

STUDIO LEGALE CHITI

PROF. AVV. MARIO P. CHITI
ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
UNIVERSITÀ DI FIRENZE
AVV. GEROLAMO ANGOTTI
AVV. FRANCESCO BERTINI
AVV. ANTONELLA VERGINE
AVV. MAURO MAMMANA
AVV. FABIO ORLANDO
AVV. CLAUDIA MANFRIANI
PROF. AVV. EDOARDO CHITI
DOTT. SARA PANZERA

VIA LORENZO IL MAGNIFICO, 83
50129 FIRENZE
TEL. +39 055 40.07.88
FAX +39 055 71.881.21
FAX +39 055 46.33.747

WWW.STUDIOLEGALECHITI.IT

SEGRETERIA@STUDIOLEGALECHITI.IT

Convegno ANCE Toscana, 6 marzo 2014

LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE MEDIANTE AVVALIMENTO

DISPENSA E SINTESI DELL'INTERVENTO

(Avv.ti Prof. Mario P. Chiti e. Francesco Bertini)

INDICE

1. NOZIONE E EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO (5)

2. L'AVVALIMENTO NELLA SINGOLA PROCEDURA (6)

2.1. I requisiti passibili di avvalimento (6)

2.1.1. Premesse (6)

2.1.2. I requisiti generali (7)

2.1.3. I requisiti speciali: a) la SOA (7)

2.1.4. I requisiti speciali: b) i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-professionale (7)

2.1.5. I requisiti di idoneità e altri requisiti peculiari (8)

2.2. Limiti e divieti all'avvalimento (9)

2.2.1. (Per i lavori) Divieto di avvalimento frazionato (art. 49, co. 6) e i suoi sviluppi (9)

2.2.2. Il divieto di partecipazione plurima (9)

2.3. Procedure e formalità per l'avvalimento (10)

2.3.1. La documentazione da presentare nella procedura (10)

2.3.2. Rapporto tra dichiarazioni e tra dichiarazioni e contratto (12)

2.3.3. Forma delle dichiarazioni e del contratto (12)

2.3.4. Le risorse messe a disposizione (13)

2.3.5. Le verifiche e gli aspetti procedurali (14)

2.4. Ulteriori aspetti (15)

2.4.1. I requisiti dell'ausiliaria (15)

2.4.2. Differenza tra avvalimento e figure omonime (16)

2.4.3. Avvalimento nelle concessioni e in settori particolari (16)

2.4.4. Avvalimento e RTI e Consorzi (16)

2.4.5. L'esecuzione del contratto e la responsabilità solidale (17)

2.4.6. Avvalimento e subappalto (18)

2.4.7. Operatività dell'avvalimento e previsioni di *lex specialis* (19)

2.4.8. Casistica varia (19)

3. L'AVVALIMENTO AI FINI DELLE ATTESTAZIONI STABILI (20)

3.1. L'avvalimento stabile per la SOA (20)

3.1.1. I requisiti e la procedura di attestazione (20)

3.1.2. Obblighi e sanzioni (20)

3.1.3. Limiti e divieti ai fini delle gare (21)

3.1.4. La responsabilità solidale (21)

3.2. L'avvalimento stabile per differenti attestazioni (21)

4. PROBLEMATICHE, RISCHI E BENEFICI (21)

1. NOZIONE E EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

L'avvalimento è un istituto giuridico complesso in forza del quale una impresa (ausiliata), priva dei requisiti speciali richiesti per la gara o per un'attestazione stabile, si avvale dei requisiti di altro concorrente (ausiliaria), per la singola gara o per acquisire l'attestazione stabile:

- a) **avvalimento per la gara:** il concorrente partecipa comunque alla procedura, avvalendosi dei requisiti di altra impresa (ausiliaria), la quale si impegna verso la prima, e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione le proprie risorse per l'esecuzione del contratto, contratto il quale viene tuttavia eseguito dalla concorrente ausiliata;
- b) **avvalimento per l'attestazione:** l'impresa priva dei requisiti consegue stabilmente una attestazione (ad es. la SOA), avvalendosi dei requisiti di altra impresa (ausiliaria), la quale si impegna verso la prima, e verso tutte le stazioni appaltanti, a mettere a disposizione le proprie risorse per tutto il periodo di validità dell'attestazione.

L'istituto, nella connotazione attuale, ha origine comunitaria: fu delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in particolare con le sentenze: a) CG n. 839 del 14.4.1994, che affermava (rif. direttive n. 71/304 e 71/305 CEE, mod. con direttiva n. 89/440), la possibilità di una *holding* di avvalersi delle consociate per l'esecuzione dei lavori, a patto di dimostrare di poter disporre effettivamente di mezzi, personale e qualifiche necessarie; b) CG n. 97 del 18.9.1997, che affermava la natura obbligatoria dell'istituto, operante quindi a prescindere dalla previsione degli atti di gara; c) CG n. 176 del 2.12.1999 (rif. direttiva 92/50/CEE in materia di servizi), che ha sancito che l'istituto opera non solo in ambito infragruppo, ma anche tra imprese estranee, ferma la prova dell'effettiva messa a disposizione dei mezzi necessari per l'esecuzione.

La giurisprudenza nazionale comincia a statuire sull'istituto, allora non autonomamente regolato dal diritto positivo nazionale, in concomitanza con la "direttiva appalti" (2004/18/CE). La direttiva norma espressamente l'avvalimento negli artt. 47 e 48, stabilendo che l'operatore economico può *"fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"*, previa dimostrazione alla s.a. *"che disporrà dei mezzi necessari"*, e che alle medesime condizioni un RTI *"può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti"*. Ulteriori norme regolano l'avvalimento per l'attestazione. In conseguenza, la giurisprudenza nazionale riconosce l'istituto e la sua immediata operatività, sancendo¹: a) l'applicazione a tutti i settori, sia servizi e forniture, sia lavori; b) sia per i singoli requisiti che, quanto ai lavori, per l'attestazione SOA; c) anche al di fuori del caso dell'infragruppo; d) fermo il presupposto della dimostrazione della effettiva messa a disposizione delle risorse necessarie per l'esecuzione.

Il Codice dei contratti del 2006 norma l'avvalimento in due disposizioni, corrispondenti alle due tipologie di avvalimento: a) l'art. 49 disciplina l'**avvalimento nella singola gara** (di lavori, servizi e forniture), al fine di sopperire alla carenza dei requisiti di capacità e/o idoneità, compresa la qualificazione SOA, richiesti nella procedura; b) l'art. 50 regola l'**avvalimento al fine di conseguire le attestazioni stabili** (SOA o attestazioni analoghe per servizi e forniture).

Mentre l'art. 50 è rimasto sostanzialmente invariato, l'art. 49, relativo all'avvalimento per la singola gara, è stato oggetto di numerose modifiche e integrazioni, in una duplice direzione: 1) **progressiva riduzione dei limiti all'avvalimento**; 2) **progressiva valorizzazione dell'effettività della messa a disposizione delle risorse**². Nella medesima duplice, direzione, si è mossa la giurisprudenza

¹ Consiglio di Stato, V, 28 settembre 2005, n. 5194; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 17 gennaio 2006, n. 12; TAR Sicilia, Catania, I, 22 dicembre 2005, n. 2494; TAR Puglia, Bari, I, 27 settembre 2006, n. 3314.

² In breve:

nazionale, la quale: a) da una parte ha interpretato estensivamente le norme sui confini dell'avvalimento (ricomprendendovi, recentemente, anche i requisiti a carattere soggettivo); b) dall'altra, si è progressivamente appuntata – con finalità antielusiva – sulla effettiva messa a disposizione delle risorse dell'ausiliaria verso ausiliata.

In tale contesto, da ultimo si è inserita la sentenza della Corte di Giustizia, 10.10.2013, nella causa CG/94/2012, che ha dichiarato illegittimo il divieto (art. 49.6 CCP) di avvalersi di una sola ausiliaria per ciascuna categoria di lavori, di fatto **dichiarando illegittimo il c.d. divieto di avvalimento frazionato**.

La **nuova “direttiva appalti”** (art. 63), ancora da recepire, ribadisce l'istituto introducendo significative limitazioni e innovazioni (anche in apparente contrasto con la giurisprudenza della Corte degli ultimi anni), e stabilisce:

- a) per i titoli di studio e professionali, e le esperienze pregresse, stabilisce possibilità di ricorrere all'avvalimento *“solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”* (art. 63.1 Nuova direttiva);
- b) afferma la possibilità della s.a. di imporre la sostituzione dell'ausiliaria se vi sono motivi di esclusione o in altre circostanze (art. 63.1 Nuova direttiva);
- c) stabilisce come facoltativa la responsabilità solidale (art. 63.1 Nuova direttiva);
- d) afferma la possibilità per le s.a. di stabilire che taluni compiti siano svolti direttamente dall'offerente (art. 63.2 Nuova direttiva).

§§§

2. L'AVVALIMENTO NELLA SINGOLA PROCEDURA

*

2.1. I REQUISITI PASSIBILI DI AVVALIMENTO

2.1.1. Premesse

Va rammentato che il Codice dei contratti distingue tre tipologie di requisiti di partecipazione:

- a) i requisiti “generali”, di moralità professionale (art. 38 CCP);
- b) i requisiti “di idoneità”, quali l'iscrizione alla CCIAA e il possesso di apposite autorizzazioni (art. 39 CCP)
- c) i requisiti “speciali”, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale: 1) per servizi, forniture (nonché: lavori fino a € 150.000 in mancanza di SOA e, in aggiunta alla SOA, per i lavori di classe illimitata), da dimostrarsi caso per caso (artt. 41-42); 2) e per i lavori (salva possibile deroga per quelli fino a € 150.000), da dimostrarsi mediante attestazione SOA.

Vi sono tuttavia requisiti (quale la “certificazione di qualità”) di dubbia collocazione e di connotato peculiare: talvolta trattati alla stregua di un requisito “di idoneità” (*ex* art. 39 CCP); talaltra di requisito “speciale” (*ex* artt. 41 ss. CCP) ma peculiare in quanto di tipo “soggettivo”, cioè non legato

-
- a) con il d.lgs. 2/07 (mod. art. 49.10 CCP), si è eliminato il divieto per l'ausiliaria di ricevere subappalti dall'ausiliata;
 - b) con il d.lgs. 152/08 (c.d. III decreto correttivo del Codice, a seguito di procedura di infrazione comunitaria) (abrog. art. 49.7 CCP), si è eliminata la previsione che il bando potesse limitare il ricorso all'avvalimento;
 - c) ancora con il d.lgs. 152/08 (mod. art. 49.6 CCP) si è stabilito che solo per i lavori (e non più anche per servizi e forniture) il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito (categoria di lavori);
 - d) con la l. 106/09 (mod. art. 49.2.d CCP), si è eliminato il divieto per l'impresa che sia controllante di impresa concorrente di svolgere il ruolo di ausiliaria per altre concorrenti;
 - e) con il d.p.r. 207/10 (Regolamento attuativo) si è disciplinato il contenuto del contratto di avvalimento, in funzione dell'effettiva messa a disposizione delle risorse (v. art. 88 NRE);
 - f) con la l. 106/11 (mod. art. 49.2.c CCP), si sono incrementati gli obblighi dichiarativi dell'ausiliaria, rendendoli più specifici.

solo all'organizzazione aziendale, ma all'impresa in quanto tale.

2.1.2. I requisiti generali

E' del tutto pacifico che non sia possibile sopperire, mediante avvalimento, alla carenza dei requisiti generali, *ex art. 38 CCP*³.

2.1.3. I requisiti speciali: a) la SOA

E' possibile **avvalersi della SOA dell'ausiliaria, per sopperire alla mancanza di categorie e/o classifiche richieste dalla *lex specialis*** (v. art. 49.1 CCP). Ciò vale per tutte le categorie (comprese quella a qualificazione obbligatoria e le SIOS), e classifiche (inclusa l'illimitata).

L'impresa ausiliata può teoricamente essere del tutto sprovvista di SOA, a patto però – si ritiene - che sia iscritta nella CCIAA nel settore edile oggetto della gara⁴.

Fino alla sentenza della Corte di Giustizia del 10.10.2013, l'art. 49.6 CCP disponeva (v. *infra*) il c.d. **"divieto di avvalimento frazionato"**, con i seguenti corollari (v. *infra*): 1) divieto di avvalersi di più ausiliarie per categoria, salva autorizzazione della *lex specialis* (divieto di avvalimento plurimo); 2) divieto di completare la propria classifica, inferiore a quella richiesta, sommando la classifica dell'ausiliaria per quanto necessario al completamento (divieto di avvalimento di completamento). **La sentenza della Corte di Giustizia del 10.10.2013 ha reputato la norma in contrasto con il diritto comunitario**, cosicché il settore dei lavori dovrebbe essere oggi sostanzialmente equiparato a quello dei servizi, salva diversa (e motivata) previsione della *lex specialis*, con conseguente **ammissibilità dell'avvalimento frazionato** nelle sue due forme tipiche: a) avvalimento plurimo (possibilità di avvalersi di più imprese per categoria di lavori); b) possibilità di avvalimento di completamento (anche se l'ausiliaria non possiede per intero il requisito).

L'avvalimento SOA **non consente l'incremento del "quinto"** (ai sensi dell'art. 61 NRE)⁵.

2.1.4. I requisiti speciali: b) i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-professionale

Negli appalti di servizi e forniture (o di lavori sotto € 150.000, o ai fini dei requisiti aggiuntivi alla SOA per la classe illimitata) è possibile avvalersi dei *"requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo"* di altro soggetto (v. art. 49.1 CCP).

Tutti i requisiti di cui agli artt. 41 e 42 CCP (cioè diversi da quelli dell'art. 38 e 39 CCP), sostanzialmente, vengono oggi reputati passibili di avvalimento, compresi quelli più strettamente personali ma pur sempre di capacità, quali fatturato, servizi pregressi, numero dipendenti, ed addirittura il requisito del *"capitale sociale minimo"*⁶.

Per gli appalti di servizi e forniture, già a seguito del d.lgs. 152/08 (modifica dell'art. 49.6 CCP), si era escluso che per essi valesse il *"divieto di avvalimento frazionato"*⁷.

³ TAR Calabria, Reggio, I, 3 gennaio 2014, n. 1; AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Campania, Salerno, I, 29 aprile 2011, n. 813; TAR Puglia, Lecce, III, 8 aprile 2013, n. 794; Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2013, n. 911.

⁴ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR, Campania, Napoli, 23 giugno 2011, n. 3326; AVCCPP, parere n. 80 del 5 maggio 2011. Parte della dottrina non condivide, sul presupposto che comunque, ai sensi dell'art. 40 CCP, la SOA costituisce comunque requisito per l'esecuzione dei lavori oltre € 150.000.

⁵ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2, almeno sulla parte del requisito oggetto di avvalimento; TAR Calabria, Catanzaro, I, 27 agosto 2013, n. 868.

⁶ Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2013, n. 911; TAR Lombardia, Milano, III, 29 dicembre 2012, n. 3290; Consiglio di Stato, IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Consiglio di Stato, IV, 1 agosto 2012, n. 4406; Consiglio di Stato, III, 15 novembre 2011 n. 6040; Consiglio di Stato, V, 8 ottobre 2011 n. 5496; TAR Campania, Napoli, I, 4 aprile 2012, n. 1589; TAR Puglia, Lecce, III, 8 aprile 2013, n. 794. *Contra*, relativamente al capitale sociale, TAR Lazio, Latina, I, 5 novembre 2010, n. 1865.

⁷ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

L'avvalimento è ritenuto possibile anche per i servizi di ingegneria⁸.

2.1.5. I requisiti di idoneità e altri requisiti peculiari

La tesi tradizionale, è nel senso che i "requisiti di idoneità" (ovvero l'iscrizione in albi, registri, o il conseguimento di abilitazioni, etc.) di cui all'art. 39 CCP non possono essere oggetto di avvalimento, in quanto personalissimi e ineludibilmente connessi all'impresa ed al percorso che essa ha svolto per poterli conseguire⁹. **La giurisprudenza più recente (seppure non univocamente) ha assunto un atteggiamento di maggiore favore, ritenendo sostanzialmente avvalibili anche tali requisiti, a patto che siano messe effettivamente a disposizione le risorse:**

- a) l'iscrizione alla CCIAA è reputata – tendenzialmente - esclusa¹⁰;
- b) l'iscrizione agli albi professionali è reputata esclusa¹¹, ma la tesi è stata rimessa in discussione dalla giurisprudenza più recente;
- c) la licenza prefettizia *ex art. 28 TULPS* è reputata esclusa¹²;
- d) il nulla osta di sicurezza *ex l. 124/07 (c.d. NOS)*, tradizionalmente escluso, è ammesso dalla giurisprudenza più recente¹³;
- e) l'iscrizione all'Albo gestori ambientali, tradizionalmente escluso, è ammesso dalla giurisprudenza più recente¹⁴.

Il requisito più delicato è senz'altro quello della "**certificazione di qualità**", considerato a vario titolo o requisito di "idoneità" o requisito "di capacità" speciale perché di tipo soggettivo. Anche in tal caso:

- a) la giurisprudenza tradizionale postula in generale **l'impossibilità di avvalimento**, sia per il carattere personale della certificazione ISO, sia perché l'art. 49 CCP limita espressamente l'avvalimento ai "*requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo*" (od alla SOA)¹⁵; **salvo, per i lavori, quando la qualità è attestata dalla SOA e l'avvalimento riguarda sia la qualità che la SOA**¹⁶;
- b) per altro e più recente orientamento, **è possibile l'avvalimento della qualità (a patto che vi sia l'effettiva messa a disposizione delle risorse)**¹⁷.

⁸ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

⁹ TAR Puglia, Lecce, III, 8 aprile 2013, n. 794. Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2013, n. 911. TAR Sicilia, Catania, III, 20 ottobre 2011, n. 2500.

¹⁰ TAR Calabria, Reggio, I, 3 gennaio 2014, n. 1; AVCCPP, det. 2 del 1 agosto 2012 e 28 del 19 giugno 2013; Consiglio di Stato, V, 5 novembre 2012, n. 5595. *Contra*, TAR Sicilia, Catania, III, 11 aprile 2011, n. 875.

¹¹ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2. *Contra*, sulla possibilità di avvalersi di un libero professionista, TAR Liguria, II, 20 febbraio 2013, n. 315. V. anche sul tema Consiglio di Stato, V, 8 ottobre 2011 n. 5496.

¹² AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

¹³ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2. *Contra*, nel senso dell'ammissibilità, Consiglio di Stato, IV, 4 giugno 2013; n. 3059, con la precisazione che in tal caso l'impresa ausiliaria non s'impegna soltanto a prestare il requisito soggettivo richiesto, ma di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata il personale, le proprie risorse organizzative, tecnologiche e gli altri elementi necessari ad assicurare gli indispensabili livelli di segretezza nell'esecuzione dell'appalto.

¹⁴ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2. TAR Catania Sicilia III, 24 ottobre 2013, n. 2503; TAR Roma Lazio II, 22 dicembre 2011, n. 10080. *Contra*, TAR Venezia Veneto I, 27 maggio 2013, n. 765 (sul presupposto che l'iscrizione nell'Albo gestori non è strutturalmente dissimile dall'acquisizione della attestazione SOA, e stante quanto previsto dall'art. 50 CCP sull'avvalimento stabile fuori dei casi SOA) e TAR Cagliari Sardegna I, 12 settembre 2012, n. 794 (per le medesime ragioni).

¹⁵ TAR Campania, Napoli, I, 13 ottobre 2011 n. 4796; TAR Lazio, Roma, II, 22 dicembre 2011, n. 10080; TAR Campania, Napoli, I, 13 ottobre 2011, n. 4769; TAR Sardegna, sezione I, 6 aprile 2010, n. 665; TAR Lazio, Roma, II, 30 aprile 2012, n. 3892; TAR Campania, Salerno, I, 20 dicembre 2013, n. 2517; AVCCPP, parere n. 254 del 10 dicembre 2008; AVCP, parere n. 64 del 20 maggio 2009; AVCP, parere n. 80 del 5 maggio 2011; AVCCPP, parere n. 97 del 19 maggio 2011.

¹⁶ AVCCPP, parere del 19 dicembre 2013; TAR Lazio, Roma, I, 24 aprile 2013, n. 4126; AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n. 2.

¹⁷ T.A. R. Puglia, Bari, I, 20 maggio 2013, n. 783; Consiglio di Stato, V, 6 marzo 2013, n. 1368; TAR Campania, Salerno, I, 28 luglio 2011, n. 1398; TAR Sicilia, Catania, III, 19 dicembre 2013, n. 3074; TAR Sicilia, Palermo, I, 3 dicembre 2013, n. 2347; Consiglio di Stato, V, 6 marzo 2013, n. 1368; TAR Sicilia, Palermo, III, 5 giugno 2013, n. 1228; TAR Puglia, Bari, I, 20 maggio 2013, n. 783; TAR Puglia, Bari, I, 20 maggio 2013, n. 783; Consiglio di Stato, V, 23 ottobre 2012, n. 5408; Consiglio di Stato, IV, 30 luglio 2012, n. 4298; Consiglio di Stato, V, 06 marzo 2013, n. 1368; TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 224; TAR Campania, Salerno, I, 29 aprile 2011, n. 813; Consiglio di Stato,

2.2. LIMITI E DIVIETI ALL'AVVALIMENTO

2.2.1. (Per i lavori) Divieto di avvalimento frazionato (art. 49, co. 6) e i suoi sviluppi

Il testo originario dell'art. 49, co. 6¹⁸, stabiliva la possibilità di avvalersi di una sola ausiliaria per requisito o categoria; il bando poteva tuttavia consentire tale facoltà in ragione dell'importo o caratteristiche dell'appalto, comunque non era consentito il cumulo di più attestazioni SOA per categoria. Modificata dal d.lgs. 152/08, la norma disponeva che *"per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando 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"*

La norma operava solo per i lavori (non per servizi e forniture¹⁹) e, per l'interpretazione corrente, poneva due divieti:

- a) **divieto di avvalimento plurimo (o multiplo):** l'impresa carente di una categoria per classifica adeguata, poteva avvalersi della SOA di una impresa ausiliaria per categoria. In deroga, in casi particolari, il bando poteva consentire di avvalersi, per la categoria mancante, di più ausiliarie; ma in tal caso, quando fossero richiesti requisiti speciali (tecnico organizzativi, etc., ad es. per le opere in illimitata) non era consentito l'avvalimento frazionato²⁰;
- b) **divieto di avvalimento di completamento (o parziale):** l'impresa in possesso della categoria, ma non della classifica, non poteva raggiungere la classifica richiesta sommando quella dell'ausiliaria; occorreva invece che si avvallesse della SOA dell'ausiliaria per l'intera classifica richiesta, e che quindi l'ausiliaria fosse in possesso per intero della classifica domandata dalla legge di gara²¹.

Tuttavia, la Corte di giustizia, con sentenza 10 ottobre 2013, causa n. 94/2012, ha dichiarato l'art. 49, co. 6, in contrasto con il diritto comunitario, sancendo la possibilità di avvalimento frazionato, salvo diversa (e necessariamente motivata) previsione del bando. La giurisprudenza nazionale ha immediatamente fatto applicazione dei nuovi principi²². Pertanto, **già oggi anche per i lavori è consentito: a) l'avvalimento plurimo (o multiplo), salva diversa e motivata previsione del bando; b) l'avvalimento di completamento (o parziale)**²³.

2.2.2. Il divieto di partecipazione plurima

L'art. 49, co. 8, CCP, dispone che *"in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti"*.

III, 18 aprile 2011, n. 2344; Consiglio di Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2343.

¹⁸ Il d.lgs. n. 152/08 ha anche abrogato l'art. 49.7 CCP, che consentiva alla s.a. di porre limiti ai requisiti oggetto di avvalimento, o alla misura dell'integrazione.

¹⁹ Tar Lazio, Roma, 29 marzo 2012 n. 3006.

²⁰ Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2013, n. 439; TAR Sicilia, Catania, I, 29 ottobre 2013, n. 2610; TAR Calabria, Catanzaro, I, 27 agosto 2013, n. 868; TAR Lazio, Roma, II, 19 dicembre 2012, n. 10624; TAR Calabria, Catanzaro, I, 23 marzo 2010 n. 346; AVCCPP, det, 1 agosto 2012, n.2.

²¹ Cons. Stato: IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; VI, 13 giugno 2011, n. 3565 Consiglio di Stato V. 24 gennaio 2013, n. 439. TAR Roma Lazio II, 19 dicembre 2012, n. 10624. Consiglio di Stato III, 1 ottobre 2012, n. 5161. TAR Lecce Puglia III, 18 aprile 2012, n. 708. TAR Genova Liguria II, 11 aprile 2012, n. 521.

²² Consiglio di Stato, V, 9 dicembre 2013, n. 5874 (con riferimento all'avvalimento di completamento).

²³ Resta da vedere se tale divieto di avvalimento di completamento si applichi allorché il bando stabilisca il parallelo divieto di avvalimento plurimo.

La norma – chiaramente funzionale al principio delle autonomia e segretezza delle offerte (v. art. 38 CCP) - pone due distinti divieti, entrambi previsti a pena di esclusione:

- a) il divieto di ausilio, da parte della medesima ausiliaria, di più concorrenti nella procedura;
- b) il divieto di partecipazione dell'ausiliaria quale concorrente.

In primo luogo, l'impresa ausiliaria non può fornire avvalimento a più concorrenti. Il divieto opera anche se l'ausilio dovesse riguardare requisiti diversi per l'uno o l'altro ausiliato. Inoltre, tale divieto va coordinato con quello previsto dall'art. 50 CCP, che prevede un secondo caso di incompatibilità: l'impresa ausiliaria stabile (per il conseguimento della SOA) di un concorrente non può fornire ausilio nella procedura ad altri concorrenti. I divieti non valgono per i casi in cui non vi è conflitto di interessi, come nel caso di avvalimento, mediante la medesima ausiliaria, di componenti del medesimo RTI²⁴.

In secondo luogo, l'impresa ausiliaria di un concorrente non può partecipare alla medesima gara cui partecipa il concorrente (in proprio o come consorziata o consociata di diverso Consorzio o RTI). Anche qui il divieto opera anche se l'ausilio dovesse riguardare requisiti diversi; anche qui tale divieto va coordinato con quello previsto dall'art. 50 CCP, per il quale l'impresa ausiliaria stabile (per il conseguimento della SOA) non può partecipare alla gara ove partecipi l'ausiliato stabile; anche qui il divieto non vale per i casi in cui non vi è conflitto di interessi, come nel caso di avvalimento, mediante la medesima ausiliaria, di componenti del medesimo RTI²⁵.

A tale secondo obbligo si riconnette l'apposita dichiarazione che deve rendere l'ausiliaria ai sensi dell'art. 49.2.e CCP: con essa l'ausiliaria attesta che *“non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34”*. La l. 166/09 ha espunto l'ulteriore contenuto della dichiarazione, ovvero che *“ne' si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara”*: pertanto, non è più precluso che alla stessa gara partecipino sia un concorrente che si avvale di una certa ausiliaria, sia la controllante o controllata dell'ausiliaria, ma è del tutto ragionevole che in tale ipotesi si applichi l'art. 38.2 CCP, e che quindi dovrà essere formulata la dichiarazione *“di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente”*.

*

2.3. PROCEDURE E FORMALITÀ PER L'AVVALIMENTO

2.3.1. La documentazione da presentare nella procedura

L'art. 49 CCP stabilisce che il concorrente debba produrre la seguente documentazione:

- 1) (per l'avvalimento SOA, art. 49.1 CCP), (eventualmente) la *“SOA propria e dell'impresa ausiliaria”*;
- 2) (e in tutti i casi, art. 49.2 CCP)
 - “a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”*;
 - “b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38”*;
 - “c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di*

²⁴ TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335.

²⁵ TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335.

quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento" (ultima parte introdotta dalla l. 106/11);

"d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente";

"e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34" (articolo modificato dalla l. 166/09);

"f) in originale o copia autentica il 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"; oppure, "g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

Tali documenti (comunque da inserire nella busta amministrativa da parte del concorrente ausiliato) sono formati: 1) dal concorrente ausiliato (a, b)); 2) dall'ausiliaria (c, d, e, g)); 3) oppure da entrambi, come nel caso del contratto (f)).

Il primo documento (lett. a) è la **"dichiarazione di avvalimento"** del concorrente. Con essa l'ausiliato indica, con necessaria precisione: 1) di utilizzare l'avvalimento; 2) i requisiti di cui si avvale; 3) i dati identificativi dell'ausiliaria. La dichiarazione deve essere "verificabile ai sensi dell'art. 48", cioè, dovrà indicare specificamente i requisiti e l'ausiliaria che li presta²⁶, in modo tale da consentire alla s.a. di effettuare la disamina sul loro possesso da parte dell'ausiliaria, come se si trattasse di un comune concorrente²⁷.

Il secondo documento (lett. b) è la **"dichiarazione dei requisiti generali"** del concorrente ausiliato: si tratta di un doppiopione, inutile, della dichiarazione *ex art. 38* già prodotta nella busta amministrativa²⁸.

Il terzo documento (lett. c) è la **"dichiarazione dell'ausiliaria circa i requisiti e le risorse messe a disposizione"**. L'ausiliaria deve attestare: 1) il possesso dei requisiti generali; 2) il possesso dei requisiti oggetto dell'avvalimento (allegando la SOA se l'avvalimento riguarda questa); 3) il possesso delle risorse che essa, come da contratto e da dichiarazione successiva, metterà a disposizione del concorrente (v. *infra*). Il quarto documento (lett. d) è **"l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione le risorse"** (v. *infra*): si tratta di un impegno unilaterale, sia verso il concorrente che verso la s.a., con cui si obbliga a mettere effettivamente le proprie risorse nella disponibilità dell'ausiliato esecutore. Anche tali dichiarazioni devono essere precise, esaurienti e circostanziate²⁹.

Il quinto documento (lett. e) è la **"attestazione dell'ausiliaria sulla non partecipazione in altra veste alla procedura"**, con la quale certifica che non partecipa come concorrente (anche in RTI o come consorziato ordinario) né come esecutore designato da Consorzio stabile o Consorzio di cooperative. Non ve ne è bisogno, tuttavia, quando ad es. l'ausiliaria presti avvalimento a membro del medesimo RTI o Consorzio.

Gli ultimi documenti sono costituiti dagli atti (lett. f e g) che dimostrano la messa a disposizione delle risorse:

²⁶ TAR Veneto, Venezia, I, 11 settembre 2013, n. 1092.

²⁷ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

²⁸ Tanto da far ritenere, secondo i principi, che la mancanza di tale dichiarazione, ove vi sia già la dichiarazione sui requisiti generali sulla busta, non possa in alcun modo comportare l'esclusione.

²⁹ Consiglio di Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Consiglio di Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956.

- 1) se si tratta di avvalimento tra soggetti terzi (anche se membri del medesimo RTI), serve il **“contratto”** con cui l’ausiliaria si impegna a fornire al concorrente le risorse. Ai sensi dell’art. 88 NRE (valido per i lavori ma non per servizi e forniture), il contratto deve *“riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell’avvalimento”*.
- 2) se si tratta di avvalimento infragruppo, al posto del contratto è possibile produrre alla stazione appaltante una **dichiarazione sostitutiva che attesti il legame** nel gruppo, i cui effetti siano equipollenti a quelli del contratto (v. *infra*).

2.3.2. Rapporto tra dichiarazioni e tra dichiarazioni e contratto

Talvolta giurisprudenza ha utilizzato una certa elasticità, affermando ad esempio che la dichiarazione di avvalimento del concorrente (a) potrebbe essere implicita e sopperita dal deposito di quelle dell’ausiliaria (c, d)³⁰, o che le dichiarazioni possono integrarsi tra loro³¹ o che il loro contenuto può ricavarsi dal contratto³². Il principio generale, tuttavia, è che le formalità di avvalimento si connotano come **un sistema complesso, nel quale convivono dichiarazioni, impegni unilaterali e impegni pattizzi, ciascuno con la propria funzione e ratio**, cosicché le dichiarazioni servono tutte, mentre il contratto è sempre necessario e non sovrapponibile alle dichiarazioni³³.

Molteplici contenuti si ripetono più volte, come avviene per i requisiti oggetto di avvalimento (da menzionare nella dichiarazione del concorrente a), nelle dichiarazioni dell’ausiliaria b) e d), e nel contratto, f)) e per le risorse (da menzionare nelle dichiarazioni dell’ausiliaria c) e d) e nel contratto, f)).

E’ possibile che le dichiarazioni vengano materialmente “accorpate”, ad esempio che quelle del concorrente (a, b, g) o dell’ausiliaria (c, d, e) siano predisposte in un unico atto, purché siano complete ed esattamente rispettose di quanto previsto dall’art. 49 CCP.

Il fulcro sostanziale del sistema è il **contratto di avvalimento** (o l’equipollente nel caso di avvalimento infragruppo), che contiene, per accordo tra le parti, **la descrizione e la messa a disposizione delle risorse**. Lo stesso contenuto si ritrova nelle dichiarazioni dell’ausiliaria *sub* c) e d), ma esse hanno funzione diversa dal contratto: con esse, l’ausiliaria si impegna anzitutto, e unilateralmente, verso l’amministrazione. Pertanto, tra dichiarazioni e contratto dovrà esservi esatta corrispondenza, e nelle prime andrà reiterato il contenuto del contratto³⁴.

2.3.3. Forma delle dichiarazioni e del contratto

Le dichiarazioni (come il contratto) devono essere “precise e circostanziate”³⁵.

Le dichiarazioni (anche quando recanti formula di impegno, come quella di cui alla lett. e)) vanno redatte tutte nella forma dell’autocertificazione, ai sensi del d.p.r. 445/00, quindi con formula di consapevolezza, sottoscrizione, e documento di identità allegato³⁶.

³⁰ TAR Lombardia, Brescia, II, 5 febbraio 2013, n. 144.

³¹ TAR Lazio, Latina, I, 7 giugno 2012, n. 448.

³² TAR Lazio, Latina, I, 18 giugno 2010, n. 1067.

³³ TAR Lombardia, Milano, III, 29 dicembre 2012, n. 3290; Consiglio di Stato, IV, 1 agosto 2012, n. 4406; TAR Sicilia, Palermo, III, 23 novembre 2011, n. 2174; TAR Toscana, I, 27 giugno 2011, n. 1110.

³⁴ Consiglio di Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956; Consiglio di Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 3310; AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Veneto, I, 11 settembre 2013, n. 1092.

³⁵ Consiglio di Stato, V, 19 settembre 2011, n. 5279; Consiglio di Stato VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Consiglio di Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956.

³⁶ TAR Campania, Napoli, II, 28 giugno 2013, n. 3349.

³⁶ TAR Lombardia, Milano, I, 7 marzo 2012, n. 728.

Il contratto (lett. f)) può in linea teorica formarsi anche per scambio reciproco di impegni³⁷, né vi è una forma determinata³⁸, in quanto negozio atipico³⁹, conformemente al principio di libertà delle forme ove non diversamente disposto. Va però prodotto o l'originale o la copia autentica.

Il contratto di avvalimento può essere a titolo oneroso, oppure a titolo gratuito⁴⁰.

Esso non può invece essere condizionato⁴¹, con l'unica eccezione (peraltro inutile) della condizione dell'aggiudicazione dell'appalto⁴². Si reputa che se l'ausiliaria contesta il contratto di avvalimento in corso di gara, e la p.a. ne ha conoscenza, viene meno la certezza dell'impegno e quindi il requisito di ammissione⁴³.

Il contratto di avvalimento non è necessario nel caso di **avvalimento infragruppo**. In tal caso (art. 49.2.g), *“nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi ...”*. Non basta, però, attestare il rapporto di appartenenza al gruppo, bensì è necessario specificare quei legami giuridici che rendono il legame equipollente all'atto contrattuale di messa a disposizione delle risorse⁴⁴. Posto il tenore letterale della norma *“può presentare ...”*, si reputa che tale dichiarazione possa pervenire dall'ausiliaria anziché che dall'ausiliata⁴⁵. Nell'avvalimento infragruppo l'ausiliaria può essere la controllante rispetto alla controllata, o una controllata rispetto a altra controllata, od anche la controllata verso la controllante⁴⁶.

2.3.4. Le risorse messe a disposizione

La questione più delicata riguarda la **“messa a disposizione delle risorse”**.

Certa giurisprudenza aveva distinto tra avvalimento “operativo” (quando si mettono direttamente a disposizione mezzi, personale o strumenti, di tipo tecnico: ad es. quando la *lex specialis* richiede determinati macchinari o personale), e avvalimento “di garanzia” (quando l'avvalimento ha per oggetto un requisito formale, quale fatturato o servizi pregressi⁴⁷). La SOA, in quanto requisito formale connesso a strumenti operativi, era tra l'altro difficilmente collocabile. Questo orientamento non è condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria e più recente, soprattutto da quando si è sostanzialmente ammesso l'avvalimento anche per i requisiti c.d. “soggettivi”.

Diversamente si pretende che **in tutti i casi il contratto (e parimenti le dichiarazioni che lo riproducono) indichi specificamente e nominativamente le risorse messe a disposizione**⁴⁸; in sintesi

³⁷ Consiglio di Stato, VI, 11 gennaio 2012, n. 101.

³⁸ TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, I, 26 novembre 2010, n. 314.

³⁹ Non condivisibile, e superata, la tesi che esso potrebbe anche essere carente di elementi essenziali e quindi sanabile mediante integrazione Consiglio di Stato VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

⁴⁰ TAR Toscana, I, 21 marzo 2013, n. 443; TAR Campania, Salerno, I, novembre 2010, n. 12320 (perché atipico); TAR Lazio, Roma, I, 27 ottobre 2010, n. 33033 (perché atipico); TAR Veneto I, 20 ottobre 2010, n. 5528 (perché riconducibile a mandato); TAR Lazio, Roma, II, 4 maggio 2010, n. 9512 (perché contratto unilaterale).

⁴¹ TAR Calabria, Reggio, I, 3 gennaio 2014, n. 1 (caso in cui il contratto prevedeva che, in caso fosse richiesto l'intervento dell'ausiliaria, i costi sarebbero spettati all'ausiliata e essa avrebbe dovuto prestare fideiussione); TAR Sicilia, Catania, IV, 18 febbraio 2013, n. 510.

⁴² AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

⁴³ TAR Venezia Veneto I, 8 febbraio 2013, n. 178.

⁴⁴ TAR Palermo Sicilia I, 3 dicembre 2013, n. 2347 Consiglio di Stato V, 16 aprile 2013, n. 2105. TAR Cagliari Sardegna I, 8 luglio 2011, n. 758. Consiglio di Stato V, 20 giugno 2011, n. 3670.

⁴⁵ TAR Roma Lazio III, 12 novembre 2013, n. 9670.

⁴⁶ TAR Bari Puglia I, 3 aprile 2013, n. 467. TAR Salerno Campania I, 29 aprile 2011, n. 805.

⁴⁷ TAR Campania, I, 2 febbraio 2011, n. 644. TAR Campania, 4 aprile 2012 n. 1589,

⁴⁸ Consiglio di Stato, III, n. 2344 del 18/04/2011. Secondo talune sentenze, nel caso l'avvalimento riguardi un requisito soggettivo, come la qualità, le risorse potrebbero anche limitarsi alla “sorveglianza” (TAR Salerno Campania I, 28 luglio 2011, n. 1398), ma non sembra che ciò configuri quella effettiva messa a disposizione postulata dalla giurisprudenza più recente.

(anche quando si metta a disposizione la certificazione di qualità⁴⁹, o comunque altro requisito soggettivo in senso stretto) devono essere specificamente indicate le “risorse” funzionali all’esecuzione⁵⁰: come in effetti richiede non solo l’art. 49 CCP (soprattutto a seguito delle modifiche apportate dal DL 70/11), ma anche l’art. 88 NRE che parla, senza eccezioni, di indicazione esaustiva delle “risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”.

Le “risorse” possono essere le più varie, purchè con connotato operativo: ad esempio, distacco di personale, supervisione del direttore tecnico, strumenti, mezzi, macchinari, etc.. Esse vanno descritte e specificamente menzionate⁵¹, sia che le risorse equivalgano al requisito (ad esempio, nel caso di requisiti capacità direttamente consistenti in mezzi, strumenti, si dovranno indicare tali elementi), sia che si tratti di risorse sottostanti al requisito prestato (ad es. macchinari, procedure, strumenti che hanno consentito di conseguire il requisito e che siano utili per l’appalto⁵²).

L’indeterminatezza del contratto lo rende nullo⁵³ e determina l’esclusione⁵⁴. **L’impegno generico “a mettere a disposizione le risorse occorrenti”⁵⁵ implica un caso di nullità, per difetto di determinazione e serietà⁵⁶.**

Le risorse in questione – da indicare specificamente - non sono “tutte quelle dell’impresa ausiliaria”, ma quelle funzionali alla esecuzione del contratto⁵⁷.

Secondo parte della giurisprudenza), la messa a disposizione delle risorse assume un connotato particolare in due casi: a) nel caso di avvalimento SOA, secondo taluno si potrebbe fare generico riferimento a tutte le risorse che hanno consentito il rilascio della SOA⁵⁸, sul presupposto che il contratto in tal modo risulterebbe “determinabile e in quanto l’avvalimento SOA implicherebbe la messa a disposizione tutta l’organizzazione d’impresa⁵⁹; b) negli appalti di servizi e forniture, ove una maggiore genericità (tale da rendere il contratto “determinabile”) sarebbe consentita giacchè a tali settori non si applica direttamente l’art. 88 NRE⁶⁰. Si tratta però, allo stato, di una semplificazione rischiosa e discutibile, per cui allo stato è buona norma dettagliare le risorse anche in tali casi.

2.3.5. Le verifiche e gli aspetti procedurali

Gli adempimenti di cui sopra, stante l’operatività *self executive* (c.d. eterointegrazione) delle norme sull’avvalimento, sono necessari anche ove non previsti dalla *lex specialis*, e sono da intendersi comunque a pena di esclusione⁶¹.

⁴⁹ Consiglio di Stato, III, 3 settembre 2013, n. 4386; Consiglio di Stato, V, 27 marzo 2013, n. 1772; Consiglio di Stato, III, n. 2344 del 18 aprile 2011.

⁵⁰ TAR Calabria, Reggio, I, 3 gennaio 2014, n. 1; TAR Liguria, II, 20 febbraio 2013, n. 315; Consiglio di Stato, V, 10 gennaio 2013, n. 90; Consiglio di Stato, V, 18 novembre 2011, n. 6079; AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2

⁵¹ TAR Sicilia, Palermo, III, 25 marzo 2013, n. 680.

⁵² Consiglio di Stato, III, 3 settembre 2013, n. 4386; TAR Sardegna, I, 21 marzo 2013, n. 248; Consiglio di Stato, V, 23 maggio 2011, n. 3066.

⁵³ TAR Puglia, Lecce, II, 27 settembre 2013, n. 2055.

⁵⁴ Circolare Ministero infrastrutture, 30 ottobre 2012, n. 4536

⁵⁵ Consiglio di Stato, III, 18 aprile 2011 n. 2343; Consiglio di Stato, V, 6 agosto 2012 n. 4510; AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Toscana, I, 21 marzo 2013, n. 443; TAR Lazio, Roma, III, 11 aprile 2013, n. 3672; Consiglio di Stato, III, 29 ottobre 2012, n. 5512; Consiglio di Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510; TAR Campania, Napoli, I, 28 dicembre, n. 5371.

⁵⁶ TAR Toscana, I, 21 marzo 2013, n. 443.

⁵⁷ Consiglio di Stato, V, 5 luglio 2013, n. 3585; Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2013, n. 911; Consiglio di Stato, V, 15 novembre 2012 n. 5780.

⁵⁸ TAR Lazio, Roma, III, 30 dicembre 2013, n. 11177; TAR Lazio, Roma, III, 11 aprile 2013, n. 3672; Consiglio di Stato, V, 19 novembre 2012, n. 5853; TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 5 dicembre 2012, n. 357; TAR Liguria II, 11 aprile 2012, n. 521.

⁵⁹ TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 5 dicembre 2012, n. 357.

⁶⁰ TAR Lazio, Roma, III, 11 aprile 2013, n. 3672; Circolare Ministero infrastrutture, 30 ottobre 2012, n. 4536. *Contra*, però, TAR Campania Napoli, I, 4 aprile 2012 n. 1589, AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

⁶¹ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Lombardia, Milano, I, 7 marzo 2012, n. 728. Isolata TAR Brescia Lombardia II, 10 maggio 2012, n. 814, per la quale, posto che l’art. 49 prevede espressamente l’esclusione nel caso di mendacio delle dichiarazioni, la loro

La s.a. esegue sull'ausiliaria tutte le verifiche che competono al concorrente, sia in fase di verifica a campione che in sede di post-gara⁶².

L'art. 49.3 CCP specifica che la falsità delle dichiarazioni comporta l'esclusione, l'escussione della cauzione e la trasmissione degli atti all'AVCCPP: *"nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11"* (cioè per l'applicazione di apposita sanzione pecuniaria). Per la prima parte la norma ricalca le previsioni generali degli artt. 38 e 48 CCP⁶³; la seconda parte della norma prevede la sanzione pecuniaria.

La s.a. è tenuta, oltre ad un controllo formale sulle dichiarazioni, a verificare la **"effettività dell'impegno alla messa a disposizione delle risorse"**, come risultante dal contratto (e dalle dichiarazioni che lo riproducono), e deve risolversi in una prognosi che il concorrente possa utilizzarle fin da subito, senza intermediazione dell'ausiliaria⁶⁴. Si tratta di un controllo sostanziale, ma in astratto, e d'altro canto si reputa che l'ausiliaria non debba affatto debba dichiarare e dimostrare che le risorse non saranno impiegate in altri appalti⁶⁵. L'effettività delle risorse e del loro utilizzo è invece riservato alla fase esecutiva⁶⁶.

L'art. 49.11 CCP precisa inoltre che *"in relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio"*, ai sensi degli artt. 7 ss. d.p.r. 207/10.

*

2.4. ULTERIORI ASPETTI

2.4.1. I requisiti dell'ausiliaria

L'impresa ausiliaria, seppure non assume la veste di "concorrente", deve rientrare nel novero dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara: e quindi, e quindi essere italiana, o comunitaria, o di paese terzo con il quale vi siano appositi accordi (anche nell'ambito del WTO), ai sensi dell'art. 47 CCP⁶⁷.

Non c'è dubbio che l'ausiliaria debba essere in possesso dei requisiti generali *ex art. 38*, esattamente come il concorrente⁶⁸, e quindi anche per le cause personali di cui alle lett. b), c) e m-ter) dell'art. 38, anche circa amministratori, cessati, direttori tecnici, procuratori⁶⁹. L'ausiliaria è inoltre sottoposta a

carezza potrebbe essere oggetto di "soccorso istruttorio" ai sensi dell'art. 46, co. 1, CCP.

⁶² AVCCPP, determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014.

⁶³ Anzi, la norma è reiterativa dell'art. 38.1-ter: in caso di mendacio oggettivo, ne segue la c.d. "triplice sanzione", spettando poi all'Autorità di applicare e graduare le sanzioni, a seconda se commesse con dolo o colpa grave; con l'unica precisazione che l'escussione della cauzione opererà in danno del concorrente, che a questi fini si fa garante, sul piano amministrativo, della veridicità delle dichiarazioni dell'ausiliaria.

⁶⁴ TAR Lazio, Roma, I, 18 ottobre 2012, n. 8598; TAR. Sardegna, I, 28 maggio 2010, n. 1361; Consiglio di Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3791).

⁶⁵ TAR Sicilia, Catania, III, 12 luglio 2011, n. 1801. Invece, per TAR Lazio, Roma, II, 8 luglio 2010, n. 23768, l'ausiliaria, dopo l'avvalimento, non potrebbe utilizzare i requisiti in altre procedure: la tesi non è condivisibile, in quanto nessuna norma stabilisce la "perdita temporanea" dei requisiti, e d'altronde qualsiasi concorrente, nel partecipare a più procedure, perde di volta in volta i requisiti (come in effetti giustamente affermato da TAR Puglia, Bari, I, 19 luglio 2013, n. 1146).

⁶⁶ TAR Campania, Napoli, I, 11 gennaio 2012, n. 47; Consiglio di Stato, V, 15 novembre 2010, n. 8043; TAR Marche, Ancona, I, 22 marzo 2013, n. 247.

⁶⁷ Consiglio di Stato, IV, 23 febbraio 2012, n. 969; TAR Campania, Napoli, I, 6 dicembre 2010, n. 26798.

⁶⁸ Consiglio di Stato, V, 12 febbraio 2013, n. 815. Consiglio di Stato, V, 04 dicembre 2012, n. 6164; TAR Umbria, I, 05 aprile 2012, n. 111; Consiglio di Stato, V, 23 maggio 2011, n. 3077; TAR Sicilia, Palermo, III, 26 ottobre 2010, n. 13565; Consiglio di Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3759.

⁶⁹ Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2013, n. 911; TAR Puglia, Lecce, III, 18 aprile 2012, n. 708. *Contra*, nel senso che non servirebbero le dichiarazioni ad es. dei direttori tecnici, TAR Cagliari Sardegna I, 5 novembre 2013, n. 683; (TAR Sardegna, I, 11 gennaio 2013, n. 23.

verifica antimafia esattamente alla stregua del concorrente (v. art. 49, co. 5, CCP, per il quale *“gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell’importo dell’appalto posto a base di gara”*).

Ovviamente, poi, l’ausiliaria deve essere in possesso dei requisiti che “presta”, e deve possederli direttamente: è escluso quindi che l’ausiliaria possa essere carente dei requisiti oggetto di avvalimento ed essere a sua volta ausiliata da una terza ausiliaria (c.d. divieto di avvalimento a cascata)⁷⁰. Rientra nel divieto anche il caso di ausiliaria che non possenga i requisiti ma pretenda di possederli per l’effetto di avvalimento “infragruppo”.

2.4.2. Differenza tra avvalimento e figure omonime

L’avvalimento non ha nulla a che vedere – e si tratta di mera omonimia – con la possibilità (art. 53 CCP), nel caso di appalto integrato, di “avvalersi” di progettisti. L’impresa chiamata alla progettazione: 1) o possiede la SOA per la progettazione; 2) o compone RTI con i progettisti; 3) o “si avvale” di progettisti, che devono essere specificamente “indicati”: non si tratta però di avvalimento ai sensi dell’art. 49 CCP⁷¹. Nel caso di appalto integrato, nei casi 1) e 2) descritti, sarà invece possibile ricorrere all’avvalimento, rispettivamente, per l’impresa priva dell’attestazione SOA per la progettazione e per i progettisti raggruppati (non invece da parte di quelli “indicati”⁷²).

Non ha neppure a che vedere con l’avvalimento l’atteggiarsi dei requisiti nei rapporti tra consorzio designato e Consorzio stabile o Consorzio di cooperative di produzione⁷³.

2.4.3. Avvalimento nelle concessioni e in settori particolari

Si reputa l’avvalimento pienamente operativo per:

- appalti sotto soglia (per il richiamo al Codice di cui all’art. 121 CCP)⁷⁴;
- concessioni di servizi (per il richiamo a Codice di cui all’art. 30 CCP)⁷⁵;
- concessioni di lavori⁷⁶;
- settori speciali (ancora per il richiamo di cui agli artt. 230 e 232 CCP)⁷⁷.

Diversamente, vi sono perplessità per:

- appalti di servizi nei settori di cui all’All. II-B⁷⁸;
- affidamenti in economia (cottimo fiduciario)⁷⁹.

2.4.4. Avvalimento e RTI e Consorzi

L’avvalimento è senz’altro compatibile con i Raggruppamenti temporanei⁸⁰, anche costituendi⁸¹.

⁷⁰ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Lazio, Roma, III, 2 marzo 2012, n. 2169; Consiglio di Stato, IV, 24 maggio 2013, n. 2832; TAR Lazio, Roma, III, n. 169 del 2012; TAR Campania, Napoli, I, 6 dicembre 2010, n. 26798.

⁷¹ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Calabria, Catanzaro, I, 4 marzo 2011, n. 300; TAR Veneto, I, 09 luglio 2010, n. 2900.

⁷² Consiglio di Stato, III, 1 ottobre 2012, n. 5161.

⁷³ Consiglio di Stato VI, 10 maggio 2013, n. 2563; TAR Lombardia, Milano, III, 7 ottobre 2013, n. 2236. Però, va fatto presente che ciò vale per i lavori, mentre per servizi e forniture i Consorzi stabili, a seguito del d.p.r. 207/10, devono dimostrare i requisiti nella gara, ed in parte essi devono essere posseduti dai consorziati. Pertanto in questo caso l’avvalimento tra Consorzio e consorziato è perfettamente calzante.

⁷⁴ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2.

⁷⁵ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Lazio, Roma, II ter, 8 giugno 2012, n. 5221; Tar Molise, 23 dicembre 2011, n. 990.

⁷⁶ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; TAR Veneto, I, 6 novembre 2009, n. 2741.

⁷⁷ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

⁷⁸ TAR Sicilia, Palermo, I, 22 luglio 2011, n. 1470; TAR Calabria, Catanzaro, II, 28 febbraio 2011, n. 278, in considerazione della la particolare tipologia, sociale, legale, sanitaria di tali servizi.

⁷⁹ Nega l’applicabilità al cottimo TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 5 dicembre 2012, n. 357, postulando che nelle procedure a inviti il concorrente deve necessariamente essere già qualificato (dimenticando peraltro che, ad es. a seguito di una manifestazione di interesse, potrebbe chiedere di partecipare anche un soggetto che intende ricorrere all’avvalimento).

⁸⁰ TAR Sicilia, Palermo, I, 26 marzo 2013, n. 717; Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; TAR Lombardia, Brescia, II, 16

Con esso possono essere coperte anche le “percentuali minime” di legge⁸².

Nell'avvalimento per le ATI (e Consorzi ordinari), sono date due possibilità⁸³:

a) avvalimento da parte di imprese terze, estranee al RTI;

b) avvalimento “interno”, ove una associata ausilia un'altra associata.

Nel caso di **avvalimento da parte di terzi** (ivi compreso il caso in cui l'ausiliaria sia controllata di altra consociata⁸⁴), il divieto di avvalimento frazionato (art. 49.6 CCP, che stabiliva per i lavori che per ogni categoria potesse esservi una sola ausiliaria; oggi superato dalla sentenza CG 10.10.2013) si intendeva riferito alla singola impresa raggruppata, e non all'intero raggruppamento⁸⁵: cioè si reputava già che, nel caso di RTI (o sottoRTI orizzontale di RTI misto, con più imprese impegnate nella stessa categoria di opere), ciascuna consociata potesse avesse la propria diversa ausiliaria. In ogni caso, l'ausiliato non è il RTI nel suo complesso, ma le singole consociate, cosicché la dichiarazione dell'ausiliaria deve specificare requisiti e risorse per singolo concorrente riunito⁸⁶. Non vale in tali ipotesi il divieto di ausiliare più concorrenti⁸⁷.

Nel caso di **avvalimento interno**, una consociata ausilia altra consociata (anche la mandante può ausiliare la mandataria⁸⁸). In tal caso:

- deve trattarsi pur sempre di avvalimento con tutte le formalità, le dichiarazioni e gli impegni del caso, alla stregua di una ausiliaria esterna⁸⁹;
- non si applica il divieto di partecipazione dell'ausiliaria alla gara⁹⁰;
- l'ausiliaria può concedere i propri requisiti a patto che non ne rimanga priva, e a condizione che quelli che residuano siano sufficienti per la propria quota⁹¹: cioè, i requisiti devono essere posseduti dalla consociata ausiliata in misura complessiva tale da consentire la “duplice imputazione” (come ausiliaria e come ausiliata).

2.4.5. L'esecuzione del contratto e la responsabilità solidale

Il rapporto di avvalimento – che si connota per la messa a disposizione delle risorse – non implica alcuna sostituzione nel contratto. Quindi (art. 49.10 CCP), *“il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione”*. In fase esecutiva occorrerà pertanto la verifica che la “messa a disposizione delle risorse” (distacchi, cessioni di mezzi, supervisione, etc.) non configuri una sostituzione della posizione soggettiva dell'appaltatore.

Inoltre (art. 49.4 CCP) *“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”*. Occorre verificare che cosa avviene nel **caso di inadempimento della ausiliata**, e cioè se la responsabilità solidale dell'ausiliaria sia di tipo

dicembre 2010, n. 4849; AVCCPP, det. n. 2 del 1° agosto 2012)

⁸¹ Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; TAR Puglia, Bari, I, 8 febbraio 2010, n. 268; TAR Lazio, Roma, I, n. 37977/2010; Consiglio di Stato, V, 8 febbraio 2011, n. 857; TAR Lazio, Roma, III, 09 febbraio 2010, n. 1768; AVCCPP, det. n. 2 del 1° agosto 2012. *Contra*, nel senso che sarebbe stata ammissibile, per ogni categoria, una sola impresa ausiliaria per raggruppamento, Consiglio di Stato, IV, 17 ottobre 2012, n. 5340.

⁸² TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335; Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

⁸³ TAR Puglia, Bari, I, 3 aprile 2013, n. 467.

⁸⁴ Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

⁸⁵ TAR Puglia, Lecce, II, 3 giugno 2013, n. 1295.

⁸⁶ ⁸⁶ TAR Veneto, Venezia, I, 11 settembre 2013, n. 1092. *Contra* TAR Puglia, Lecce, II, 3 giugno 2013, n. 1295, per la quale basta indicare come beneficiario il Raggruppamento.

⁸⁷ TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335

⁸⁸ TAR Lombardia, Brescia, II, 19 giugno 2012, n. 1088; TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335

⁸⁹ TAR Campania, Napoli, II, 28 giugno 2013, n. 3349; Consiglio di Stato, V, 6 dicembre 2012, n. 6257; Consiglio di Stato, V, 19.9.2011, n. 5279; AVCCPP, parere 11.3.2009, n. 34.

⁹⁰ TAR Veneto, I, 2 dicembre 2013, n. 1335; TAR Sicilia, Palermo, I, 26 marzo 2013, n. 717,

⁹¹ AVCCPP, det. n. 2 del 1° agosto 2012.

sostitutivo o patrimoniale: secondo la giurisprudenza (che invece per la responsabilità solidale della mandataria di ATI verso la mandante tende a ritenere la responsabilità di tipo fideiussorio-patrimoniale), la s.a. può discrezionalmente scegliere, a seconda delle circostanze, se richiedere l'adempimento all'ausiliaria o limitarsi a pretendere il risarcimento ⁹².

Più complesso, tantopiù alla luce della declaratoria di illegittimità dell'avvalimento frazionato, stabilire come opere il regime di responsabilità solidale. Chi scrive reputa eccessivo affermare che, sempre e comunque, la responsabilità solidale riguardi l'intero contratto⁹³: si reputa che ciò avvenga nel caso di ausiliato concorrente singolo, oppure ausiliato capogruppo (responsabile in solido ai sensi dell'art. 37.6 CCP), e non nel caso di ausiliato che svolga una sola prestazione (o una scorporabile); in sintesi, si reputa che la responsabilità dell'ausiliaria sia solidale rispetto a quella dell'ausiliato (che a sua volta potrà essere responsabile dell'intero o di una parte dell'opera)⁹⁴.

Posto che l'impegno a mettere a disposizione le risorse ed a rispondere in solido non è solo effetto del contratto, ma anche di un impegno unilaterale verso la p.a., ne segue che la s.a. resta estranea ai rapporti interni tra ausiliaria e ausiliata⁹⁵, non molto dissimilmente da quanto avviene nei confronti di chi presta la cauzione provvisoria o definitiva.

2.4.6. Avvalimento e subappalto

A seguito del d.lgs. n. 6/07 (mod. art. 49.10 CCP), è stato abrogato il divieto per l'ausiliaria di acquisire subappalti dall'ausiliata.

L'art. 49.10 CCP stabilisce tuttavia che *"l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore" solo "nei limiti dei requisiti prestati"*.

Quello che è condiviso è che la disciplina sull'avvalimento non può derogare a quella sul subappalto (art. 118 CCP e corrispondenti norme del Regolamento)⁹⁶: cosicché, ad esempio, occorrerà l'autorizzazione preventiva, e non si potrà in alcun modo superare il limite massimo (pari al 30% per servizi e forniture; o nei lavori, pari al 30% della prevalente o della scorporabile "SIOS", e pari al 100% delle scorporabili, ferma ove occorrente la qualificazione obbligatoria).

La norma precisa che l'ausiliaria può operare in subappalto *"nei limiti dei requisiti prestati"*: in sintesi, ad esempio, a fronte di un limite legale del 30%, se i requisiti prestati ammontano al 50%, resta fermo il limite massimo del 30%; se i requisiti prestati ammontano al 10%, il subappalto è ammesso nei limiti del 10%.

La Circolare del Ministero infrastrutture 30.10.2012, n. 4536, ha dato una lettura tutta particolare: si tratterebbe di un subappalto "speciale", che potrebbe intervenire "in corso di esecuzione", cioè quando l'ausiliata si accorga di non riuscire a svolgere in proprio le lavorazioni; allora potrebbe chiedere, "in corso d'opera", l'autorizzazione al subappalto. Ci pare però che questa forma specialissima di subappalto "di soccorso" non possa essere ricavata da un semplice inciso nella norma, e d'altronde che la responsabilità solidale dell'ausiliaria copre già il rischio che l'ausiliata non sia in grado di svolgere i lavori. La soluzione corretta pare quindi quella per cui: a) l'ausiliaria può essere subappaltatrice secondo le norme dell'art. 118 CCP; b) in deroga, tale subappalto (che soggiace

⁹² TAR Sicilia, Catania, III, 19 dicembre 2013, n. 3074; Consiglio di Stato, V, 17 marzo 2009, n. 1589; TAR Veneto, I, 10 gennaio 2011, n. 12.

⁹³ Sembra alludervi AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n. 2.

⁹⁴ Con il che, negli appalti di servizi in particolare, resta discutibile il caso di associato per una prestazione separata (ATI verticale), quando la lex specialis richiede ad uno qualunque dei consociati, ad esempio, la certificazione di qualità, quale requisito di ammissione di tutto il RTI.

⁹⁵ Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

⁹⁶ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2; Consiglio di Stato, V, n. 3791 del 2009.

comunque al limite percentuale massimo di legge), non può superare l'importo dei requisiti prestati: la *ratio* potrebbe essere quella di evitare che, subappaltando alla ausiliaria, della quale già si utilizzano o possono utilizzarsi le risorse, si verifichi una sostanziale cessione del contratto.

Invece, il subappaltatore non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento, trattandosi di prerogativa concessa solo al "concorrente"⁹⁷.

2.4.7. Operatività dell'avvalimento e previsioni di *lex specialis*

L'avvalimento, in quanto istituto generale, opera anche quando non previsto dalla *lex specialis*, che pertanto, ove non contempli l'avvalimento, deve ritenersi "eterointegrata" dalle norme di legge⁹⁸.

Ove peraltro la *lex specialis* neghi o limiti l'avvalimento, è onere dell'impresa priva di requisiti di impugnare tempestivamente il bando⁹⁹.

La "eterointegrazione" della *lex specialis* opera anche sotto un diverso profilo: anche i limiti e gli adempimenti formali di cui agli artt. 49 CCP e 88 NRE sono operativi anche quando non previsti dalla *lex specialis*, e devono tendenzialmente intendersi – anche quando non richiamati da bando o disciplinare – a pena di esclusione.

2.4.8. Casistica varia

Sottoscrizione dell'offerta e intestazione della cauzione

E' pacifico che l'ausiliaria – come non deve sottoscrivere l'offerta – non deve essere intestataria della cauzione provvisoria. La s.a. è coperta dalla cauzione del concorrente, che a sua volta copre il fatto (quale il mendacio) dell'ausiliaria¹⁰⁰.

Dimezzamento della cauzione e qualità

Si reputa che il dimezzamento presupponga il possesso della qualità da parte del concorrente: ove ciò accada, è irrilevante che l'ausiliaria non sia in possesso della certificazione di qualità¹⁰¹.

Richiesta al concorrente della certificazione di qualità

Si è sostenuto che, quando al concorrente sia richiesta la qualità, anche l'ausiliaria deve necessariamente possedere la qualità, almeno se ciò prevede la *lex specialis*¹⁰².

Rinuncia all'avvalimento successivamente alla presentazione dell'offerta

Si è sostenuto che dopo avere presentato la dichiarazione di avvalimento non è possibile rinunciarvi, in quanto si verserebbe in situazione analoga alla modifica di il RTI¹⁰³.

Modello GAP

Si reputa non dovuto da parte dell'ausiliaria¹⁰⁴.

Aspetti processuali

⁹⁷ AVCCPP, det. 1 agosto 2012, n.2

⁹⁸ Consiglio di Stato, V, 8 ottobre 2011, n. 5496; TAR Lazio, Roma, II, 8 giugno 2012, n. 5221; TAR Sicilia, Palermo, III, 23 novembre 2011, n. 2174; TAR Sicilia, Palermo, III, 19 marzo 2013, n. 644; TAR Liguria, II, 20 febbraio, 2013, n. 315; TAR Sicilia, Palermo, III, 26 ottobre 2010, n. 13565; TAR Abruzzo, I, 20 settembre 2010, n. 668; TAR Lazio, Roma, II, 12 gennaio 2010, n. 153.

⁹⁹ TAR Abruzzo, I, 16 giugno 2012, n. 426.

¹⁰⁰ TAR Veneto, I, 10 gennaio 2011, n. 12; TAR Campania, Salerno, I, 20 dicembre 2013, n. 2517; TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 22 maggio 2013, n. 168; TAR Veneto, 10 gennaio 2011 n. 12; TAR Lazio, Roma, II, 6 marzo 2012 n. 2230; TAR Sicilia, Catania, IV, 16 gennaio 2013, n. 27; TAR Cagliari, I, 19 luglio 2012, n. 733; TAR Veneto, I, 10 gennaio 2011, n. 12; Consiglio di Stato, V, 5 luglio 2013, n. 3585; TAR Veneto, I, 10 gennaio 2011, n. 12. Nel senso che ciò vale salvo diversa previsione della *lex specialis*, TAR Palermo Sicilia III 03 febbraio 2012. *Contra*, TAR Campania, Salerno, I, 11 ottobre 2011 n. 1634.

¹⁰¹ TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 22 maggio 2013, n. 168.

¹⁰² Consiglio di Stato, V, 3 luglio 2012, n. 3887. *Contra*, TAR Lombardia, Milano, I, 12 marzo 2010, n. 612.

¹⁰³ TAR Valle d'Aosta, I, 14 luglio 2010, n. 53.

¹⁰⁴ TAR Sicilia, Palermo, III, 22 novembre 2011, n. 2158.

Si reputa che l'ausiliaria non sia "controinteressata" rispetto al ricorso¹⁰⁵.

Avvalimento e criteri di accesso alle gare

Si reputa che l'illegittimità del bando, che prevede criteri di accesso alla procedura sproporzionati, non venga meno per la possibilità di avvalimento, che costituisce una facoltà e non può assurgere ad obbligo per l'operatore¹⁰⁶.

Dichiarazione sul controllo societario ex art. 38

Si reputa che nel caso di controllo tra ausiliaria e ausiliata esso non vada dichiarato, in quanto non influente sul principio di autonomia delle offerte¹⁰⁷.

§§§

3. L'AVVALIMENTO AI FINI DELLE ATTESTAZIONI STABILI

*

3.1. L'AVVALIMENTO STABILE PER LA SOA

3.1.1. I requisiti e la procedura di attestazione

L'art. 49, co. 1, pone i seguenti requisiti:

"a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 codice civile; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 codice civile¹⁰⁸;

b) l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione".

In merito ai requisiti, l'art. 88, co. 3, NRE, dispone che *"l'impresa ausiliata, per conseguire la qualificazione di cui all'articolo 50 del codice, deve possedere:*

a) i requisiti di cui all'articolo 78 in proprio;

b) i requisiti di cui all'articolo 79 anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria".

Si rammenta che tra i requisiti di cui all'art. 78 NRE vi sono sia quelli generali (ex art. 38), che quelli di idoneità (ex art. 39).

Circa la procedura, l'art. 88, co. 2, NRE, stabilisce che *"per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione ai sensi dell'articolo 50 del codice, l'impresa ausiliata, presenta alla SOA la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento". Inoltre, "...l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata hanno l'obbligo di documentare alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile".*

3.1.2. Obblighi e sanzioni

L'art. 49, co. 1, lett. c) dispone che *"c) l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse".* La comunicazione va effettuata sia alla SOA che all'AVCCPP. Infatti, l'art. 88, co. 3 e 4, NRE, dispone che le imprese hanno l'obbligo

¹⁰⁵ TAR Toscana I, 21 maggio 2012, n. 986.

¹⁰⁶ TAR Lazio, Roma, III, 5 aprile 2012, n. 3143.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

¹⁰⁸ L'art. 2359 c.c., nn. 1 e 2 dispone che *"sono considerate società controllate:*

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria".

Mentre il primo requisito è algebrico, il secondo richiede una verifica caso per caso.

“di comunicare alla SOA e all’Autorità entro quindici giorni il venire meno di tale rapporto di controllo, ovvero le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse ... Entro il successivo termine di quindici giorni, la SOA provvede a comunicare all’Autorità le informazioni di cui al comma 3 e dispone la decadenza, entro lo stesso termine, dell’attestazione dell’impresa ausiliata”.

L’art. 50, co. 2, CCP, dispone inoltre che *“l’omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lettera c) del comma 1 comporta l’applicazione delle sanzioni di cui all’articolo 6, comma 11¹⁰⁹, nonché la sospensione dell’attestazione SOA, da parte dell’Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell’impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni”.*

3.1.3. Limiti e divieti ai fini delle gare

L’art. 50.1.d CCP dispone che *“in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell’articolo 49”.* Bisogna verificare come tali divieti si atteggiino nel caso di avvalimento “stabile”:

1) (co. 8) divieto di partecipazione alla stessa gara di più concorrenti ausiliati dalla stessa ausiliaria. E’ da ritenersi che la norma impedisca anche la partecipazione di: a) due concorrenti con SOA conseguita con avvalimento di medesima ausiliaria stabile (controllate dalla stessa controllata, il che peraltro è già precluso dall’art. 38, salvo dimostrare che le offerte sono comunque autonome) ; b) due concorrenti uno dei quali ausiliato nella gara, l’altro ausiliato in via stabile, ove l’ausiliaria sia la medesima;

2) (co. 8) divieto di partecipazione alla stessa gara sia l’ausiliaria che l’ausiliata (salvo il caso di RTI). La norma impedisce la partecipazione alla stessa gara dell’ausiliaria stabile e dell’ausiliata;

3) (co. 10) esecuzione della commessa da parte dell’ausiliato (ma con possibilità dell’ausiliaria, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 6/07, di assumere subappalto). Il divieto di cessione del contratto all’ausiliaria, e la possibilità per l’ausiliaria di eseguire subappalto, sono come tali applicabili anche all’avvalimento stabile.

3.1.4. La responsabilità solidale

L’avvalimento “stabile” produce identica conseguenza di responsabilità solidale rispetto all’avvalimento “nella gara”: per l’art. 50, co. 3, CCP, infatti, *“l’attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina la responsabilità solidale della impresa concorrente e dell’impresa ausiliaria verso la stazione appaltante”.*

*

3.2. L’AVVALIMENTO STABILE PER DIFFERENTI ATTESTAZIONI

L’art. 50, co. 4, NRE, stabilisce che *“le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture”* (l’estensione alle forniture è stata inserita dal d.lgs. n. 152/08).

Seppure (v. prima) talvolta la giurisprudenza vi abbia fatto riferimento, ad esempio ai fini dell’Albo gestori ambientali¹¹⁰, allo stato tale ipotesi non risulta operativa nella prassi¹¹¹.

§§§

4. OSSERVAZIONI SU PROBLEMATICHE, RISCHI E BENEFICI

La concorrente ausiliata, mediante avvalimento, consegue il beneficio di poter partecipare alla procedura, e svolgere il lavoro, anche quando: a) non potrebbe partecipare ed eseguire l’appalto; b) o

¹⁰⁹ Ovvero la sanzione pecuniaria, da € 25.000 fino, prevista per il caso in cui l’impresa non ottemperi all’obbligo di fornire chiarimenti all’AVCCP che li abbia richiesti.

¹¹⁰ TAR Sardegna, I, 12 settembre 2012, n. 794.

¹¹¹ Pone l’accento sul requisito della compatibilità TAR Puglia, Bari, I, 2 ottobre 2009, n. 2223.

sarebbe tenuta a strumenti diversi, quali l'RTI o il subappalto. In entrambi i casi, essa evita di condividere l'appalto con altri (consociate o subappaltatori), mantiene il dominio del cantiere, consegue le certificazioni di esecuzione dei lavori che potrà spendersi per le future gare (e per acquisire nuove qualificazioni, categorie e classifiche).

Tale beneficio potrà sensibilmente ridursi a seconda di come il legislatore opererà a seguito degli esiti del ricorso straordinario che ha condotto alla declaratoria di illegittimità del d.p.r. 207/2010 in merito alle categorie specialistiche e superspecialistiche (parere n. 3014 del 26 giugno, 2013, d.p.r. 151/2013¹¹²).

La concorrente ausiliaria, dal canto suo, riceve (di regola, ma comunemente) un compenso, perlomeno al di fuori del caso infragruppo.

A fronte di ciò, devono evidenziarsi i rischi.

L'ausiliata deve gestire un cantiere con risorse di altri, e secondo le pattuizioni contrattuali; inoltre, versa un prezzo all'ausiliaria, da stabilire pattiziamente; ancora, può soggiacere a meccanismi complessi (come il distacco del personale); infine, esegue un contratto dovendo rendere conto alla s.a., in maniera assai più sensibile rispetto all'esecuzione comune, dei rapporti con un terzo, che la s.a. potrebbe anche sindacare nel merito.

Inoltre, l'oscillamento della giurisprudenza e la pretesa di presupposti assai poco chiari (come la effettiva messa a disposizione delle risorse) implica un rischio insito di contestazione dell'ammissione alla procedura.

L'ausiliaria, principalmente, corre il rischio della responsabilità solidale, e cioè di rispondere (patrimonialmente o in sostituzione) di una precedente esecuzione ove non ha avuto realmente dominio.

Per quanto riguarda l'interesse pubblico, e l'imprenditoria in genere, all'opportunità data dall'avvalimento fanno da contrappeso: a) i pericoli di un utilizzo distorto, che spazia dall'avvalimento di facciata al subappalto mascherato; b) il rischio di perdita di peso di quelle imprese che hanno conseguito le qualificazioni, soprattutto nelle specialistiche e superspecializzate.

*

Prof. Avv. Mario P. Chiti

Avv. Francesco Bertini

¹¹² Il sistema attuale resta valido fino al 30.0.2014, in forza della l. 151/2013, art. 3.9.