



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA
a cura di Claudio Contessa, aggiornata al 31 dicembre 2018

L'AVVALIMENTO

La rassegna, muovendo dalla genesi eurounitaria dell'istituto dell'avvalimento, esamina i principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali emersi sul tema, focalizzando le più ricorrenti questioni interpretative che si sono poste negli ultimi anni all'esame della giurisprudenza

SOMMARIO: §1 - Il principio dell'avvalimento. § – 2 L'avvalimento nel 'Codice dei contratti' del 2006. § 3 - Il contributo della Corte di giustizia alla più recente evoluzione in tema di avvalimento. § 4 - L'avvalimento nel nuovo 'Codice dei contratti' e le modifiche del c.d. 'Decreto correttivo' - § 5 - La documentazione occorrente per l'avvalimento. 6 - La prova dell'avvalimento. § 7 - I requisiti per i quali l'avvalimento può essere utilizzato. In particolare: la questione del requisito di fatturato specifico. - § 8 - L'avvalimento a cascata. § 9 - Il divieto di avvalimento multiplo. § 10 - La determinatezza o la determinabilità dell'oggetto. §11. Avvalimento tecnico-operativo vs avvalimento di garanzia. Ancora sul requisito di fatturato specifico. § 12 - Avvalimento di certificazioni di qualità e SOA

§ 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, v. CGUE, 2 dicembre 1999,

in causa C-176/98, *Holst Italia*; già in precedenza, in materia di appalti di lavori, CGUE, 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 2004/18/CE e del suo recepimento nell'ordinamento interno (Cons. Stato, 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*» (C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007, 562), tanto per la qualificazione alla singola gara, quanto per l'ottenimento della attestazione SOA.

La direttiva 2004/18/CE (c.d. «*Direttiva settori classici*») si pone come logico sviluppo del ricordato assunto giurisprudenziale, codificando il principio del possesso *per relationem*, in particolare disponendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità (economiche, finanziarie, tecniche e professionali) 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, paragrafo 2, 48, paragrafo 3, della direttiva n. 2004/18/CE, ma anche articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17/CE concernente i settori c.d. speciali). La disciplina comunitaria enuclea quindi solamente un limite modale al ricorso all'avvalimento, imponendo al concorrente avvalente l'onere di fornire all'Amministrazione la dimostrazione della concreta disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa ausiliaria 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 (F. 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 R. Garofoli e M.A. 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, quale strumento operativo alternativo al raggruppamento temporaneo di imprese, occorre tuttavia rilevare come la disciplina comunitaria (cfr. articolo 47, paragrafo 3, della direttiva 2014/18/CE), 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'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 (c.d. 'Direttiva appalti') in tema di "*affidamento sulle capacità di altri soggetti*"¹. La disposizione in parola 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 contenuta nell'articolo 63 (e da ultimo trasfusa nell'articolo 89, comma 3 del nuovo Codice dei contratti), 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 in capo all'ausiliaria consentendo di sostituire quest'ultima.

¹ Una disposizione in tutto analoga è recata dall'articolo 79 della Direttiva 2014/24/UE (c.d. 'Direttiva settori speciali').

L'articolo 63, cit. ha inoltre previsto (con previsione non accolta dal Legislatore nazionale del recepimento) che possa essere imposta la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche quando sussistano "*motivi non obbligatori di esclusione*"².

La disposizione in esame della nuova direttiva 2014/24/UE riconosce altresì espressamente la possibilità, già contemplata dall'ordinamento italiano 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 (si tratta di una previsione da ultimo trasfusa al comma 5 dell'articolo 89 del nuovo 'Codice')³.

§ 2 - L'avvalimento nel 'Codice dei contratti' del 2006.

L'articolo 49 del previgente Codice dei contratti pubblici delineava la disciplina dell'avvalimento, recependo ed al contempo dando attuazione alla (invero minimale) normativa contenuta nella direttiva 2004/18/CE.

Dall'articolo 49 si desumeva anzitutto che l'avvalimento concerneva i requisiti oggettivi di ordine speciale (e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici, del cui possesso doveva essere in ogni caso 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, aveva indotto la giurisprudenza a ritenere comprovabile, attraverso detto istituto, anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040).

Ciò portava con sé, in astratto, specie con riguardo alle SOA, il rischio che i concorrenti «*si trasform[assero] in scatole vuote, meri organizzatori del lavoro*

² In particolare, il comma 3 dell'articolo 89 ha previsto che la stazione appaltante deve sostituire i soggetti che non soddisfino i pertinenti criteri di selezione "o per i quali sussistono motivi *obbligatori* di esclusione" (enfasi aggiunta).

³ Ai sensi della disposizione in parola "*il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara*".

altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbero limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento» (C. ZUCCHELLI, L'avvalimento, cit., 601), o meglio ad un «centro di imputazione di rapporti giuridici, privo tuttavia di qualunque substrato tecnico, organizzativo e finanziario» (R. MANGANI, Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità, in www.giustamm.it.) ovvero ancora ad una sorta di «holding dai contorni oscuri» (G. P. CIRILLO, L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico, in www.giustizia-amministrativa.it).

In realtà, già nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006 sembrava preferibile ritenere che la funzione dell'avvalimento non fosse quella di dare corpo ad un soggetto fittizio, quanto piuttosto quella di integrare i requisiti di un imprenditore realmente operante nel mercato delle commesse pubbliche.

Aveva trovato soluzione positiva in giurisprudenza la questione se potesse costituire 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. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368).

In seguito la giurisprudenza aveva ritenuto che la certificazione di qualità non potesse essere oggetto di avvalimento *ex* articolo 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 previgente codice non contenesse una definizione puntuale dell'avvalimento: dal comma 2, lettera f) dell'articolo 49, si desumeva trattarsi 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 trattava dunque di un contratto consensuale ad effetti obbligatori di diritto privato.

Una parte della dottrina (con notazione senz'altro di permanente attualità) configurava 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 (articolo 49, comma 2, lett. g del 'Codice' del 2006).

Altra dottrina ravvisava 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 – F. CINTIOLI, *Il contratto di avvalimento tra diritto comunitario e diritto italiano*, in www.giustamm.it -).

Già nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006 erano dunque 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 obbligava 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, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

§ 3 - Il contributo della Corte di giustizia alla più recente evoluzione in tema di - avvalimento

Siccome l'avvalimento è un istituto di matrice eurounitaria, è del tutto evidente che la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia da sempre sortito un rilievo preminente nella definizione e nell'evoluzione dell'istituto.

Qui di seguito ci si limiterà a dare atto di alcuni fra i più recenti arresti della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che hanno influenzato l'evoluzione del dibattito sull'istituto in esame.

La linea di tendenza delle decisioni che qui di seguito si richiameranno (e che hanno inciso su aspetti assai diversi della disciplina dell'avvalimento) può essere senza dubbio individuata nell'accentuato *favor* verso l'istituto e nella limitazione delle disposizioni nazionali che ne ostacolano l'utilizzabilità

Con la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 (*SWM Costruzioni*) la Corte di Lussemburgo ha risolto una questione per rinvio pregiudiziale sollevato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato circa la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale (articolo 49, comma 6 del Decreto legislativo n. 163 del 2006) che vietava al concorrente in una pubblica gara di appalto di avvalersi – salvo ipotesi eccezionali - di più di un'impresa ausiliaria (R. CARANTA, *La Corte di giustizia 'bacchetta' l'Italia sull'avvalimento*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 2/2014, p. 147).

La Corte ha definito la questione coniugando il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettività della messa a disposizione dei requisiti necessari (secondo la Corte, infatti, “*la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'Amministrazione aggiudicatrice, purché 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*”).

Ne motivare la propria statuizione la Corte di Lussemburgo ha richiamato il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza “*nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici*” (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, *CoNISMa*, in causa C-305/08). Nel medesimo senso depono altresì la considerazione che un più ampio ricorso all'istituto dell'avvalimento è anche idoneo a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, secondo un orientamento normativo che era già proprio della Direttiva 2004/18/CE e che oggi ispira il nuovo ‘pacchetto’ appalti/concessioni del 2014.

Più di recente la Corte di giustizia ha confermato la valenza generale dell'istituto dell'avvalimento e i limitati margini riconosciuti ai legislatori nazionali nel limitarne il campo di estensione.

In particolare, con la sentenza del 7 aprile 2016 in causa C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz - Pres. Est. Tizzano*) la Corte di Lussemburgo ha chiarito che le disposizioni UE in tema di avvalimento “*[riconoscono] il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti (...), purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto, e non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso (...)*”.

La Corte ha anche chiarito che eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione

Si ritiene qui anche di richiamare la recente decisione della Corte di giustizia del 14 settembre 2017 in causa C-223/16 (*Casertana costruzioni*) relativa alla conformità con il diritto eurounitario delle disposizioni nazionali (in particolare, degli articoli 40 e 49 del Decreto legislativo n. 163 del 2006) per la parte in cui impongono di escludere dalla procedura l'operatore economico il quale abbia indicato una "impresa ausiliaria", la quale abbia tuttavia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, senza consentire all'operatore economico principale di sostituire l'ausiliaria stessa.

La questione era stata sollevata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza del 3 novembre 2015.

La Corte di giustizia premette che la questione deve essere esaminata con esclusivo riferimento al quadro normativo anteriore alle modifiche introdotte con il 'pacchetto appalti/concessioni' del 2014 (e, in particolare, con riferimento agli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE).

Non può dunque rilevare ai fini del decidere la modifica normativa (sul punto chiaramente innovativa rispetto al passato) di cui all'articolo 63, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE la quale (con previsione puntualmente ripresa dall'articolo 89, comma 3 del nuovo 'Codice dei contratti' stabilisce ora che la stazione appaltante deve imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfino un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione (ivi compresi quelli relativi alla perdita della necessaria qualificazione)

Nel merito la Corte di giustizia, pur riconoscendo che l'istituto dell'avvalimento risponde all'evidente esigenza di ampliare la base concorrenziale delle pubbliche gare, osserva che

i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza, non consentendo trattative fra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, escludono la possibilità di modificare le offerte dopo il loro deposito, ad eccezione delle ipotesi di semplici chiarimenti o della correzione di errori materiali manifesti.

Ne consegue che, nel quadro normativo anteriore alle modifiche del 2014, l'amministrazione aggiudicatrice non potesse una modifica della composizione soggettiva del raggruppamento attraverso la sostituzione di un'impresa terza che ne facesse parte e che avesse perduto la qualificazione

richiesta a pena di esclusione. Tale intervento, infatti, costituirebbe una inammissibile modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento.

§ 4 - L'avvalimento nel nuovo 'Codice dei contratti' e le modifiche del c.d. 'Decreto correttivo'

La legge delega n. 11 del 2016 ha recato uno specifico criterio di delega in tema di avvalimento (si tratta del criterio zz)) e ha stabilito che, in sede di emanazione del nuovo 'Codice': *i)* si provvedesse alla revisione della disciplina vigente in materia nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa; *ii)* si imponesse l'indicazione dettagliata nel contratto di avvalimento delle risorse e dei mezzi prestat; *iii)* si rafforzassero 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"; *iv)* si escludesse la possibilità di fare ricorso al c.d. 'avvalimento a cascata'.

Nell'ambito del medesimo criterio direttivo era poi compresa una previsione di difficile comprensione (e potenzialmente idonea – ove intesa nella sua accezione più ampia - a impedire qualunque proficuo ricorso all'istituto): ci si riferisce al divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "*il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare*".

L'istituto dell'avvalimento è ora disciplinato in modo sostanzialmente compiuto dall'articolo 89 del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

La nuova disposizione si pone sotto numerosi aspetti in linea di continuità con la pregressa disciplina ma se ne discosta sotto alcuni aspetti estremamente significativi.

In linea di continuità con il passato si pongono:

- la previsione secondo cui con l'avvalimento è possibile soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'attuale articolo 83, comma 1, lettere b) e c) (e con espressa esclusione dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 80 – conformemente, del resto, a quanto già acquisito in giurisprudenza -)⁴;

⁴ La possibilità di ammettere l'avvalimento per soddisfare ai requisiti di ordine generale era stata già esclusa da Cons Stato, VI, V, 5 novembre 2012, n. 5595.

- l'obbligo per l'impresa concorrente di allegare ai fini partecipativi: i) una dichiarazione dell'ausiliaria relativa al possesso dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; ii) una dichiarazione con cui l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; iii) il contratto di avvalimento con il quale l'impresa ausiliaria si impegna nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.
- la previsione secondo cui, nel caso di dichiarazioni mendaci, oltre ad applicarsi nei confronti dei sottoscrittori il comma 12 dell'articolo 80 (con conseguente segnalazione dell'accaduto all'ANAC ai fini dell'eventuale iscrizione al casellario informatico), è altresì disposta l'esclusione dalla gara e l'escussione della garanzia (comma 1);
- la previsione secondo cui l'impresa concorrente e l'ausiliaria sono solidalmente responsabili in relazione alle prestazioni oggetto di avvalimento (comma 5);
- la previsione secondo cui è ammesso da parte del concorrente l'avvalimento di più imprese ausiliarie, ma non è consentito che l'ausiliario possa a propria volta avvalersi di altro soggetto (comma 6);
- la previsione secondo cui in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (comma 7)
- la previsione secondo cui il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara (alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione) e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 8).

Numerose fra le previsioni dell'articolo 89 costituiscono poi la traduzione normativa di orientamenti già invalsi in giurisprudenza.

Fra tali previsioni si ritiene qui di richiamare:

- la disposizione – introdotta dal decreto correttivo - secondo cui l'avvalimento è ammesso anche fra le imprese partecipanti al medesimo raggruppamento (secondo quanto già previsto da: Cons. Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577);
- la previsione secondo cui è ammesso l'avvalimento multiplo' mentre è escluso il c.d. 'avvalimento a cascata' (che si configura

quando l'impresa ausiliaria non sia in possesso del requisito che si impegna a mettere a disposizione del concorrente a deve conseguentemente a propria ricorrere all'avvalimento al fine di dotarsene). La previsione legifica un orientamento del tutto maggioritario (sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, IV, 24 maggio 2013, n. 2832; *id.*, V, 13 marzo 2014, n. 1251; *id.*, III, 7 marzo 2014, n. 1072).

Fra gli aspetti di (almeno parziale) novità in tema di avvalimento si segnalano:

- la previsione secondo cui è possibile ammettere l'avvalimento in relazione ai titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, ma a condizione che l'impresa ausiliaria esegua direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste (comma 1);
- la previsione secondo cui la stazione appaltante verifica l'insussistenza in capo alle ausiliarie dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei pertinenti requisiti di selezione ai sensi degli articoli 85, 86 e 88. E' altresì previsto (e si tratta della novità di maggior rilievo) che all'occorrenza la stazione appaltante imporrà all'operatore economico di sostituire le ausiliarie che non soddisfino i necessari requisiti o per le quali sussistano motivi obbligatori di esclusione. La disposizione (di stretta derivazione eurounitaria)⁵ deroga – e in senso assai favorevole – al principio secondo cui deve essere escluso il concorrente che abbia desunto i requisiti da altro soggetto il quale ne risulti a propria volta sprovvisto, nonché al principio secondo cui, per ciò che riguarda l'obbligo di continuità nel possesso dei requisiti, il concorrente e l'ausiliario sono pienamente equiparati⁶;
- la previsione secondo cui, nel caso di appalti di lavori, di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti potranno prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un

⁵ L'obbligo per l'impresa concorrente di sostituire l'ausiliaria nelle situazioni appena richiamate è espressamente previsto dall'articolo 63, paragrafo 1, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE.

⁶ A. MANZI, *Commento all'articolo 89*, in: F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017.

- raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento (comma 4);
- la previsione secondo cui l'avvalimento non può essere utilizzato per supplire alla carenza di iscrizione nell'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (comma 10);
 - la previsione secondo cui non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (secondo una previsione da integrare attraverso l'adozione di apposito decreto ministeriale - comma 11 -).

Con il decreto correttivo n. 56 del 2017

- è stata eliminata (conformemente, del resto, alle indicazioni della legge delega e al parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 1° aprile 2016) la possibilità di ammettere avvalimento per ciò che riguarda i requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84 (comma 1);
- è stato chiarito (come già detto in precedenza e conformemente ad orientamenti giurisprudenziali già piuttosto consolidati) che l'avvalimento è ammesso anche fra le imprese partecipanti al medesimo raggruppamento (comma 1);
- è stato specificato (conformemente ad orientamenti giurisprudenziali piuttosto consolidati) che il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (comma 1). La previsione mira all'evidente fine di garantire l'effettivo impiego delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria in sede di esecuzione del contratto;
- è stato chiarito che l'obbligo per l'impresa ausiliata di garantire l'impegno effettivo delle risorse messe a disposizione con il contratto di avvalimento è stabilito a pena di risoluzione del contratto di appalto (comma 9).

§ 5 - La documentazione occorrente per l'avvalimento e la questione del c.d. 'avvalimento plurimo'.

Nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, al fine di evitare il rischio di inquinamento della gara, il concorrente era tenuto ad allegare, ai sensi del comma 2 dell'articolo 49, oltre all'attestazione SOA sua propria e dell'impresa ausiliaria, la seguente documentazione: a) dichiarazione (verificabile ai sensi dell'articolo 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'articolo 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 obbligava (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.

Anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' la documentazione necessaria ai fini dell'avvalimento coincide in massima parte con quella già prevista nella vigenza del Decreto legislativo n. 163 del 2006.

Ai sensi del nuovo articolo 89, infatti, ai fini del valido ricorso allo strumento dell'avvalimento occorrerà allegare:

- a) l'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria (comma 1);
- b) una dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria circa il possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (*ibidem*);
- c) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui la stessa 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 (*in*);

- d) il contratto di avvalimento contenente la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria (*ivi*)

Per quanto riguarda la questione del c.d. 'avvalimento plurimo' (che descrive la possibilità per l'impresa principale di avvalersi di più imprese ausiliarie), va segnalato che l'originario comma 6 dell'articolo 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 aveva 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) novellò il comma 6, prevedendo che solo per i lavori si applicasse il divieto legale di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione. Inoltre il bando di gara poteva 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'articolo 40, comma 3, lett. b), che avevano 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, ebbe a ritenere in contrasto con la disciplina comunitaria (ed in particolare con gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE) l'articolo 49, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale vietava agli operatori economici che partecipavano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese (sul punto G. CUMIN, *L'avvalimento plurimo dopo la sentenza della Corte di Giustizia n. 94 del 10 ottobre 2013*, in *www.LexItalia.it*).

La questione deve ora ritenersi interamente superata con l'entrata in vigore del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' il cui articolo 89, comma 6 ammette oggi l'avvalimento di più imprese ausiliarie e senza vincoli di sorta.

§ 6 - *La prova dell'avvalimento*. Un potenziale profilo problematico del rapporto tra le direttive comunitarie e il vecchio e nuovo 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 (da ultimo: articolo 63, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE), cui si è conformata la giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, VI, 17 settembre 2003, n. 5287), seppure con differenti esiti di merito, si colloca la disposizione di cui al comma 1 dell'articolo 89, la quale impone 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 e può persino assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (in tal senso, il comma 6 dell'articolo 89, cit.).

Anche la giurisprudenza 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 (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, III, 15 maggio 2018, n. 2894; id., V, 28 settembre 2015, n. 4507; id., III, 7 luglio 2015, n. 3390; id., V, 20 giugno 2011, n. 3670 – per la giurisprudenza più recente, v. *infra* -).

L'avvalimento implica comunque che il concorrente che abbia dichiarato di volersi avvalere delle risorse di un'impresa ausiliaria, debba 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'articolo 105 del Codice

dei contratti pubblici (Cons. Stato , Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791; Tar Sardegna, Sez. I, 28 maggio 2010, n. 1361).

§ 7 - I requisiti per i quali l'avvalimento può essere utilizzato. In particolare: la questione del requisito di fatturato specifico.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2006, operando con un livello di specificazione maggiore di quello che aveva caratterizzato il 'Codice' del 2006 chiarisce oggi che oggetto di avvalimento può essere il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c) (con espressa esclusione dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 80, che devono necessariamente essere posseduti tanto dall'impresa principale che da quella ausiliaria).

Disposizioni specifiche sono previste per quanto riguarda l'avvalimento

- dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II; lettera f) o alle esperienze professionali (in questo caso l'avvalimento è consentito solo a condizione che l'ausiliario esegua direttamente i lavori o i servizi per i quali le capacità in questione sono richieste);
- del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del 'Codice dell'ambiente' (che è espressamente vietato dal comma 10 dell'articolo 89).

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' ha chiarito che l'avvalimento può avere ad oggetto anche un requisito di carattere professionale quale la certificazione di qualità aziendale. In tal caso, l'ausiliaria è tenuta a mettere a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse e i fattori della produzione che le hanno permesso l'acquisizione della certificazione (Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953).

La giurisprudenza si è in più occasioni occupata dell'ipotesi in cui oggetto dell'avvalimento sia la messa a disposizione del requisito di fatturato (sia generico che specifico).

Al riguardo (e con particolare riferimento alle ipotesi in cui oggetto di avvalimento sia il requisito di fatturato specifico) si è talvolta ritenuto che l'oggetto specifico dell'obbligazione sia costituito non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa

ausiliata (in tal senso: Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422). Secondo tale approccio, in definitiva, l'avvalimento avente ad oggetto la messa a disposizione del requisito di fatturato specifico avrebbe ad oggetto la messa a disposizione di un requisito di carattere economico-finanziario e presenterebbe una sostanziale identità di *ratio* con l'istituto del c.d. avvalimento di garanzia (sul quale v. *amplius infra*).

Un diverso (e allo stato maggioritario) orientamento ritiene invece che l'avvalimento del requisito di fatturato specifico abbia ad oggetto un requisito di capacità tecnica e che, conseguentemente, postuli la prova rigorosa dell'effettiva messa a disposizione dei relativi elementi costitutivi. E' stato in particolare chiarito che l'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare a un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara - in tal senso: Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; id., III, 5 luglio 2017, n. 3328 -).

Ma anche l'orientamento che ascrive il requisito di fatturato specifico (e il relativo avvalimento) alla categoria dei requisiti di carattere economico-finanziario (con conseguente richiamo alla figura dell'avvalimento di garanzia) richiede la prestazione, da parte dell'ausiliaria, delle proprie risorse e del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, che, a seconda dei casi, si possono identificare in risorse finanziarie, fidejussioni, aperture di credito o mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (in tal senso: Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 4396).

§ 8 - L'avvalimento a cascata. Già nella vigenza del Decreto legislativo n. 163 del 2006 era stata esclusa l'ammissibilità dell'avvalimento a cascata, configurabile allorché 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 la totalità delle quote azionarie (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251). La sentenza in parola aveva ravvisato il fondamento di tale divieto, che potrebbe enucleare problemi di compatibilità con il diritto comunitario

(G. 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.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva giustificato al *ratio* di tale divieto osservando che nelle gare pubbliche l'istituto dell'avvalimento dev'essere idoneo a soddisfare l'interesse pubblico ad una sicura ed efficiente esecuzione del contratto e da ciò scaturisce la conseguenza che la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito, la catena dei possibili subausiliari (Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3347).

Il nuovo 'Codice dei contratti pubblici' ha generalizzato tale divieto e ha previsto, al comma 6, secondo periodo che «l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto».

La disposizione – come è evidente da suo ampio tenore letterale – non appare idonea soltanto ad impedire la figura del c.d. 'avvalimento a cascata' ma – più in generale – a precludere che l'impresa ausiliaria possa ricorrere a qualunque modalità di ricorso ai requisiti e agli apporti di ulteriori operatori.

§ 9 - Il divieto di avvalimento multiplo

Già nella vigenza del Decreto legislativo n. 163 del 2006 l'articolo 49, comma 8 vietava che l'impresa ausiliaria prestasse i propri requisiti a più di un concorrente (e naturalmente anche che partecipasse esso stesso alla gara). Ciò, non soltanto perché in caso contrario sarebbe venuto evidentemente meno il principio di segretezza dell'offerta, ma anche perché ne sarebbe potuto scaturire un conflitto di interessi tra avvalente ed avvalso.

Per il caso in cui fosse violato tale divieto era prevista la sanzione dell'esclusione dalla gara di tutte le imprese che si fossero avvalse dello stesso soggetto (salva la responsabilità di quest'ultimo nei confronti delle prime), mentre in caso di partecipazione dell'avvalso l'esclusione avrebbe riguardato la stessa ausiliaria.

Ancora nella vigenza del 'Codice' del 2006 il divieto di avvalimento multiplo contemplava un'eccezione (comma 9) relativa all'ipotesi in cui determinate attrezzature fossero possedute da un ristrettissimo numero di

imprese; in questo caso il bando avrebbe potuto consentire che una stessa impresa prestasse l'avvalimento a più concorrenti, nel limite massimo ivi prefissato.

La norma sembrava richiedere in tale caso all'impresa ausiliaria di praticare le medesime condizioni a tutti gli imprenditori avvalenti.

Si era comunque osservato in dottrina che il divieto di avvalimento multiplo, pur se evidentemente finalizzato a garantire la concorrenzialità e trasparenza della gara, potesse 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 R. MANGANI, *L'avvalimento tra norme comunitarie e disciplina nazionale, ovvero il paradigma di una difficile convivenza*, in www.giustamm.it).

Il divieto di avvalimento multiplo è stato ribadito dall'articolo 89 del nuovo 'Codice dei contratti pubblici', il cui comma 7 riprende in modo pressoché testuale la formulazione dell'articolo 49, comma 6 del previgente 'Codice'.

§ - 10. La determinatezza o la determinabilità dell'oggetto

Con la sentenza 23 novembre 2016, n. 23 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha fornito chiarimenti di indubbio interesse sistematico per quanto riguarda i contorni applicativi della figura dell'avvalimento dei requisiti di partecipazione (sul punto: G.C. FIGUERA, *L'avvalimento secondo l'Adunanza plenaria*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 3/2017, p. 410, segg.).

La sentenza in questione è stata resa in relazione al previgente quadro normativo (Decreto legislativo 163 del 2006, articolo 49) ma le relative statuizioni sono certamente riferibili anche alle previsioni del vigente 'Codice dei contratti pubblici'.

La decisione si pone certamente sul solco del filone giurisprudenziale che mira a rendere più rigoroso – ma comunque in una cornice di compatibilità eurounitaria - il ricorso all'avvalimento dei requisiti, evitando altresì che il contratto di avvalimento si riduca a mere formule di stile (secondo il modulo del c.d. '*avvalificio*').

Si trattava in particolare di stabilire (per il caso in cui l'oggetto del contratto di avvalimento non sia immediatamente determinato – ma sia comunque agevolmente determinabile -) se tale contratto sia nullo per violazione dell'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 (il quale, in effetti, impone(va) che

il contratto di avvalimento indicasse le risorse e i mezzi prestati «*in modo determinato e specifico*».

Emergeva quindi una potenziale antinomia con la previsione generale di cui all'articolo 1346 del cod. civ., secondo cui l'oggetto del contratto può anche essere '*determinabile*', senza che ciò comporti forma alcuna di invalidità del contratto medesimo.

L'Adunanza plenaria osserva in primo luogo che l'istituto dell'avvalimento presenta una matrice eurounitaria e mira in particolare a facilitare l'accesso delle PMI alle pubbliche gare (in tal senso: CGUE, sentenza in causa C-305/08 – CoNISMa).

Ne consegue che l'operatore nazionale debba interpretare le categorie di diritto interno in senso conforme all'ordinamento UE ed evitare interpretazioni che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire o limitare l'ambito di applicazione di tale istituto (anche alla luce dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione).

Ne consegue ancora che il diritto UE (nonché i richiamati principi generali) ostano a un'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti (anche di forma) più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti dagli artt. 1325 e 1346 c.c.;

Più in particolare, il diritto dell'Unione osta a un'interpretazione secondo cui

- mentre per la generalità dei contratti l'oggetto potrebbe essere (non solo '*determinato*' / ma anche) «*determinabile*» (art. 1346 cod. civ.);

- al contrario, solo per i contratti di avvalimento sarebbe necessario un oggetto sempre e comunque «*determinato*» (d.P.R. 207 del 2010, art. 88).

Non si può del resto ritenere che il d.P.R. 207 del 2010, art. 88 (disposizione dall'evidente carattere subprimario) possa derogare alle richiamate disposizioni codicistiche (di rango evidentemente primario).

E neppure può ritenersi che il nuovo 'Codice dei contratti pubblici' abbia vincolato le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto.

In particolare, l'articolo 89 del Decreto legislativo n. 50 del 2016 stabilisce che con il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria si impegna nei confronti della concorrente «*a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*» (ma non prescrive forme di rappresentazione puntuale e tassativa dell'oggetto).

Pertanto l'Adunanza plenaria stabilisce che «*l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva*

2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.

In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'.

Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione'.

§ 11 - Avalimento tecnico-operativo vs avalimento di garanzia. Ancora sul requisito di fatturato specifico.

La figura del c.d. 'avalimento di garanzia' è stata enucleata da ormai circa due lustri dalla giurisprudenza amministrativa al fine di svincolare in qualche misura il necessario collegamento fra la messa a disposizione dei requisiti e le relative risorse materiali e immateriali.

Man mano che la giurisprudenza consolidava il rigoroso orientamento secondo cui il 'prestito' dei requisiti di carattere oggettivo non può risolversi in mere formule di stile (ma deve dare conto dell'effettività della relativa messa a disposizione) si fece spazio l'esigenza di individuare ipotesi in cui tale rigore fosse in parte attenuato in ragione della peculiarità dei requisiti oggetto di avalimento e della sostanziale funzione di garanzia che era sottesa al prestito.

Sin dagli anni Duemila, quindi, fu enucleata la distinzione (di cui non furono inizialmente chiari i numerosi aspetti problematici) fra il cd. 'avalimento operativo' e il c.d. 'avalimento di garanzia' (sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, V, 15 ottobre 2009, n. 1589; id., V, 8 ottobre 2011, n. 5496).

Mentre nel primo caso (si osservò in dottrina e in giurisprudenza), il prestito ha ad oggetto entità materiali, riconducibili alla capacità tecnica ed organizzativa dell'ausiliaria (quali attrezzature, personale specializzato), si ha avalimento di *garanzia* quando i requisiti di cui si usufruisce sono prettamente *immateriali* (quali il fatturato globale, il capitale sociale minimo o le cd. "prestazioni analoghe") ed hanno questi la funzione di assicurare

alla stazione appaltante la solidità patrimoniale dell'ausiliata (A. RUFFINI, *La concreta individuazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria nell'avvalimento c.d. di garanzia*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 5/2014, p. 544, ss.).

E' evidente che, anche nelle sue declinazioni più estensive, la figura dell'avvalimento di garanzia potesse essere postulata soltanto in relazione al possesso dei requisiti di carattere economico e finanziario (e peraltro con i limiti e le riserve di cui fra breve si dirà) e giammai con riferimento ai requisiti di carattere tecnico e professionale.

La giurisprudenza aveva più volte affermato che potesse ravvisarsi un avvalimento di garanzia quando "l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto" (TAR Campania, I, 2 febbraio 2011, n. 644).

Nonostante i fondamenti concettuali del c.d. 'avvalimento di garanzia' siano ormai da alcuni anni sottoposti a serrata critica, la figura in questione (anche grazie al carattere piuttosto intuitivo della sua enunciazione e al successo collegato alla sua formula definitoria) continua ancora di recente ad essere enunciata in giurisprudenza.

Ancora nel maggio del 2018 la Quinta Sezione ha affermato che nelle gare pubbliche, se un'impresa intende avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione, oggetto specifico dell'obbligazione, è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche (il cui indice è costituito dal fatturato), l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando.

L'adesione a tale orientamento produce rilevanti effetti sul versante probatorio, sino ad idrre parte della giurisprudenza ad affermare che nel caso di 'avvalimento c.d. di garanzia' non sussisterebbe l'esigenza di una indicazione puntuale e specifica dei requisiti e delle risorse messe a disposizione, non trattandosi di beni in senso tecnico-giuridico, per i quali sussiste la necessità di sufficiente determinazione (in tal senso: Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2855; id., V, 28 febbraio 2018, n. 1216; id., V, 22 novembre 2017, n. 5429).

Come si è detto, un ormai cospicuo orientamento giurisprudenziale sottopone ormai da alcuni anni a serrata critica il fondamento stesso della figura del c.d. 'avvalimento di garanzia'.

E' stato in particolare sottolineato che a fronte di ogni forma di avvalimento è indispensabile la sussistenza di un rigoroso collegamento tra la messa a disposizione dei requisiti e le relative risorse e mezzi prestati (senza che tale necessità possa essere attenuata o radicalmente elisa a fronte del c.d. 'avvalimento di garanzia' – di cui è peraltro assente un'espressa enunciazione normativa -). L'estensione dei richiamati principi anche alla figura dell'avvalimento cd. di garanzia viene resa necessaria dalla centralità, nell'ambito del sinallagma contrattuale, della concreta individuazione delle risorse economiche e delle dotazioni aziendali poste a disposizione dell'ausiliata (sul punto – ex multis -: Cons. Stato, III, 22 gennaio 2014, n. 294).

Più di recente si è affermato che in tutti i casi di contratto di avvalimento (e quindi anche nel c.d. 'avvalimento di garanzia'), l'assunzione di una generica obbligazione di “mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”, così riproducendo semplicemente la dicitura codicistica, costituisce una locuzione o proposizione contrattuale del tutto generica, assimilabile ad una semplice formula di stile, dalla quale non si evince in alcun modo un impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria di mettere a disposizione il fatturato e le risorse eventualmente necessarie con il contestuale vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato Sez. V, 16 luglio 2018, n. 4329).

La tensione dialettica fra i due richiamati orientamenti non può dirsi allo stato ancora risolta e – al contrario – ha trovato in tempi recenti ulteriore fonte di alimentazione con riguardo all'avvalimento del requisito di fatturato specifico.

In particolare, a fronte di tale tipologia di avvalimento si è registrata un'oggettiva diversità di vedute fra

- da un lato, chi ritiene che nelle ipotesi in esame l'oggetto della messa a disposizione è pur sempre costituito da un mero requisito di capacità economico-finanziaria (che risponderebbe a una funzione di garanzia e di rafforzamento della garanzia patrimoniale, non imponendo in capo all'ausiliaria un particolare onere probatorio) e
- dall'altro, chi ritiene che l'avvalimento di uno specifico requisito di fatturato specifico, lungi dal rivestire una mera funzione di garanzia, persegua la finalità di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata uno specifico requisito esperienziale. Si è osservato al riguardo che laddove il c.d. avvalimento di garanzia rimanesse astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, ne risulterebbe di fatto snaturata la *ratio* stessa

dell'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustarne anche la pretesa funzione di garanzia (in tal senso: Cons. Stato, V, 14 aprile 2016, n. 1504).

La questione, come si è detto, non può pertanto ancora oggi considerarsi risolta.

§ 12 - *Avvalimento di certificazioni di qualità e SOA*

Si è posta in giurisprudenza la questione se il contratto di avvalimento possa avere ad oggetto le certificazioni di qualità di cui all'articolo 87 del Codice dei contratti.

A un tradizionale orientamento che negava tale possibilità (in ragione del carattere del tutto individuale della certificazione di qualità la cui valenza onnicomprensiva ben difficilmente sembra oggetto possibile di un 'prestito' ai sensi dell'articolo 89) si è più di recente contrapposto un orientamento che ammette tale possibilità, sia pure al ricorrere di condizioni piuttosto rigorose.

Si è affermato al riguardo che nelle gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione. La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria (in tal senso: Cons Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710. In termini analoghi: Cons. Stato, 17 maggio 2018, n. 2953).

Problematiche in gran parte analoghe si sono poste circa la possibilità di ammettere che oggetto di avvalimento possa essere l'attestazione SOA.

Anche in questo caso il principale ostacolo di ordine sistematico è stato rappresentato sino a tempi recenti dal carattere generale e onnicomprensivo dei requisiti compendati nell'attestazione SOA e dalla connessa difficoltà di ammetterne la messa a disposizione in favore di terzi.

Ed anche in questo caso la giurisprudenza si è da ultimo orientata nel senso di ammettere l'avvalimento dell'attestazione SOA, ma alla duplice condizione: 1) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero *setting* di

elementi e requisiti che hanno consentito di ottenere il rilascio; *ii*) che il contratto di avvalimento dia conto in modo analitico e puntuale del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento (non risultando a tal fine idoneo il ricorso a mere formule di stile e di carattere generale).

E' stato affermato in particolare che In materia di gare pubbliche quando oggetto dell'avvalimento è un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale (comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse) che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (in tal senso: Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316. In termini analoghi: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226).