

## **Determinanti aperture dal Tar Lazio in ordine ai requisiti oggetto di avvalimento e ai canoni di validità del relativo contratto**

*di Fabiana Pomes*

*Data di pubblicazione: 19-5-2015*

*Tar Lazio, Roma, Sez. I-bis, 6 maggio 2015, n. 6479*

*Presidente Silvestri; Relatore Mezzacapo*

*L'avvalimento può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale istituto; resta fermo l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.*

*In virtù del carattere generale dell'avvalimento e dell'ammissibilità di questo per l'attestazione della certificazione SOA (art. 50 del D.Lgs. 163/2006), si ritiene legittima la sua estensione anche al requisito dell'iscrizione ad un albo specialistico, che rappresenta una abilitazione indicativa di una specifica idoneità a svolgere una determinata attività.*

*Il livello di "specificità" dell'oggetto del contratto di avvalimento (ovvero della indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali posti a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria) – specificità per cui si rinvia al principio di determinatezza sancito dall'art. 1346 c.c. – va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di "rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito" (cfr. Cons. Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2365).*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO**

**(SEZIONE PRIMA *BIS*)**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso, proposto da Società R.T., rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*;

**contro**

Ministero di I., rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*;

**nei confronti di**

Società D.F. di A.D., rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*;

**per l'annullamento**

della nota del Ministero di I., notificata a mezzo p.e.c. in data 17/12/2014, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva alla Società D.F. di A.D. della procedura ristretta per la fornitura di 30.000 coperte ignifughe.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero di I. e della Società D.F. di A.D., anche

ricorrente incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2015 il dott. \*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO E DIRITTO**

Con bando di gara pubblicato sul supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 13 settembre 2014 e sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 15 settembre 2014, il Ministero di I. ha indetto procedura ristretta accelerata, da aggiudicarsi al prezzo più basso, per la fornitura di 30.000 coperte ignifughe in unico lotto.

Con nota del 16 dicembre 2014 il Ministero di I. ha comunicato alla odierna ricorrente l'aggiudicazione definitiva della fornitura alla Società D.F. di A.D. , prima in graduatoria con un ribasso del 13,56%, risultando la ricorrente, Società R.T., seconda graduata, con un ribasso del 13%.

La ricorrente avversa, quindi, l'aggiudicazione definitiva della fornitura disposta in favore della controinteressata Società D.F., assumendo che quest'ultima è radicalmente priva di una serie di requisiti soggettivi, su cui più in dettaglio in prosieguo, richiesti dal bando di gara a pena di esclusione. Espone la ricorrente che l'aggiudicataria ha ritenuto di ovviare alla detta carenza di requisiti ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, di contro nella specie non utilizzabile.

Più in dettaglio, la ricorrente contesta con la prima doglianza, dopo aver rilevato che la controinteressata non effettua in modo diretto la confezione delle coperte, il ricorso da parte dell'aggiudicataria all'istituto dell'avvalimento quanto alla certificazione di qualità e quanto al requisito della iscrizione al Registro delle imprese, entrambi connotati da elevato tasso di soggettività e attinenti a specifico status dell'imprenditore, non scindibili da esso.

In via subordinata, la ricorrente deduce, con il secondo motivo di ricorso, la inammissibilità della domanda della Società D.F. (e, quindi, la necessità della sua esclusione dalla gara) sotto altro profilo, segnatamente concernente la mancata produzione di dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente e la dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata.

Sulla scorta delle censure, ora riassuntivamente richiamate, è quindi chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata nonché la sua stessa ammissione alla procedura, dei relativi verbali di gara e, per quanto possa occorrere, della *lex specialis* di gara. E' chiesto altresì il risarcimento dei danni, *in primis*, in forma specifica mediante aggiudicazione in favore della ricorrente e, in via subordinata, in misura non inferiore al mancato utile presuntivamente determinato in almeno il 10% dell'importo dell'offerta dalla stessa ricorrente presentata.

Si è costituita in giudizio l'aggiudicataria Società D.F., la quale propone ricorso incidentale con cui deduce l'illegittimità della *lex specialis*, qualora intesa nel senso accolto dalla ricorrente, nella parte in cui prevede l'ammissione alla procedura dei soli concorrenti produttori di coperte ignifughe e degli atti di gara nella parte in cui la ricorrente principale non è stata esclusa dalla gara per aver prodotto una certificazione di qualità non in corso di validità, per aver prestato una cauzione provvisoria non conforme alla lettera di invito, per aver in sede di offerta prospettato la fornitura di un prodotto del tutto differente da quello oggetto della gara (in ragione del ricorso a tessuto in pile).

Si è costituito in giudizio il Ministero di I., affermando la infondatezza del ricorso principale e concludendo perché lo stesso venga respinto.

Con successive memorie difensive e di replica le parti hanno precisato le rispettive argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 15 aprile 2015 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

Il ricorso principale non è fondato e va, pertanto, respinto, conseguentemente risultando inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla impresa aggiudicataria della fornitura di che trattasi.

Occorre prendere le mosse dal bando di gara il quale, al punto III.2.1., dispone che è ammessa, a pena di esclusione, la ditta "*che effettua in modo diretto la confezione della coperta*", che "*è in possesso ...della iscrizione al Registro professionale per produzione, realizzazione e/o confezione di coperte*", che "*è in possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 in corso di validità per confezione di coperte*". Il bando, sempre al punto III.2.1. dispone anche che l'avvalimento a norma dell'art. 49 del codice degli appalti è consentito a condizione che l'impresa ausiliaria sia una sola e che operi in ambito U.E., senza ulteriori condizioni o limitazioni

In sede di verbale di preselezione in data 15 ottobre 2014 la Società D.F. era stata, in effetti, esclusa perché "*non adempie alle condizioni di partecipazione prescritte a pena di esclusione in bando*" (non effettua in modo diretto la confezione delle coperte, non possiede il requisito dell'iscrizione al Registro professionale e non possiede la certificazione di qualità prescritta), salvo tuttavia, in data 21 ottobre 2014, disporre la medesima stazione appaltante, in autotutela, la parziale riforma del detto verbale, così disponendo l'ammissione alla gara anche della Società D.F. sulla scorta dell'assunto per cui, nel caso in esame, in presenza dell'avvalimento (ad opera della E.G. sl di B.V.) "*le condizioni di partecipazione vengono*

*egualmente ed integralmente soddisfatte”.*

Tutto ciò premesso, è agevole rilevare che il punto centrale della questione posta con il ricorso principale concerne l'ammissibilità dell'avvalimento per i requisiti soggettivi innanzi ricordati, altrimenti carenti in capo alla aggiudicataria.

Una premessa di carattere generale è rappresentata dal principio per cui l'interpretazione delle norme che disciplinano le procedure di gara deve informarsi alla *“primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione, orientando l'amministrazione alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità dei concorrenti, correggendo l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica della caccia all'errore”* (Cons. St., Ad Plen. 9/2014; quanto all'approccio funzionale cui improntare l'interpretazione delle norme specifiche disciplinanti l'avvalimento: cfr. in particolare, Cons. St., sez. III, 04 dicembre 2014 n. 5978; ma anche, Cons. St., Consiglio di Stato sez. V, 24 luglio 2014 n. 3949); principio che risulta essere rafforzato dalla recente novella legislativa introdotta dall'art. 39 del decreto-legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, che, seppure non applicabile nel caso concreto consente di confermare, le linee guida interpretative del sistema, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, alla luce della quale è oramai generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco della inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. in tal senso anche Determina dell'autorità Nazionale Anticorruzione 8 gennaio 2015, n. 1).

Con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, pare opportuno ancora in via preliminare osservare come ne sia oramai acquisita la portata generale di strumento operativo mediante il quale l'impresa partecipante ad una specifica gara può esibire i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica di un'altra impresa (ausiliaria) nonché di istituto connotato dalla specifica funzione di garantire la più ampia partecipazione possibile alle gare, anche da parte di imprese cui le stesse sarebbero precluse per la mancanza dei requisiti sopra indicati (cfr. T.A.R. Catanzaro, I Sezione, 20 marzo 2014 n. 431).

Nell'ottica dell'impresa partecipante, l'avvalimento è un “modulo organizzativo”, elaborato dapprima dalla giurisprudenza europea (cfr., per la rilevanza storica, Sentenza della Corte di Giustizia del 14 aprile 1994, C-389/92, seppure nell'ambito dei rapporti “infragrappo”; Sentenza della Corte di Giustizia del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, con cui per la prima volta l'istituto è stato riconosciuto anche al di fuori del fenomeno dei “gruppi societari”) e poi disciplinato, sia dalle norme specifiche delle direttive europee 2004/18/CE e 2014/17/CE, che dagli artt. 49 e 50 del D.Lgs 163/2006, per consentire la “circolazione” tra gli operatori economici dei requisiti tecnici, organizzativi, economico-finanziari.

Nell'ambito della funzione pro-concorrenziale che ha caratterizzato fin dall'origine l'istituto, è stato anche osservato che il prestito di requisiti da impresa ausiliaria a impresa offerente consente peraltro di “facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici” (cfr. da ultimo, su questo specifico profilo, Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n.

C-94/12); fermo restando che, secondo quanto ripetutamente sottolineato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'obiettivo della massima partecipazione possibile alle gare costituisce comunque un vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle stesse amministrazioni aggiudicatrici (cfr. Sentenza, 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08).

Peraltro, fin dalla prima elaborazione giurisprudenziale dell'istituto è emersa l'esigenza di bilanciare la sua predetta funzione tipica con quella di scongiurare il rischio che gli appalti pubblici vengano affidati ad imprese costituenti solo "scatole vuote", vista la scissione tra esecutore dell'appalto e titolare dei requisiti tecnici, economico-finanziari ed organizzativi che l'istituto comporta.

Il punto di equilibrio tra queste due esigenze apparentemente in contrasto è in concreto garantito, oltre che dalla previsione della responsabilità solidale tra le imprese concorrente ad ausiliaria nei confronti dell'amministrazione per "l'esecuzione" delle prestazioni oggetto di appalto (norma rilevante solo "a valle" dell'aggiudicazione e nella eventuale fase patologica della inesatta esecuzione del contratto), soprattutto imponendo in capo all'impresa concorrente-ausiliata l'onere di fornire la prova che "il prestito di requisiti" non è solo formale ma trova corrispondenza nell'effettiva messa a disposizione di beni e mezzi dall'ausiliaria alla concorrente, unica impresa appaltatrice nei confronti della stazione appaltante, tuttavia secondo un approccio sostanzialistico tipico degli istituti di origine "comunitaria".

La funzione pro-concorrenziale dell'avvalimento - bilanciata, con le modalità appena indicate, dalla esigenza di garantire nei confronti della stazione appaltante il "buon esito" dell'appalto-conduce a condividere pienamente l'orientamento giurisprudenziale che ha progressivamente esteso gli ambiti applicativi dell'istituto, con riguardo alle "categorie" di requisiti suscettibili di "circolazione" - così annoverando il fatturato, l'esperienza pregressa, il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, il capitale sociale minimo (ritenendo quest'ultimo requisito di natura economica)- fino a ricomprendere, da ultimo, tra quelli di carattere organizzativo, anche la "certificazione di qualità" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911, Cons. Stato, Sez V, 6 marzo 2013 n. 1368; Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2013 n. 783, T.A.R. Veneto, sez. I, 27 maggio 2103 n. 765).

E' stato quindi condivisibilmente rilevato che l'avvalimento può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale istituto (che ha pertanto una portata generale), fermo restando l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; 7 aprile 2014, n. 1636; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125), e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294). Peraltro, la oramai acclarata ampia applicazione dell'istituto dell'avvalimento, appunto

ritenuto da ultimo applicabile anche alle “certificazioni di qualità” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911, Cons. Stato, Sez V, 6 marzo 2013 n. 1368; Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2013 n. 783, T.A.R. Veneto, sez. I, 27 maggio 2103 n. 765) ovvero a requisiti di carattere tecnico-organizzativo comporta l’inammissibilità di un limite generale per cui l’impresa partecipante, che si avvalga di un’impresa ausiliaria per il “prestito dei requisiti”, debba comunque operare già nel settore di riferimento; nessuna limitazione in tal senso è evincibile né dalla ratio né dalla evoluzione “espansiva” che ha interessato l’istituto dell’avvalimento; né tale limitazione sarebbe *ex se* ammissibile se imposta dalla *lex specialis* (circostanza peraltro non rinvenibile nel caso di specie) (cfr. T.A.R. Catanzaro, I Sezione, n. 431/2015 cit.). In ogni caso, eventuali limiti posti dalla *lex specialis* in una specifica gara alla sua sfera di applicabilità non possono che essere specifici ed “espressi” e, in ogni caso, sottoposti all’eventuale sindacato giudiziale in termini di proporzionalità e coerenza rispetto all’oggetto specifico dell’appalto (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013 n. 1772 che rimanda alla concreta articolazione della *lex specialis* per l’individuazione di specifici limiti posti a delimitare l’operatività dell’istituto); concorrendo in tale direzione interpretativa sia il principio “guida” in materia di appalti pubblici, della più ampia partecipazione possibile alla gara (il quale deve comunque ispirare la lettura sistematica delle clausole del bando di gara: cfr. *ex multis* Cons. Stato sez. V 5 settembre 2011, n.4981; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7403; Cons. Stato sez. VI, 27 ottobre 2009 n. 6567); sia la funzione specifica dell’avvalimento che, già nella sua origine storica, costituisce una delle applicazioni operative di quel principio.

Nel caso di specie, una espressa e specifica limitazione all’operatività dell’avvalimento non è rinvenibile nel bando di gara.

Ad avviso del Collegio, pertanto, legittimamente la stazione appaltante ha ritenuto nella specie sussistente il possesso dei prescritti requisiti, in ragione del consentito ricorso da parte dell’aggiudicataria all’avvalimento di impresa operante in ambito UE e a sua volta in possesso dei requisiti medesimi.

Ciò vale innanzitutto per la questione del confezionamento diretto delle coperte, che è requisito squisitamente tecnico e che anzi per sua natura si presta ad essere comprovato con ricorso all’avvalimento di impresa ausiliaria, che appunto comprova di essere in grado di confezionare le coperte. Lo stesso è a dirsi, in ragione di quanto sopra considerato, per la certificazione di qualità.

Quanto all’iscrizione nel Registro delle imprese, occorre ribadire che l’impresa “ausiliaria” permette al soggetto che sia privo dei requisiti richiesti dal bando di concorrere alla gara avvalendosi dei propri requisiti, con esclusione, ovviamente, dei requisiti di idoneità e di professionalità strettamente personali (come, ad esempio, la moralità professionale): un’impresa può quindi ricorrere alle referenze tecniche, organizzative economiche e finanziarie di un altro soggetto economico al fine di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una selezione pubblica. Orbene, va condiviso l’avviso della prevalente giurisprudenza che ritiene legittima l’estensione dell’avvalimento anche al requisito dell’iscrizione ad un albo specialistico (cfr., con riferimento al tema dell’iscrizione all’Albo

Nazionale dei gestori in materia ambientale, T.A.R. Salerno, II Sezione, 27 febbraio 2015 n. 445), atteso che, così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA, debba analogamente ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione ad un albo, ad un registro, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività. Soccorre ancora una volta il carattere generale dell'istituto dell'avvalimento, ove si consideri che le limitazioni originariamente previste dall'art. 49 cit. sono state ritenute in contrasto con le direttive comunitarie in materia di appalti e sono state eliminate con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo) a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione (con la nota C\_2008\_0108 del 30 gennaio 2008). La portata generale dell'istituto dell'avvalimento è, dunque, circostanza ormai acquisita nell'ordinamento italiano nel rispetto della normativa comunitaria. Con riferimento alla facoltà di avvalersi di tale istituto per sopperire alla mancanza della iscrizione in albi professionali o elenchi che attestino l'idoneità tecnica, economico - finanziaria o organizzativa dell'impresa, si deve rilevare, sul piano normativo, la sicura ammissibilità dell'avvalimento in ordine alle attestazioni SOA in materia di lavori pubblici; si veda in proposito l'art. 50 del codice dei contratti, disposizione che, peraltro, potrebbe essere intesa in diversi modi (e in specie in senso eccezionale, vale a dire come necessità di una apposita norma per consentire l'avvalimento di requisiti risultanti da certificazioni di albi pubblici). Tuttavia, a far propendere per l'estensione dell'avvalimento anche al requisito dell'iscrizione ad un albo specialistico contribuisce in modo decisivo il comma 4 dell'art. 50 cit. che estende l'applicazione delle disposizioni dettate in tema di avvalimento dell'attestazione SOA ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture.

Tutto quanto considerato consente, in definitiva, di ribadire la infondatezza del primo motivo di ricorso.

Quanto al secondo motivo di ricorso, osserva il Collegio che in ordine al punto dei "canoni di validità" del contratto di avvalimento (e relativa connessa documentazione), quale strumento di derivazione europea, mediante il quale operare il cd. "prestito di requisiti" e favorire la più ampia partecipazione alle gare di appalto, è sufficiente sul punto richiamare i precedenti giurisprudenziali (e da ultimo, in particolare, Cons. St. sez. V, 23 ottobre 2014 n. 5244) dai quali, dopo un'iniziale oscillazione anche giurisprudenziale, si ricava che il livello di "specificità" dell'oggetto del contratto di avvalimento (ovvero della indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria) – specificità per cui, notoriamente, si rinvia al principio di determinatezza imposto dall'art. 1346 c.c. – va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di "rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito" (da ultimo, in questo senso: Cons. St. Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365; in precedenza, *ex multis*, Cons. St. Sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; Cons. St. Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St. Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1322, Cons. St., 27 gennaio 2014, n. 412, Cons. St. 6 agosto 2012, n. 4510), allo scopo di consentire alla medesima stazione appaltante, in caso di patologia del rapporto contrattuale oggetto di appalto, di far leva sulla (diretta) responsabilità solidale di cui all'art. 49 co. 4 del D.lgs. 163/2006 dell'impresa ausiliaria.

Se lo scopo concreto cui risponde il requisito di "specificità" è, pertanto, quello di offrire alla

stazione appaltante la “prova” della serietà dell’impegno e, in definitiva, della buona esecuzione dell’appalto, tale requisito – e lo “standard” di determinatezza esigibile - non deve pertanto essere interpretato in maniera “formalistica” o “secondo aprioristici schematismi concettuali”, i quali, oltre che ultronei rispetto alla sua funzione concreta, sarebbero estranei sia all’approccio sostanziale con cui leggere l’istituto, vista la sua derivazione europea, sia alla stessa ratio dell’istituto dell’avvalimento, che è quella di rendere quanto più possibile ampia la partecipazione alle gare di appalto pubblico.

Orbene, in sede di partecipazione alla gara, la Società D.F. ha puntualmente dichiarato che si *“avvale di una ditta ausiliaria che effettuerà direttamente la confezione delle coperte oggetto di gara”* e *“di possedere in avvalimento con la ditta ausiliaria, i requisiti generali, economico-finanziari, tecnico-organizzativi richiesti...”*, che *“la ditta ausiliaria...è in possesso della certificazione UNI EN ISO 9001:2008, con validità fino al 01.06.2016 rilasciata per ...produzione e commercializzazione di coperte e prodotti tessili per aviazioni e enti istituzionali”* e di *“avvalersi...della ditta E.G. sl...per i seguenti requisiti: possesso della qualifica di produttore di coperte...possesso delle attrezzature tecniche per la produzione di coperte...possesso della forza lavoro per la produzione di coperte...possesso della ISO 9001:2008 come produttore di coperte”*. Ha quindi allegato la dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria riportante quanto prescritto alle lettere c), d) ed e) dell’art. 49 del codice e il contratto, di cui alla lettera f) del citato art. 49. In particolare, nel contratto di avvalimento la ausiliaria si impegna a mettere a disposizione della Società D.F. *“tutte le risorse necessarie, nessuna esclusa, per consentire l’esecuzione della fornitura”*, impegno decorrente dalla data del contratto e assunto per la intera durata dell’appalto. In particolare, in sede di contratto l’ausiliaria ha assunto la responsabilità solidale con la Società D.F. nei confronti della stazione appaltante relativamente alla fornitura dei materiale di cui al capitolato tecnico, responsabilità estesa fino al collaudo con esito positivo delle coperte fornite. Peraltro, in sede di rese giustificazioni sulla formazione dell’offerta economica, la Società D.F. e l’impresa ausiliaria spagnola - con relazione

Per come fondatamente rilevato sul punto dalla difesa erariale, quindi, la complessiva documentazione prodotta, da valutare comunque alla luce del richiamato principio sostanzialistico, consente di ritenere come, nella specie, siano state offerte alla stazione appaltante tutte le garanzie necessarie, rivelandosi irrilevante, ai detti fini, che la sostanziale dichiarazione di mettere a disposizione tutte le proprie risorse per la durata dell’appalto puntualmente contenuta nel contratto di avvalimento prodotto non sia stata poi riprodotta in un documento autonomo. In altri termini, considerato il tenore testuale del contratto e della dichiarazione di impegno in esso contenuta nonché quanto successivamente dichiarato in sede di giustificazioni dell’offerta e di risposta a richiesta di integrazione documentale, ritiene il Collegio che l’ausiliaria non si sia obbligata semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto quale mero valore astratto, ma che abbia espressamente assunto un impegno specifico a garantire all’impresa avvalente, per l’intera durata dell’appalto, tutto quanto, nella propria organizzazione di impresa, è collegato alla predetta qualità soggettiva, fornendo, quindi, elementi di certezza circa la sussistenza dei mezzi e delle risorse presupposte e collegate alla certificazione richiesta (cfr., con riferimento a fattispecie simile, T.A.R. Lazio, II Sezione, 3 marzo 2015 n. 3655).

Osserva ancora il Collegio che anche le circostanze per cui l'ausiliaria non è una società controllata dalla Società D.F., non partecipa alla gara in concorrenza con la Società D.F., non ha alcun tipo di relazione con altre ditte partecipanti alla gara e che nessun'altra ditta partecipante alla gara si avvale della medesima ausiliaria, che ad avviso della ricorrente avrebbero dovuto essere rappresentate alla stazione appaltante – a pena di esclusione - in autonoma e distinta dichiarazione, sono tutte espressamente e compiutamente rappresentate nel contratto di avvalimento e che siano appunto rappresentate in detta sede nulla leva al rilievo giuridico delle dichiarazioni medesime, atteso che il contratto comunque è atto prodotto all'amministrazione. In disparte in ogni caso, ove la stazione appaltante l'avesse ritenuto necessario, il pacifico ricorso al cd. soccorso istruttorio ove appunto si fosse ritenuto necessario far replicare in un (ulteriore e) distinto atto, quale dichiarazione resa alla stazione appaltante, quanto già reso nel contratto depositato presso la medesima.

Con riguardo ai profili esaminati, il contratto di avvalimento in questione risulta peraltro coerente con le indicazioni al riguardo dettate dal regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, segnatamente gli artt. 88 e 104 del D.P.R. n. 207 del 2010.

In definitiva, rilevata la infondatezza anche del secondo motivo di ricorso, ribadite le svolte considerazioni, il Collegio respinge il ricorso principale siccome infondato.

La acclarata infondatezza del ricorso principale, introduttivo del giudizio, rende improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria.

Sussistono giusti motivi, attesa la complessità delle questioni, per compensare integralmente fra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando, ai sensi di cui in motivazione, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

## BREVI ANNOTAZIONI

### OGGETTO DELLA SENTENZA

L'istituto dell'avvalimento – nella propria funzione pro-concorrenziale volta a garantire la più ampia partecipazione possibile alle gare d'appalto, ammettendo così anche le piccole e medie imprese sprovviste dei requisiti necessari di parteciparvi – risponde tanto all'interesse comunitario (della libera circolazione dei prodotti e dei servizi) quanto all'interesse stesso dell'amministrazione appaltante (che avrà la possibilità di valutare un maggior numero di offerte e, pertanto, di ottenere un risultato più vantaggioso).

I caratteri tipici appena delineati hanno portato, progressivamente, ad estendere gli ambiti applicativi dell'istituto in parola, con particolare riferimento alle “categorie” di requisiti suscettibili di “circolazione” e di “prestito”.

In questa chiave evolutiva ed ‘espansiva’, si inserisce la sentenza in commento, con la quale viene affermata la “**sicura ammissibilità**” dell'avvalimento dei requisiti (definiti in sentenza “*soggettivi*”) di qualità, dell'iscrizione ad un albo specialistico e dell'iscrizione nel Registro delle imprese.

Infine, la sentenza in commento appare rilevante anche per un'altra considerazione.

Infatti, oltre a confermare quanto fin ora affermato in ordine ai caratteri di determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, il Tar Lazio – in contrasto una pacifica giurisprudenza anche del Consiglio di Stato – sembrerebbe aver affermato la ‘sostituibilità’ della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria di cui all'art. 49, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti (nel caso di specie, inserita all'interno del contratto di avvalimento).

### PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in esame origina dal ricorso, avanzato dal secondo in graduatoria, teso ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta dal Ministero dell'Interno.

Nel dettaglio, il Ministero indicava una procedura ristretta accelerata, da aggiudicarsi al prezzo più basso, per la fornitura di 30.000 coperte ignifughe in un unico lotto. Nel bando di gara si richiedeva espressamente il possesso, da parte della ditta concorrente, sia dell'iscrizione al registro professionale per la produzione, realizzazione e/o confezione di coperte, che della certificazione di qualità EN ISO 9001:2008 in corso di validità; si disponeva, altresì, l'ammissibilità dell'avvalimento di cui all'art. 49 del codice degli appalti a condizione che l'impresa ausiliaria fosse unica e operante in ambito UE.

Con nota del 16/12/2014, il Ministero comunicava alla ricorrente, seconda graduata, l'aggiudicazione definitiva della fornitura alla società classificatasi prima in graduatoria la quale, pur non effettuando in modo diretto la confezionatura delle coperte e non possedendo i requisiti di iscrizione all'albo professionale e di certificazione di qualità, risultava in possesso di detti requisiti in virtù di un avvalimento con una terza impresa ausiliaria.

Nel chiedere l'annullamento di tale aggiudicazione e la contestuale esclusione dell'aggiudicataria, la ricorrente ha dedotto due distinte censure:

(i) il primo motivo di doglianza concerneva l'inammissibilità dell'avvalimento per i requisiti soggettivi innanzi ricordati, altrimenti carenti in capo all'aggiudicataria. Qualificando la certificazione e l'iscrizione all'albo come elementi dotati di un elevato tasso di soggettività e come caratteristiche proprie e inscindibili dell'imprenditore, la ricorrente contestava la legittimità dell'avvalimento; in altri termini, trattandosi di requisiti intrinsecamente legati al soggetto (quindi all'imprenditore e non all'impresa) e relativi alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'amministrazione, essi non sarebbero suscettibili di sostituzione e, pertanto, non 'spendibili' (*rectius* prestabili) tramite l'istituto dell'avvalimento.

(ii) la seconda censura, infine, si appuntava sull'inammissibilità della domanda della aggiudicataria, in quanto non era stata prodotta alcuna dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si sarebbe dovuta obbligare verso il concorrente e, soprattutto, verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui era carente l'impresa avvalente nonché di una dichiarazione con cui quest'ultima attestava di non partecipare alla gara in proprio o come associata o consorziata. Si lamentava, quindi, la mancata specificità dell'oggetto del contratto di avvalimento e, di conseguenza, se ne contestava la validità.

L'impresa aggiudicataria controinteressata proponeva ricorso incidentale escludente e si costituiva il Ministero affermando l'infondatezza del ricorso principale.

Il Tar Lazio, senza avere necessità di valutare il ricorso incidentale, ha valutato *primariamente* infondato il ricorso principale.

In ordine alla prima questione, il Tribunale ha ritenuto anzitutto opportuno premettere un'analisi generale dell'istituto dell'avvalimento, al fine di evidenziare la progressiva estensione del suo ambito applicativo e di confutare la tesi della ricorrente.

Dapprima elaborato dalla giurisprudenza europea e poi disciplinato dagli artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163/2006, l'avvalimento è uno strumento operativo di portata generale mediante il quale l'impresa partecipante ad una specifica gara può esibire i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica di un'altra impresa, detta ausiliaria. Definito quale "*modulo organizzativo*", l'avvalimento consente la "*circolazione*" dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari tra gli operatori economici, al fine di garantire la più ampia partecipazione possibile alle gare, anche da parte di imprese cui le stesse sarebbero precluse per la mancanza delle suddette prerogative.

Nell'ambito di questa funzione pro-concorrenziale, il "prestito" di requisiti da impresa ausiliaria ad impresa avvalente, facilitando l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, assicura un vantaggio non solo agli operatori economici, ma parimenti alle amministrazioni aggiudicatrici che dispongono, così, di una più ampia offerta e, pertanto, di una maggiore 'scelta' tra i *competitors*.

Con la sentenza in esame, il Tar Lazio, nel manifestare continuità con l'orientamento giurisprudenziale volto a sostenere una progressiva estensione degli ambiti applicativi dell'avvalimento, ha ritenuto suscettibili di "prestito" tramite tale istituto: (i) il fatturato; (ii) l'esperienza pregressa; (iii) il numero di dipendenti a tempo determinato; (iv) il capitale sociale minimo, (v) la certificazione di qualità.

Il Tar motiva tale estensione in base alla portata generale dell'istituto dell'avvalimento. Secondo il Collegio, invero, **la formulazione del citato art. 49 è ampia e non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati**, sicché appare utilizzabile l'avvalimento anche con riferimento alla certificazione di qualità di un altro operatore economico. In secondo luogo, la certificazione di qualità, attestante gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, viene considerata come un implicito requisito di idoneità tecnico- organizzativa dell'impresa che, in quanto tale, è coerente con l'istituto dell'avvalimento quale disciplinato dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici.

Le considerazioni suesposte, unitamente al principio guida in materia di appalti della più ampia partecipazione possibile alla gara, hanno consentito al Collegio di ritenere sussistente il possesso della prescritta certificazione di qualità, in ragione del ricorso da parte dell'aggiudicataria all'avvalimento dei requisiti posseduti dalla altra impresa.

Sul 'solco interpretativo' appena tracciato, il Tar Lazio ha legittimato l'estensione dell'avvalimento anche (iv) all'iscrizione nel Registro delle imprese o (vii) in un albo specialistico, basandosi, da un lato, sulla ammissibilità dell'avvalimento per l'attestazione SOA, dall'altro sulla previsione legislativa di cui all'art. 50, co. 4, del d.lgs. 163/2006 che estende le disposizioni dettate per quest'ultima ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture.

In ordine alla seconda censura dedotta dalla società ricorrente, il Tar ha compiuto una preliminare riflessione in merito alle cautele introdotte dal legislatore per contenere il rischio che gli appalti pubblici vengano affidati ad imprese costituenti solo "scatole vuote", vista la scissione tra esecutore dell'appalto e titolare dei requisiti tecnici, economico- finanziari ed organizzativi che l'istituto dell'avvalimento comporta.

Secondo quanto sottolineato dal Tar, la funzione pro-concorrenziale dell'avvalimento viene bilanciata da due 'contrappesi':

(i) al responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto in caso di inadempimento della concorrente;

(ii) l'onere – in capo all'impresa concorrente – di fornire la prova che il "prestito dei requisiti"

non sia solo formale, ma trovi effettiva e concreta corrispondenza nella messa a disposizione di beni, mezzi e risorse.

In questo secondo caso, l'indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, rappresentando l'oggetto del contratto di avvalimento, deve essere specifica (secondo il principio civilistico di determinatezza di cui all'art. 1346 c.c.). Tale onere, però, va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, cioè quella di rendere "concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito". Di conseguenza, secondo il Collegio, se lo scopo a cui risponde il requisito di specificità è quello di offrire alla stazione appaltante la prova della serietà dell'impegno e della buona esecuzione dell'appalto, lo *standard* di determinatezza esigibile non deve essere valutato secondo criteri formali o aprioristici, ma deve essere esaminato caso per caso, al fine di verificare se siano state garantite o meno alla stazione appaltante tutte le risorse necessarie alla corretta esecuzione del contratto.

In questo senso, quindi, sarebbe irrilevante che la dichiarazione di "*messa a disposizione*" non sia stata prodotta in un autonomo documento. Infatti, secondo il Collegio, tale messa a disposizione sarebbe desumibile dal tenore testuale del contratto e dalla dichiarazione di impegno in esso contenuta. Sempre dal contratto, inoltre, sarebbe desumibile che l'ausiliaria non si è obbligata semplicemente a prestare i requisiti soggettivi quali meri valori astratti, ma che ha espressamente assunto un obbligo di garantire, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi e le risorse di cui l'ausiliata è carente.

In conclusione sul punto, pertanto, la dichiarazione di cui all'art. 49, lett. d), del Codice – nonostante non fosse stata materialmente fornita in sede di partecipazione alla procedura di gara – è stata ritenuta sussistente all'interno del contratto di avvalimento.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in esame si inserisce all'interno di quella corrente interpretativa c.d. '*garantista*', secondo cui l'utilizzo dell'avvalimento è ammesso, oltre alle altre ipotesi pacificamente ammesse, anche per:

- (i) i requisiti concernenti il possesso di certificazioni di qualità;
- (ii) i requisiti concernenti l'iscrizione al Registro delle imprese;
- (iii) i requisiti concernenti l'iscrizione ad albi professionali.

Tra i molteplici aspetti connessi all'operatività dell'avvalimento, infatti, quello relativo alla individuazione dei requisiti suscettibili di "prestito" ha animato la giurisprudenza degli ultimi anni, che si è espressa in termini non sempre univoci.

In via preliminare, è opportuno precisare che il Codice dei contratti pubblici distingue i requisiti

– che i concorrenti devono possedere per poter accedere ad una gara – in due macro-categorie: da un lato, quelli soggettivi o generali che attengono alle caratteristiche dell'imprenditore (e non dell'impresa) e che esprimono la sua affidabilità morale e professionale (artt. 38 e 39); dall'altro, quelli oggettivi o speciali che attengono all'attività di impresa (e non all'imprenditore) sotto il profilo della capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria (art. 41). Ne consegue che, mentre il possesso di questi ultimi può essere dimostrato anche in modo indiretto, i primi non possono essere suscettibili di sostituzione e, quindi, di avvalimento.

Vi sono, tuttavia, ipotesi in cui i requisiti imposti per la partecipazione alle gare non appaiono agevolmente riconducibili ad una delle due categorie, con conseguente incertezza circa l'utilizzabilità o meno dell'avvalimento.

Emblematiche, a tal proposito, sono le certificazioni di qualità e le iscrizioni agli albi professionali.

### **Certificazioni aziendali di qualità**

In assenza di specifiche indicazioni normative, si registra un primo orientamento giurisprudenziale che qualifica le stesse come requisiti generali (soggettivi) che devono essere posseduti necessariamente da chi esegue la prestazione, senza poter essere dimostrati in modo indiretto; in particolare, la certificazione in esame si ritiene inerente non già ai prodotti ma all'intero sistema aziendale, per testimoniare che l'imprenditore opera in conformità a determinati standards internazionali, per quanto attiene alla qualità dei processi produttivi. E proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità porta a considerare tale certificazione come un requisito soggettivo, legato allo *status* dell'imprenditore e, come tale, insuscettibile di avvalimento.

A conferma di ciò, questo indirizzo restrittivo sottolinea che la portata applicativa dell'avvalimento risulta circoscritta ai requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di cui agli artt. 41 e 42 D.Lgs. 163/2006, mentre la certificazione, essendo disciplinata in una norma distinta ( art. 43), sembra esserne esclusa.

Si aggiunge poi che, quand'anche l'ausiliaria mettesse a disposizione dell'ausiliata il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione della certificazione, l'ausiliata risulterebbe titolare del rapporto contrattuale con l'ente solo formalmente. Questo andrebbe a determinare una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, in palese violazione dell'art. 49, comma 10, del Codice che chiarisce come, anche in caso di avvalimento, il contratto debba essere eseguito dall'impresa concorrente e non da quella ausiliaria, e dell'art. 118 che non ammette il sub-appalto dell'intera prestazione dedotta nel contratto di appalto; senza considerare che non sarebbe rispettato neppure il disposto dell'art. 1655 c.c., poiché l'avvalente finirebbe per eseguire il contratto di appalto senza assumere "l'organizzazione dei mezzi necessari" per il compimento dell'opera.

Secondo tale tesi, infine, la certificazione di qualità potrebbe essere “prestata” solo in via eccezionale, quando venga ricompresa nell’attestazione SOA, che è legittima ai sensi dell’art. 50 D.Lgs. 163/2006; l’avvalimento della sola certificazione di qualità, disgiunta dall’attestazione SOA, comporterebbe una violazione dell’art. 49, comma 6, del codice che vieta il frazionamento dei requisiti di gara.

Un cospicuo e più recente filone giurisprudenziale ritiene, al contrario, che l’avvalimento ben possa riferirsi anche alle certificazioni di qualità di un altro operatore economico, muovendo dal carattere generale dell’istituto e dall’ampia formulazione dell’art. 49 del Codice, che non pone alcun divieto in tal senso.

In particolare, si ritiene che la certificazione non sia un requisito strettamente personale e insostituibile bensì una attestazione che, mirando a valorizzare gli elementi di eccellenza dell’organizzazione complessiva, è da considerarsi come un requisito di idoneità tecnico-organizzativo dell’impresa. Essa, assicurando che il soggetto cui verrà affidata la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello di qualità minima, sembra attenere alla capacità tecnica dell’imprenditore e, in quanto tale, sembra poter formare oggetto di avvalimento.

Una ulteriore considerazione viene effettuata sulla base della previsione normativa che consente l’avvalimento di una “certificazione” altrui, segnatamente quella SOA. Ora, se è vero che quest’ultima si configura come certificazione volta a dimostrare in via diretta l’idoneità del concorrente ad eseguire appalti aventi caratteristiche comuni a quello in gara, mentre la certificazione di qualità attesta soltanto l’esistenza di un’organizzazione efficiente e non la solidità del soggetto rispetto all’obbligazione da assumere, è anche vero che la certificazione SOA ingloba quella di qualità. Ciò significa che, laddove si aderisse alla tesi restrittiva di cui sopra, si porrebbero problemi di costituzionalità e di coerenza del sistema, perché ci sarebbero appalti in cui si consente l’avvalimento della certificazione di qualità, seppur mediata dall’attestazione SOA, e appalti in cui esso non è consentito, perché la certificazione è disgiunta dall’attestazione SOA.

Quindi, avendo il codice previsto espressamente la compatibilità dell’avvalimento con una certificazione (SOA), se ne deduce l’ammissibilità anche con riferimento a quella di qualità.

Tale indirizzo, confermato altresì dalla sentenza in esame, ha il merito di essere coerente con l’ottica comunitaria, volta a sostenere la funzione pro- concorrenziale dell’avvalimento, ad agevolare l’ingresso nel mercato di nuovi soggetti, e ad evitare ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell’ambito di operatività della normativa nazionale.

Il terzo ed ultimo orientamento giurisprudenziale, aderendo ad una tesi intermedia, ammette il ricorso all’avvalimento per la dimostrazione della certificazione di qualità però pone una espressa condizione, ovvero un onere in capo al concorrente di dimostrare che l’impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l’obbligazione di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata, per tutta la durata dell’esecuzione dell’appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi,

personale, prassi e tutto gli altri elementi aziendali qualificanti). A fronte dell'astratta operatività generale dell'istituto, cioè, si prende in considerazione la difficoltà di dimostrare l'effettiva disponibilità di un requisito che, per la sua natura e le sue caratteristiche, è legato al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività.

#### **a. Iscrizioni agli albi professionali**

Oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale è stata anche la questione relativa alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per soddisfare il requisito di iscrizione al Registro delle imprese.

Secondo un primo orientamento, l'iscrizione ad un albo presuppone un'organizzazione aziendale ad hoc, che è strutturata in maniera funzionale al corretto espletamento dell'attività per cui si iscrive; ne deriva che tale requisito risulta connotato da una forte soggettività, configurando uno *status* che, in quanto tale, non può essere oggetto di avvalimento.

Secondo altra tesi, invece, l'ammissibilità dell'avvalimento con riguardo all'iscrizione nel Registro delle imprese deve dedursi dalla previsione normativa di cui all'art. 50, comma 4, D.Lgs. 163/2006, che estende l'applicazione delle disposizioni dettate per l'avvalimento dell'attestazione SOA anche ai sistemi legali riguardanti le altre attestazioni o qualificazioni nel settore degli appalti di servizi e forniture. Quindi, se è consentito l'avvalimento dell'attestazione SOA, deve essere ammissibile anche l'avvalimento per l'iscrizione nel Registro delle imprese.

Ulteriore considerazione a favore di tale orientamento estensivo si deduce dal d.l. n. 133/2014, che ha introdotto il comma 1 bis dell'art. 49 del Codice dei contratti, escludendo espressamente la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per soddisfare il requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali. Seppur suscettibile di creare dubbi di compatibilità con la normativa europea, tale disposizione, escludendo specificamente l'utilizzo del "prestito" per un determinato albo, lascia intendere al contrario l'ammissibilità dello stesso per l'iscrizione agli altri albi nazionali e, quindi, al Registro delle imprese.

#### **b. Canoni di validità del contratto di avvalimento**

Nonostante una iniziale difformità di orientamenti, la giurisprudenza amministrativa sembra essere ormai consolidata sul tema dei contenuti minimi del contratto di avvalimento da presentare in sede di gara.

Un primo indirizzo, oggi superato, riteneva che -per l'esistenza e l'operatività del contratto- non fossero necessari contenuti particolari o predeterminati, sull'assunto che il Codice degli appalti non disciplinava in maniera imperativa gli aspetti formali e sostanziali dello stesso. Ciò portava a concludere che, pur in assenza di una specificazione dei mezzi e delle risorse

messe a disposizione dall'ausiliaria, il contratto di avvalimento si riteneva valido.

Invece, un diverso orientamento (oggi prevalente) è concorde nel ritenere che per far luogo all'avvalimento sia necessario il rispetto di alcuni canoni. In particolare, si ritiene indispensabile la specificazione delle risorse e dei mezzi aziendali posti a disposizione dell'impresa concorrente, al precipuo fine di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il "prestito" di un determinato valore.

La concretizzazione di tale specificazione deve avvenire attraverso l'assunzione da parte dell'ausiliaria, tanto nei confronti della concorrente quanto nei confronti della stazione appaltante, dell'obbligo di mettere a disposizione le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di capacità oggetto di avvalimento.

Questa esigenza è, infatti, funzionale a consentire all'amministrazione di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare esecuzione del contratto di appalto, e non già limitata ad un mero impiego cartolare potenzialmente preordinato ad eludere le norme generali o di *lex specialis* sui requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento (Cons. Stato, sez. V, 5244/2014).

Tale orientamento risulta coerente con quanto disposto dagli artt. 49 D.Lgs. 163/2006 e 88, comma 1, lett. a, D.P.R. 207/2010 che recepiscono, a livello normativo, i suesposti principi.

L'art. 49 impone, infatti, all'ausiliaria di obbligarsi a mettere a disposizione le "risorse necessarie", collocando questo elemento subito dopo i "requisiti", a comprova del fatto che i due concetti sono logicamente e giuridicamente distinti; ciò significa che la parte ausiliaria e quella ausiliata devono impegnarsi ad offrire non solo il requisito soggettivo, ma anche gli strumenti in concreto necessari per adempiere l'obbligazione oggetto di appalto. Mezzi e risorse devono essere, quindi, puntualmente indicati onde evitare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto.

Il prestito del solo requisito di capacità, infatti, si risolve in un impegno contrattuale indeterminabile che, non traducendosi in un obbligo giuridicamente vincolante, rimette alla volontà dell'ausiliaria la decisione di mettere o non mettere a disposizione i mezzi necessari, esponendo la regolare esecuzione del servizio ai relativi rischi.

L'art. 88, a sua volta, precisa che il contratto di avvalimento deve riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente" le risorse ed i mezzi prestati "in modo determinato e specifico".

Quindi, al fine di verificare se al requisito di capacità corrisponda che si dichiara di prestare alla concorrente una effettiva messa a disposizione di mezzi aziendali, occorre che questi ultimi vengano specificati nel contratto di avvalimento; del resto, il complesso sistema dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici si fonda sulla necessità delle stazioni appaltanti di accertare la reale capacità tecnica delle imprese di eseguire i contratti.

Peraltro, il requisito di specificità e determinatezza del contratto di avvalimento si riverbera

anche sul profilo di responsabilità dell'impresa concorrente. Non sarebbe, infatti, possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità del soggetto il cui obbligo sia stato genericamente dedotto in contratto; la genericità dell'impegno assunto impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale (Cons. Stato, VI sez., 2365/2014).

In conclusione, va escluso il concorrente che si avvalga di un ausiliario senza che vengano puntualmente ed esaustivamente indicati i mezzi e le risorse posti a disposizione; in caso contrario, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale, mancando la specificazione della prestazione cui tale responsabilità si riferisce.

## **BIBLIOGRAFIA**

- D. Galli e C. Guccione, *Contratti pubblici: "avvalimento" e subappalto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, 1, pp. 127 ss.
- F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2015;
- F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di Diritto Amministrativo*, IV. I Contratti Pubblici, Ed. Dike, 2014, pp. 650 e ss.;
- F.R. Feleppa, *E' legittimo l'avvalimento della certificazione di qualità aziendale*, in *Corriere Merito*, 2013, 11, pp. 1114 ss.
- G.C. Figuera, *Avvalimento delle certificazioni di qualità: non liquet*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 8-9, pp. 939 ss.
- M.N. Natale, *Il C.G.A. detta alcuni punti fermi in ordine alla disciplina dell'avvalimento*, Cons. giust. amm. sic., Sez. giurisdiz., 21 gennaio 2015, n. 35, in questa stessa Rivista.