

L'Istituto dell'avvalimento

di Marco Loro

L'avvalimento è l'istituto attraverso il quale un'impresa (c.d. validata) si avvale delle capacità economico finanziarie e/o tecnico professionali di un'altra impresa (c.d. validante) onde poter partecipare ad una gara di appalto in cui viene richiesto il possesso di requisiti non posseduti dalla prima che, per l'effetto, usufruisce del possesso degli stessi da parte della seconda.

FINALITÀ

L'istituto dell'avvalimento è finalizzato a garantire il rispetto del principio di libera concorrenza, in quanto strumento in grado di estendere le possibilità partecipative alle gare di appalto.

L'impresa che infatti sarebbe stata preclusa dal diritto di partecipare a quella gara, in quanto non in possesso dei requisiti, delle caratteristiche o delle professionalità necessarie e richieste nel bando di gara, grazie all'ausilio di altra impresa in possesso delle medesime e, naturalmente,

disponibile a metterle a disposizione della prima, potrà invece parteciparvi.

Tale apertura a "nuova concorrenza" conduce anche ad un diverso vantaggio, ovvero quello di veder "salire" il livello qualitativo delle offerte, ciò naturalmente ove si consideri una procedura in cui non l'aspetto meramente economico bensì quello progettuale, tecnologico e professionale, costituiscono la base di applicazione dei criteri maggiormente rappresentativi ai fini decisori.

LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

L'istituto dell'avvalimento ha origini giurisprudenziali ancorché, in via sostanziale, i suoi elementi fondanti debbano ritenersi contenuti nelle disposizioni di cui alla Direttiva 71/304/Cee del Consiglio delle Comunità Europee del 26 luglio 1971, successivamente abrogata con Direttiva 2007/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 23 maggio 2007 e in quelle di cui alla Direttiva 71/305/Cee del Consiglio delle Comunità Europee, anch'essa del 26 luglio 1971.

Detta origine giurisprudenziale, pertanto, è legata all'interpretazione fornita in sede giudiziaria a dette norme comunitarie e, fra le diverse pronunzie, in particolare alle argomentazioni svolte e alle conclusioni assunte dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Quinta Sezione, con decisione del 14 aprile 1994, a definizione di un procedimento apertosi nel 1992, n. 389.

La questione, per completezza, riguardava il mancato rinnovo, da parte dello Stato Belga, dell'abilitazione concessa ad una Holding di diritto olandese.

È appunto nel definire tale controversia che la Corte di Giustizia venne ad affermare il principio per il quale le disposizioni contenute nelle direttive comunitarie 71/304/Cee e 71/305/Cee dovevano essere interpretate nel senso che, ai fini della valutazione dei requisiti che un imprenditore deve possedere per conseguire detta abilitazione, nell'ipotesi di persona giuridica dominante di un gruppo occorreva tenere conto anche delle caratteristiche possedute



dalle altre società appartenenti al gruppo stesso. Con altre pronunce la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che il possesso di detti requisiti da parte della capogruppo, ovvero e più precisamente la possibilità di quest'ultima di disporre effettivamente dei mezzi posseduti dalle altre società, non poteva essere presunta indipendentemente e sulla sola base dei rapporti di diritto disciplinanti il gruppo stesso, bensì doveva essere comunque oggetto di verifica. La giurisprudenza comunitaria a cui ci si riferisce, è opportuno precisarlo, ineriva essenzialmente a casi in cui il riconoscimento del principio dell'avvalimento avveniva nell'ambito di gruppi di imprese caratterizzate dalla dipendenza di ognuna di esse ad una società dominante, denominata appunto capogruppo.

In questi casi, non sfuggirà al giurista ma forse neppure al comune cittadino, pur in presenza di una giuridica distinzione accompagnata da una formale autonomia, ben poteva la Corte di Giustizia agevolmente sostenere e affermare l'esistenza di un potere di controllo e di indirizzo da parte della capogruppo nei confronti delle società c.d. controllate, così riconoscendo l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento in forza della riconosciuta implicita e sostanziale facoltà della capogruppo di requisire le risorse umane e materiali delle imprese controllate, anche se al fine limitato della partecipazione ad una gara o dell'acquisizione di una determinata abilitazione o certificazione.

La vera evoluzione giurisprudenziale e oggi anche normativa, ciò detto, è stata quindi quella di estendere il riconoscimento dell'istituto dell'avvalimento anche al di fuori dell'ambito societario sopra indicato, con facoltà quindi per la singola impresa di avvalersi dei requisiti anche di altre imprese non collegate, ancorché al fine della partecipazione a gare pubbliche.

Vale la pena sottolineare, peraltro, che l'interpretazione fornita alle normative comunitarie, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che letteralmente nella decisione del 14 aprile 1994, procedimento 389/92, afferma che: *"la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto"* è sicuramente estensiva e/o additiva, come hanno argomentato alcuni giuristi, posto che diversa interpretazione strettamente letterale o restrittiva avrebbe portato a riconoscere la sola facoltà della società di avvalersi di tecnici e/o organi tecnici estranei alla propria organizzazione aziendale.

Oggi, non vi è dubbio, detta interpretazione estensiva si palesa più aderente alla realtà.

Il principio che sottende all'istituto dell'avvalimento, in-

fatti, non avrebbe mai potuto essere legato alla mera forma o dipendente da quest'ultima, posto che è la sostanza delle cose che sin dagli albori di ogni ordinamento giuridico muove l'illuminato legislatore, così come il brillante giurista.

Anche le norme più spiccatamente formali sottendono sempre l'obiettivo di disciplinare la sostanza della materia, il fine di fornire concreta tutela e/o lo scopo di garantire giustizia e parità di trattamento, e ciò evitando di costituire un inutile impedimento o aggravio nello svolgimento delle attività che rappresentano espressione di ogni collettività. La concreta possibilità di utilizzare uomini, mezzi e tecnologia ha quindi prevalso e quindi fatto sì che venissero superate quelle "barriere formali" di accesso all'istituto.

È così che si è giunti alle direttive comunitarie del 31 marzo 2004, rispettivamente n. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e n. 2004/17/CE, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, che l'avvalimento trova espresso riconoscimento normativo.

Devono, al riguardo, distinguersi due forme di avvalimento: una prima, che potremmo definire "infragruppo", in quanto riferita ad operatori economici che fanno capo ad un unico gruppo di società tra loro collegate, la quale consente di ottenere riconoscimenti negati alla seconda forma di avvalimento come abilitazioni, certificazioni o iscrizioni ad albi speciali, e una seconda, appunto, che potremmo definire "ordinaria", a cui possono accedere tutti gli operatori economici ma ciò in relazione ad una determinata gara o appalto.

Tale differenziazione trova ragione logica nella diversa stabilità del rapporto che lega la società che si avvale delle altrui competenze tecniche e/o capacità, c.d. ausiliata o validata, con quella che "presta" i propri requisiti, c.d. ausiliaria o validante.

CORRELAZIONE CON IL CONTRATTO DI APPALTO

Alla luce di quanto sopra esposto è agevole constatare la stretta connessione esistente tra l'avvalimento e il contratto d'appalto, la cui disciplina influenza in modo profondo il primo.

Il contratto di appalto, in relazione al quale si rimanda a quanto già argomentato nel novembre 2007 (Cda n. 10/2007, pag. 66), è il contratto con il quale una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio dietro corrispettivo in denaro.

Alla base del contratto di appalto vi è quindi un'obbligazione di risultato da cui discendono per l'appaltatore determinate obbligazioni quali, a titolo esemplificativo e per quanto qui di interesse, quella di compiere direttamente e con la propria organizzazione l'opera o il servizio.



L'ipotesi di ulteriore appalto, o come si dice in gergo, subappalto, è solo eventuale e può concretizzarsi in modo idoneo e legittimo unicamente nel caso in cui ciò sia espressamente autorizzato dalla stazione appaltante o dal committente.

Restando all'ipotesi di appalto, anche solo dalla dizione codicistica, ex articolo 1655 codice civile, risulta evidente che tutti i rischi incidenti sull'opera o sul servizio, durante la loro esecuzione, ricadono esclusivamente sull'appaltatore. L'opera, sinteticamente, deve essere a regola d'arte - nei modi, nei termini e al costo pattuito - e deve essere esente da difformità o vizi; ciò rileva, in sede di avvalimento, in quanto sia società validata che validante rispondono nei confronti dei terzi in relazione all'opera nel suo complesso, ancorché nei rapporti interni possano distribuirsi oneri e responsabilità in ragione dell'effettivo apporto.

LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Una tra le prime decisioni delle nostre corti di giustizia nella quale è dato riscontrare l'utilizzo del termine avvalimento e quella della Corte Costituzionale n. 996 del 27 ottobre 1988, in cui viene riconosciuta la facoltà di avvalersi, ovvero l'avvalimento di uffici regionali da parte dello Stato in forza, in virtù del trasferimento di compiti operato dal Dpr n. 11 del 15 gennaio 1972 per l'esercizio di funzioni nel settore dell'agricoltura ex lege n. 10 del 18 gennaio 1968. È forse però solo con la sentenza n. 7134 del 15 dicembre 2005, emessa dalla Sezione V del Consiglio di Stato, che il principio dell'avvalimento trova compiuta, idonea trattazione.

Il Consiglio di Stato, infatti, ripercorre in modo quanto mai opportuno e puntuale ciò che è avvenuto in ambito comunitario, tanto da non necessitare la letterale trascrizione della parte motiva di ulteriore commento: "Com'è noto, il principio applicabile nella fattispecie, come correttamente ha rilevato il Giudice di primo grado (sentenza n. 1631/2004 della Sezione III del Tar Lombardia-Milano), per verificare la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando è quello stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. V, con la sentenza 2 dicembre 1999 nella causa C-176/98. Secondo la Corte, la Direttiva n. 92/50/Cee consente ad un prestatore di servizi, che intenda comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto pubblico di servizi, di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

L'art. 32, n. 2, lettera c) della suddetta direttiva, infatti, prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità tecnica del prestatore mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione del servizio, a prescindere dal fatto se essi siano parte integrante o meno dell'impresa del prestatore di servizi, così

come ammesso dalla direttiva n. 71/305/Cee. La Corte ha precisato che detta conclusione è stata raggiunta in ossequio alle finalità perseguite dalla normativa comunitaria - la quale, in materia di servizi, è stata recepita dal legislatore nazionale con il D.Lgs. n. 157/95 - che sono quelle di evitare intralci alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione dei pubblici appalti (sesto considerando della direttiva n. 92/50). Il descritto orientamento è stato recepito a livello normativo proprio dal legislatore comunitario, che nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, all'art. 47, secondo comma, dispone che: "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti". Ciò che occorre per potersi avvalere di mezzi di altri soggetti è l'avverne l'effettiva disponibilità. Del tutto correttamente, dunque, il giudice di primo grado ha statuito che, in base alla normativa comunitaria, è consentito ad un prestatore di servizi, che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi, cui conta di ricorrere quando gli sarà aggiudicato l'appalto. Qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano - avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. Anche questo Consiglio, del resto (cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145), ha ribadito il principio della possibilità di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente di mezzi di tali soggetti". Gli argomenti e lo svolgimento logico del Consiglio di Stato si credono ineccepibile.

Ma questo Consiglio di Stato fa qualcosa in più, perché afferma il principio in forza del quale per dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto è "documento appropriato" l'atto unilaterale di impegno irrevocabile e incondizionato di provenienza della società validante; il Consiglio di Stato tiene a sottolineare che tale volontà di rendere disponibili le proprie risorse deve essere irrevocabile e priva di condizioni.

È di tutta evidenza che l'intervenuta normazione dell'avvalimento, con ciò riferendoci al Codice degli Appalti approvato con Decreto Legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, ha colmato ciò che veniva percepito come un vero e proprio vuoto normativo, ma è vero anche che solo grazie alla suc-

cessiva produzione giurisprudenziale si è offerta agli operatori se non completa quanto meno adeguata disciplina al fenomeno; di seguito, quindi, ci si limiterà a richiamare in modo estremamente sintetico alcune delle pronunce più significative al riguardo:

“È illegittima l'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto di servizi per carenza dei requisiti economici e finanziari, avvenuta in violazione del c.d. principio dell'avvalimento derivante dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, avendo l'impresa stessa per comprovare il possesso dei suddetti requisiti fatto riferimento alla capacità di un soggetto terzo non partecipante alla gara, in grado di provare di disporre dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto” (Tar Piemonte Torino, Sezione II, 22 maggio 2007, n. 2218).

“L'impresa che accetti di prestare al concorrente tali requisiti non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto oggetto di aggiudicazione, in quanto essa si è impegnata non soltanto verso il soggetto ausiliato, ma anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente. Tale impegno, che deve trovare la sua ragion d'essere in un legame contrattuale (tipico o atipico) tra avvalente e avvalso, costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che il soggetto ausiliario diviene titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente” (Tar Umbria, 31 maggio 2007, n. 472).

“In forza del cosiddetto “principio dell'avvalimento”, introdotto dall'art. 32 della direttiva n. 92/50/Cee con riguardo agli appalti di servizi e successivamente generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti con l'art. 47 par. 2, nonché con l'art. 48 par. 3, dell'unificata direttiva 31 marzo 2004 n. 18/Ce (oggi introdotto nell'ordinamento interno con l'art. 49 del codice dei contratti pubblici, approvato con d.lg. 12 aprile 2006 n. 163), il soggetto che partecipa ad un appalto, abbia o meno personalità giuridica, può avvalersi, al fine di comprovare i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti, purché sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti” (Tar Puglia Bari, Sezione I, 06 giugno 2007, n. 1464).

“Considerato che la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione (cfr. gli art. da 12 a 17 d.lg. n. 157 del 1995), la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, e che non sia sufficiente - a tal fine - la mera allegazione dei legami societari che avvincano i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo” (Tar Liguria Genova, Sezione II, 20 giugno 2007, n. 1125).

“Mentre esiste per lo Stato comunitario un vincolo giuridi-

camente necessitato di conformazione alla direttiva Cee n. 2004/18/Cee ed esiste, nei riguardi dell'operatore comunitario, un diritto di avvalersi della norma (self executing) che una facoltà gli conferisce (e di pretenderne l'applicazione), tale diritto (che si concreta, di fatto, nella pretesa della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella comunitaria e nella pretesa dell'applicazione diretta della norma comunitaria self executing) certamente non sussiste (né se ne può pretendere l'applicazione), nei confronti di impresa non destinataria del comma 1 dell'art. 47, D.lgs n. 163 del 2006, la quale, peraltro, non detiene titolo alcuno che gli consenta di pretendere la partecipazione agli appalti comunitari.

Tale postulato operativo deve ritenersi operativo sia nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ad appalti comunitari che nell'ipotesi di partecipazione indiretta che, chiaramente, si realizza col ricorso all'istituto dell'avvalimento: e ciò in quanto l'impresa ausiliaria non è 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 costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione; 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; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione” (Tar Lazio Roma, Sezione I, 02 luglio 2007, n. 5896).

“L'istituto dell'avvalimento, quale disciplinato dall'art. 49, D.lgs. n. 163 del 2006, non può consentire la surroga “in toto” nei requisiti attinenti allo “status” dell'imprenditore che partecipa alla gara, ma opera, sul piano dell'esecuzione dei lavori o del servizio, agli effetti dell'integrazione dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo” (Consiglio di Stato, Sezione V, 09 ottobre 2007, n. 5271).

“In tema di appalti pubblici, sia l'art. 49 D.lgs n. 163 del 2006 che gli artt. 47 e 48, parr. 2 e 3, della direttiva n. 2004/18/Ce, ammettono l'istituto dell'avvalimento per soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria al fine non già di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, bensì, all'opposto, di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti” (Tar Puglia Bari, Sezione I, 10 ottobre 2007, n. 2486).

“L'istituto di ascendenza comunitaria del c.d. avvalimento non può essere ricondotto all'istituto del subappalto, in quanto il regime vincolistico di matrice nazionale risulta incompatibile con i caratteri dell'istituto di derivazione comunitaria che non incontra limiti applicativi di sorta se non di natura probato-



ria; ne discende che non possono ritenersi applicabili all'avvalimento le limitazioni prescritte dal capitolato speciale per il caso di ricorso all'istituto del subappalto" (Tar Lombardia Milano, Sezione III, 24 gennaio 2008, n. 168).

"Ai sensi dell' art. 49, D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163, l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento - che consente ad un'impresa di ricorrere alle referenze tecniche, economiche e finanziarie di un'altra impresa c.d. ausiliaria, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara - è subordinata alla dimostrazione dell'effettiva possibilità giuridica da parte del prestatore di servizi di utilizzare detta capacità mediante la presentazione dell' impegno a tal fine di detto soggetto" (Tar Piemonte Torino, Sezione II, 17 marzo 2008, n. 430).

DECRETO LEGISLATIVO N. 163 DEL 12 APRILE 2006

Come si è fatto cenno il c.d. Codice degli Appalti ha disciplinato l'istituto dell'avvalimento e in particolare all'articolo 49, 2° comma, lettere d) e f), dispone che il concorrente, ai fini dell'avvalimento "ordinario", deve allegare una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale quest'ultima si obbliga nei confronti dell'impresa ausiliata "e verso la stazione appaltante" a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (lett. d), nonché l'originale o la copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga, nei confronti del concorrente, a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lett. f).

L'obbligo di messa a disposizione dei mezzi e delle risorse deve essere quindi assunto dall'impresa ausiliaria, come precisato anche in sede giurisprudenziale, direttamente nei confronti della stazione appaltante, ancorché tale obbligo trovi altresì disciplina nei rapporti interni tra impresa ausiliata e ausiliaria con la sottoscrizione di un contratto ad hoc.

Lo stesso Codice, peraltro e a completamento di quanto sopra, stabilisce agli articoli 49, 4° comma, e 50, 3° comma, la responsabilità solidale dell'impresa ausiliata e ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

A differenza di quanto accade nelle Ati, associazioni temporanee di imprese, dove la società mandataria (c.d. capogruppo) stipula il contratto con la stazione appaltante anche in nome e per conto delle mandanti, le quali pertanto assumono direttamente le obbligazioni contrattuali e le connesse responsabilità verso la stazione appaltante, salva limitazione nel caso di Ati verticale, nell'avvalimento non appare configurabile un rapporto contrattuale tra impresa ausiliaria e amministrazione aggiudicatrice.

Sovviene al riguardo quanto statuito dall'articolo 49, comma 10, del Codice degli Appalti o dei Contratti Pubblici come trovasi nelle diverse letterature menzionato, secondo la quale "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che

partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore".

Trattasi quindi di fattispecie che, sotto il profilo civilistico, si avvicina a quella disciplinata dall'articolo 1987 del codice civile, ovvero quello della promessa unilaterale.

L'avvalimento può avere ad oggetto singoli requisiti o capacità materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro), o immateriali (capacità economico-finanziaria, fatturato, attestazione Soa).

La formulazione dell'articolo 49 del Codice degli Appalti lascia intendere l'esistenza della possibilità di procedere ad un avvalimento anche parziale, vale a dire quello con il quale l'impresa ausiliata, ai fini del singolo appalto, si avvalga solo di uno o più singoli requisiti, capacità o mezzi di quella ausiliaria; tale norma, infatti, al 6° comma dispone che "il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria...".

Ciò equivale ad affermare che, ove il bando preveda più requisiti tecnici ed economici e/o tipologie di prestazioni, l'impresa concorrente ben potrebbe avvalersi di soggetti terzi solo per alcuni di essi.

È evidente che in sede applicativa tale principio potrebbe condurre ad alcune ingiustizie, come per il caso in cui l'apporto della ausiliaria si limitasse ad un mero "nolo a freddo". Sarebbe infatti ingiusto che in relazione alla perfetta esecuzione dell'appalto rispondesse in solido anche il soggetto che si è limitato a noleggiare il macchinario.

Ma l'operazione di delimitare la responsabilità dell'ausiliaria parziale diventa addirittura impossibile laddove le sue "prestazioni" non si concretizzano nella messa a disposizione di beni o mezzi (attrezzature, locali, forza lavoro, professionalità specializzate) bensì di requisiti immateriali (capacità economico-finanziaria, fatturato, certificazioni o attestazioni).

Deve quindi ritenersi logica e aderente alla particolare situazione la scelta del legislatore di limitare (si scusi il gioco di parole) le ipotesi di limitazione di responsabilità solo a quei casi in cui, come l'Ati verticale di cui all'articolo 37 del Codice degli Appalti o come il subappalto ex articolo 118 stesso Codice, vi è una sicura preventiva individuabilità dell'oggetto materiale della prestazione ausiliaria.

Concludendo, la responsabilità solidale posta a carico dell'impresa ausiliaria non può essere idoneamente quanto giuridicamente circoscritta alle prestazioni dalla stessa effettivamente svolte, atteso che tale delimitazione rappresenta una evenienza possibile nell'avvalimento ma non un elemento necessario e ricorrente in tutte le sue possibili configurazioni, ciò a prescindere dal fatto che una generalizzata responsabilità dell'ausiliaria potrebbe inibire fortemente, nella pratica, il ricorso a detto istituto.

Studio legale Loro & Partners,
Avv. Marco Loro, info@studioloro.it