

Prime considerazioni sull'avvalimento nel nuovo codice dei contratti

di Antonio Campagnola

Data di pubblicazione: 24-11-2016

Di avvalimento si incontrano due distinte nozioni. La prima, collegata alla realizzazione di interventi nell'ambito delle opere e dei servizi e delle forniture pubbliche. La seconda, connessa alla migliore gestione dell'apparato pubblico in termini di utilizzo di servizi e competenze di cui gli Enti sono dotati.

La prima, costituisce espressione dell'esigenza di ampliare la platea dei soggetti concorrenti alle gare e realizzatori delle opere. La seconda risponde al criterio di economicità e razionalità dei mezzi e delle strutture alle quali può e deve fare ricorso la pubblica amministrazione per la realizzazione delle proprie finalità e relativi compiti.

Per quanto si riferisce alla prima delle due eccezioni in esame il quadro normativo relativo risulta così articolato:

a) In ambito europeo la possibilità di fare affidamento su capacità o requisiti posseduti da terzi si trova prevista e regolamentata dalla Direttiva 43.3.2004 n. 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi) che se ne occupa in particolare all'art. 47, comma 2, in riferimento alla regolamentazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, disponendo, nella sostanza, la possibilità di fare affidamento sulle capacità di soggetti non partecipanti all'appalto ma dei quali si possa dimostrare la disponibilità.

Analoghi principi si trovano stabiliti per gli appalti degli enti erogatori di acqua ed energia e fornitori di trasporto e servizi postali (Dir. 31.3.2004 n. 2004/14/CE, art. 54 comma 5).

A quelle disposizioni sono succedute rispettivamente quelle della D.r. 26.2.2014 n. 2014/24/UE (art. 63) e della Direttiva 26.2.2014 n. 2014/25/UE (art. 79).

b) Nel frattempo, tuttavia, le previsioni delle direttive n. 2004/18 e 2004/17 avevano avuto attuazione nell'ordinamento interno a mezzo dell'art. 49 del D. Lgs. 12.4.2006 n. 163.

c) I principi portati dalle Direttive nn. 2014/23, 24 e 25/UE hanno infine trovato recepimento e regolamentazione interna ad opera del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 che li ha dettagliati all'art. 89 avente il titolo di "avvalimento".

In relazione alla disciplina dell'avvalimento portata dall'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 è stata emanata la Determinazione n. 2 del 1.8.2012 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (in G.U. 9.8.2012 n. 185). La Determinazione contiene la definizione di avvalimento che dichiara consistere "nella possibilità, riconosciuta a qualunque

operatore economico singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi”.

La determinazione contiene la ricostruzione completa del meccanismo e del suo rapporto con il sistema degli appalti anche se la relativa portata è oggi attenuata dal fatto che la formulazione normativa risulta contraddittoria rispetto a quella presa in considerazione dalla Determinazione pur nel rispetto delle previsioni comunitarie che sono, però, assai scarse e di principio.

Ed infatti la previsione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50 del 2016 contraddice quanto indicato dalla precedente formulazione dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 anzitutto, e per iniziare, rispetto all'ambito di riferimento preso in considerazione atteso che, secondo la disposizione sopraggiunta, ci si può avvalere di ausiliari per soddisfare requisiti economici, finanziari, tecnici e professionali (cioè un ambito più ampio di elementi e condizioni) ma non si può avvalersi di soggetti esterni per le condizioni SOA e, naturalmente (ma quanto è un dato evidente) per le condizioni "moralì" di partecipazione.

Ancora con riferimento all'ambito, il comma 2 dello stesso art. 89 del D. Lgs. n. 50 del 2016 rende possibile (pur con specifiche regole) l'avvalimento anche per i settori speciali.

Mentre (comma 3 del medesimo articolo) è modificato anche il meccanismo di controllo, prima legato ad autodichiarazioni, oggi soggetto al vaglio diretto della stazione appaltante che può opportunamente disporre la sostituzione dei non idonei.

Rimane invece ferma, anche nella nuova versione della norma (comma 5 dell'art. 89) la responsabilità solidale già prevista anche nella regolamentazione precedente (comma 4 dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006).

Il comma 6 della previsione dell'art. 89 dispone che possano esservi più ausiliari, mentre il comma 6 dell'art. 49 del codice pregresso prevedeva la possibilità di avvalersi di un unico ausiliario per categoria di intervento ed entrambe le norme conservano la regola secondo la quale (comma 7 nel nuovo e comma 8 nel vecchio codice) più partecipanti non possono avvalersi dello stesso ausiliario.

Nella sostanza anche a parità di regolamentazione (comma 8 nel nuovo e comma 10 nel vecchio circa l'imputazione dell'esecuzione e la possibilità di diverse subappaltatore) è significativo che nella nuova versione della regolamentazione sono stati introdotti ed aumentati i controlli della stazione appaltante (comma 9 del nuovo codice) e, comunque, valgano regole più rigorose (comma 10 che esclude la possibilità dell'avvalimento per le condizioni di esecuzione all'albo dei gestori ambientali). E non è più possibile l'avvalimento per le prestazioni di alto livello tecnico.

Nella rinnovata stesura, rimane in sostanza la figura e la previsione dell'avvalimento ma certo – anche per effetto dell'esperienza maturata dalla prassi applicativa – ne sono state

modificate per molti aspetti i margini ed alcuni dei riferimenti significativi.

Proprio dall'esperienza (cfr. Cons. Stato., Sez. VI, 22.4.2008 n. 1856) era derivato il disagio conseguente alla regola di potersi avvalere di un ausiliario per la dimostrazione in gara dei requisiti SOA.

Disagio non condiviso da altra decisione dello stesso Consiglio di Stato (sez. V, 19.3.2009 n. 1624) che optava per una lettura ampia della figura dell'avvalimento come conseguenza della presa di posizione della giurisprudenza formatasi in ambito europeo (Corte di Giustizia C - 538/2007).

Lettura ampia oggi contraddetta dalla norma ma dalla quale era partita anche altra decisione (Cons. di Stato Sez. III, 18.4.2011 n. 2344) per poi virare a favore di una limitazione dell'ambito di operatività dell'avvalimento escludendo che se ne potesse fare uso per quegli elementi e requisiti soggettivi strettamente legati alla qualità dell'organizzazione dell'impresa (quelli che – in altri termini – e nell'ambito soggettivo personale si direbbero le qualità morali e la "fibra" dell'imprenditore).

Di questa lettura oscillante della normativa sull'avvalimento e della sua applicazione nell'ambito dell'ordinamento si trova, del resto traccia in tutta la giurisprudenza interpretativa delle disposizioni contenute nel vecchio codice (con plausi e/o dubbi circa la eliminazione o il mantenimento di talune di esse: cfr. Cons. Stato V, 8.10.2011 n. 5496 ed altre decisioni coeve e successive).

La nuova formulazione contraddice alcune delle aperture e della eliminazione di confini indicati dalla giurisprudenza, ma, nel complesso, deve ritenersi che la formulazione attuale sia più rigorosa e, soprattutto, meglio rispondente all'esigenza di trasparenza e di adeguatezza della capacità dell'impresa cui viene – in linea primaria – affidata l'esecuzione dell'appalto. Ciò considerato che la previsione e l'introduzione di controlli da parte della stazione appaltante ad un tempo, nel mentre non esclude la ricorribilità all'istituto – assicurando in tal modo la flessibilità e la dinamica del mercato – introduce un limite di riscontro oggettivo sugli esiti della previsione estremamente auspicabile in considerazione dell'utilizzo dell'istituto che - come attesta la giurisprudenza - non risulta essere stato richiamato sempre a proposito e, comunque, con esiti positivi e vantaggiosi.

Per quanto si riferisce all'avvalimento inteso come modello dell'organizzazione delle funzioni della Pubblica Amministrazione nell'ambito interno all'ordinamento deve rilevarsi che la figura dell'avvalimento risulta presente come criterio organizzativo delle funzioni dell'amministrazione sin dall'origine dell'Ordinamento costituzionale. La figura trovava le proprie basi normative nella previsione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione ove risultava indicato che "la regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Provincie, ai Comuni o ad altri Enti locali, o valendosi dei loro Uffici". Dunque, delega tra enti o avvalimento dell'ente titolare di una funzione pubblica degli apparati di altro ente.

La figura trovava applicazione nella normativa ordinaria: cfr. art. 2 L. n. 404/77; ma anche per l'avvalimento tra enti: art. 4 L. 1958 n. 173; art. 2 L. 1957 n. 687; ecc.

E' tuttavia ben noto che la formulazione dell'art. 118 della Costituzione è stata profondamente modificata ad opera dell'art. 4 della legge Cost. n. 3 del 2001. In particolare, la nuova previsione dell'ultimo comma dell'art. 118 prevede che: Stato, Regioni, Città metropolitane, Provincie e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Il comma secondo dello stesso articolo dispone che "I Comuni, le Provincie e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze".

In altri termini, la lettura comparata delle due previsioni fa emergere che il principio di avvalimento potrebbe addirittura essere stato espunto dall'ordinamento (forse sostituito da quello di sussidiarietà) atteso che oggi gli Enti pubblici possono esercitare le sole funzioni attribuite per legge (tanto più che - come ben noto - nel sistema "Bassanini" la pianta organica dei vari enti ed in genere l'assetto di questi ultimi è fissata in ragione delle funzioni e competenze normativamente riconosciute).

Senza riconoscere un effetto conclusivo ed esclusivo dal sistema della figura dell'avvalimento a quanto da ultimo rilevato deve, però - comunque - procedersi ad un riassetto del riferimento all'avvalimento.

Anzitutto, è evidente che riferirsi alle opinioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 996 del 1988, che viene normalmente compiuto per ritenere possibile l'avvalimento, non risulta più congruo considerato che quella indicazione traeva forza dalla presenza e vigenza nell'ordinamento della previsione dell'art. 118 ultimo comma, Cost. che - come detto - prevedeva espressamente il modello dell'avvalimento.

Diversa e più complessa è la problematica riconnessa al riferimnto al parere del Consiglio di Stato n. 435 del 10 febbraio 2003 che viene ugualmente richiamato per invocare la possibilità del ricorso all'avvalimento. Il caso esaminato dal parere del Consiglio di Stato è, infatti, costituito da uno schema di regolamento del 2002, posto in attuazione di una previsione normativa primaria del 1997: situazione che si colloca, perciò, a cavallo della riforma costituzionale ma per la quale il Consiglio di Stato non risulta aver dubbi circa la possibilità di mantenere efficace l'ipotesi dell'avvalimento (cfr. pag. 4 del parere). Tuttavia, il Consiglio specifica che gli "uffici" di cui ci si avvale potrebbero anche essere collocati (ai fini dell'avvalimento) presso l'Ente che se ne avvale e rileva, altresì, che, a prescindere da tale macchinosa configurazione organizzativa, ciò che è necessario è che "la scelta delle personalità proposte avvenga nel contesto della relazione organizzativa stessa".

Il che significa che gli Uffici di cui ci si avvale non debbono semplicemente essere individuati come esistenti ma anche ritenuti idonei (cioè "scelti") oltre che dall'ente in cui sono incardinati anche dall'ente che se ne avvale.

Nella sostanza ed analogamente a quanto si è rilevato con riferimento alla figura dell'avvalimento tra Imprese di derivazione europea ciò che infine ed in modo condizionante risulta essenziale è che l'efficienza della collaborazione di cui ci si avvale possa essere

concretamente verificata atteso che l'Ordinamento sembra (finalmente) orientato ad assicurare in modo drastico, rigore, effettività ed efficacia dell'azione amministrativa.

Quanto al principio della trasparenza ancora si riscontrano forti riserve e attivi tentativi di sottrazione, ma non è dubbio che esso rappresenti un cardine sostanziale: tanto da essere stato inserito nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost. oggi portato all'esame del referendum.