

CAPITOLO I

L'AVVALIMENTO

di *Francesco Testi*

SOMMARIO: 1. La nozione generale dell'avvalimento e la genesi nella giurisprudenza comunitaria. – 2. L'impostazione del nuovo Codice e la natura dell'avvalimento. – 3. I casi esclusi e le limitazioni; le ipotesi di avvalimento plurimo, frazionato e "a cascata". – 4. Gli adempimenti in capo all'offerente ed il contenuto del contratto di avvalimento, anche alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 23/2016. – 5. I poteri della stazione appaltante (anche in relazione al c.d. "soccorso istruttorio").

1. La nozione generale dell'avvalimento e la genesi nella giurisprudenza comunitaria

L'attuale disciplina dell'avvalimento è offerta dall'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" la cui rubrica è stata modificata in "Codice dei contratti pubblici" con il d.lgs. correttivo n. 56/2017)¹, ove il legislatore ha inteso mantenere la continuità con le precedenti disposizioni normative²,

¹ Si precisa sin d'ora che, ove non diversamente specificato, i singoli articoli citati fanno riferimento al solo d.lgs. n. 50/2016. In generale, con riferimento agli effetti del nuovo Codice sull'oggetto della trattazione, si v. L. TORCHIA, *La nuova Direttiva europea di materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, 2-3, pp. 291 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 17-19 settembre 2015, in *giustizia-amministrativa.it*; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 2015, pp. 1095 ss.; C. GUCCIONE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4, pp. 436 ss.; R. DE NICCOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e Appalti*, 2016, 5, pp. 503 ss.; O. MARONGIU, *La selezione delle offerte*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, spec. pp. 578 ss.

² Si tratta(va) dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Quest'ultima norma, pur facendo riferimento ai soli lavori, era stata ritenuta costantemente applicabile anche agli appalti di servizi: in giurisprudenza si veda, ad esem-

chiarendo al contempo alcuni nodi problematici sorti in sede applicativa.

Come è stato rilevato dai numerosi contributi della dottrina, la nozione di avvalimento trae origine nella giurisprudenza comunitaria ed identifica l'istituto in virtù del quale un determinato soggetto (*ausiliato*) si avvale dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti da un altro soggetto (*ausiliario*), al fine di acquisire la legittimazione necessaria per partecipare ai procedimenti di selezione ed esecuzione di lavori (nonché servizi e forniture) pubblici³. In particolare, tre sono le pronunce nodali della Corte di giustizia delle Comunità europee che hanno contribuito a forgiare la figura.

Con una prima pronuncia del 1994, infatti, la Corte ha ammesso l'avvalimento a carattere c.d. "infragrappo", rilevando che "l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provvede direttamente all'esecuzione dell'opera, ma altresì da una persona che [la] faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organi esterni ovvero da un raggruppamento di imprenditori, a prescindere dalla sua forma giuridica"⁴: ciò, in base ad una lettura del principio di concorrenza desumibile dalla "direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione

pio, Cons. St., Sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346, in *Urb. e Appalti*, 2016, 6, p. 659 nota di G.C. FIGUERA, *L'avvalimento come contratto tipico d'impresa – il commento*, *ivi*.

³ In termini A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012, Vol. I, p. 540. *Amplius*, tra i numerosi contributi sul tema, si v. tra gli altri M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in R. GAROFOLI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, pp. 635 ss.; G. FISCHIONE, *L'avvalimento: quid iuris? (prime note)*, in *giustamm.it*, 2006; R. PAPANIA, *La partecipazione trasversale alle gare d'appalto: l'avvalimento delle capacità di imprese «terze»*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, pp. 1961 ss.; D. NOSTRO, *L'avvalimento*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, pp. 437 ss.; C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, pp. 1490 ss.; G. MISSERINI, *L'AVVALIMENTO*, in *La disciplina dei contratti pubblici: commentario al Codice degli appalti*, in M. BALDI – R. TOMEI (a cura di), Milano, 2009, pp. 474 ss.; F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 6, pp. 1421 ss.; E. DI IENNO, *L'avvalimento nelle gare d'appalto*, in A. CANCRINI – C. FRANCHINI – S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, pp. 316 ss.; A. CANCRINI – V. CAPUZZA, *Manuale di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2015, pp. 369 ss.; L. CESTARO, *Avvalimento*, in S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, pp. 639 ss.

⁴ Corte giust. CE, Sez. V, 14 aprile 1994, n. 389, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, p. 1249, con nota di G. GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e riflessi sulle s.p.a. a capitale pubblico*, *ivi*.

delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali” e dalla “direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”, le quali “vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all’atto dell’esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l’esecuzione degli appalti”. Di conseguenza, ad avviso della Corte, “una *holding* che non esegue direttamente le opere, perché le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte, non può per tal motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici, sempre che disponga effettivamente dei mezzi di tali consociate necessari all’esecuzione dei lavori. Parimenti, ai fini della iscrizione ad un albo dei soggetti abilitati all’esecuzione degli appalti di lavori pubblici, la valutazione di una persona giuridica dominante di un gruppo deve tener conto delle società che appartengono al gruppo, purché la prima dimostri di avere effettivamente a disposizione i mezzi delle consociate necessari per l’esecuzione degli appalti”⁵.

Gli altri due arresti pretori che si sono susseguiti hanno dapprima chiarito l’applicazione a carattere obbligatorio – e non meramente facoltativo – dell’istituto⁶, e successivamente ne hanno sancito la portata generale, anche al di fuori della *holding*, qualunque sia la natura dei vincoli esistenti tra impresa concorrente e terzo ausiliario, ferma restando la necessità per la concorrente di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti terzi necessari all’esecuzione dell’appalto⁷.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Corte giust. CE, Sez. III, 18 dicembre 1997, C – 5/97, in *Riv. Trim. App.*, 2000, p. 197, con la quale è stato acclarato che “le direttive 71/304 e 71/305 vanno interpretate nel senso che l’autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo è *obbligata*, quando è provato che questa persona morale ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all’esecuzione degli appalti, a tener conto delle dette società per valutare l’idoneità della persona giuridica interessata, in osservanza dei criteri di cui agli artt. 23-28 della direttiva 71/305” [corsivo aggiunto].

⁷ Corte giust. CE, Sez. V, 2 dicembre 1999, n. 176, in *Urb. e Appalti*, 2000, 4, p. 443, con nota di A. MONTINI, *La Corte di giustizia apre la strada al “possesso indiretto” di requisiti per concorrere ad appalti di servizi*, *ivi*; nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 6, p. 1405, con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, *ivi*.

Tali principi hanno poi trovato una piena codificazione nelle direttive del 2004⁸ e da ultimo in quelle del 2014⁹.

Dal canto suo, la giurisprudenza italiana ha pienamente recepito la linee direttrici dell'istituto, chiarendo che "l'avvalimento è un istituto di carattere generale che ha come finalità precipua quella di consentire la massima partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti di sommare, per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie, con quelle di altre imprese. La giurisprudenza, anche comunitaria, ha ormai chiarito che si tratta di un istituto di carattere generale e di portata applicativa indifferenziata, che trova applicazione, nell'ottica di assicurare la partecipazione alla gara, del maggior numero possibile di concorrenti, anche se non espressamente richiamato in sede di gara"¹⁰.

2. L'impostazione del nuovo Codice e la natura dell'avvalimento

L'avvalimento si configura pertanto quale applicazione concreta del principio (comunitario ed euro-unitario) di concorrenza¹¹, che comporta l'esigenza di favorire la massima partecipazione delle imprese alle gare pubbliche¹²: tale principio, come si vedrà, deve però trovare un temperamento nella necessaria prova (a carattere specifico e puntuale) in merito alla sussistenza dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria ed alle "garanzie di effettiva solidità del contraente a tutela della P.A."¹³.

⁸ Cfr. artt. 47, 48 e 52 della direttiva 2004/18/CE, nonché artt. 53 e 54 della direttiva 2004/17/CE.

⁹ Cfr. art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

¹⁰ Così ad esempio Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9576, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 12, p. 2866; cfr. anche Cons. St. Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860.

¹¹ La nozione di concorrenza presenta comunque plurime sfaccettature nell'ambito della contrattualistica pubblica, come dimostra da ultimo la disamina di M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, pp. 71 ss., che a sua volta richiama anche M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, pp. 137 ss.; G. MORBIDELLI – M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in E. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto europeo*, Milano, 2007, pp. 423 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 253 ss.

¹² Cfr. O. MARONGIU, *La selezione delle offerte*, op. loc. cit., p. 578.

¹³ F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, op. loc. cit., che parla a tal riguardo della ricerca di una "linea di equilibrio" tra i due profili.

L'art. 89 del nuovo Codice rispecchia questa impostazione normativa, nonché i vincoli impartiti dal Parlamento in sede di legge delega¹⁴, ed in apertura ribadisce che l'operatore economico – singolo oppure in raggruppamento – per un determinato appalto possa fare ricorso all'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale: a tal fine, l'offerente può avvalersi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi¹⁵. A tal fine, precisa il Codice all'esito della novella apportata col Correttivo del 2017¹⁶, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria¹⁷.

Ciò nondimeno, il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, tant'è vero che solo a quest'ultima verrà rilasciato il certificato di esecuzione, laddove invece l'impresa ausiliaria potrà assumere il ruolo di subappaltatore solo nei limiti dei requisiti prestati¹⁸.

Anche sulla base dei rilievi di cui si è dato conto in precedenza, nella giurisprudenza amministrativa è del tutto pacifica la portata generale dell'istituto, che potrà trovare attuazione anche con riguardo ai settori speciali, come attualmente è confermato dal comma 2¹⁹.

¹⁴ Cfr. art. 1, comma 1, lettera zz) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che prevede “[la] revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell’Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l’oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l’effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell’impresa ausiliaria nonché circa l’effettivo impiego delle risorse medesime nell’esecuzione dell’appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all’avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell’esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare”.

¹⁵ Cfr. art. 89, comma 1. In sede di correttivo, dalla disposizione è stato espunto il riferimento all’art. 84.

¹⁶ La norma a cui si fa riferimento nel testo è l’art. 56 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

¹⁷ Cfr. art. 89, comma 1, ult. periodo.

¹⁸ Cfr. art. 89, comma 8.

¹⁹ Con riferimento al vecchio d.lgs. n. 163/2006, cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 29 aprile 2016, n. 4908, in ordine ai settori speciali: il Collegio – nel richiamare esplicitamente l’orientamento fatto proprio da Cons. St., Sez. VI, n. 9576/2010 – ha rimarcato che “in ogni caso l’art. 49 D.Lgs. 163/2006 – là dove disciplina l’avvalimento di diretta derivazione comunitaria e con portata generale – trova ingresso in tutti i tipi di appalto”, dal momento che “l’istituto di matrice comunitaria dell’avvalimento, ai sensi dell’art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, ha carattere generale e portata indifferenziata, anche in assenza di un’esplicita previsione del

Più perplessa risulta invece la natura del contratto concernente l'avvalimento, stipulato tra l'ausiliaria e il soggetto offerente ausiliato. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono trattarsi di contratto atipico la cui concreta disciplina è rimessa all'autonomia negoziale delle parti, e che risulterebbe comunque assimilabile al mandato²⁰; un ulteriore e distinto orientamento qualifica invece la fattispecie come “contratto consensuale ad effetti obbligatori, se non, forse, addirittura ad effetti reali”, rientrando nello schema della promessa del fatto del terzo²¹. Infine, secondo altra giurisprudenza “nell'avvalimento l'operazione economica complessiva si compone di un contratto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, di una dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e di un contratto di appalto, manifestandosi, dunque, quale collegamento negoziale composto da un susseguirsi di schemi contrattuali inscindibilmente connessi”²².

3. I casi esclusi e le limitazioni; le ipotesi di avvalimento plurimo, frazionato e “a cascata”

A fronte della già dedotta applicabilità generale della figura, si pongono però una serie di casi – a carattere presumibilmente tassativo – in cui il legislatore pone divieti e limiti al ricorso all'avvalimento.

Da un lato, tali preclusioni trovano la propria ragion d'essere nella volontà di inibire un uso distorto dell'istituto, che potrebbe aprire il mercato ad imprese prive dell'effettiva capacità di eseguire la commessa: quest'ultimo aspetto è stato sottolineato più volte dalla dottrina, che ha rilevato come nel nostro Paese sia il vecchio d.lgs. n. 163/2006, sia l'attuale Codice abbiano adottato una normativa a carattere decisamente più analitico rispetto alle direttive comunitarie a monte²³. Dall'altro lato, le

bando di gara. Non vi sono motivi specifici per escluderne l'ammissibilità (...) sia nei settori ordinari che in quelli speciali”.

²⁰ In giurisprudenza, Tar Campania, Salerno, Sez. I, 28 marzo 2012, n. 607; Tar Veneto, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528, in *Urb. e Appalti*, 2011, 1, p. 97; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 3 dicembre 2009, n. 12455, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 12, p. 3473. In dottrina, si v. da ultimo O. MARONGIU, op. loc. cit.

²¹ G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. Notar.*, 2016, 3, pp. 578 ss. In giurisprudenza, v. recentemente Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 17 gennaio 2017, n. 26, secondo il quale “il rapporto di avvalimento si sostanzia infatti in una fattispecie complessa di natura negoziale (incentrata sulla promessa del fatto del terzo di cui alla dichiarazione di avvalimento secondo una logica analoga al cd. contratto «sul patrimonio del terzo») la quale comporta indubbi riflessi pure nei riguardi della Stazione Appaltante”.

²² Cons. St., Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 11, p. 2875.

²³ In tal senso N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 529, come pure da ultimo L. TORCHIA, op. cit.

preclusioni dettate dall’art. 89 servono a chiarire alcune perplessità sorte nella pregressa giurisprudenza.

Anzitutto, l’avalimento è vietato all’impresa concorrente per la dimostrazione dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 80 del Codice²⁴, dal momento che questi ultimi profili risultano “intrinsecamente legati al soggetto” offerente “ed alla sua idoneità a porsi quale valido e affidabile contraente per l’amministrazione e quindi anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità”²⁵. È evidente dunque che i requisiti in esame non possono essere “prestati” da soggetti terzi.

In secondo luogo, l’avalimento non è ammesso per sopperire alla mancanza dei requisiti di idoneità professionale – di cui all’art. 83, comma 1, lett. a) del Codice stesso – relativi per esempio all’iscrizione nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, o presso i competenti ordini professionali²⁶. Tali requisiti, secondo i Giudici di Palazzo Spada, “non sono attinenti all’impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l’obiettivo qualità dell’adempimento; essi, invece, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente – e quindi non dell’impresa ma dell’imprenditore – a partecipare alla gara d’appalto e ad essere, quindi, contraente con la p.a.”²⁷: ne consegue che si tratta di elementi “che sono insuscettibili di trasferimento anche in forma simbolica, trattandosi di requisiti soggettivamente indefettibili di cui il possessore non può, neppure in modo circostanziato e episodico, privarsi e, di conseguenza, non possono nemmeno essere dedotti quali oggetto di “possibile” prestazione contrattuale”²⁸. A tal riguardo, comunque, l’esperienza dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006 ha dato conto di oscillazioni giurisprudenziali con riferimento a casi specifici²⁹.

Inoltre, ai sensi del comma 11, l’avalimento è precluso con riferimento alle c.d. “opere superspecialistiche”, concernenti cioè l’esecuzione di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto

²⁴ Cfr. art. 89, comma 1, primo periodo.

²⁵ Cons. St., Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396.

²⁶ Cfr. art. 89, comma 1, primo periodo, che è applicabile ai soli requisiti di cui alle lettere b) e c) dell’art. 83, comma 1.

²⁷ Cons. St., Sez. V, n. 5595/2012 cit.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Si pensi al caso della pregressa esperienza pluriennale nel medesimo settore oggetto di gara: secondo un primo orientamento, tale prestito risultava inammissibile, perché consisterebbe in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali (cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. I, 23 marzo 2011, n. 1976); mentre l’orientamento opposto lo ammetteva “atteso che l’art. 49, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 non pone alcuna limitazione” (Cons. St., Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040, in *Foro amm. CdS*, 2011, 11, p. 3363).

tecnologico o di rilevante complessità tecnica³⁰. La modifica ermeneutica apportata dal Correttivo del 2017 è finalizzata a chiarire che il divieto di avvalimento per tale categoria di opere si applica indipendentemente dal fatto che esse rientrino o meno nella categoria prevalente. Tale modifiche, come rilevato dalla relazione allegata al Correttivo stesso, si sono rese opportune in quanto l'originario comma 11 (nel prevedere il divieto di avvalimento per le opere superspecialistiche che rientravano nell'oggetto dell'appalto, oltre ai lavori prevalenti) risultava di lettura non chiara, in merito all'applicazione del divieto nell'eventualità in cui le opere superspecialistiche rappresentassero la categoria prevalente dell'appalto stesso³¹.

Vi sono poi alcuni casi residuali a carattere puntuale, in cui l'avvalimento non può attuarsi: in primo luogo con riguardo al requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152³² (in consonanza con quanto già disponeva il comma 1-*bis* dell'art. 49 del vecchio d.lgs. n. 163/2006³³); in secondo luogo, con riferimento alla qualificazione richiesta relativamente ai contratti nel settore dei beni culturali, nelle categorie OG2, OS2-A, OS2-B, OS25, considerata la specificità del settore ai sensi dell'art. 36 del TFUE³⁴.

Per altro verso, il Codice prescrive non un divieto, bensì una limitazione per quanto concerne i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera *f*), o alle esperienze professionali pertinenti³⁵: gli operatori economici, infatti, potranno sì avvalersi delle capacità di altri soggetti, ma solo qualora questi ultimi eseguano *direttamente* i lavori o i servizi per cui tali capacità sono

³⁰ La definizione dell'elenco delle opere in questione è ora contenuta nel D.M. 10 novembre 2016, n. 248, recante l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.

³¹ Cfr. *Schede di lettura* allegate ad ATTO DEL GOVERNO N. 397, Art. 1, commi 3 e 8, della legge 28 gennaio 2016, n. 11 – *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in materia di contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, marzo 2017, p. 136.

³² Cfr. art. 89, comma 10.

³³ Precedentemente alla modifica legislativa, invece, la giurisprudenza non era univoca: l'orientamento favorevole all'avvalimento, teso a “valorizzare la portata generale dell'avvalimento ed a ripudiarne le limitazioni, fatte salve le eccezioni rappresentate dai requisiti soggettivi di carattere personale” (in termini Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 luglio 2013, n. 3459), veniva fronteggiato da altre pronunce di segno opposto (ad esempio Tar Lazio, Roma, Sez. II-*ter*, 22 dicembre 2011, n. 10080).

³⁴ Cfr. art. 146, comma 3.

³⁵ La norma è relativa alla “indicazione dei titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa”.

richieste³⁶. Si tratta di una novità, certamente di rilievo, rispetto alla precedente normativa.

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, la stazione appaltante si vede riconosciuta la facoltà di prescrivere in sede di *lex specialis* che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o da un partecipante al raggruppamento (quest'ultima ipotesi ricorre nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici)³⁷. Anche questo è un profilo innovativo rispetto al vecchio d.lgs. n. 163/2006.

In aggiunta ai rilievi suesposti, deve darsi conto anche delle ipotesi di avvalimento plurimo (detto anche “frazionato”): si tratta di un fenomeno ammesso dal Codice³⁸, allorché l'offerente raggiunge – o integra – un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti³⁹.

Per contro, è recisamente negato l'avvalimento “a cascata”⁴⁰, nel quale l'ausiliario si avvale di altro soggetto, dal momento che “la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari”⁴¹: infatti “la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare”⁴².

4. Gli adempimenti in capo all'offerente ed il contenuto del contratto di avvalimento, anche alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 23/2016

Com'è stato autorevolmente osservato, l'interesse della stazione appaltante è quello di poter fare affidamento (anche) sull'impresa ausiliaria, a prescindere dai rapporti giuridici che intercorrono tra essa e il concorrente

³⁶ Cfr. art. 89, comma 1, secondo periodo.

³⁷ Cfr. art. 89, comma 4.

³⁸ Cfr. art. 89, comma 6.

³⁹ Nella giurisprudenza comunitaria, v. Corte giustizia UE, Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94.

⁴⁰ Cfr. art. 89, comma 6.

⁴¹ Cons. St., Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 5, p. 1306.

⁴² *Ibidem*.

ausiliato⁴³: tant'è vero che il legislatore pone un vincolo solidale proprio a carico dell'ausiliaria e dell'operatore economico, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto⁴⁴. Inoltre, sempre ai fini dell'affidabilità, il Codice prescrive che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente vadano applicati anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara⁴⁵.

Proprio dall'esigenza di affidamento scaturiscono una serie di vincoli prescrittivi, sanciti dall'art. 89, comma 1 in merito alla documentazione che l'offerente è tenuto a produrre in sede di partecipazione.

Sotto un primo profilo l'operatore economico dovrà presentare, unitamente alla (eventuale) attestazione SOA dell'ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dall'ausiliaria stessa che attesti il possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. La *ratio* della prescrizione è intesa a scongiurare il pericolo che il concorrente effettui un avvalimento "al buio"⁴⁶: si ritiene perciò che il contenuto della dichiarazione debba essere circostanziato e puntuale, di fini della successiva "agevole verifica", da parte della stazione appaltante, di quanto dichiarato in sede di gara, soprattutto quando i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo risultino distribuiti tra impresa concorrente ed impresa ausiliaria⁴⁷.

In secondo luogo, l'operatore economico è tenuto a dimostrare alla stazione appaltante la disponibilità dei mezzi necessari: a tal fine l'offerente deve allegare – oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria – una dichiarazione sottoscritta dall'ausiliaria medesima, ove quest'ultima si obbliga (nei confronti sia del concorrente, sia della stazione appaltante) a mettere a disposizione le risorse in oggetto per tutta la durata del contratto stesso⁴⁸. Lo stesso primo comma dell'art. 89 prevede sanzioni particolarmente severe in caso di dichiarazioni mendaci: la stazione appaltante procederà infatti ad escludere il concorrente e ad escutere la garanzia. A ciò si aggiunge la successiva segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, ai sensi dell'art. 80, comma 12, con conseguente iscrizione al casellario informatico ai fini della esclusione

⁴³ Così G.P. CIRILLO, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. art. 89, comma 5.

⁴⁵ Cfr. art. 89, comma 5.

⁴⁶ In termini V. NERI, *La prova dell'avvalimento negli appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2012, 3, pp. 317 ss.

⁴⁷ Così Tar Campania, Napoli, Sez. I, 23 aprile 2009, n. 2148, in *Urb. e Appalti*, 2009, 7, p. 894.

⁴⁸ Cfr. art. 89, comma 1, terzo periodo.

(fino a due anni) dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, in caso di dolo o colpa grave.

Da ultimo, l'offerente ha l'onere di allegare l'originale o la copia autentica del contratto stipulato con l'ausiliaria⁴⁹, il cui oggetto deve risultare determinato o quantomeno determinabile: come ha avuto modo di chiarire nel 2016 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163/2006 e nel citato Regolamento attuativo devono essere interpretate alla stregua dei canoni euro-unitari di apertura alla concorrenza e dei canoni civilistici in tema di interpretazione del sinallagma (cfr. artt. 1362 ss. c.c.). Ne consegue che l'interprete – nonché a maggior ragione il Giudice e la stazione appaltante – non può concludere per la declaratoria di “nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente *determinabile* dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli art. 1346, 1363 e 1367 c.c.”⁵⁰.

Per quanto riguarda invece l'ipotesi dell'avvalimento c.d. “infragrappo” – allorché l'ausiliaria appartenga al medesimo gruppo societario dell'ausiliata, come chiarito in apertura – la giurisprudenza sembra ritenere sufficiente che “l'impresa capogruppo dimostri, anche con una dichiarazione, il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria”, sicché ai fini della dimostrazione può bastare “una semplice dichiarazione unilaterale” e non la stipulazione di un contratto di avvalimento⁵¹. Secondo un consolidato orientamento, infatti, sussiste un “regime probatorio e documentale semplificato in favore delle imprese appartenenti al medesimo gruppo societario”, posto che “nell'attuale sistema normativo in materia di appalti pubblici ed in coerenza con le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento, non sussistono limiti di tipo soggettivo in ordine all'impresa ausiliaria e ai legami tra essa e l'impresa ausiliata ed è consentito l'avvalimento all'interno del gruppo, qualunque sia la posizione nel gruppo, controllata o controllante”⁵²: ciò si giustifica alla luce del “controllo direzionale societario tra capogruppo e partecipata, che può essere comprovato da una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”⁵³.

⁴⁹ Cfr. art. 89, comma 1, quinto periodo.

⁵⁰ Cons. St., Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *Guida dir.*, 2017, 2, 50 (cfr. anche Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2017, n. 2022). La statuizione è stata ritenuta applicabile anche alle disposizioni del nuovo Codice da Tar Catania, Sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 122.

⁵¹ Così Trga Bolzano, Sez. Un., 14 marzo 2017, n. 99.

⁵² Cons. St., Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377, in *Foro Amm.*, 2014, 10, p. 2562; Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764.

⁵³ Trga Bolzano, Sez. Un., n. 99/2017.