

Avvalimento dei requisiti "infragruppo": elementi di criticità del recente orientamento del Consiglio di Stato.

a cura di

Avv. Sergio Caracciolo

scaracciolo@orrick.com

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7134 del 15 dicembre 2005 si è nuovamente pronunciata in merito alla questione del c.d. avvalimento, ovvero, della possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico nelle gare di appalto, di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici, facendo riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi.

In tale pronuncia, il giudice amministrativo ha giustamente ritenuto che, ai fini dell'avvalimento, stando al contenuto della normativa comunitaria, è indispensabile che il concorrente *dimostri* di poter effettivamente disporre dei mezzi di cui dichiara di avvalersi, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti intercorrenti con il soggetto avvalso.

Sempre in tema di avvalimento, il Consiglio di Stato, con una precedente pronuncia (sentenza n. 5194/2005), da un lato, ha ritenuto applicabile l'istituto dell'avvalimento al settore dei lavori (decisione che, non essendo ancora entrata in vigore la direttiva 2004/18/CE, suscita, comunque, qualche perplessità), dall'altro, ha ammesso che ad esso possa farvi ricorso non soltanto la "società madre" di un gruppo imprenditoriale (*holding*) che partecipi all'appalto, ma qualunque società facente parte del gruppo che, per i collegamenti interni al gruppo medesimo, sia in grado di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altre società del medesimo gruppo.

In particolare, l'organo giudicante ha considerato legittimo che una società, facente parte di una *holding*, si avvallesse dei requisiti posseduti dalla società madre, quella, cioè, al vertice del gruppo societario.

A tal fine, il giudice ha osservato che *"se è vero che la giurisprudenza comunitaria in tema di avvalimento si è sviluppata avendo a riferimento fattispecie in cui la società madre partecipava direttamente alla gara, non di meno essa ha affermato un principio di più vasta portata, in virtù del quale è da ritenere indifferente la natura del rapporto che lega le imprese in questione, ben potendo esso correre anche tra società dello stesso gruppo, ancorché la società "madre" non concorra direttamente all'appalto", costituendo "principio di prova, volto a comprovare la sussistenza della prescritta disponibilità dell'impresa di cui intende avvalersi, l'esistenza dei vincoli del gruppo"*.

In merito a ciò, si rileva come, mentre sia fuor di dubbio che l'avvalimento dei requisiti possa avvenire tra imprese facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale, a prescindere, cioè, dal ruolo specifico ricoperto dalle singole imprese, sembra, invece, alquanto discutibile il ragionamento del Consiglio di Stato nella parte in cui sostiene che, ove l'avvalimento avvenga nell'ambito di imprese facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale, non vi sia alcuna necessità di fornire la prova, richiesta espressamente dalla normativa comunitaria, circa l'effettiva disponibilità dei requisiti dichiarati ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Sul punto, si evidenzia come, sia il contenuto che l'impostazione degli articoli 47, comma 2 e 48, comma 3, della recente direttiva unificata in materia di appalti n. 2004/18/CE, dimostrano che, ai fini dell'avvalimento, il concorrente è sempre tenuto a fornire la prova circa la piena ed effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto: ciò, *"a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami"* con il soggetto avvalso e, dunque, a prescindere dalla circostanza che quest'ultimo faccia parte del medesimo gruppo imprenditoriale del concorrente oppure si trovi, rispetto ad esso, in un rapporto di terzietà.

Inoltre, si osserva come la giurisprudenza comunitaria, nel valutare la legittimità dell'avvalimento dei requisiti da parte di una società "madre" nei confronti di una società "figlia", abbia correttamente ritenuto non esservi alcuna necessità di "dimostrare", in sede

di gara, l'effettiva disponibilità dei mezzi, in quanto, l'influenza decisionale (dominante) della prima sulla seconda può essere considerata come una dimostrazione *in re ipsa*.

Questo criterio interpretativo, però, in via generale, non può essere applicato, automaticamente, anche nell'ipotesi inversa.

Difatti, se è ammissibile che una società figlia possa dichiarare di avvalersi dei requisiti della società madre, non è altrettanto ammissibile ritenere che l'appartenenza al medesimo gruppo imprenditoriale sia condizione di per sé sola e sufficiente a dimostrare di avere la disponibilità effettiva dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto.

E' indubbio, infatti, che, in linea generale, una società figlia non ha alcun potere di incidere direttamente sulle scelte operative della società madre.

Da ciò consegue, pertanto, che, ai fini dell'avvalimento - diversamente dai casi esaminati dal giudice comunitario - una società facente parte di un gruppo imprenditoriale, ove intendesse avvalersi dei requisiti della società capogruppo (o di quelli posseduti dalle altre società del gruppo medesimo), avrebbe quantomeno l'onere di produrre l'espresso consenso della società madre a mettere a sua disposizione i propri requisiti (così come previsto, tra l'altro, dalla legislazione belga ai fini dell'iscrizione all'Albo dei nazionale dei costruttori) e ciò, come detto in precedenza, in quanto la normativa comunitaria impone al concorrente l'onere di fornire la prova dell'effettiva disponibilità, *a prescindere dai legami giuridici intercorrenti con il soggetto avvalso*.

A dimostrazione di quanto sopra esposto, si evidenzia quanto affermato dalla Corte di Giustizia, nella sentenza 2 novembre 1999, *Holst Italia c/ Comune di Cagliari*, in C-176/98, punto 30, secondo la quale "*la direttiva ... non permette ... di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo d'impres*".

Il Consiglio di Stato, dunque, ritenendo che, nelle ipotesi di avvalimento tra imprese appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale, non vi sia alcuna necessità di fornire la prova dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto,

doendosi, questa, ritenere *presunta* dall'appartenenza al medesimo gruppo, farebbe sì che l'onere della dimostrazione, previsto dalla normativa comunitaria, possa trovare concreta applicazione *esclusivamente* nelle ipotesi in cui il soggetto avvalso sia una società *terza* rispetto al concorrente, rendendo, pertanto, la norma priva di alcun significato nella parte in cui prevede l'onere della dimostrazione in tutte le ipotesi di avvalimento, a *prescindere* dai rapporti giuridici intercorrenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso.

E' innegabile, infatti, che, se la volontà del legislatore comunitario fosse stata questa, avrebbe predisposto la direttiva distinguendo – così come ha fatto per le ipotesi di affidamento diretto degli appalti ad imprese collegate e controllate – l'ipotesi dell'avvalimento infragruppo da quella con imprese terze, prevedendo, solo in quest'ultimo caso, l'onere per il concorrente di fornire la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti del soggetto avvalso.

Infine, si rileva come, l'ultima versione in bozza del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture – che recepisce, tra l'altro, la direttiva 2004/18/CE – all'art. 49, dispone che, ai fini dell'avvalimento, il concorrente, tra le altre cose, è tenuto ad allegare sia *"una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"* e sia l'originale o la copia autentica del *"contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto"*.

Più in particolare, per l'avvalimento infragruppo, l'art. 49 del redigendo Codice prevede che, *"Nel caso di avvalimento nei confronti di una impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto ... l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo ..."*.

Alla luce di tutto quanto sopra, dunque, si può concludere ritenendo che, ai fini dell'avvalimento, il concorrente sia sempre tenuto a fornire la prova circa l'effettivo

possesso dei requisiti del soggetto avvalso, a prescindere che quest'ultimo sia una società ad esso collegato oppure una società terza.

Tale categorico principio potrebbe trovare una deroga plausibile esclusivamente nell'ipotesi in cui sia la società capogruppo ad avvalersi dei requisiti delle sue società controllate o collegate e ciò in virtù del potere direzionale che può esercitare su di esse e non, semplicemente, per l'esistenza di vincoli di gruppo.