

CAPITOLO SECONDO
PROFILI GENERALI DELL'AVVALIMENTO

SOMMARIO: §1. La natura giuridica. – §2. Il collegamento negoziale tra il contratto di avvalimento e quello con cui vengono messi a disposizione i mezzi e le risorse. – §3. I rapporti fra l'istituto dell'avvalimento, raggruppamenti temporanei di imprese ed i consorzi.

1. La natura giuridica

Uno dei fondamentali cardini della normativa in tema di appalti di contratti pubblici ruota intorno alla nozione di “qualificazione”; in effetti, in applicazione dell'art. 40 del D.Lgs. 163/2006, i soggetti esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, professionalità e correttezza. Criteri analoghi, seppur inerenti alle necessarie difformità settoriali, valgono per i contratti riguardanti i servizi e le forniture.

Alla luce di tale premessa, ogni singola impresa, per poter partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, deve possedere i requisiti previsti dalla normativa di riferimento, nonché dalla cosiddetta *lex specialis* imposta dal bando o dal disciplinare di gara; in assenza di siffatti requisiti di qualificazione, cui devono essere sommati quelli ulteriori di carattere generale, di idoneità professionale e di capacità economica e finanziaria, nessuna impresa potrebbe ambire all'aggiudicazione di un pubblico appalto.

La questione, posta in questi termini, rischierebbe di pretermettere la partecipazione a tutte quelle imprese che, da sole, non posseggano sufficienti requisiti per concorrere. A siffatta lacuna, in ossequio al principio di massima partecipazione alle gare, è stato posto rimedio, consentendo alle imprese medesime di partecipare alla procedura concorsuale aggregandosi con altri soggetti. Questa è la genesi, e, per certi versi, anche la *ratio*, dei vari istituti dell'associazione temporanea di imprese, del consorzio occasionale o del G.E.I.E.: se un singolo imprenditore non possiede sufficienti requisiti per concorrere da solo, provvede ad associarsi con altri soggetti, nelle forme previste dalla legge, integrando, con ciò, i requisiti mancanti.

La genesi dell'avvalimento, osservata dall'angolo visuale dell'integrazione dei requisiti necessari per partecipare ad una gara, potrebbe quindi essere individuata nei contratti associativi poc'anzi menzionati. Questa sembra, d'altra parte, costituire la *ratio* dell'istituto anche a parere della giurisprudenza pronunciata sulla questione: in tema di appalti pubblici, sia l'art. 49 D.Lgs. 163 del 2006 che gli artt. 47 e 48, parr. 2 e 3 della direttiva n. 2004/18/CE consentono l'avvalimento per soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria al fine non già di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, bensì, all'opposto, di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti³².

Vi è tuttavia chi sostiene che l'origine dell'istituto dovrebbe addirittura ricercarsi nel diritto pubblico: secondo tale impostazione, l'avvalimento sarebbe nato come forma di organizzazione interna di un soggetto pubblico ed avrebbe trovato un espresso riconoscimento nel terzo comma dell'art. 118 Cost., nel testo anteriore alla riforma del titolo V. In altri termini, l'istituto in questione verrebbe a configurarsi come un'ipotesi di amministrazione indiretta, intesa come utilizzo da parte di un ente dell'apparato organizzativo di un ente diverso³³.

In dottrina si è anche ipotizzato che l'istituto in questione, per natura, struttura e funzione sia il contratto più vicino a quello di noleggioro³⁴: al

³² Cfr T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486, in Foro amm. TAR 2007, 10, 3215.

³³ Cfr BOSCHI, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro amm.*, 2007, 7-8, 2389 ss. Nella sua analisi, l'autrice sottolinea che tale inquadramento non comporta che l'avvalimento debba essere considerato come un fenomeno traslativo di funzioni, bensì come una semplice forma organizzativa, per certi versi impropria, della pubblica amministrazione, indotta da esigenze di razionalizzazione e semplificazione dell'apparato burocratico statale, ma comunque inidonea a scalfire il sistema di allocazione delle competenze. Tale fenomeno si configura pertanto come meramente "occasionale": e tale aspetto "appare ancora più comprensibile qualora si operi un confronto con la delega di funzioni. Istituto di lunga e solida tradizione nel panorama giuridico italiano, essa si è caratterizzata sin dalla nascita per l'adattabilità sia ai contesti fortemente gerarchizzati, sia a quelli connotati da una maggiore elasticità e da una generale tensione al perseguimento di interessi individuati o individuabili. Non vi è dubbio che l'origine della delega di funzioni sia da ravvisarsi in un'esigenza di efficienza e semplificazione dell'apparato amministrativo, la tutela della quale si è presentata, nel corso degli anni del tutto prioritaria. Il cuore di tale istituto risiede nella situazione di vera e propria "contitolarità" nella quale vengono a trovarsi i due soggetti parti del rapporto di delega, rispetto alla competenza oggetto di essa: con il ricorso all'istituto in parola si determina, infatti, un parziale spostamento della titolarità della competenza, la quale non spetta più esclusivamente al delegante, ma viene trasferita – almeno sul piano strettamente esecutivo – al delegato, il quale ne diviene responsabile quanto al profilo della gestione".

³⁴ Cfr LENOCI, *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis*, in *Urbanistica e appalti* n. 4/2008, 496. A tale proposito viene però messa subito in

pari dell'ausiliaria, infatti, nell'ambito della citata tipologia negoziale, il noleggiatore apparirebbe come soggetto terzo nei confronti della Pubblica Amministrazione. Altri accostamenti sono stati prospettati fra l'avvalimento ed il contratto a favore di terzo, oppure alla promessa del fatto del terzo, prevista dall'art. 1381 c.c.³⁵.

Oltre all'inquadramento nell'ambito dell'art. 1411 c.c., va altresì scartata l'ipotesi dell'assimilazione dell'istituto in parola con la promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c. In effetti, nonostante quest'ultima fattispecie normativa sia la più calzante tra quelle prese in esame, tuttavia mal si concilia con il regime delle responsabilità previsto dal Legislatore nazionale in materia di avvalimento. Più segnatamente, in virtù di quanto previsto nel quarto comma dell'art. 49 del codice, il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto: la suddetta obbligazione solidale pertanto mal si concilia con il regime di responsabilità derivante dall'art. 1381 c.c., in applicazione del quale nessuna conseguenza è prevista in capo al terzo che rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso.

Sotto il profilo delle azioni proponibili è poi indubbio che, mentre l'Amministrazione committente dispone di un'azione giudiziale contro la società ausiliaria per farne valere la responsabilità solidale, nessuna causa civile di tale genere sarebbe invece proponibile, se si inquadrasse la fattispecie nell'ambito dell'art. 1381 c.c., ossia nella promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo. In questo caso infatti, come noto, l'unica

dubbio l'assimilazione dei suddetti istituti, in quanto il noleggiatore, al contrario dell'ausiliaria, non assumerebbe obblighi di sorta nei confronti della Pubblica Amministrazione, né, tantomeno, risulterebbe responsabile in solido con l'appaltatore. Ma la critica di maggiore rilievo risulta dal fatto che il noleggio, afferendo a prestazioni di fare, non risulterebbe compatibile con l'avvalimento delle qualifiche previste nelle attestazioni SOA.

³⁵ Cfr CIRILLO, *L'avvalimento, sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it, cui si richiama altresì LENOCI, *Avvilimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis, cit.*, in cui, però, gli autori citati, dopo averne in tal modo ricostruito la genesi, smentiscono che l'avvalimento sia riconducibile al contratto a favore di terzo poiché, diversamente da quanto prevede l'art. 1411 c.c., per cui lo stipulante non è creditore della prestazione, spettando tale diritto al terzo, nel contratto di avvalimento, come si ricava dal citato art. 49 lett. F) del codice dei contratti, l'impresa ausiliaria promittente si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente le risorse necessarie ed a fornire i requisiti. Risulta poi difficoltoso comprendere quale sia l'effetto giuridico vantaggioso per la stazione appaltante, che, anzi con l'ingresso della società ausiliaria nella vicenda concorsuale, subisce lo svantaggio derivante dalla frantumazione della possibile esecuzione del contratto. Completamente differenti sono poi gli interessi coinvolti nelle figure giuridiche in comparazione: mentre il contratto *ex art. 1411 c.c.* involge l'interesse all'estinzione dell'obbligazione, l'avvalimento è finalizzato a mettere il concorrente nelle condizioni di svolgere l'appalto.

conseguenza derivante dall'inadempimento del terzo sarebbe costituita dalla configurabilità di un'azione tendente a far condannare il promittente alla corresponsione di un indennizzo a favore dell'Amministrazione committente³⁶.

Il discorso non cambia tanto nel caso in cui si voglia configurare la fattispecie prevista dall'art. 1381 c.c. come obbligazione di garanzia, quanto nell'ipotesi di considerare la stessa come obbligazione autonoma.

Se si aderisce a tale ultima impostazione, la prestazione del promittente viene ad essere configurabile come un'obbligazione di mezzi e non certo di risultato, ma la responsabilità del promittente medesimo sorge per il semplice rifiuto del terzo, a prescindere dallo sforzo di diligenza posto in essere da quest'ultimo, cosicché siffatta obbligazione diviene un'obbligazione di risultato³⁷. Il mancato raggiungimento di tale "risultato" esporrebbe comunque il promittente ad un'azione volta ad indennizzare l'altro contraente.

Nel caso in cui si voglia invece ricondurre la fattispecie in questione nell'alveo dei contratti di garanzia, l'obbligazione del promittente-garante viene ad essere condizionata alla mancata prestazione del terzo, con la conseguenza che il rischio del rifiuto è assunto dal promittente stesso a proprio carico, così ponendosi in primo piano la prestazione dell'indennità piuttosto che quella del terzo.

In entrambe le ipotesi³⁸, la conseguenza è sempre la stessa: se si applica l'art. 1381 c.c., l'Amministrazione committente non può far valere la responsabilità solidale nei confronti del terzo, avendo unicamente a disposizione un'azione indennitaria verso l'altro contraente. Sotto questo profilo, si deve pertanto concludere che la fattispecie dell'avvalimento differisce notevolmente dalla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, in quanto, in tal caso, l'Amministrazione stessa è titolare di un'azione diretta contro l'impresa terza, che, nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto, ha omesso di fornire le risorse ed i mezzi che si era impegnata a prestare (sia nell'impegno assunto nell'ambito del contratto di avvalimento, sia nella successiva dichiarazione resa alla stazione appaltante). La responsabilità dell'impresa terza poi, al contrario che nell'ipotesi prevista dall'art. 1381 c.c., ha natura solidale: e ciò per espressa previsione di legge.

Posta in questi termini, la vicenda dell'avvalimento assume una doppia connotazione, a seconda che la si voglia identificare sotto il profilo sostanziale o sotto quello procedimentale. È infatti indubbio che i due momenti fondamentali che connotano l'istituto in esame siano costituiti, da un

³⁶ Cfr in merito FRACANZANI, *L'avvalimento: questioni pregiudiziali e giudicato*, relazione tenuta al convegno di studi promosso dall'AIGA e da Confindustria Modena del 26 marzo 2007.

³⁷ Cfr GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, E.S.I. 2004, 933 ss.; v. altresì Cass. sez. II, 11 novembre 1992, n. 12118, in *Giur.it.*, 1994, I, 1, 1643, con nota di CORRIAS.

³⁸ Cfr E.d.d., vol. 9, voce: contratto (privato), Giuffrè, Milano, 1961, 973 ss.

lato, dalla stipula del contratto fra l'impresa concorrente e quella ausiliaria e, dall'altro, dalla dichiarazione d'impegno, attraverso la quale l'avvalsa si obbliga, nei confronti dell'Amministrazione committente, a mettere a disposizione dell'avvalente le risorse necessarie di cui questa sia carente.

Entrambi i momenti possono essere valutati sia dal punto di vista sostanziale, avendosi riguardo alla valenza negoziale sia del contratto che della successiva dichiarazione d'impegno, sia da quello procedimentale, facendo parte della serie di atti che, posti nella giusta sequenza, danno origine alla procedura di selezione del concorrente nell'ambito della gara d'appalto³⁹. La giurisprudenza in materia ha infatti affermato il principio, secondo il quale l'impresa ausiliaria non debba essere considerata come un soggetto terzo rispetto al contratto, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente, ma anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse di cui questa sia carente: e siffatto impegno costituisce un presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione. L'impresa ausiliaria diviene pertanto titolare passivo di un'obbligazione accessoria, dipendente rispetto a quella principale del ricorrente; e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula del contratto a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti. L'impresa avvalsa risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione⁴⁰.

A tale proposito, ritornando ancora alla natura giuridica dell'avvalimento, si rileva che la dichiarazione unilaterale d'impegno dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante fa appunto sorgere, sotto il profilo sostanziale, una responsabilità diretta di tale soggetto verso la committente. In altri termini, se l'avvalsa non adempie all'obbligo di prestare le risorse, oggetto della propria dichiarazione unilaterale, si esporrà ad un'azione di risarcimento del danno nei confronti dell'Amministrazione. È evidente come ciò costituisca un'ulteriore conferma dell'inadattabilità alla fattispecie in questione dello schema previsto dall'art. 1381 c.c., nell'ambito del quale non è riscontrabile alcun rapporto diretto fra promissario e terzo. Quest'ultimo, anzi, rimane del tutto estraneo al rapporto negoziale, tanto che, se non realizza l'obbligazione promessa da uno dei contraenti, non subisce nessuna conseguenza, rimanendo come unico responsabile il promittente.

Non solo. È altresì necessario rilevare che, mentre nel caso dell'art. 1381 c.c., come si è poc'anzi evidenziato, l'unica azione a tutela della stazione appaltante sarebbe costituita da una semplice richiesta di indennizzo, non potendosi ravvisare alcun profilo di colpa nel promittente,

³⁹ Cfr CIRILLO, *L'avvalimento, sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico cit.*, pagg. 6 ss.

⁴⁰ Cfr T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2007 n. 5896, in Foro amm. TAR, 2007, 7-8, 2420.

nell'ipotesi in cui il terzo non abbia adempiuto all'oggetto della promessa, la conseguenza della mancata prestazione delle risorse si configura invece, nell'ambito dell'avvalimento, come un vero e proprio inadempimento contrattuale, legittimando la stazione appaltante a promuovere un'azione di risarcimento del danno.

Per quanto riguarda l'impresa ausiliaria, la responsabilità solidale prevista dall'art. 49, IV comma, cod. app. deve ricondursi alla violazione di un suo preciso obbligo negoziale nei confronti dell'Amministrazione committente. Ne consegue che "la prestazione oggetto del contratto", cui si riferisce la citata norma del codice, deve essere riferita a quella posta a base dell'originario ed unico impegno dell'impresa ausiliaria, ossia quello di prestare le risorse necessarie all'assuntore del contratto di appalto. Diversamente opinando si rischierebbe di incorrere nella responsabilità per fatto altrui, da sempre bandita nel nostro ordinamento⁴¹. Depone inoltre a favore della proposta interpretazione la struttura del rapporto tri-laterale fra concorrente, impresa ausiliaria e stazione appaltante, nell'ambito del quale sorge un contratto di appalto, che lega però esclusivamente l'impresa avvalente e l'Amministrazione committente, lasciando fuori dagli obblighi dallo stesso derivanti proprio l'avvalsa.

Seppure appaia preferibile, in applicazione del principio di responsabilità, l'interpretazione poc'anzi prospettata, non va tuttavia trascurata, sia sotto il profilo logico che letterale, la tesi contraria, che riferisce "le prestazioni oggetto del contratto" direttamente all'appalto, configurando la responsabilità solidale in termini di garanzia, che verrebbe a gravare sull'impresa ausiliaria in caso di inadempimento dell'impresa concorrente, titolare del contratto: in tal modo, qualora quest'ultima non adempia alle proprie obbligazioni, la stazione appaltante potrebbe chiamare a rispondere anche l'avvalsa, in qualità di garante⁴².

Ove si aderisse all'esegesi della norma nei termini da ultimo prospettati, esegesi che peraltro sembra riscuotere, quanto meno in dottrina, i maggiori consensi, si rischierebbe di privare l'istituto dell'avvalimento di ogni utilità pratica, giacché l'impresa avvalsa, dovendo comunque rispondere in solido della corretta esecuzione del contratto, con ogni probabilità, opererà per una partecipazione diretta alla gara, magari in associazione con altri *partners*, evitando così il rischio di rispondere illimitatamente per la non corretta esecuzione di un contratto gestito da altri.

In conclusione, se all'ausiliaria vengono addossati tutti gli inconvenienti tipici della partecipazione ai raggruppamenti temporanei, senza che ad essi si accompagnino i consueti effetti positivi individuati dal sistema, non si

⁴¹ Cfr, sul punto, CIRILLO, *L'avvalimento, sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico cit.*, pag. 9.

⁴² Cfr RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, nella Collana "Il nuovo diritto amministrativo", diretta da Caringella e De Marzo, Giuffrè, Milano, 2008, 486.

vede quale interesse possa avere un'impresa a partecipare all'esecuzione di un appalto senza che le sia consentito alcun controllo sull'operato degli effettivi esecutori (fatta ovviamente salva l'ipotesi dell'assunzione del ruolo di subappaltatrice⁴³), rimanendo esposta alla responsabilità solidale, potenzialmente illimitata cui si è fatto cenno poc'anzi⁴⁴.

Alla luce delle considerazioni sopra illustrate, non pare sussistere altra alternativa, se non quella di ritenere che l'avvalimento sia un tipo di contratto nuovo e, per certi versi, atipico, seppure per la prima volta compiutamente disciplinato a livello comunitario e quindi recepito dal nostro Legislatore nel D.Lgs. 163 del 2006.

Alla stessa conclusione sembra essere pervenuta anche la giurisprudenza, la quale, in una recente pronuncia sulla nozione dell'istituto, ha affermato che l'avvalimento, contemplato dall'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2006, costituisce un contratto atipico assimilabile al mandato, mediante il quale, e nell'ambito dell'autonomia negoziale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c. nella qui assodata meritevolezza degli interessi perseguiti, l'impresa ausiliaria pone a disposizione di quella partecipante la propria azienda, intesa notoriamente quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa. Sulla base di tali premesse, il contratto in tal senso concluso dalle parti può ben essere configurato come negozio unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi: anche se va opportunamente soggiunto che l'assodata atipicità del contratto in esame non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio ed alla previsione di un corrispettivo, e che, per l'appunto, la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende, *ex se* irrilevante, ai fini della validità del vincolo *inter partes*, l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta: obbligo che, ai sensi dell'art. 1709 c.c., è solo presunto. Di per sé, l'art. 49, comma 2, lett. D) del D.Lgs. 163/2006 ritiene sufficiente l'allegazione, da parte del concorrente, di un contratto, mediante il quale l'impresa avvalsa si obbliga a tenere a disposizione di quella avvalente le risorse necessarie (fornendole altresì i requisiti per la partecipazione alla gara). In effetti, gli obblighi interni fra i suddetti soggetti sono assolutamente irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara: conclusione, questa, introdotta, del resto, dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, laddove testualmente prevede che un operatore economico possa, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento

⁴³ Ci si riferisce alla sostanziale modifica, apportata dal D.Lgs. 6 del 2007, all'originario divieto di assumere la qualità di appaltatore o subappaltatore.

⁴⁴ Cfr VINTI, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, cit., 1177 ss.

sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Ai fini della gara, in caso di avvalimento dei requisiti altrui, rileva esclusivamente la prova seria ed attuale che è fornita in ordine alla futura disponibilità dei requisiti, ossia non al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma al momento della stipula del contratto con la stazione appaltante, posto che una diversa opzione ermeneutica, che pretendesse l'anticipazione all'istante della procedura di selezione del concorrente, si configurerebbe come distonico rispetto al principio comunitario dell'effetto utile, nella misura in cui imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto, prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione⁴⁵.

2. Il collegamento negoziale tra il contratto di avvalimento e quello con cui vengono messi a disposizione i mezzi e le risorse

Dal contratto di avvalimento prodotto in sede di gara, nonché dall'impegno negoziale risultante dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa partecipante, va tenuto distinto l'ulteriore contratto, mediante il quale viene assicurato l'apporto delle risorse e dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto di appalto.

La suddetta tipologia negoziale si pone su un piano diverso rispetto all'originario impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti dell'avvalente nell'ambito della procedura di scelta del contraente, sussistendo comunque tra i due contratti un evidente rapporto di consequenzialità sia logica che cronologica. Il secondo costituisce infatti lo strumento con cui viene attuato l'apporto dei requisiti promesso in sede di gara e può consistere, secondo la migliore dottrina, in un subappalto o in un affitto di azienda o di ramo d'azienda⁴⁶.

La tipologia contrattuale da ultimo citata è infatti idonea a conseguire lo scopo della messa a disposizione dell'avvalente delle risorse e dei mezzi, avendo per l'appunto ad oggetto il conferimento di un insieme organizzato di fattori produttivi funzionali all'esercizio dell'attività di impresa, considerati nella loro inscindibile unitarietà. È indubbio, peraltro, che l'affitto di ramo d'azienda costituisce uno dei possibili strumenti con cui si realizza l'apporto delle risorse, essendo astrattamente configurabili altri sottotipi, quali la locazione, il noleggio od il comodato di singoli beni produttivi, con eventuale fissazione di un termine di restituzione degli stessi a fine lavori. Per quanto attiene alle maestranze, si può invece

⁴⁵ Cfr T.A.R. Veneto, sez. I, 6 novembre 2008 n. 3451, in www.giurdanella.it/8289.

⁴⁶ Cfr RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, cit., 493.