

**RASSEGNA MONOTEMATICA DELLA GIURISPRUDENZA
SU “L’AVVALIMENTO”**

(A CURA DELL’UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Corte Giust. U.E., Sez. V, 10 ottobre 2013 (causa C-94/12) – Pres. Von Danwitz, Est. Svàby

La direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall’Amministrazione aggiudicatrice, purchè alla stessa si dimostri che il candidato o l’offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all’esecuzione dell’appalto.

E’ pur vero che non si può escludere l’esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un’ipotesi del genere l’Amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’appalto interessato.

Tuttavia poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, la direttiva 2004/18 osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l’art. 49, sesto comma, del d.lgs. n. 163 del 2006.

[Link al testo della sentenza](#)

Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251 - Pres. Torsello, Est. Caringella

L’istituto dell’avvalimento è uno strumento di derivazione comunitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, in guisa da consentire alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese. Non è ammissibile che la società ausiliata si avvalga di un soggetto (con cui stipuli il contratto di avviamento), il quale, a sua volta, debba fare perno sui requisiti maturati in capo ad altro soggetto a cui sia avvinto da vincoli di collegamento. In tale modo si realizza infatti una fattispecie di avvalimento a cascata, da ritenersi vietata in quanto elide il necessario rapporto diretto che deve intercorrere tra ausiliaria ed ausiliata, allungando, e quindi indebolendo la catena che lega, innescando i relativi precipitati in punto di responsabilità solidale, il soggetto ausiliato al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere quo ad proceduram.

A sostegno dell’assunto che precede depone la decisiva considerazione che l’avvalimento rappresenta già di per sé una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, e deve pertanto essere consentito solo in ipotesi delineate in maniera rigorosa onde garantirne l’affidabilità, in executivis, del soggetto concorrente.

[Link al testo della sentenza](#)

.....

1. Il principio di avvalimento. L’avvalimento nasce nel diritto comunitario, ove, inizialmente attraverso l’elaborazione giurisprudenziale, si è ammesso che un operatore economico per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto, possa fare

riferimento alla capacità di altri soggetti, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti, necessari all'esecuzione del contratto (in materia di appalti di servizi Corte giust., 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, *Holst Italia*; già in precedenza, in materia di appalti di lavori, Corte giust., 14 aprile 1994, in causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, ed ancora 18 dicembre 1997, in causa C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*).

Ciò significa anzitutto che, quanto meno nelle gare di appalto di rilievo comunitario, il principio generale dell'avvalimento ha trovato applicazione anche prima della direttiva comunitaria e del suo recepimento nell'ordinamento interno (Cons.St., Sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383; Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194; Sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145).

L'avvalimento, diversamente definito come «possesso mediato ed indiretto dei requisiti», si caratterizza per il fatto che consente «ad un operatore, che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto» (ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 562), tanto per la qualificazione alla singola gara, quanto per l'ottenimento della attestazione SOA.

La direttiva 2004/18/CE, contenente la disciplina comunitaria in materia di appalti si pone come logico sviluppo del ricordato assunto giurisprudenziale, codificando il principio del possesso *per relationem*, ed in particolare disponendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità (economiche, finanziarie e tecniche) di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; in tale caso deve dimostrare all'Amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tale fine di questi soggetti (artt. 47, comma 2, 48, comma 3, della direttiva n. 2004/18/CE, ma anche art. 54, comma 6, della direttiva 2004/17/CE concernente i settori c.d. speciali).

La disciplina comunitaria enuclea quindi solamente un limite modale nel ricorso all'avvalimento, imponendo al concorrente avvalente l'onere di fornire all'Amministrazione la dimostrazione della concreta disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa avvalsa, e necessari per l'espletamento dell'appalto.

La prova da assolvere è duplice: a) da un lato, occorre comprovare il possesso, da parte del terzo, dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* della gara; b) dall'altro lato, deve, più specificamente, essere dimostrata la disponibilità dei mezzi del soggetto di cui si spendono i requisiti (MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Garofoli e Sandulli, Milano, 2005, 629).

Sotto questo secondo profilo, le norme sopranazionali prefigurano un regime probatorio atipico, non limitato cioè a determinati mezzi, consentendo al concorrente in ogni modo la dimostrazione dell'esistenza delle disponibilità aziendali altrui.

Se l'avvalimento si atteggia, sul piano funzionale, come strumento operativo alternativo al raggruppamento temporaneo di imprese, occorre tuttavia rilevare come la disciplina comunitaria (cfr. art. 47, terzo comma, della direttiva unificata n. 18), nel prevedere la possibilità che, alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici possa fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, induce ad ammettere che anche il requisito di capacità prescritto per le singole imprese del raggruppamento possa essere dimostrato attraverso l'avvalimento dei requisiti di altre imprese o partecipanti al raggruppamento, ovvero terze rispetto al medesimo (realizzando, rispettivamente, un'ipotesi di avvalimento interno od esterno).

Senza sostanziale soluzione di continuità si pone la nuova disciplina contenuta nell'**art. 63 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014** in tema di "affidamento sulle capacità di altri soggetti". La norma ribadisce che l'avvalimento ha carattere generalizzato, e, come nel passato, non prende posizione sulla natura o veste giuridica del contratto. Un profilo innovativo inferibile dalla nuova direttiva riguarda i requisiti relativi ai titoli di studio e professionali, a proposito dei quali l'avvalimento è consentito solamente se l'impresa ausiliaria esegue effettivamente i lavori od i servizi per i quali sono richiesti i titoli in questione, ovvero le pertinenti esperienze professionali. Significativa è anche la previsione, sempre dell'art. 63, che consente all'Amministrazione aggiudicatrice, una volta verificati i requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria, di imporre al concorrente di sostituirla, ove non risulti in possesso dei requisiti richiesti ovvero di quelli di idoneità morale, così da incorrere in una causa di esclusione. Ed

invero tale norma sembrerebbe esimere l'impresa concorrente dall'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti mediante sostituzione dell'impresa ausiliaria. Inoltre il legislatore nazionale può imporre tale sostituzione dell'impresa ausiliaria anche quando sussistano "motivi non obbligatori di esclusione". La disposizione in esame della nuova direttiva 2014/24/UE riconosce altresì espressamente la possibilità, già contemplata dal nostro ordinamento interno in via generalizzata, per l'Amministrazione, di richiedere una responsabilità solidale, ai fini dell'esecuzione del contratto, per quanto riguarda i requisiti di capacità economica e finanziaria, tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria.

2. Il Codice dei contratti pubblici. L'art. 49 del Codice delinea la disciplina dell'avvalimento, recependo ed al contempo dando attuazione alla, invero essenziale, normativa contenuta nella direttiva. Dall'art. 49 si desume anzitutto che l'avvalimento concerne i requisiti oggettivi di ordine speciale (e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, del cui possesso deve essere allegata l'autocertificazione), economico - finanziari e tecnici, ivi compresa l'attestazione SOA (pur costituendo la stessa una qualificazione «personale»), senza limitazioni sotto il profilo qualitativo e quantitativo, con conseguente ammissibilità di una pluralità di soggetti avvalsi.

L'inesistenza di limiti all'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, ha indotto la giurisprudenza a ritenere comprovabile, attraverso detto istituto, anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato (Cons. St., Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040).

Ciò porta con sé, in astratto, specie con riguardo alle SOA, il rischio che i concorrenti «si trasformino in scatole vuote, meri organizzatori del lavoro altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbero limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento» (ZUCHELLI, *L'avvalimento*, cit., 601), o meglio ad un «centro di imputazione di rapporti giuridici, privo tuttavia di qualunque substrato tecnico, organizzativo e finanziario» (MANGANI, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in www.giustamm.it.) ovvero ancora ad una sorta di «holding dai contorni oscuri» (CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it).

In realtà, sembra preferibile ritenere che la funzione dell'avvalimento non sia quella di dare corpo ad un soggetto fittizio, quanto piuttosto di integrare i requisiti di un imprenditore realmente operante nel mercato delle commesse pubbliche.

Ha trovato soluzione positiva in giurisprudenza la questione della suscettibilità di divenire oggetto di avvalimento il possesso della certificazione di qualità, pur sottolineandosi la difficoltà di dimostrare l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa (Cons. St., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368). La giurisprudenza più recente ha dunque ritenuto che la certificazione di qualità non possa essere oggetto di avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 senza la messa a disposizione dell'intero complesso aziendale al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, in quanto il certificato inerisce ad un determinato sistema aziendale ed è preordinato a garantire un elevato livello di esecuzione del rapporto contrattuale (Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887).

Giova sottolineare come il codice non contenga una definizione dell'avvalimento; dal comma 2, lett. f), si desume che si tratta di un contratto mediante il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; si tratta dunque di un contratto consensuale ad effetti obbligatori di diritto privato.

Una parte della dottrina configura l'avvalimento come una «fattispecie complessa, in cui il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente rappresenta solo una componente di essa, e neppure la più importante» (CIRILLO), come testimonia il fatto che (il contratto) non è necessario allorché l'obbligo dell'impresa ausiliaria a vincolarsi verso la stazione appaltante discende dall'appartenenza allo stesso gruppo societario di cui fa parte l'impresa concorrente (art. 49, comma 2, lett. g).

Altra dottrina ravvisa nell'avvalimento un "contratto mutevole", caratterizzato da una "causa costante" (il prestito dei requisiti di partecipazione) ed una "causa variabile" (consistente nella messa a disposizione di beni od utilità corrispondenti al requisito prestato (CINTIOLI, *Il contratto di avvalimento*

tra diritto comunitario e diritto italiano, in www.giustamm.it).

Sono configurabili, in questa fattispecie comunque complessa, due momenti fondamentali, costituiti rispettivamente dalla stipulazione del contratto intercedente tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente e dalla successiva dichiarazione (introduttiva di una fase sub-procedimentale) dell'impresa ausiliaria nei confronti della Stazione appaltante, con cui si obbliga verso quest'ultima a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente.

Ed infatti nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione della concorrente le risorse di cui questa sia carente, sicchè l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante (Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

3. La documentazione occorrente per l'avvalimento. Onde evitare il rischio di inquinamento della gara, il concorrente è tenuto ad allegare, secondo quanto dispone il secondo comma dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, oltre all'attestazione SOA sua propria e dell'impresa ausiliaria, la seguente documentazione: a) dichiarazione (verificabile ai sensi dell'art. 48) di avvalimento, dei requisiti avvalsi, ed indicazione dell'avvalso; b) dichiarazione del possesso, da parte dell'impresa avvalente, dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice; c) analoga dichiarazione a quella indicata *sub* b) da parte dell'impresa ausiliaria, con attestazione altresì del possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, in forza dell'aggiunta inserita dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del d.l. 13 maggio 2011, n. 70; d) dichiarazione dell'imprenditore avvalso con cui il medesimo si obbliga (verso il concorrente e la Stazione appaltante) a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; e) dichiarazione nella quale l'impresa avvalsa, per non incorrere in conflitto di interessi, attesta di non partecipare autonomamente (né in proprio, né in forma associata) alla gara per la quale presta l'avvalimento; f) il contratto (in originale o copia autentica) in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; g) dichiarazione sostitutiva, per il caso di avvalimento infra - gruppo, in luogo del contratto di cui *sub* lett. f), attestante il legame giuridico ed economico tra le due imprese, che non esonera peraltro dal rispetto della normativa antimafia.

È opportuno chiarire il significato della dubbia locuzione «oltre all'eventuale attestazione SOA propria», contenuta nel comma 2, che potrebbe indurre ad un'interpretazione secondo cui per l'impresa avvalente il possesso di detta attestazione è solo eventuale.

Risulta invero preferibile l'opzione ermeneutica secondo cui l'espressione legislativa in esame non significa che l'attestazione SOA può mancare, «ma che deve essere presentata solo nel caso di contratti di lavori»; diversamente opinando, verrebbe mutato il sistema che, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 40 del Codice in tema di qualificazione per eseguire lavori pubblici, specie se letto in combinato disposto con il comma 10 dell'art. 49, alla cui stregua il contratto è eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, «pone sullo stesso piano l'attestazione dell'impresa avvalente e di quella ausiliaria» (ZUCCHELLI, *L'avvalimento, cit.*, 612 - 613).

A differente soluzione può invece pervenirsi per l'evenienza in cui il concorrente sia in possesso di un'attestazione SOA di categoria diversa da quella oggetto di gara, ovvero di importo inferiore; in tale caso, evidentemente, non è esclusa la caratterizzazione dell'imprenditore avvalente come imprenditore di settore, e dunque lo stesso potrà partecipare ad una gara di importo superiore avvalendosi di altra impresa a ciò qualificata.

L'originario comma 6 dell'art. 49 prevedeva che il concorrente potesse avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria o requisito. La Commissione europea, con la nota C(2008)0108 del 30 gennaio 2008 ha però aperto una procedura di infrazione verso l'Italia, ritenendo configurabile un'incompleta trasposizione delle direttive comunitarie nel Codice degli appalti, esprimendo, in particolare, perplessità sulla compatibilità comunitaria della norma in esame, che consentiva ad un concorrente di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, sembrando, al contrario, riconoscere la possibilità anche di cumulare frazioni del requisito. Per conformarsi alla contestazione comunitaria di un recepimento eccessivamente restrittivo dell'istituto in esame, il terzo

decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152) ha novellato il comma 6, il quale, nel testo attuale, prevede dunque che solo per i lavori si applica il divieto legale di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione. Inoltre il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

A questo riguardo, occorre peraltro segnalare come **Corte giust., 10 ottobre 2013, in causa C-94/12**, abbia ritenuto in contrasto con la disciplina comunitaria (ed in particolare con gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE) l'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale vieta agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese.

A seguito di tale pronuncia, chiaramente ispirata ad una finalità pro-concorrenziale, per effetto della quale gli operatori che partecipano ad una procedura possono avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese, è intervenuta anche l'A.V.C.P. che, con comunicato del 20 marzo 2014, pur riconoscendo l'ammissibilità dell'avvalimento frazionato, o, secondo altra terminologia, plurimo, ha precisato come comunque, in caso di lavori che presentano peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, l'Amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà di esigere, mediante previsione della *lex specialis* della gara, che il livello minimo della capacità sia raggiunta da un solo operatore economico, od eventualmente facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici (in argomento cfr. CUMIN, *L'avvalimento plurimo dopo la sentenza della Corte di Giustizia n. 94 del 10 ottobre 2013*, in www.LexItalia.it).

4. La prova dell'avvalimento. Un potenziale profilo problematico del rapporto tra direttiva comunitaria e Codice dei contratti pubblici riguarda la prova del rapporto giuridico intercorrente tra imprenditore avvalente ed imprenditore avvalso.

A fronte, infatti, di una previsione comunitaria che stabilisce l'irrilevanza della natura giuridica del rapporto intercorrente tra le parti e delinea un regime di atipicità della prova, cui si è conformata la giurisprudenza nazionale (Cons.St., Sez. VI, 17 settembre 2003, n. 5287), seppure con differenti esiti di merito, si colloca la norma di cui alla lettera *sub f*), la quale richiede l'allegazione del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto.

A ben vedere, peraltro, la soluzione del legislatore nazionale sembra coerente con la scelta, sviluppata nell'ambito della discrezionalità riconosciutagli dal diritto comunitario, di attribuire un «rilievo esterno» all'impresa ausiliaria, la quale risulta responsabile in solido (con il concorrente) nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni dedotte in contratto (quarto comma), e può assumere, aspetto di profonda innovazione rispetto alla prima stesura del Codice, il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 10, risultante dal testo novellato dall'art. 2, d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6).

Con riguardo a quest'ultimo profilo, va evidenziato come il contratto di «prestito» dei requisiti e di «messa a disposizione» delle risorse, indicato *sub* lett. f) del secondo comma, potrebbe assumere due possibili configurazioni: di contratto di affitto di azienda (o di ramo di azienda), ovvero di contratto di subappalto (MANGANI, *Avvalimento e subappalto*, in www.giustamm.it), in questo secondo caso ponendosi delicati problemi di coordinamento con la disciplina del subappalto, in ragione del regime vincolistico che la caratterizza.

Anche la giurisprudenza più recente ha confermato l'esigenza di una prova rigorosa in ordine all'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa, mediante presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione oggetto della gara, con la conseguenza dell'insufficienza della mera allegazione dei vincoli societari (Cons. St., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3670).

L'avvalimento implica comunque che il concorrente che abbia dichiarato di volersi avvalere delle risorse di un'impresa ausiliaria, deve avere immediata disponibilità delle medesime, nel senso che, a

prescindere dalla forma contrattuale prescelta, deve poterle usare per eseguire il contratto senza l'intermediazione della suddetta impresa; una diversa interpretazione comporterebbe la modifica dell'avvalimento in una sorta di subappalto generalizzato, senza il rispetto dei limiti fissati dall'art. 118 del codice dei contratti pubblici (Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791; Tar Sardegna, Sez. I, 28 maggio 2010, n. 1361).

Dal punto di vista formale, il regolamento di attuazione del codice (di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) prevede, all'art. 88, che il contratto di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto : le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

5 L'avvalimento a cascata. In un recente arresto giurisprudenziale è stata esclusa l'ammissibilità dell'avvalimento a cascata, configurabile allorchè la società ausiliata si avvalga di un soggetto con cui stipula il contratto di avvalimento, il quale, a sua volta debba fare perno sui requisiti maturati in capo ad altro soggetto, di cui detiene il 100% delle quote azionarie (**Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251**). La sentenza ha ravvisato il fondamento di tale divieto, che potrebbe enucleare problemi di compatibilità con il diritto comunitario (PASSARELLI DI NAPOLI, *L'avvalimento a cascata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it), nel fatto che, diversamente opinando, verrebbe meno il rapporto diretto tra ausiliaria ed ausiliata, necessario in quanto soggetti tra loro legati dal vincolo di responsabilità solidale in relazione all'intera prestazione contrattuale.

6 Il divieto di avvalimento multiplo. Il comma 8 della norma in esame non consente che l'imprenditore avvalso presti i propri requisiti a più di un concorrente, e naturalmente anche che partecipi esso stesso alla gara; ciò non soltanto perché verrebbe naturalmente meno il principio di segretezza dell'offerta, ma anche perché potrebbe configurarsi un conflitto di interessi tra avvalente ed avvalso.

Per il caso in cui sia violato tale divieto è prevista la sanzione dell'esclusione dalla gara di tutte le imprese che si siano avvalse dello stesso soggetto (salva la responsabilità di quest'ultimo nei confronti delle prime), mentre in caso di partecipazione dell'avvalso l'esclusione dovrebbe riguardare lui stesso.

Il divieto di avvalimento multiplo contempla un'eccezione, ai sensi del comma 9, allorchè concerna particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese; in questo caso il bando può consentire che una stessa impresa presti l'avvalimento a più concorrenti, nel limite massimo ivi prefissato.

La norma sembrerebbe richiedere in tale caso all'avvalso di praticare le medesime condizioni a tutti gli imprenditori avvalenti.

Non si può tacere come il divieto di avvalimento multiplo, finalizzato a garantire la concorrenzialità e trasparenza della gara, possa far sorgere problemi di compatibilità comunitaria, specie alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella già ricordata sentenza 10 ottobre 2013, in causa C-94/12, in tema di avvalimento frazionato (cfr. al proposito gli argomenti esposti da MANGANI, *L'avvalimento tra norme comunitarie e disciplina nazionale, ovvero il paradigma di una difficile convivenza*, in www.giustamm.it).

Stefano Fantini