprire anche ulteriori questioni in relazione ad altri istituti. Ci si riferisce, ad esempio, all'affermazione secondo cui l'ordinamento comunitario non prevede alcun limite al cumulo di capacità facenti capo ai componenti il raggruppamento temporaneo di imprese. Rispetto ad essa sorge il dubbio se, sviluppando questo ragionamento, non possa configurarsi un contrasto con la nostra disciplina nazionale che determina in via legislativa una percentuale minima dei requisiti che necessariamente deve far capo alla mandataria e alle mandanti.

Così come, per altro verso, si potrebbe porre il dubbio se l'affermazione secondo cui la disciplina comunitaria del subappalto non comporta vincoli all'utilizzo dei subappaltatori debba riferirsi solo al numero dei subappaltatori potenzialmente impiegabili, ovvero non possa in qualche modo mettere in discussione il limite quantitativo al subappalto contenuto nella nostra legislazione nazionale.

Le conclusioni così nette cui giunge la Corte di giustizia in relazione al divieto di avvalimento plurimo portano ad interrogarsi sulla compatibilità comunitaria di altri due vincoli contenuti nell'articolo 49.

Si tratta di due divieti indicati al comma 8: il primo volto ad impedire la partecipazione alla medesima gara dell'impresa che si avvale di un'impresa ausiliaria e di quest'ultima in via autonoma; il secondo che vieta che l'impresa ausiliaria possa prestare i suoi requisiti, sempre in relazione a una medesima gara, a favore di più imprese concorrenti.

Esaminati sotto il profilo delle garanzie che il legislatore nazionale ha inteso predisporre ai fini di un utilizzo dell'avvalimento in linea con il nostro sistema normativo, i due divieti appaiono coerenti e finalizzati a salvaguardare i principi di concorrenzialità e trasparenza. In particolare, tali divieti vogliono evitare ogni forma di possibile collegamento tra soggetti che, sia pure a diverso titolo, partecipano alla medesima gara, in una logica volta a dare la massima espansione al principio della segretezza delle offerte.

La prospettiva potrebbe tuttavia cambiare se ci pone nell'ottica dell'ordinamento comunitario e, in particolare, se si tiene presente la lettura che la Corte di Giustizia ha offerto con la sentenza sopra ricordata. Sotto questo profilo, potrebbe essere valorizzato l'elemento costituito dal fatto che l'impresa ausiliaria non è un concorrente in senso proprio. Essa si affianca all'impresa principale sulla base di un rapporto che può essere di varia natura, ma che non implica mai la contitolarità del contratto e quindi neanche la contitolarità dell'offerta. In questa logica, non avrebbe senso prevedere delle disposizioni che hanno come fine ultimo proprio quello di evitare commistioni tra concorrenti in sede di formulazione delle relative offerte, posto che l'impresa ausiliaria non avrebbe alcun ruolo in questa fase.

In questa logica i divieti posti dal comma 8 dell'articolo 49 potrebbero essere visti – in analogia a quanto affermato dal giudice comunitario in relazione al divieto del così detto avvalimento plurimo - come un'indebita restrizione a un utilizzo dell'istituto coerente con i principi di massima apertura al mercato, specie con riferimento all'esigenza di agevolare l'accesso alle piccole e medie imprese. E in questa prospettiva, non è da escludere che anche questi divieti possano cadere di fronte a un'eventuale giudizio che venisse eventualmente sollecitato davanti alla Corte di giustizia UE.

5. Il contratto di avvalimento

Le peculiarità più significative in materia di avvalimento contenute nell'articolo 49 riguardano tuttavia profili che non sono strettamente collegati allo svolgimento della gara quanto alla fase più propriamente esecutiva.

Ci si riferisce all'obbligo di allegare il contratto che regola i rapporti tra impresa principale e impresa ausiliaria e alla responsabilità solidale delle due imprese in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Il primo profilo è disciplinato dalla previsione della lettera f) del comma 2. Essa impone al concorrente che intende avvalersi dei requisiti di altro soggetto ai fini della partecipazione alla gara di allegare, in originale o copia autentica, il contratto con il quale l'impresa che "presta" i requisiti (impresa ausiliaria) si obbliga nei confronti del concorrente (impresa principale) a fornire detti requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Anche in questo caso, si tratta di una previsione che il legislatore nazionale ha inserito in un'ottica maggiormente restrittiva rispetto alla normativa comunitaria. Quest'ultima, come noto, si limita a stabilire che l'impresa principale deve dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria. Quanto alle modalità attraverso cui tale dimostrazione può essere fornita, il legislatore comunitario da un lato, evidenzia l'irrilevanza della natura giuridica del rapporto che lega impresa principale e impresa ausiliaria; dall'altro, individua a puro titolo esemplificativo anche un semplice impegno reciproco quale mezzo idoneo allo scopo.

In sostanza, nell'ordinamento comunitario vige il principio dell'atipicità della prova (o, detto altrimenti, della neutralità del vincolo contrattuale). Questa può essere fornita con qualunque mezzo, non essendo necessario neanche che la messa a disposizione dei mezzi e delle risorse trovi formalizzazione in un vero e proprio contratto tra impresa principale e impresa ausiliaria.

Sotto questo profilo il legislatore nazionale introduce un onere probatorio più prestante, consistente nell'obbligo di allegare il "contratto di avvalimento".

La prima domanda che si pone è se tale previsione, alla luce delle affermazioni della Corte di Giustizia, possa ritenersi in contrasto con la disciplina comunitaria. Si potrebbe infatti sostenere che l'obbligo di

allegare il contratto, non previsto esplicitamente dalle norme comunitarie, confligga con il principio di massima concorrenzialità richiamato dal giudice comunitario e con la conseguente più ampia libertà nell'utilizzo dell'istituto di cui devono godere i concorrenti alle gare d'appalto.

Questa impostazione, tuttavia, non appare condivisibile. L'obbligo di allegare il contratto non può considerarsi in alcun modo eccessivamente limitativo della libertà dei concorrenti e, conseguentemente, del principio di massima concorrenzialità, trattandosi di un onere di natura procedurale – peraltro neanche particolarmente gravoso – che non inficia il diritto sostanziale dei concorrenti di ricorrere all'istituto nel più ampio esercizio delle proprie autonome scelte imprenditoriali⁵.

Inoltre, questo obbligo non appare contrastante con la disposizione comunitaria, collocandosi piuttosto in un'ottica di integrazione della stessa, rispetto alla quale non è dato rilevare un elemento di conflitto in senso proprio.

Nel merito, il contratto di avalimento è diventato, specie negli ultimi tempi, uno dei profili su cui si è maggiormente concentrata l'attenzione degli studiosi, degli operatori e della giurisprudenza. E ciò in ragione del fatto che esso rappresenta per molti aspetti l'elemento su cui confluiscono le problematiche più rilevanti sotto il profilo dell'operatività dell'istituto.

Il contratto di avalimento, infatti, oltre a regolare i rapporti tra impresa principale e impresa ausiliaria, definendo i reciproci diritti ed obblighi, rappresenta anche il principale strumento di garanzia per l'ente appaltante, il cui interesse è evidentemente quello di assicurare che l'impresa ausiliaria metta effettivamente a disposizione i mezzi e le risorse di cui l'impresa principale è carente.

Solo da un'adeguata analisi del contenuto di tale contratto è possibile verificare in cosa effettivamente si sostanzia il contributo dell'impresa ausiliaria, ciò in cosa si traduca, sotto il profilo esecutivo, il prestito dei requisiti operato da quest'ultima a favore dell'impresa principale. E' in base a questo contenuto, quindi, che l'ente appaltante ha la possibilità di accertare l'adeguatezza del contributo dell'impresa ausiliaria ai fini della corretta esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

⁵ In questo senso vedi Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743.

Occorre sempre ricordare che l'avvalimento non esaurisce i suoi effetti sotto il profilo della qualificazione, nel senso che non si risolve nel mero prestito dei requisiti di cui è carente il concorrente che partecipa alla gara. Questo aspetto va coordinato con i riflessi che ne derivano in fase di esecuzione del contratto di appalto, nel senso che l'impresa che ha prestato i requisiti deve poi materialmente partecipare, attraverso mezzi e risorse idonei, a tale esecuzione. Se mancasse o fosse inadeguato questo secondo aspetto, infatti, l'avvalimento si tradurrebbe in una troppo facile elusione delle regole sulla qualificazione: si potrebbero prestare requisiti in misura illimitata senza assumere alcuno specifico obbligo.

L'importanza del contratto di avvalimento e l'esigenza di definirne gli esatti contenuti, pur essendo temi evidenziati fin dal momento dell'introduzione dell'istituto del nostro ordinamento, solo nei tempi più recenti hanno ricevuto adeguata attenzione.

In un primo momento, infatti, da più parti era stata avanzata una tesi minimalista, secondo cui il contratto di avvalimento, in linea con le previsioni della normativa comunitaria, poteva limitarsi ad avere come oggetto la semplice "messa a disposizione di tutti i mezzi e le risorse" necessari allo scopo.

Tuttavia, nel tempo è emersa in maniera sempre più diffusa la consapevolezza della inadeguatezza di tale tesi. Essa, infatti, finiva per replicare nel contratto di avvalimento il contenuto della dichiarazione che l'impresa ausiliaria deve rendere in sede di gara, creando un'oggettiva duplicazione di due atti che hanno invece funzioni e finalità diverse.

Occorre infatti considerare che la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria ai sensi dell'articolo 49, comma 2, lettera d) del D.lgs. 163/2006 costituisce un atto unilaterale con cui la stessa si obbliga, verso il concorrente e l'ente appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il primo è carente. Il contratto di avvalimento, invece, è un atto bilaterale di natura negoziale concluso tra impresa principale e impresa ausiliaria con cui vengono regolati i reciproci rapporti, con la definizione dei diritti e degli obblighi che derivano dalla effettiva messa a disposizione delle risorse e dei mezzi della seconda a favore della prima. Come tale esso deve contenere tutti i requisiti essenziali del contratto, ai sensi dell'articolo 1325 del codice civile.

E' quindi evidente che i contenuti della dichiarazione e del contratto di avvalimento non sono in alcun modo sovrapponibili, con la conseguenza che non può ammettersi che il contenuto del secondo si risolva nella mera riproduzione dei contenuti della prima ⁶. In questa logica, il contratto assume un ruolo autonomo e di notevole significato, poiché costituisce l'unico atto da cui si possono concretamente desumere la tipologia, la quantità e la qualità delle risorse e dei mezzi che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa principale, la natura dell'impegno assunto, la sua durata. In questo senso, è il solo strumento che consente all'ente appaltante di operare le relative verifiche in merito alle garanzie che lo stesso offre ai fini della corretta esecuzione delle prestazioni.

E' in questo contesto che è andato maturando l'orientamento, che si può ritenere ormai consolidato, secondo cui l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato e specifico, indicando dettagliatamente e puntualmente le risorse e i mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria. La genericità dell'oggetto, infatti, rende il contratto nullo, per mancanza di uno dei requisiti essenziali ai sensi dell'articolo 1325 del codice civile.

In questa logica, peraltro, si colloca anche l'articolo 88 del DPR 207/2010 che, relativamente al settore dei lavori, specifica che il contratto di avvalimento deve riportare, in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) l'oggetto, in termini di risorse e mezzi prestati, da individuare in modo determinato e specifico; b) la durata; c) ogni altro elemento utile⁷.

L'affermazione secondo cui il contratto di avvalimento deve avere un oggetto determinato e specifico, se è assolutamente condivisibile in linea di principio, dà luogo a significative difficoltà quando viene calata nell'operatività concreta.

⁶ Questa diversità si trova molto ben evidenziata in Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2012, n. 4406.

⁷ Si è peraltro discusso – e anche la giurisprudenza è divisa sul punto – se queste indicazioni valgano solo in relazione al contratto di avvalimento utilizzato nel settore dei lavori (così Tar Lazio, Sez. III, 11 aprile 2013, n.3672), o possano essere applicate anche ai settori delle forniture e dei servizi (Tar Campania, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 1598). In realtà, al di là dell'applicazione della specifica norma, appare indubbio che, per l'insieme delle ragioni sopra ricordate, il principio che impone la definizione in termini puntuali e specifici dell'oggetto del contratto di avvalimento abbia carattere generale, e sia come tale applicabile a tutti i settori di attività, compresi quindi le forniture e i servizi.

Occorre infatti considerare che l'avvalimento può riguardare requisiti molto diversi tra loro, per alcuni dei quali non è agevole tradurre in pratica il principio affermato.

Nessun problema si pone nell'ipotesi in cui il requisito oggetto di avvalimento si sostanzia in elementi materiali, anche se complessi. Se tale requisito riguarda le attrezzature tecniche ovvero gli organi tecnici o l'organico, il contratto di avvalimento dovrà avere ad oggetto gli specifici macchinari e mezzi d'opera o il personale che viene messo a disposizione dall'impresa ausiliaria.

La questione diviene invece più complessa se i requisiti che vengono prestati attengono alla capacità economico – finanziaria dell'impresa – referenze bancarie, capitale sociale, fatturato - o alla capacità tecnico - professionale complessivamente considerata (prestazioni analoghe).

Per quanto riguarda i primi, si è andato affermando un certo orientamento giurisprudenziale che qualifica il prestito dei suddetti requisiti in termini di "avvalimento di garanzia", che si distinguerebbe dal così detto "avvalimento operativo". A differenza di quest'ultimo, l'avvalimento di garanzia non comporterebbe la materiale messa a disposizione di mezzi e risorse da parte dell'impresa ausiliaria, ma si risolverebbe appunto in una garanzia aggiuntiva prestata dall'impresa ausiliaria all'ente appaltante in merito alla corretta esecuzione delle prestazioni da parte dell'impresa principale. Di conseguenza, anche l'oggetto del relativo contratto potrebbe avere un minore grado di determinatezza, non essendo quindi necessario che specifici in maniera puntuale i mezzi e le risorse messi a disposizione. Ciò in quanto il fine ultimo dell'avvalimento non sarebbe quello di supportare l'impresa principale nella materiale esecuzione delle prestazioni, quanto piuttosto quello di offrire un'adeguata garanzia in merito alla responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ente appaltante⁸.

Diversa e più complessa appare la questione in relazione ai requisiti tecnico - organizzativi che non si identificano con elementi materiali agevolmente individuabili, ma che esprimono la capacità dell'impresa considerata nel suo complesso. Il riferimento è in primo luogo alle così dette prestazioni analoghe, ma considerazioni non dissimili potrebbero

⁸ Si trova traccia di questa impostazione in Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692 e 6 agosto 2012, n. 4510. In senso contrario, la recentissima sentenza sempre del Consiglio di Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294.

valere anche per il fatturato (ancorché quest'ultimo attenga alla capacità economico finanziaria).

In questi casi, infatti, i requisiti in questione sono espressione dell'organizzazione aziendale considerata nella sua globalità e unitarietà. In sostanza, si tratta di requisiti che finiscono per coincidere con l'identità stessa dell'impresa che ne è portatrice. Di conseguenza, "prestare" le prestazioni analoghe o il fatturato dovrebbe implicare la materiale messa a disposizione di tutti i mezzi e le risorse aziendali che hanno contribuito alla formazione del requisito in capo all'impresa ausiliaria. Ciò in attuazione di un principio di "corrispondenza funzionale", per cui il prestito del requisito si deve tradurre nella messa a disposizione di tutti gli elementi aziendali funzionalmente collegati al requisito medesimo.

Ma come si traduce questo principio in termini di oggetto del contratto di avvalimento ? Quali sono le risorse e i mezzi che materialmente devono costituire oggetto di tale contratto ? Deve trattarsi di tutta l'organizzazione aziendale unitariamente considerata o può anche essere una parte di essa ? E in base a quali criteri l'ente appaltante può procedere alla verifica circa l'adeguatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento rispetto ai requisiti prestati ?

Si tratta di questioni che appaiono ancora sullo sfondo degli interventi giurisprudenziali ma anche del dibattito dottrinario, nel senso che l'elaborazione ad oggi intervenuta non sembra offrire risposte soddisfacenti.

Qualche utile elemento ai fini della soluzione delle questioni sopra indicate si può tuttavia dedurre da alcune pronunce giurisprudenziali che sono intervenute in tema di avvalimento relativo alla certificazione di qualità e all'attestazione SOA.

Con riferimento alla certificazione di qualità, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la stessa possa essere oggetto di avvalimento, superando alcuni dubbi che erano stati avanzati in considerazione dell'asserita natura soggettiva del requisito in questione. Nel contempo, lo stesso giudice amministrativo ha dato evidenza proprio delle criticità derivanti dall'ammettere l'avvalimento della certificazione di qualità, sottolineando "l'evidente difficoltà di dimostrare concretamente l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle

attività". Pur a fronte di questa criticità, il Consiglio di Stato ha concluso nel senso che, ai fini di rendere legittimo l'avvalimento, l'impresa ausiliaria deve assumere "l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità"⁹.

Sotto il profilo dell'oggetto del contratto di avvalimento, queste considerazioni portano a concludere che lo stesso, per essere coerente al suo scopo, non può limitarsi a prevedere la messa a disposizione, in termini generici ed astratti, della certificazione di qualità, ma deve contenere un esplicito impegno dell'impresa ausiliaria a rendere disponibili le strutture, il personale qualificato, le tecniche operative e tutti gli altri elementi concreti che sono in qualche modo collegati alla "qualità" di cui l'impresa è titolare¹⁰.

Relativamente all'attestazione SOA, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la stessa possa essere oggetto di avvalimento. Vi sono tuttavia diversi orientamenti in merito all'individuazione, in questa ipotesi, dell'oggetto del relativo contratto. Secondo una prima tesi, tale oggetto potrebbe limitarsi alla messa a disposizione dell'attestazione SOA, senza ulteriori specificazioni e dettagli, sul presupposto che ciò implicherebbe necessariamente la messa a disposizione dei mezzi e delle risorse che hanno consentito il rilascio di detta attestazione¹¹. La tesi opposta ritiene invece che, in applicazione dei criteri interpretativi generali sopra ricordati, anche in questa ipotesi il contratto di avvalimento debba indicare puntualmente, in modo determinato e specifico, la natura e la quantità delle risorse e dei mezzi oggetto di prestito¹².

Al di là di questa diversità di impostazione, ciò che rileva è che anche in relazione all'attestazione SOA la giurisprudenza ha evidenziato la necessità che l'avvalimento trovi concretizzazione nella messa a disposizione di tutti i mezzi, le risorse, il know how che hanno consentito l'ottenimento di tale attestazione. In una parola, il prestito di tale requisito implica che oggetto del contratto di avvalimento sia

⁹ Così la pronuncia della Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344.

¹⁰ Nello stesso senso vedi anche, successivamente, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90; 5 dicembre 2012, n. 6233; Sez. III, 29 ottobre 2012, n. 5512.

¹¹ Così Tar Lazio, Sez. III, 11 aprile 2013, n. 3672.

¹² In questo senso Tar Puglia, Sez. II, 27 settembre 2013, n. 2055.

l'organizzazione aziendale complessiva funzionalmente collegata all'attestazione SOA.

Come detto, le conclusioni cui la giurisprudenza è giunta in relazione all'avvalimento della certificazione di qualità o dell'attestazione SOA, secondo cui esso deve concretizzarsi nella messa a disposizione dell'organizzazione aziendale che ha consentito di ottenere le relative certificazioni, sembrano potersi estendere per analogia anche ai requisiti del fatturato o delle prestazioni analoghe.

Anche questi ultimi, infatti, sono stati ottenuti dall'impresa ausiliaria attraverso l'utilizzo del complesso dei mezzi e delle risorse che costituiscono l'azienda, con la conseguenza che per farne oggetto di prestito occorre mettere a disposizione tale complesso di mezzi e risorse, che in pratica si sostanzia nell'organizzazione aziendale complessivamente considerata. Solo in questo modo, infatti, si evita il pericolo – correttamente evidenziato dalla giurisprudenza - che l'avvalimento si risolva in una mera circolazione astratta di certificati e documenti, cui non corrisponde alcuna messa a disposizione di elementi sostanziali.

Le considerazioni da ultimo operate in merito alle modalità dell'avvalimento in relazione ai requisiti "immateriali" aprono una riflessione sulla possibilità di perseguire un'impostazione in parte innovativa, che non sembra aver trovato ad oggi un adeguato approfondimento.

L'articolo 49, comma 10 del D.lgs 163, come è noto, prevede che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore, nei limiti dei requisiti prestati. Ciò significa che il rapporto contrattuale che lega impresa principale e impresa ausiliaria può assumere la forma e i contenuti del subappalto.

Si tratta, come detto, di una facoltà e non di un obbligo; tuttavia, proprio con riferimento a quei requisiti (certificazione di qualità, attestazione SOA, prestazioni analoghe, fatturato) per i quali l'avvalimento sembra implicare la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale, c'è da chiedersi se il contratto di subappalto non rappresenti lo strumento più idoneo per il raggiungimento del risultato atteso.

Con il contratto di subappalto, infatti, l'impresa subappaltatrice /ausiliaria mette a disposizione dell'impresa appaltatrice/ principale l'intera organizzazione aziendale funzionale all'esecuzione delle prestazioni e correlata ai requisiti oggetto di avvalimento. Viene quindi

pienamente soddisfatta l'esigenza indicata dalla giurisprudenza e nel contempo si evita all'ente appaltante l'onere di operare una complessa verifica sull'effettiva idoneità del contratto di avvalimento a dare concretezza agli obblighi dell'impresa ausiliaria .

In sostanza, questa impostazione presuppone che il contratto di avvalimento coincida con il contratto di subappalto, sia pure caratterizzato da una propria peculiarità in relazione all'inserimento dello stesso nell'ambito dell'avvalimento. E anche se si tratta di una soluzione che, in base alla disciplina vigente, non può essere imposta, essa appare tuttavia quella che meglio di altre interpreta correttamente i principi che si sono andati affermando in materia di avvalimento qualora essi debbano trovare applicazione al prestito dei requisiti così detti immateriali.

6. La responsabilità solidale

L'altro elemento che caratterizza in maniera peculiare la disciplina nazionale è rappresentato dalla responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

La norma fondamentale al riguardo è quella del comma 4 dell'articolo 49, secondo cui il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

Diverse sono state le letture proposte relativamente all'esatta individuazione dei caratteri e dei limiti di tale responsabilità solidale.

In realtà, letta nel suo significato letterale, la previsione sembra delineare i confini della responsabilità solidale in termini molto ampi. L'impresa ausiliaria, infatti, sarebbe chiamata a rispondere in relazione a tutte le prestazioni oggetto del contratto (di appalto) indistintamente e complessivamente considerate¹³.

Questa interpretazione, sebbene sorretta da una certa lettura del dato testuale, non appare in realtà del tutto soddisfacente, specie sotto il profilo sistematico. In base ad essa, infatti, l'impresa ausiliaria, seppure

¹³ Si esprime per l'estensione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto oggetto di affidamento Cons. Stato, n. 2832/2013.

apportasse un requisito ben determinato e circoscritto, sarebbe chiamata a rispondere per la corretta esecuzione dell'intero contratto di appalto. In sostanza, di fronte a un prestito anche limitato nella sua concreta articolazione, si avrebbe una responsabilità ampliata ben al di là della specificità del requisito prestato.

Questa soluzione tuttavia, sembra ignorare qualunque esigenza di coerenza con una ricostruzione sistematica dell'istituto dell'avvalimento. Come già detto in precedenza, se è vero che la ratio dell'avvalimento va individuata nella possibilità per un'impresa che vuole concorrere a una gara di appalto di colmare il proprio deficit di qualificazione ricorrendo ai requisiti di altra impresa, è altrettanto vero che alla supplenza che l'impresa ausiliaria svolge in sede di qualificazione deve necessariamente corrispondere, in via speculare, una conseguente supplenza in fase esecutiva. In sostanza, l'apporto dell'impresa ausiliaria non può esaurirsi solo in sede di qualificazione, ma deve assumere una sua concretezza anche nella fase esecutiva.

E' proprio partendo da questa premessa che va affrontata anche la questione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria. Si può infatti affermare che l'ambito di tale responsabilità, in considerazione della stretta interconnessione esistente tra il momento della qualificazione e il momento esecutivo, dovrebbe essere individuato in funzione della natura e delle caratteristiche dei requisiti oggetto di prestito nei singoli casi.

Per comprendere compiutamente questa affermazione, occorre ricordare quali sono gli effetti del principio della responsabilità solidale applicato al contratto di appalto e all'istituto dell'avvalimento. Esso implica che la stazione appaltante, ai fini del soddisfacimento dei propri diritti di committente, possa rivolgersi indifferentemente all'impresa principale o all'impresa ausiliaria. Ma per dare a questa facoltà della stazione appaltante un contenuto effettivo, appare necessario che essa si riferisca esclusivamente a quelle prestazioni strettamente collegate ai requisiti oggetto di prestito da parte dell'impresa ausiliaria.

In sostanza, l'impresa ausiliaria si è obbligata sia nei confronti dell'impresa principale che della stazione appaltante ad apportare i mezzi e le risorse relativi agli specifici requisiti prestati. Di conseguenza, essa potrà essere chiamata a rispondere solo in relazione all'adempimento (o al mancato adempimento) delle prestazioni che devono essere eseguite ricorrendo a quei mezzi e a quelle risorse.

D'altronde, anche da un punto di vista meramente pratico – operativo, non appare plausibile che l'impresa ausiliaria possa essere chiamata a rispondere per prestazioni che essa può non essere neanche tecnicamente in grado di eseguire.

Un esempio può aiutare a comprendere meglio i termini di queste affermazioni. Poniamo che oggetto di avvalimento sia stato un requisito ben individuato nella sua concreta configurazione: un particolare macchinario ovvero il know professionale in possesso di alcuni tecnici. In questo caso, è evidente che l'impresa ausiliaria è tenuta a mettere a disposizione (e può essere in grado di fornire) solo ed esclusivamente quello specifico macchinario ovvero quelle particolari prestazioni di competenza dei tecnici professionisti. Di conseguenza, non può essere chiamata ad eseguire le altre e diverse prestazioni che compongono l'appalto, per le quali non si è in alcun modo obbligata a mettere a disposizione le relative risorse necessarie, di cui peraltro potrebbe anche essere del tutto sprovvista.

In sostanza, in questo caso la stazione appaltante non sembra avere alcun titolo per chiedere all'impresa ausiliaria l'adempimento di tutte le prestazioni rientranti nell'appalto rispetto alle quali, non essendo in alcun modo collegate con i requisiti oggetto di avvalimento, quest'ultima non ha assunto alcun obbligo. E per l'esecuzione delle quali, per di più, potrebbe essere anche priva della necessaria capacità tecnico organizzativa.

Né la situazione sembra assumere caratteri diversi nell'ipotesi in cui si invocasse la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria non sotto il profilo dell'adempimento ma sotto quello risarcitorio conseguente all'eventuale inadempimento. Non appare infatti coerente con i principi generali in tema di responsabilità che un soggetto sia chiamato a rispondere a titolo risarcitorio relativamente all'appalto complessivamente considerato quando la sua obbligazione (e l'eventuale inadempimento della stessa) è limitato a una prestazione ben circoscritta e magari di valore economico contenuto.

In sostanza, nell'ipotesi in cui l'avvalimento riguardi requisiti che possono essere agevolmente definiti nella loro materialità, appare coerente con la ratio complessiva dell'istituto nonché con i principi generali del nostro ordinamento giuridico che la responsabilità dell'impresa ausiliaria sia limitata all'adempimento (o al mancato adempimento) di quelle specifiche prestazioni che sono strettamente

collegate con il requisito oggetto di prestito¹⁴. Sono solo queste, infatti, le prestazioni per le quali l'impresa ausiliaria si è obbligata attraverso l'apporto del requisito.

La questione della limitazione della responsabilità dell'impresa ausiliaria assume dei contorni molto più complessi per le ipotesi in cui oggetto di avvalimento non siano requisiti di tipo materiale ma requisiti di tipo immateriale, quali le prestazioni analoghe o il fatturato o ancora, nel caso dei lavori, l'attestazione SOA considerata nel suo complesso.

In queste ipotesi, infatti, i mezzi e le risorse messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria riguardano l'esecuzione del complesso delle prestazioni di cui si compone l'intero appalto, considerate nella loro inscindibile unitarietà. In altri termini, non è agevole individuare alcune prestazioni specifiche e ben definite che, nell'ambito dell'appalto, risultano funzionalmente collegate al requisito oggetto di prestito e il cui ambito di esecuzione può rappresentare il limite della responsabilità dell'impresa ausiliaria.

Si dovrebbe tuttavia ritenere che, anche per ragioni di coerenza sistematica, il principio della limitazione della responsabilità dell'impresa ausiliaria vada mantenuto anche in queste ipotesi. L'evidente maggiore difficoltà di individuare una soluzione soddisfacente non può infatti costituire un motivo per mutare l'impostazione concettuale, potendo solo incidere in termini di maggiore complessità delle modalità da porre in essere per raggiungere il risultato.

Così, si potrebbe ritenere che nel caso in cui il rapporto di avvalimento si traduca in un contratto di subappalto, i limiti della responsabilità dell'impresa ausiliaria/subappaltatrice andrebbero ricavati dal contenuto del relativo contratto. Quest'ultimo, infatti, individua le prestazioni che ne costituiscono l'oggetto e, normalmente, anche il relativo valore economico. Di conseguenza, la responsabilità dell'impresa ausiliaria/subappaltatrice potrebbe essere ragionevolmente limitata in relazione a quelle prestazioni che, in virtù del contratto di subappalto, essa si è obbligata ad eseguire e nell'ambito dell'importo indicato¹⁵.

Ma anche nell'ipotesi di ricorso ad altre tipologie contrattuali, non sembra potersi escludere che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, introducano delle clausole dirette a limitare, anche attraverso

¹⁴ In questo senso Cons. Stato, n.911/2013.

¹⁵ Così Tar Lazio, n. 14081/2007.

delle formule convenzionali di tipo quantitativo, la responsabilità dell'impresa ausiliaria.

In tutti i casi, peraltro, le limitazioni introdotte devono essere coerenti con il presupposto di partenza secondo cui la responsabilità dell'impresa ausiliaria deve essere definita in funzione dei requisiti oggetto di prestito. Di conseguenza, anche i limiti della responsabilità dovranno avere una stretta connessione con la natura, le caratteristiche e la dimensione dei suddetti requisiti.

In questo senso, appare legittima una verifica della stazione appaltante diretta ad accertare che la suddetta corrispondenza effettivamente sussista. Sembra infatti coerente con l'interpretazione proposta la possibilità che il sindacato dell'ente committente riguardi non solo la verifica in merito alla tipologia contrattuale utilizzata ma anche i contenuti concreti del singolo contratto con cui l'impresa ausiliaria assume gli obblighi di messa a disposizione dei propri mezzi e risorse nei confronti dell'impresa principale.

Ad esempio, se il prestito riguarda la totalità dei servizi analoghi o del fatturato richiesti, non appare agevole configurare una limitazione di responsabilità dell'impresa ausiliaria. In questo caso, infatti, i requisiti apportati dall'impresa ausiliaria – e i mezzi in cui tale apporto si sostanzia – non possono che riguardare l'insieme complessivo di prestazioni di cui si compone l'appalto. Di conseguenza, i contenuti concreti del contratto di avalimento dovranno tenere conto di tale circostanza, riferendosi quindi all'esecuzione delle prestazioni complessivamente considerate. Coerentemente, non sembra in questo caso possibile ammettere una limitazione di responsabilità dell'impresa ausiliaria.

Tale limitazione, viceversa, potrebbe trovare spazio se i suddetti requisiti fossero prestati solo in parte. In questa ipotesi, infatti, l'impresa ausiliaria potrebbe essere chiamata a rispondere esclusivamente nei limiti corrispondenti alla parte dei requisiti oggetto di prestito. E, in questo senso, potrebbe avere una sua coerenza una delimitazione della sua responsabilità stabilita in proporzione (anche percentuale) dei requisiti prestati.

Nella stessa logica, in caso di prestito dell'attestazione SOA, se l'impresa principale ne è del tutto sprovvista e quindi quella dell'impresa ausiliaria copre integralmente le categorie di lavorazioni ricomprese nell'appalto, non sembra possibile una limitazione di responsabilità di quest'ultima.

Mentre nel caso in cui la SOA dell'impresa ausiliaria venga a integrare l'iscrizione in alcune categorie di specializzazione che l'impresa principale già possiede in relazione ad altre categorie, una limitazione di responsabilità della prima potrebbe trovare una sua giustificazione.

Si tratta di una soluzione che, per quanto complessa e articolata, sembra tuttavia presentare una sua coerenza rispetto al quadro normativo d'insieme che regola l'istituto dell'avvalimento.

E se è indubbio che questa soluzione impone uno sforzo rilevante agli enti appaltanti, chiamati a esercitare compiutamente le loro valutazioni discrezionali, è altrettanto vero che essa sembra offrire agli stessi adeguati meccanismi di tutela per evitare che il ricorso all'avvalimento comporti criticità significative in merito al corretto adempimento (o all'eventuale inadempimento) delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Va tuttavia evidenziato che proprio il tema della responsabilità solidale è uno di quelli che necessita di una rinnovata riflessione alla luce della disciplina sull'avvalimento introdotta dalla nuova direttiva.

7. Le novità della nuova direttiva

La nuova direttiva si occupa dell'avvalimento all'articolo 62. Sia pure confermando un'impostazione di tipo minimalista, in cui le norme che regolano l'istituto si limitano comunque ai profili essenziali, il legislatore comunitario ha previsto una disciplina più articolata rispetto a quella molto scarna contenuta nella Direttiva 2004/18.

In linea generale viene ribadito il principio già conosciuto secondo cui l'avvalimento ha carattere generalizzato. Si tratta cioè di un istituto che può essere utilizzato indifferentemente in relazione a tutti i requisiti che attestano la capacità economico – finanziaria e tecnico - professionale richiesta ai concorrenti. Si ripropone quindi lo schema che vede l'impresa principale che partecipa alla gara avvalendosi dei requisiti dell'impresa ausiliaria, così come, relativamente ai rapporti tra impresa principale e impresa ausiliaria, viene replicata la norma che si limita a prevedere che il concorrente deve dimostrare all'ente appaltante che disporrà dei mezzi necessari facenti capo all'impresa ausiliaria, attraverso un non meglio identificato "impegno" assunto da quest'ultima. Coerentemente, il legislatore comunitario conferma la sostanziale indifferenza verso la natura giuridica del rapporto che lega le due imprese.

In questo quadro di sostanziale continuità si inseriscono alcune novità su cui vale la pena di concentrare l'analisi. Anche perché tali novità inseriscono nel quadro fino ad oggi noto alcuni elementi che sembrano delineare, sia pure in filigrana, una significativa rivisitazione dell'istituto. E ciò, presumibilmente, anche in relazione all'esigenza di dare risposte ad alcuni problemi che esso ha posto sotto il profilo operativo.

La prima novità riguarda i requisiti relativi ai titoli di studio e professionali e alle esperienze professionali. Per questi requisiti viene introdotta una previsione specifica, secondo cui l'avvalimento è consentito solo se l'impresa ausiliaria esegue effettivamente i lavori o i servizi per i quali sono richiesti i suddetti titoli di studio o professionali ovvero le pertinenti esperienze professionali. La norma, a prima vista, non sembrerebbe avere una particolare valenza, poiché si limita a prevedere che l'impresa ausiliaria abbia un ruolo effettivo nello svolgimento delle prestazioni collegate al requisito prestato, il che dovrebbe costituire un principio immanente all'avvalimento, riferibile indistintamente ad ogni requisito.

Tuttavia, ad una lettura più sofisticata, si potrebbe anche interpretare questa previsione come indice della volontà di distinguere un avvalimento operativo – come quello in oggetto – da un avvalimento di garanzia, in cui il ruolo dell'impresa ausiliaria non si sostanzia nell'effettivo svolgimento delle prestazioni ma si risolve in una forma di garanzia aggiuntiva per l'ente appaltante.

La seconda novità riguarda la verifica dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria ed oggetto di prestito. In primo luogo viene precisato che tale verifica riguarda il possesso sia dei requisiti specialistici relativi alla capacità tecnica, economico e finanziaria che di quelli generali che attengono all'idoneità morale, la cui mancanza costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara. Sotto questo profilo la norma non appare meritevole di particolare attenzione, poiché già nell'attuale sistema deve considerarsi scontato che la verifica dei requisiti vada condotta anche nei confronti dell'impresa ausiliaria.

Riveste invece particolare interesse un'altra previsione secondo cui l'ente committente deve imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria che non risulti in possesso dei requisiti richiesti o che, in relazione alla mancanza di quelli che attengono all'idoneità morale, incorra in una causa di esclusione.

Ciò sembra significare che la regola generale secondo cui il concorrente carente dei requisiti viene escluso dalla gara trova un'eccezione qualora tale carenza non riguardi direttamente il concorrente stesso ma il soggetto ausiliario di cui esso intende avvalersi; in questo caso, infatti, la mancanza dei relativi requisiti in capo a quest'ultimo non è direttamente e necessariamente causa di esclusione del concorrente.

In sostanza la disposizione in esame sembra offrire al concorrente la possibilità di superare la carenza dei requisiti riscontrata in capo all'impresa ausiliaria attraverso la sostituzione della stessa, con un'evidente deroga ai principi generali che governano la materia.

E' inoltre previsto che il legislatore nazionale possa consentire che questa facoltà di sostituzione dell'impresa ausiliaria possa essere esercitata dal concorrente anche quando nei confronti di quest'ultima sussistano "motivi non obbligatori di esclusione". Questa ulteriore previsione integrativa appare di difficile interpretazione. Non è chiaro, infatti, cosa si debba intendere per motivi di esclusione "non obbligatori", posto che la carenza dei requisiti non può che rappresentare obbligatoriamente una causa di esclusione. E soprattutto non si capisce bene la ratio di una previsione che vuole consentire la sostituzione del soggetto ausiliario anche quando la carenza dei requisiti in capo allo stesso non sembra costituire necessariamente motivo di esclusione dalla gara.

Ma la novità più significativa riguarda la responsabilità solidale. Viene infatti riconosciuta la possibilità all'ente appaltante di richiedere la responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria in relazione all'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Questa possibilità non era contemplata nella Direttiva 2004/18 ma, come visto, è stata invece autonomamente introdotta dal nostro legislatore.

Vi è tuttavia un profilo che va evidenziato. La nuova direttiva stabilisce che la richiamata responsabilità solidale può operare solo se l'avvalimento riguarda i requisiti di capacità economico finanziaria, e quindi le dichiarazioni bancarie, le coperture assicurative e il fatturato.

Non sembra invece possa essere invocata qualora oggetto di prestito siano i requisiti relativi alla capacità tecnica, quali le prestazioni analoghe, i tecnici e gli organismi tecnici, le attrezzature, i titoli di studio e professionali, l'organico medio annuo. In questi casi il legislatore comunitario non ha ritenuto di introdurre la nozione di responsabilità

solidale, il che lascerebbe intendere che l'unico soggetto responsabile della esatta esecuzione delle prestazioni nei confronti dell'ente appaltante resti l'impresa principale.

Questa diversa disciplina sembra riecheggiare la distinzione sopra ricordata, elaborata dalla nostra giurisprudenza amministrativa, tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo. Il primo riguarderebbe appunto i requisiti di capacità economico finanziaria rispetto ai quali il contributo dell'impresa ausiliaria si tradurrebbe nel fornire all'impresa principale non tanto mezzi e risorse materiali con cui permettere l'esecuzione delle prestazioni, quanto appunto una garanzia aggiuntiva da spendere nei confronti dell'ente appaltante in relazione all'esatto adempimento del contratto complessivamente considerato. In questo caso, quindi, sarebbe del tutto coerente invocare la responsabilità solidale delle due imprese nei confronti dell'ente appaltante.

L'avvalimento operativo riguarderebbe invece i requisiti tecnico organizzativi, e comporterebbe la materiale messa a disposizione dei mezzi e delle risorse correlati al requisito oggetto di prestito. Per questa tipologia di avvalimento il legislatore comunitario sembra escludere la possibilità di richiamare la nozione di responsabilità solidale, probabilmente sul presupposto che essa non appare pienamente in linea con i caratteri dello stesso. Infatti, se con l'avvalimento l'impresa ausiliaria mette a disposizione mezzi e risorse specifici e circoscritti, non appare discutibile che si possa invocare la responsabilità solidale della stessa, sull'assunto che quest'ultima riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Anche alla luce di queste considerazioni occorrerà valutare attentamente se, in sede di recepimento della nuova direttiva, possa essere considerata compatibile con la normativa comunitaria una disposizione nazionale come quella ad oggi vigente che prevede la responsabilità solidale tra impresa principale e impresa ausiliaria in termini generali, a prescindere cioè dal tipo di requisiti oggetto di avvalimento.

Ma soprattutto sia la norma sui titoli di studio e professionali e le esperienze pregresse che questa sulla responsabilità solidale sembrano prefigurare una declinazione dell'avvalimento sotto una duplice forma: un avvalimento operativo e un avvalimento di garanzia, ognuno con caratteri e disciplina differenziata.

Vi è infine una previsione che limita, in casi determinati, la possibilità per l'appaltatore principale di ricorrere all'ausilio di soggetti terzi per l'esecuzione di specifiche prestazioni.

La norma si riferisce agli appalti di lavori e di servizi, nonché a quelli di fornitura ma limitatamente, in quest'ultimo caso, alle operazioni di posa in opera o installazione. Per questa tipologia di appalti, è previsto che gli enti committenti possano richiedere che taluni "compiti essenziali" debbano essere obbligatoriamente svolti dall'offerente.

In sostanza, è riconosciuto alle stazioni appaltanti il potere di esigere che certe prestazioni debbono essere eseguite necessariamente dal concorrente che ha presentato l'offerta, che non può quindi avvalersi di altri soggetti per la dimostrazione del possesso dei requisiti correlati alle prestazioni stesse. Infatti, se deve eseguire in prima persona le prestazioni, non può non possedere anche i relativi requisiti, che quindi non possono essere oggetto di prestito da parte di altri soggetti.

In questa logica, la previsione costituisce un'oggettiva limitazione all'utilizzo dell'avvalimento. Occorrerà peraltro approfondire il contenuto di questa previsione, anche in considerazione delle difficoltà che essa è destinata a sollevare in merito alla esatta definizione, in termini concreti, dei requisiti per i quali potrebbe essere precluso il ricorso all'avvalimento.

Inoltre, andrà chiarito in che termini vadano intesi i "compiti essenziali" la cui esecuzione può essere imposta in capo al concorrente che ha presentato l'offerta, posto che la nozione introdotta dal legislatore comunitario appare generica e suscettibile delle più diverse interpretazioni.

8. Considerazioni conclusive

L'analisi condotta conferma in primo luogo l'affermazione iniziale secondo cui l'avvalimento rappresenta un istituto paradigmatico della diversità di prospettiva che caratterizza la normativa comunitaria e la legislazione nazionale.

La finalità principale dell'ordinamento comunitario, di cui la Corte di giustizia è fedele interprete, è quella di assicurare la massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici. Questa esigenza rappresenta il principio cardine su cui si fonda l'intero ordinamento

comunitario in materia di appalti, cosicché a fronte di esso deve considerarsi recessiva ogni altra istanza.

Questa prospettiva pone però un tema legato alla necessità che la pur legittima esigenza di apertura del mercato non abbassi in maniera pericolosa la soglia di tutela dell'altra esigenza dell'ente committente – altrettanto sacrosanta - alla corretta e efficace esecuzione delle prestazioni. Infatti, in alcuni casi – e le questioni sorte in materia di avvalimento ne sono un esempio – il principio comunitario della massima apertura al mercato sembra relegare in secondo piano tutte le altre istanze, in una logica che appare fortemente sbilanciata a favore dell'ordinamento della UE rispetto ai singoli ordinamenti nazionali. A prescindere dalla questione di fondo se questo modo di intendere il principio di massima apertura dei mercati sia quello più idoneo ad assicurare una sana ed efficace concorrenza, resta il dubbio che sia troppo semplicistica un'impostazione che finisce per interpretare in termini di restrizione della concorrenza anche norme che, in una visione più attenta alle specificità dei singoli ordinamenti nazionali, sono poste a presidio di esigenze altrettanto meritevoli di tutela.

Ed è anche in questa logica che vanno attentamente valutate le poche ma significative novità introdotte dalla nuova direttiva comunitaria. Da queste novità sembra cogliersi, se non una vera e propria inversione di tendenza, quanto meno un ridimensionamento dell'originaria impostazione del legislatore comunitario.

L'introduzione di alcuni vincoli all'utilizzo dell'istituto e la previsione di un'ipotesi di responsabilità solidale sembrano prefigurare uno di quei rari casi in cui è il legislatore comunitario che trae ispirazione dal nostro legislatore nazionale.

Ma proprio questa considerazione sollecita due ulteriori riflessioni. La prima è che la scelta a suo tempo operata dal nostro legislatore di individuare alcune norme integrative della disciplina comunitaria dirette a delimitare l'utilizzo dell'istituto non può considerarsi peregrina, proprio alla luce delle limitazioni recentemente introdotte dallo stesso legislatore comunitario. La seconda, strettamente connessa alla prima, è che anche in sede di recepimento della nuova direttiva possono trovare spazio disposizioni che, pur nel rispetto della disciplina comunitaria, permettano di tener conto delle specificità del nostro sistema normativo. Un adattamento "intelligente" della normativa comunitaria rappresenta un elemento fondamentale per assicurare coerenza la nostro

ordinamento. In questo senso la rivendicazione di idonei spazi di autonomia per il nostro legislatore nazionale appare legittima e per alcuni aspetti doverosa, proprio perché non sembra una soluzione adeguata alla complessità dei sistemi che il legislatore comunitario, e talvolta direttamente il giudice comunitario, si facciano essi stessi legislatore nazionale.