



# L'avvalimento

Profili interdisciplinari

*a cura di*

Roberto Dante Cogliandro



**Giappichelli**

# INTRODUZIONE

di *Stefano Fantini*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il principio eurounitario dell'avvalimento. – 3. L'avvalimento nel Codice dei contratti pubblici: contenuto e natura giuridica. – 4. La forma dell'avvalimento.

## 1. Premessa

Il presente volume si caratterizza per avere ad oggetto lo studio dell'avvalimento nella sua complessità strutturale e funzionale, in una prospettiva di esame trasversale del tema.

Si diceva, nell'Introduzione alla prima edizione, che l'avvalimento, per certi versi, costituisce ancora un problema interpretativo aperto, come dimostra il frequente interessamento al medesimo da parte della giurisprudenza.

Tale dato è ancora oggi postulabile e discende dal carattere accentuatamente prismatico dell'istituto, con più facce non sempre agevolmente riconducibili ad unità, come sovente accade allorché un istituto appartenente (nel profilo sostanziale) al diritto comune si innesta in un *cotè* pubblicistico, quale è il procedimento ad evidenza pubblica.

Inoltre è conseguenza del fatto che il nostro ordinamento ha recepito l'avvalimento con una certa diffidenza, sentendolo un po' come un corpo estraneo, talvolta percependone una sorta di non meritevolezza nella prospettiva della serietà dell'offerta presentata in una gara per l'affidamento di un contratto pubblico, e dipende anche dalla circostanza che se ne è studiata principalmente la dimensione procedimentale, che è quella prospettata dalle norme vigenti, senza cercare di penetrarne a fondo la natura giuridica e – si potrebbe dire – la sua intima essenza.

Il che è poi l'obiettivo perseguito da questo studio, caratterizzato da con-

---

\* Consigliere di Stato.

tributi provenienti da studiosi con differente estrazione, proprio nell'auspicio di offrire una lettura integrata dell'istituto.

## 2. Il principio eurounitario dell'avvalimento

L'avvalimento nasce nel diritto europeo, ove, 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<sup>1</sup>.

Diversamente definito come «*possesso mediato ed indiretto dei requisiti*», si tratta di un istituto finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche consentendo alle imprese (piccole e medie) che intendono concorrere di fare riferimento alla capacità ed ai mezzi di uno o più soggetti diversi.

Tali profili, che descrivono la struttura essenziale dell'avvalimento, sono trattati nei contributi di Corradino e Sciancalepore e di Napolano (rispettivamente, cap. III, *Avvalimento e concorrenza*, e cap. II, *L'avvalimento come forma di apertura del mercato a tutti gli operatori economici*).

La direttiva 2004/18/CE, contenente la prima disciplina comunitaria in materia di appalti, si è posta a recepimento del ricordato assunto giurisprudenziale, codificando il principio del possesso *per relationem*, ed in particolare prevedendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità (economiche, finanziarie e tecniche) di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; in tale caso deve dimostrare all'Amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi necessari.

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

Sotto questo secondo profilo, le norme sopranazionali prefigurano un re-

---

<sup>1</sup> In materia di appalti di servizi cfr. Corte giust. U.E., 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, *Holst Italia*; già in precedenza, in materia di appalti di lavori, Corte giust. U.E., 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*.

gime 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 sembra essere, sul piano funzionale, uno strumento operativo alternativo al raggruppamento temporaneo di imprese, occorre tuttavia rilevare come la disciplina comunitaria (cfr. art. 47, comma 3, della direttiva unificata n. 18), nel prevedere la possibilità che, alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici possa fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, induce ad ammettere, in una prospettiva "cumulativa" ulteriormente proconcorrenziale, 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 (si vedano le riflessioni di inquadramento sistematico di Renna, Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cap. XIII).

È dunque configurabile anche il c.d. "avvalimento infragruppo", che poneva, fino al recente passato, in evidenza delle specificità, come un onere probatorio e documentale semplificato, non implicante la stipulazione di un contratto, ma una mera dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo<sup>2</sup>.

Le questioni connesse all'avvalimento infragruppo e soprattutto i profili sistematici di progressiva riconduzione del medesimo al paradigma generale per effetto del vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) sono trattate da Cesarano, Sbordone (*L'avvalimento infragruppo*) [cap. XI].

### 3. L'avvalimento nel Codice dei contratti pubblici: contenuto e natura giuridica

L'art. 89 del vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) delinea la disciplina dell'avvalimento, recependo ed al contempo dando attuazione alle direttive del 2014.

Se ne inferisce che l'avvalimento concerne i requisiti oggettivi di ordine speciale (e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 80 del

---

<sup>2</sup> In termini Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336.

Codice dei contratti pubblici, del cui possesso deve essere allegata l'auto-certificazione), di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (di cui all'art. 83 dello stesso *corpus legislativo*), ivi compresa l'attestazione SOA (pur costituendo la stessa una qualificazione «personale»), senza limitazioni sotto il profilo qualitativo e quantitativo.

L'inesistenza di limiti all'avvalimento porta con sé il rischio che i concorrenti «*si trasformino in scatole vuote, meri organizzatori del lavoro altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbero limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento*»<sup>3</sup>, dando luogo ad un «*centro di imputazione di rapporti giuridici, privo tuttavia di qualunque substrato tecnico, organizzativo e finanziario*»<sup>4</sup>, ovvero ancora ad una sorta di «*holding dai contorni oscuri*»<sup>5</sup>.

In realtà, la funzione dell'avvalimento, come emerge bene anche dalla trattazione di Buonauro (*Tipologie e criticità dell'avvalimento. Il regime probatorio nell'avvalimento di attestazione*) [cap. IV], non è quella di dare corpo ad un soggetto fittizio, quanto piuttosto di integrare i requisiti di un imprenditore realmente operante nel mercato delle commesse pubbliche. La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 4 novembre 2016, n. 23, ha messo in guardia dai «*potenziali rischi connessi ad un uso indistinto e strumentale dell'istituto*».

Finalizzata ad evitare tale rischio è la previsione dell'art. 89, comma 9, secondo cui «*in relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto*».

In particolare, con riguardo, ad esempio, all'avvalimento dell'attestazione SOA, la giurisprudenza ha chiarito che è ammissibile purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie ri-

---

<sup>3</sup>C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Milano, 2008, II, 1490; cfr. altresì gli ulteriori approfondimenti in C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, II, p. 1310 ss.

<sup>4</sup>R. MANGANI, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in *www.giustamm.it*, 2008.

<sup>5</sup>G.P. CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008.

sorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità<sup>6</sup>.

Chiarificatore, per la sua portata sostanziale, appare l'ultimo periodo del novellato comma 1 dell'art. 89 alla cui stregua «*il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria*».

La regola della necessaria specificità del contratto di avvalimento consente dunque di attribuire un contenuto all'avvalimento operativo che ne delimita il profilo causale, e, con esso, l'ambito di ammissibilità, bene individuando i requisiti inerenti la capacità tecnica e professionale.

La questione rimane più problematica per il c.d. avvalimento di garanzia, nel quale l'impresa ausiliaria presta all'ausiliata i requisiti economici e finanziari, come ad esempio il volume di affari o del fatturato (globale e specifico), e quindi valori (*melius*, risorse) immateriali<sup>7</sup>. Proprio alla luce di tali caratteristiche la giurisprudenza è tendenzialmente orientata ad affermare che la regola della puntuale indicazione nel contratto di avvalimento delle risorse in concreto prestate non rinvenga piena applicazione nell'avvalimento di garanzia, il quale non implica necessariamente il coinvolgimento di assetti specifici dell'organizzazione dell'impresa, ma assolve alla funzione di ampliare lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice è costituito dal fatturato<sup>8</sup>.

Un tema importante, non sempre adeguatamente affrontato, è quello della natura giuridica dell'avvalimento; l'art. 89, comma 1, si limita ad affermare che si tratta di un contratto mediante il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; secondo le categorie tradizionali, si tratta di un contratto consensuale ad effetti obbligatori di diritto privato inserito nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica.

In dottrina è stato evidenziato che l'avvalimento costituisce una «*fatti-specie 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*»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; Id., 21 dicembre 2021, n. 8486.

<sup>7</sup> Nell'avvalimento c.d. di garanzia, riferito ai requisiti di capacità economica e finanziaria, il prestito si sostanzia essenzialmente nell'impegno a garantire l'impresa ausiliata nei confronti della stazione appaltante tramite la messa a disposizione della solidità economica e finanziaria dell'impresa ausiliaria: in termini Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7429.

<sup>8</sup> Così Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423.

<sup>9</sup> In termini G.P. CIRILLO, *op. cit.*

Sono configurabili, in questa fattispecie comunque complessa, due momenti fondamentali, costituiti rispettivamente dalla stipulazione del contratto intercedente tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente e dalla dichiarazione dell'impresa ausiliaria, con cui 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 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<sup>10</sup>.

Anche in questo studio è posto in luce che è possibile ravvisare la «*presenza di due moduli negoziali (contratto di avvalimento e promessa unilaterale) nel procedimento di evidenza pubblica, tenuti insieme da un collegamento negoziale tra i due negozi giuridici, che, pure essendo strutturalmente distinti ed autonomi, concorrono al risultato unitario della partecipazione alla gara ed eventualmente all'aggiudicazione dell'impresa concorrente e alla esecuzione dell'oggetto della promessa*» (Bocchini, *L'avvalimento tra contratto e dichiarazione unilaterale*) [cap. VIII].

Con riguardo alla natura giuridica, la già citata sentenza n. 23/2016 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto l'avvalimento un contratto "atipico", tendenzialmente oneroso, nel quale coesistono elementi caratterizzanti il mandato, l'appalto di servizi ed anche aspetti di garanzia. Tali aspetti sono trattati da Santise (*L'avvalimento, il soccorso istruttorio e l'Adunanza Plenaria*) [cap. XII].

Giova ricordare che il nuovo codice non contiene più il divieto di avvalimento multiplo (o plurimo), ponendo ora l'art. 89, comma 6, il solo limite dell'avvalimento a cascata, per cui l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto; in via interpretativa dovrebbe ammettersi anche l'avvalimento frazionato, seguendo le considerazioni di Buonauro (*Tipologie e criticità dell'avvalimento. Il regime probatorio nell'avvalimento di attestazione*) [cap. IV].

È ritenuto non configurabile l'avvalimento c.d. *ad abundantiam*<sup>11</sup>; ciò in quanto, in applicazione del principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in caso di inadeguatezza o invalidità dell'avvalimento (dichiarato in sede di ga-

---

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956.

<sup>11</sup> Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 1° giugno 2021, n. 4208.

ra) si darebbe luogo ad un mutamento della domanda di partecipazione in contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza; si deve peraltro valutare la coerenza di tale soluzione rigorosa con le aperture da ultimo registrabili in giurisprudenza ad esempio in tema di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei d'impresa<sup>12</sup>.

Ciò si rileva in un contesto in cui l'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 consente la sostituzione dell'ausiliaria senza alcun limite, proprio al fine di assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese<sup>13</sup>.

#### 4. La forma dell'avvalimento

Il tema della forma giuridica dell'avvalimento si pone nella sua complessità trattando della prova del rapporto giuridico intercorrente tra avvalente ed avvalso, questione sulla quale si registra, come premesso, una diversità di posizioni tra direttiva europea e disciplina interna.

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, si colloca la norma di cui al comma 1 dell'art. 89, la quale richiede l'allegazione del contratto 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 del contratto stesso.

Premesso che la soluzione del legislatore nazionale sembra coerente con la scelta, sviluppata nell'ambito della discrezionalità riconosciutagli dal diritto europeo, 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 (comma 5), e può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 8), occorre aggiungere che la norma in questione pone in realtà un problema di forma del contratto di avvalimento.

---

<sup>12</sup> Il riferimento è alla recente pronuncia di Cons. Stato, ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2, che ha ritenuto consentita la modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 da parte del mandatario o di una delle società mandanti, non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368.

Il tema è trattato da Sassi (*La forma del contratto*) [cap. X], il quale parla di una “forma procedimentale”, a segnalare che costituisce il mezzo di controllo della stazione appaltante sui requisiti essenziali dell’avvalimento, derivandone il corollario che si tratti di una forma scritta *ad substantiam actus*.

Giova considerare come non sia valido, ai fini della partecipazione ad una procedura di gara, un contratto di avvalimento condizionato, potendo ritenersi ammessa, quale unica forma di condizionamento, quella che subordina l’efficacia del contratto all’avvenuta aggiudicazione, atteso che la mancata aggiudicazione diviene condizione risolutiva del contratto stesso (in assenza di aggiudicazione, non si giustifica infatti l’impegno dell’ausiliaria a mettere a disposizione dell’operatore economico concorrente risorse umane e mezzi materiali per l’esecuzione della prestazione)<sup>14</sup>.

Un’ultima considerazione in materia di forma dell’avvalimento riguarda la rilevanza processuale dell’eventuale nullità del contratto; prevale l’opinione che non sia necessario esperire l’azione di nullità di cui all’art. 31 cod. proc. amm., in quanto la predetta invalidità si pone come presupposto sostanziale dell’illegittimità degli atti di gara, che devono comunque essere impugnati con l’ordinaria azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2021, n. 3773.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4308.

# L'AVVALIMENTO COME FORMA DI APERTURA DEL MERCATO A TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI E COME STRUMENTO CHE REALIZZA LA PARITÀ DI CONDIZIONI TRA LE IMPRESE CHE INTENDONO AGGIUDICARSI E/O PARTECIPARE AD UNA COMMessa PUBBLICA

di Enzo Napolano \*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Contenuti, finalità e funzione. – 3. Nozione nazionale e comunitaria di appalto pubblico e possesso dei requisiti. – 4. Avvalimento: regola o eccezione. – 5. Rapporti con altri istituti concorrenziali. – 6. Apertura del mercato e rischi connessi. – 7. L'avvalimento c.d. operativo ed il suo controllo. Effetti e rischi sulla finalità dell'istituto.

## 1. Introduzione

La *fortuna* dell'avvalimento, nell'ambito dello *strumentario* a disposizione delle imprese, per ampliare le proprie capacità concorrenziali sul mercato, è sotto gli occhi del pratico e del teorico.

Del primo in quanto sono, effettivamente, una rarità le gare di appalto in cui non sia utilizzato tale strumento per la partecipazione, anche a discapito di altre forme di collaborazione pro concorrenziali; del teorico in quanto è, quantitativamente e qualitativamente, preponderante, la produzione giurisprudenziale sul tema da parte dei giudici amministrativi: segno evidente che i contorni dell'istituto sono, tuttora, non del tutto definiti.

Pertanto l'esigenza di una riflessione puntuale sulla funzione e la finalità dell'avvalimento, nell'ambito di una più ampia ed approfondita trattazione

---

\* Avvocato foro di Napoli.

del complesso istituto, è, tuttora, attuale e funzionale a diverse finalità.

Da un lato quella di avvicinare l'interprete e l'operatore ad un istituto che, nonostante il suo, oramai, formale e più che decennale, recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale, è, tuttora ed ancora, percepito, anche per la disinvolta attuazione pratica (soprattutto nel passato)<sup>1</sup>, come *un atto di fede*; volendosi, cioè, intendere il fatto che è, tuttora, diffuso un, non sempre celato, scetticismo in ordine al fatto che, effettivamente, attraverso tale modulo, si possano porre, concretamente, a disposizione del concorrente i requisiti richiesti (specie quelli immateriali); o, anche, che di fatto ciò poi, realmente, avvenga, pur quando concerna mezzi, personale e requisiti materiali. Essendo percepito, invece, quale vera e propria *fictio* di natura comunitaria, al fine di consentire a soggetti che non sono in possesso dei requisiti tecnici richiesti, di partecipare a procedure per l'affidamento di contratti pubblici, con la garanzia di altro soggetto.

Dall'altro, un tale approfondimento consente di individuare migliori coordinate, finalizzate ad una corretta interpretazione dei diversi profili dell'istituto che, sul piano operativo e concreto, ancora restano incerti.

## 2. Contenuti, finalità e funzione

È affermazione comunemente diffusa, e generalmente, tuttora, condivisa, quella secondo cui finalità e funzione dell'avvalimento sia quella – comune, si afferma, anche ad analoghi istituti che disciplinano forme di collaborazione tra imprese – di *“favorire il più possibile la concorrenza, mediante l'ampliamento potenziale della partecipazione delle imprese alle procedure con-*

---

<sup>1</sup> Sotto tale aspetto risultano rilevanti, al fine di segnare un cambio di passo in questa direzione, le disposizioni contenute nell'art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. *“In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità”*.

*corsuali*”, con la conseguenza che “*ciò assicura una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa*”<sup>2</sup>.

Funzione attuata, in tale caso, pure si afferma, consentendo una “*eccezione al principio che impone ai concorrenti che partecipano a una gara pubblica di possedere in proprio i requisiti di qualificazione*”<sup>3</sup>.

Eccezione che, tuttavia, si specifica, comunque, trova un proprio limite naturale nell’altrettanto tutelata esigenza di garantire che, comunque, la pubblica amministrazione si affidi, a soggetti che siano, direttamente, in possesso dei requisiti necessari e richiesti nel caso di specie.

La finalità e la funzione dell’istituto è ricavata, per deduzione, dall’analisi dei suoi connotati, ma, si evidenzia, non risulta affermata in alcun atto di indirizzo, né è formalizzata in alcuna affermazione o disposizione di principio, né a livello nazionale e neppure a livello comunitario.

Ciò è dovuto alla stessa genesi dell’istituto che, come noto, è riconducibile alla giurisprudenza comunitaria.

L’esame dei tratti salienti e concreti dell’istituto porta a rilevare che, attraverso il medesimo, si tende ad attuare una tendenziale apertura del mercato dei contratti pubblici – nella fase iniziale senza alcun limite qualitativo o quantitativo<sup>4</sup> – a soggetti che sono privi, personalmente e direttamente, anche di alcuna precedente esperienza e *know how* specifico; e, quindi, dei requisiti tecnici, economici, professionali, finanziari previsti, quali criteri di selezione, dalla normativa sui contratti pubblici, per la partecipazione, nello specifico, ad un solo appalto, oppure ad una serie di appalti (mediante conseguimento di attestazione SOA)<sup>5</sup>.

L’istituto, quindi, apre il mercato dei contratti pubblici ad un numero tendenzialmente illimitato di soggetti attuando, sul piano astratto, una parità di condizioni tra imprese rispetto al proprio interesse ad accedere a tale mercato.

---

<sup>2</sup>Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160; Codice dell’Appalto Pubblico, a cura di Baccarini-Chiné-Proietti, Milano, 2015, p. 639 ss.

<sup>3</sup>Codice dell’Appalto Pubblico, *ibidem*; in giurisprudenza, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742.

<sup>4</sup>Ma sul punto più diffusamente *infra*.

<sup>5</sup>Sulla possibilità di conseguimento della SOA mediante avvalimento anche a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 si sono posti fondati dubbi, per la mancanza di una disposizione analoga a quella dell’art. 50 del d.lgs. n. 163/2016. Si registra, da ultimo, un intervento in tale ambito sede di correttivo di cui al d.lgs. n. 86/2017 mediante la modifica del comma 1 dell’art. 89.

### 3. Nozione nazionale e comunitaria di appalto pubblico e possesso dei requisiti

L'elemento caratterizzante dell'avvalimento – che costituisce una vistosa deroga al principio tradizionale (almeno nell'ordinamento nazionale) della personalità dei requisiti per la partecipazione ad una gara pubblica – esprime la profonda inclinazione democratica dell'istituto e, a ben vedere, è radicato e rintracciabile nella stessa nozione comunitaria di contratto di appalto pubblico.

Come già ricordato, la figura in parola ha origine nella giurisprudenza comunitaria<sup>6</sup> e, nello specifico, nell'ambito di una controversia in cui una società holding, non possedendo direttamente i requisiti richiesti per la partecipazione ad una gara di appalto, chiedeva di parteciparvi utilizzando i requisiti e quindi i mezzi posseduti dalle sue consociate.

La Corte ha ritenuto di ammettere la partecipazione sulla scorta non dell'affermazione o del richiamo di un generico principio proconcorrenziale o di massima apertura del mercato, ma richiamando, in primis e direttamente, la stessa nozione di contratto di appalto pubblico, come declinata dall'allora vigente art. 1, comma 1, lett. a), della direttiva 71/305 (modificato dall'art. 1 della direttiva 80/440), quale contratto il cui contenuto ed oggetto è “*di far eseguire con qualsiasi mezzo*” un'opera corrispondente alle esigenze dell'Amministrazione<sup>7</sup>.

È proprio il riferimento al “*qualsiasi mezzo*” ad essere stato valorizzato dalla Corte al fine di riconoscere l'esistenza del principio a livello comunitario.

Il precipitato di tale affermazione è che deve ritenersi insito nella stessa nozione comunitaria di contratto pubblico, il principio fondante l'istituto dell'avvalimento.

Il quale, quindi, non costituisce, propriamente, un istituto autonomo e successivo, introdotto al fine specifico di incrementare la concorrenza ed ampliare il novero dei partecipanti; ma è una delle modalità per garantire all'operatore economico di procurarsi la disponibilità dei mezzi adeguati richiesti per l'esecuzione del contratto pubblico.

---

<sup>6</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 14 aprile 1994, n. 389 c.d. sentenza Ballast Nedam Groep, relativa ad un appalto di lavori, oggetto di contenzioso tra l'omonima holding e lo Stato Belga.

<sup>7</sup> A fondamento della propria interpretazione la citata sentenza richiama, altresì, anche altre disposizioni pure vigenti allora che comunque consentivano all'affidatario di eseguire i lavori utilizzando strutture di terzi.

Come è stato detto l'avvalimento è un modulo organizzativo di impresa e costituisce, quindi, sotto tale aspetto, espressione della libera iniziativa economica e della libertà organizzativa dell'imprenditore di stabilire, liberamente, il modo migliore di organizzare i mezzi necessari e strumentali per lo svolgimento della propria attività; senza essere costretto cioè – a pena di inammissibilità assoluta rispetto ad un determinato mercato (quello degli appalti pubblici) – ad aderire ad un modulo organizzativo (possesso diretto e personale), piuttosto che ad un altro<sup>8</sup>.

Visto da questo punto di osservazione, quindi, l'istituto costituisce, anche, il modo concreto per tutelare ed attuare la libertà di impresa e, quindi, sua finalità non è solo quella di attuare la concorrenza nella sua doppia accezione, ma, altresì, quella di attuare la libertà di impresa *tout court* tutelata direttamente dalla Costituzione.

Il suindicato carattere sta a testimoniare, in ultima analisi, la sostanziale indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto al soggetto titolare dei mezzi richiesti per l'esecuzione e la prevalenza, a tal fine, dell'aspetto relativo alla dimostrazione della effettiva disponibilità di questi rispetto alla loro diretta proprietà o personale possesso.

In tale direzione si è sviluppata la normativa successiva, rivolta, principalmente, a regolare le modalità con cui dimostrare tale disponibilità.

L'evoluzione più recente, sia nella giurisprudenza comunitaria<sup>9</sup>, sia ancora nella normativa<sup>10</sup>, poi recepita nell'Ordinamento nazionale, non ha segnato mutamenti sotto tale aspetto.

Pertanto, può certamente convenirsi con la individuazione della finalità, della funzione e del carattere essenziale dell'istituto, in primis, nella esigenza di assicurare ed attuare la massima concorrenza, nella sua duplice accezione<sup>11</sup> e nella finalità di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore operando una tendenziale e formale par condicio tra gli stessi.

---

<sup>8</sup> Determinazione AVCP determinazione n. 2 del 1° agosto 2012.

<sup>9</sup> Sentenza Corte giust., 2 dicembre 1999, n. 176 che ha esteso l'utilizzo dei mezzi anche oltre l'ambito del fenomeno del gruppo a condizione che sia provata l'effettiva disposizione dei mezzi dei terzi.

<sup>10</sup> Artt. 47, 48 e 52 della direttiva 2004/18/CE e 53 e 54 direttiva 2004/17/CE che hanno recepito i suddetti principi formalmente e successivamente e da ultimo direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE.

<sup>11</sup> Ricomprensivo sia interventi “*di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto*”, sia interventi “*mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per l'instaurazione di assetti concorrenziali*”, Corte cost. n. 401/2007.

È, tuttavia, rilevante specificare che tale carattere e finalità non è dell'avvalimento in quanto tale – che è in se un mero modulo organizzativo di impresa – ma è insito nella stessa nozione di contratto di appalto pubblico, originariamente, europea e successivamente entrata a far parte, anche, dell'Ordinamento nazionale<sup>12</sup>.

Nozione a sua volta finalizzata ad attuare e garantire la libertà di impresa attuando una, tendenziale, *par condicio* tra tutti gli operatori del settore.

Il contratto pubblico, per sua definizione, è aperto al mercato di tutti gli operatori economici ed è esso stesso a realizzare la parità di condizioni tra le imprese e, quindi, a realizzare tale funzione pro concorrenziale.

Si osserva che la nozione di contratto di appalto pubblico come sopra delineata non è differente, nei contenuti, dalla nozione di appalto privato, come recepita dal codice civile.

Anche nell'appalto civilistico, infatti, risulta indifferente al committente il se i mezzi attraverso i quali l'appaltatore esegue il contratto siano o meno posseduti, direttamente, ovvero attraverso contratti strumentali all'esecuzione di questo, essendo valorizzato l'aspetto della organizzazione dei mezzi necessari e della gestione a proprio rischio.

Carattere, quest'ultimo, che, a sua volta, è corollario dei principi costituzionali di libertà di iniziativa economica.

#### 4. Avvalimento: regola o eccezione

I caratteri sopra individuati del contratto di appalto pubblico non possono, invece, ritenersi propri della nozione di contratto di appalto pubblico, tradizionale, nell'Ordinamento nazionale<sup>13</sup>, caratterizzato, invece, dal principio di personalizzazione del possesso dell'iscrizione – e, quindi, del possesso personale dei requisiti e dei mezzi che integravano questo – per eseguire l'opera, il servizio o la fornitura.

---

<sup>12</sup> Art. 3, comma 1, lett. dd), d.lgs. n. 50/2016.

<sup>13</sup> L'art. 1 della legge n. 57/1962, istitutiva dell'Albo nazionale costruttori, così disponeva: "*L'iscrizione nell'Albo nazionale è obbligatoria per chiunque esegua lavori di importo superiore a 75 milioni di lire di competenza dello Stato, degli enti pubblici e di chi fruisca per i lavori stessi di un concorso, contributo o sussidio dello Stato. L'esecutore dei lavori di cui al comma 1 del presente articolo che debba provvedere all'esecuzione di impianti o lavori speciali di cui alle categorie della tabella allegata eventualmente non scorporati, deve servirsi di ditte iscritte nell'albo per le dette categorie*".

La possibilità che il possesso di tali requisiti possa essere assicurato, anche, attraverso l'utilizzo di quelli di terzi non era dall'ordinamento nazionale minimamente ipotizzata, né considerata.

Ciò spiega la iniziale – e mai, per le verità, completamente superata – reticenza, anche sul piano normativo, dell'Ordinamento a recepire, a pieno, inizialmente, il principio della indifferenza al modo con cui il requisito si possiede, che, come noto, ha dato luogo ad una serie di interventi, anche della Corte di Giustizia, volti alla rimozione di limitazioni poste dalla legislazione nazionale<sup>14</sup>.

E spiega, altresì, anche l'approccio, da parte della stessa dottrina e giurisprudenza nazionale, all'istituto quale “eccezione” ad un principio generale ritenuto immanente al sistema della contrattualistica pubblica e cioè quello del possesso e della disponibilità diretta e personale dei requisiti richiesti<sup>15</sup> da parte dell'appaltatore.

Un tale approccio (possesso diretto = regola; avvalimento = eccezione) può considerarsi il residuo dell'indirizzo interpretativo tradizionale che, in ambito contrattuale pubblico, riteneva prevalente i principi di buon andamento della Pubblica Amministrazione, rispetto a quelli di concorrenza e massima partecipazione.

Ma una simile impostazione, sul piano teorico, non può più ritenersi coerente con la normativa dell'Unione.

A livello comunitario, come noto, il principio della economia di mercato, della libera e della massima apertura del mercato (art. 4, comma 1, TCE) è, infatti, tra quelli fondanti la stessa Costituzione della Unione, probabilmente il *principio* più importante, rispetto al quale ogni sua compressione o limitazione si pone, necessariamente, quale eccezione.

E, pertanto, l'esigenza, pure avvertita a livello comunitario, di assicurare che i contratti pubblici siano svolti da soggetti in possesso di requisiti adeguati, è affrontata, dalla stessa Corte di Giustizia e dalle successive direttive, sempre tenendo fermo il suddetto principio.

E cioè non ammettendo deroghe sul piano teorico, e spostando, piuttosto, l'attenzione sul versante della verifica in concreto della effettiva disponibilità da parte dell'operatore economico che dichiara di avvalersi di requisiti di terzi per garantire il requisito.

---

<sup>14</sup>Corte giust. Europea, 10 ottobre 2013, C-94/2012 per il divieto di avvalimento plurimo e frazionato.

<sup>15</sup>Vedi *supra*, note 2 e 3.

Una tale impostazione, in termini teorici e di principio, non soffre, tendenzialmente, eccezioni in sede di interpretazione comunitaria<sup>16</sup> per cui ogni requisito che sia integrato da mezzi, risorse umane, *know how*, risorse finanziarie può essere, tendenzialmente acquisito in disponibilità attraverso il modulo dell'avvalimento.

Sotto tale aspetto costituisce, effettivamente, una novità la previsione della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (recepita con il d.lgs. n. 50/2016) che ha previsto, espressamente, la possibilità di porre delle limitazioni, nell'ambito dei soli contratti di appalto di lavori e servizi, relativamente ad alcune attività concernenti "compiti essenziali" (*critical tasks*), prevedendo che questi possano essere svolte, esclusivamente, dall'operatore, direttamente e personalmente, in possesso dei mezzi e delle risorse richieste<sup>17</sup>.

La previsione, tuttavia, deve ritenersi una mera eccezione al principio della libera partecipazione, come sopra delineato e descritto e non può essere inteso come segnale di un capovolgimento, a livello comunitario, del rapporto regola/eccezione (avvalimento: regola; disponibilità diretta: eccezione).

Tale principio vincola sia il legislatore che l'interprete.

Eventuali limitazioni, in via di eccezione, debbono trovare puntuale fondamento in principi comunitari altrettanto rilevanti e possono essere attuate solo con norme primarie, dovendosi escludere la possibilità di una disciplina di rango inferiore limitativa del principio di concorrenza e, naturalmente, escludendo la disciplina regionale, come del resto chiarito da tempo dalla Corte Costituzionale.

Dall'altra parte, anche l'attività interpretativa deve avere come presupposto, come del resto già la Giurisprudenza ha riconosciuto da tempo, che il modulo organizzativo dell'avvalimento costituisce regola ordinaria finalizzata alla libera concorrenza ed espressione di libertà di impresa, applicabile, peraltro, in ogni ambito della contrattualistica pubblica.

---

<sup>16</sup> A differenza invece della interpretazione nazionale, dove invece il dibattito è stato, ed è tuttora, acceso sui requisiti per i quali l'istituto non è destinato ad operare per motivi, essenzialmente, riconducibili alla personalità del requisito (certificazioni di qualità, iscrizioni albi, ecc.).

<sup>17</sup> Recepiti nell'art. 89, comma 5, commi 10 e 11 del d.lgs. n. 50/2016 come, da *ultimo modificato dall'art. 1, comma 20, lettera s), della legge n. 55 del 2019*). Il d.m. 10 novembre 2016, n. 248 detta le norme attuative, individuando le 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.

## 5. Rapporti con altri istituti proconcorrenziali

Il principio della massima concorrenza ha avuto nel tempo, ed anche prima dell'affermarsi del modulo organizzativo dell'avvalimento, diverse modalità attuative nell'ambito dei contratti pubblici, attraverso specifici istituti: subappalto, forme di partecipazione associative, consorzi.

Nei suddetti istituti, tuttavia, i mezzi con i quali si procede all'esecuzione della prestazione sono, comunque, posseduti direttamente da chi esegue la stessa prestazione, fermo che anche una impresa in raggruppamento può utilizzare l'avvalimento per soddisfare i requisiti di partecipazione.

Nel modulo organizzativo dell'avvalimento, invece, tale corrispondenza manca del tutto, nel senso che i mezzi con i quali si esegue la prestazione non sono posseduti, direttamente, da chi esegue la prestazione, ma da terzi soggetti che li posseggono direttamente e che li mettono a disposizione dell'operatore affidatario, attraverso forme contrattuali adeguate da cui ne consegue la effettiva disponibilità tutelabile in sede giurisdizionale.

Sotto tale profilo, la situazione che viene in rilievo nell'avvalimento trova maggiore corrispondenza – pur differenziandosene per altri e diversi aspetti – in altri istituti, pur previsti dalla normativa in materia di contratti pubblici, solo alcuni dei quali hanno, però, finalità proconcorrenziali, mentre altri, invece, hanno finalità meramente organizzative.

Ci si riferisce, ad esempio, alla figura del consorzio stabile, che si avvalga della facoltà di eseguire la prestazione attraverso proprio consorziato designato esecutore; o alla società di cui all'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010; o, ancora, al fenomeno della cessione o dell'affitto di azienda (cui l'avvalimento, peraltro, da alcuni è ricondotto).

In tutti questi casi l'ordinamento è indifferente rispetto alla circostanza che il soggetto esecutore sia, di fatto, privo dei requisiti richiesti; oppure che l'acquisto dei suddetti requisiti prescinda, in concreto, da un trasferimento pieno delle risorse che sono servite per maturarli.

Simili figure, peraltro, preesistenti al riconoscimento del modulo organizzativo dell'avvalimento, consentono all'interprete anche una riflessione in ordine all'effettiva portata del principio del buon andamento in ambito contrattuale pubblicistico ed a quello, sempre affermato, della personalità del possesso dei requisiti, consentendone una lettura più realistica e concreta.

## 6. Apertura del mercato e rischi connessi

L'estraneità del modulo organizzativo in parola rispetto alla tradizione della contrattualistica pubblica nazionale e la forte connotazione "democratica" dell'istituto – testimoniata dal repentino successo "*commerciale*" – ha ingenerato forti sospetti di strumentalizzazione, giustificati, anche, dall'osservazione delle prassi di "*avvalifici*" e cioè società che, in possesso di requisiti, serialmente, attuano attività di ausiliarie, ma, di fatto, prive di reale operatività.

Il che ha portato numerosi soggetti, ed anche operatori del settore, ad auspicare l'introduzione di correttivi limitativi all'istituto.

Il primo, e più rilevante, effetto della diffusione del modulo organizzativo in parola è stato l'aumento dei partecipanti nelle pubbliche gare.

Naturalmente l'avvalimento non può subire restrizioni giustificate dal fatto che aumentano gli operatori economici che si presentano alle procedure di gara.

Ciò per l'evidente rilievo che finalità dell'istituto è proprio questa, per cui restrizioni legali poste nella fase dell'ammissione alla gara, che non trovino giustificazioni obiettive nella natura delle prestazioni, vanno, direttamente, ad intaccare la finalità e funzione dell'istituto e sarebbero destinate ad una declaratoria di illegittimità o non conformità.

I rischi che, invece, possono essere considerati sono quelli connessi all'interesse dell'Amministrazione a vedersi realizzata un'opera ed un servizio da soggetto che, pur con qualsiasi mezzo, sia comunque effettivamente qualificato.

Sotto tale profilo si tratta di garantire e verificare l'effettiva della disponibilità, sia nella fase della partecipazione sia, soprattutto, nella fase della esecuzione.

Quanto al primo aspetto, sono note diverse le questioni in punto di contratto di avvalimento ed in altre parti del presente Volume sono, specificamente, trattate<sup>18</sup>.

Le limitazioni previste dal legislatore – e dalla Giurisprudenza – in ordine alla determinazione, in concreto, dei requisiti minimi del contratto di avvalimento e/o dei contratti di messa a disposizione dei requisiti materiali ed immateriali attengono alla regolamentazione dell'aspetto della dimostrazione della effettiva disponibilità e non ne intaccano finalità e funzione.

---

<sup>18</sup> A partire da Cons. Stato, ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23.

È, quindi, un ambito ove il legislatore nazionale può più “liberamente” porre “paletti” a garanzia del buon andamento dell’Amministrazione, attraverso il controllo legale sull’oggetto del contratto; sempre e naturalmente nel rispetto dei principi di diritto privato che, comunque, hanno una propria valenza generale e che non possono subire deroghe per i contratti di messa a disposizione di beni e strumenti nell’ambito del modulo dell’avvalimento<sup>19</sup>.

## **7. L'avvalimento c.d. operativo ed il suo controllo. Effetti e rischi sulla finalità dell'istituto**

Tali limiti, pur essendo, in via teorica, non in contrasto con la finalità dell’istituto, in concreto, tuttavia, possono renderne effettivamente difficile l’applicazione, e ciò, soprattutto, per la mancanza di una adeguata normativa e regolamentazione della fase esecutiva del contratto di avvalimento.

Gli ambiti di più recente approfondimento attengono al controllo sostanziale, sia, sul contratto, a che le risorse messe a disposizione siano sufficienti a garantire il requisito mancante; e, sia, poi, in concreto, che siano, effettivamente, utilizzate e messe a disposizione per l’esecuzione dell’opera (mezzi personale, ecc.), verificando che l’operatore aggiudicatario effettivamente non svolga l’attività con mezzi diversi ed, inoltre, che non vi siano fenomeni di duplicazione e la creazione di c.d. *avvalifici*<sup>20</sup>.

Quanto al primo aspetto, la Giurisprudenza più recente ha affinato la propria analisi e, al fine di garantire, congiuntamente, da un lato la finalità dell’istituto, dall’altra l’interesse pubblico a che, in concreto l’avvalimento non si risolva in una “scatola vuota”, ha focalizzato la propria attenzione sull’elemento negoziale della fattispecie e cioè il c.d. contratto di avvalimento.

Sottoponendo, caso per caso, il contratto ad una verifica di validità/effettività, ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., più o meno intensa a seconda che, attraverso l’avvalimento, si vadano a garantire requisiti eco-

---

<sup>19</sup> Il legislatore è intervenuto, su tale aspetto, in sede di correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017 mediante la modifica dell’art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 attraverso una espressa previsione di nullità del contratto in mancanza di talune indicazioni (peraltro già ricavata dalla Giurisprudenza in materia).

<sup>20</sup> In tale senso si segnala il rafforzamento dell’obbligo di trasmissione all’ANAC dei dati dell’avvalimento sempre da parte del d.lgs. n. 56/2017, che ha integrato l’art. 89, comma 9 prevedendo l’ottemperanza a tali obblighi di trasmissione – da parte del RUP – a “pena” di risoluzione del contratto di appalto.

nomico-finanziari (c.d. avvalimento di garanzia); oppure requisiti tecnico professionali (c.d. avvalimento tecnico o operativo)<sup>21</sup>.

Lasciando ad altre parti del presente Volume l'approfondimento di tali posizioni, per quel che rileva in tale sede, deve osservarsi che l'approccio, in astratto, non intacca la finalità ultima dell'istituto; anche se in concreto, può dare luogo ad effetti tali da depotenziare la finalità (*vedi infra*).

Sempre in una tale attica, va, poi, segnalato un ulteriore orientamento giurisprudenziale che, fondato su una rigorosa lettura della disposizione di cui all'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, potrebbe, astrattamente, depotenziarne il contenuto pro concorrenziale, almeno sino a quando non ne siano ben definiti i contorni.

Ci si riferisce, nello specifico, a quell'orientamento per cui, alla luce della previsione del secondo periodo del comma 1 dell'art. 89<sup>22</sup>, nel caso in cui l'avvalimento abbia per oggetto, "*esperienze professionali pertinenti*", l'avvalimento sarebbe possibile soltanto laddove siano gli ausiliari (in possesso dell'esperienza professionale richiesta) ad eseguire "*direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*".

In questi casi, si afferma, non sarebbe sufficiente, neppure, l'individuazione delle risorse aziendali concretamente messe a disposizione (mezzi, strumenti, personale, attività, ecc.), ma sarebbe necessario, invece, che l'attività sia svolta direttamente dall'ausiliario<sup>23</sup>.

La tesi potrebbe dar luogo ad un sostanziale svuotamento dell'istituto e delle sue finalità – imponendo, di fatto, un subappalto obbligatorio – laddove, per esperienze professionali pertinenti si intendessero, anche, i requisiti di esperienza nello svolgimento di servizi analoghi, normalmente, richiesti nell'ambito delle gare di appalto<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Nel primo caso la messa a disposizione del requisito può essere anche più "generica"; nel secondo caso (c.d. avvalimento tecnico o operativo) è, invece, indispensabile che siano individuati, in concreto, i mezzi e le risorse che l'ausiliario si obbliga a mettere e tenere a disposizione (*ex multitiis*, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120).

<sup>22</sup> Il quale prevede: "*Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*".

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5750 Per una disamina puntuale ed approfondita di tale approccio interpretativo, si veda anche T.a.r. Campania-Napoli, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 51.

<sup>24</sup> Per una lettura più circoscritta di tale previsione – limitata alle prestazioni infungibili – Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704.

Sotto altro versante, e cioè quello del controllo in fase esecutiva e contrattuale, l'art. 89, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, colmando, parzialmente, una pregressa lacuna, prevede, espressamente, la vigilanza ed il controllo attraverso “*verifiche sostanziali*” sull'uso delle risorse messe a disposizione.

Neppure tali previsioni intaccano, in astratto, finalità e funzione del modulo e, quindi, sono ambiti rispetto ai quali una normativa nazionale restrittiva, non solo non corre rischi di invalidità, ma, potrebbe aggiungersi, si pone proprio nel solco tracciato a livello europeo, dove l'attenzione è posta proprio sul piano operativo e sostanziale della verifica della effettività della messa a disposizione, sia nel momento genetico giuridico e formale, che in quello esecutivo del contratto.

Ma la previsione, essendo appena abbozzata, pone serie problematiche applicative, soprattutto con riferimento ai casi di c.d. avvalimento tecnico o operativo, per i quali è imposto l'obbligo di indicazione di determinate risorse.

In questi casi si pone la questione relativa alla possibilità per l'appaltatore, che si sia avvalso, in sede di gara, dell'avvalimento tecnico od operativo – impegnandosi ad utilizzare determinate attrezzature e personale dell'ausiliario – di non avvalersi, nell'esecuzione del contratto di quelle risorse.

Se sia costretto, e coercibile, ad utilizzare, sempre e comunque, quei mezzi e quel personale, pur quando non possa più utilizzarli per cause che possono essere le più diverse (es. perché non più adeguati nello specifico, ovvero laddove non possa più utilizzarli per cause a lui non riconducibili, cessazione dell'attività dell'ausiliario, obsolescenza dei materiali, indisponibilità del personale, ecc.), anche a discapito dell'efficienza della gestione o dell'attività. E, pur quando, intendesse, invece, utilizzare mezzi e personale diversi e, magari, anche più efficienti; e, anche, in quale modo procedere e con quali conseguenze contrattuali.

Ciò anche in considerazione del fatto che, in sede di esecuzione, il principio della libertà di impresa e la responsabilità diretta, anche, dell'appaltatore potrebbero indurlo a scelte organizzative, che, spesso, a distanza di tempo, potrebbero anche essere, diverse e di maggiore interesse ed utilità per la stessa Amministrazione.

Tali aspetti non sono nello specifico regolamentati, essendo soltanto previsto il suo obbligo dell'effettivo impiego e la sanzione della risoluzione<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup>L'art. 89, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 prevede che “*In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine*

Né risultano, allo stato, precedenti giurisprudenziali in materia<sup>26</sup>.

Una regolamentazione specifica e maggiormente dettagliata di tale fase deve, invece, deve ritenersi indispensabile al fine di dare coerenza e completezza all'istituto.

Trattasi di un ambito, apparentemente, secondario ed accessorio, ma che, invece, è centrale, in quanto l'avvalimento, è, propriamente, una modalità organizzativa dell'impresa; quindi tale fase costituisce il *core* dell'istituto.

L'attuale rigidità della unica norma prevista, in uno con la nozione di avvalimento operativo, può dare luogo, in assenza di interventi chiarificatori, oltre che a rischi enormi ed esiziali per gli imprenditori (considerati anche gli effetti attuali di una risoluzione contrattuale sulla partecipazione alle successive gare); anche a rischi sulla efficienza e la buona esecuzione dei contratti, in cui sono previsti avvalimenti<sup>27</sup>.

Un tale stato di cose può, a (non) lungo andare, delineare un quadro di incertezze e rischi tali per cui l'istituto, e le sue finalità democratiche e pro concorrenziali, non potrebbero non risentirne.

---

*il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità”.*

<sup>26</sup> La stessa ANAC, quando interessata di tali problematiche, ha avviato indagini ed istruttorie concluse con la individuazione di inadempimenti da parte del committente nelle verifiche e con invito a valutare la risoluzione contrattuale (Delibera ANAC n. 304 del 3 aprile 2019).

<sup>27</sup> Si può evidenziare che la non centralità, ad oggi, del tema è dovuto a diversi fattori: il fatto che, sino a non molto tempo fa, la nozione di avvalimento c.d. operativo – e gli obblighi connessi – non era ancora del tutto delineata; l'assenza delle attività di controllo della committenza nella fase esecutiva essendo questa interessata al risultato ed all'esecuzione; all'assenza di iniziative di terzi controinteressati ad una risoluzione contrattuale.

# AVVALIMENTO E CONCORRENZA

di *Michele Corradino* \* e *Vito Domenico Sciancalepore* \*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La codificazione dell'avvalimento nelle direttive del 2004: un nuovo strumento per l'apertura del mercato. – 3. Gli effetti concorrenziali dell'istituto e la disciplina nazionale. – 4. Possibili effetti anticoncorrenziali dell'avvalimento. – 5. Nuova disciplina dell'avvalimento. – 6. Le modifiche all'istituto dell'avvalimento introdotte dal d.lgs. n. 57/2017: il nodo irrisolto della tutela della concorrenza. – 7. Avvalimento sovrabbondante e avvalimento fraudolento: possibili soluzioni *de jure condendo*.

## 1. Premessa

L'avvalimento è un istituto di matrice europea ontologicamente connesso al principio di libera concorrenza, la cui genesi è riconducibile all'elaborazione pretoria della Corte di Giustizia Europea, segnatamente a tre importati sentenze degli anni Novanta del secolo scorso: la prima, del 14 aprile 1994, causa C-389/92<sup>1</sup>, *Ballast Nedam Groep I*, per la quale è stato ritenuto

---

\* Consigliere di Stato.

\*\* Avvocato foro di Salerno.

<sup>1</sup> Tale caso per la prima volta affronta il tema dell'avvalimento infragruppo, ammettendo la società capogruppo a comprovare il possesso delle capacità per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, subordinatamente alla dimostrazione da parte della medesima della disponibilità effettiva dei mezzi necessari per eseguire il contratto. A tale onere gravante sulla concorrente si correla l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice (in conformità alle previsioni dell'art. 20 della direttiva 71/305/CE) di procedere all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori, alla stregua dei criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica normativamente prescritti, nonché la verifica da parte del giudice, nell'eventuale fase contenziosa, in merito alla adeguatezza degli elementi forniti dall'impresa al fine di comprovare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, prescindendo dalla natura del vincolo giuridico intercorrente con le consociate.

ammissibile il ricorso all'avvalimento da parte di una società capogruppo nei confronti dei requisiti posseduti dalle consociate; la seconda, del 18 dicembre 1997, nella causa C-5/97<sup>2</sup>, Ballast Nedam Groep II, con la quale è stata esclusa la possibilità per gli Stati membri di esercitare un potere discrezionale, limitando la facoltà per le imprese di avvalersi delle capacità di altre persone giuridiche dello stesso gruppo; la terza, del 2 dicembre 1999, causa C-176/98<sup>3</sup>, Holst Italia S.p.A., la quale, interpretando la direttiva 92/50/CEE, teorizza un principio di portata generale, riconoscendo il diritto all'avvalimento agli operatori economici a prescindere dalla natura giuridica del rapporto tra questi ultimi e i soggetti economici ausiliari.

Come emerge in modo inequivocabile dalle summenzionate decisioni del Giudice Europeo, il ricorso a tale strumento risponde all'esigenza di promuovere la competizione fra le imprese operanti nel mercato, permettendo la rimozione di quegli ostacoli alla partecipazione al confronto competitivo da parte di soggetti privi dei requisiti tecnici o economici necessari, attraverso la sommatoria, esclusivamente per la gara in espletamento, delle proprie capacità – tecniche ed economico-finanziarie – a quelle di altri operatori.

In altri termini, l'avvalimento si specifica quale strumento del diritto della

---

Nello specifico, la controversia origina dal ricorso di una *holding* di diritto olandese nei confronti dello Stato belga e dalle conseguenze correlate alla pretesa di non eseguire direttamente i lavori oggetto dell'affidamento bensì di avvalersi dei requisiti di idoneità di altre società del gruppo. L'analisi della fattispecie consente alla Corte di Giustizia di rilevare che “*la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione 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 la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, 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. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale*”. Muovendo dalle innovazioni introdotte con la direttiva del Consiglio del 18 luglio 1989, n. 89/440/CEE, la Corte sottolinea che, con maggiore chiarezza e completezza, gli appalti di lavori pubblici hanno ad oggetto “*l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera, oppure 'di fare eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice*”; da ciò consegue che anche “*una persona che non ha l'intenzione di eseguire direttamente i lavori ovvero i mezzi per farlo può partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto*”.

<sup>2</sup> E. FERESIN, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, in *Fatto & Diritto*, collana P. Cendon (a cura di), Milano, 2009.

<sup>3</sup> M. RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008.

concorrenza che, accedendo alla tesi secondo cui il mercato è un prodotto artificiale che necessita di regole e di controlli amministrativi, intende evitare che si determinino abusi del potere di mercato e cartelli con pregiudizio del benessere dei consumatori. In tale prospettiva, un siffatto istituto è ritenuto, in astratto, idoneo a contrastare le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa delle posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo, favorendo l'apertura del mercato degli appalti pubblici e delle concessioni a nuovi operatori. Ma come ogni misura o strumento capace di intervenire sulle dinamiche del mercato anche l'avvalimento – e soprattutto – l'uso che si ammette di tale istituto – può determinare effetti diversi (pro-concorrenziali e anticoncorrenziali).

In tale prospettiva, è interessante ripercorrere l'evoluzione dell'istituto, a partire dalla sua codificazione nelle direttive del 2004, e verificarne gli effetti pro e anti concorrenziali in considerazione degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa nazionale.

## **2. La codificazione dell'avvalimento nelle direttive del 2004: un nuovo strumento per l'apertura del mercato**

Come noto, già nel complesso normativo antecedente alle novità introdotte nel 2004, erano chiare le procedure di raccordo tra la tutela dell'apertura concorrenziale e la necessità di vagliare una platea di operatori qualificati, idonei ad assicurare la puntuale esecuzione degli appalti. Tali principi hanno però trovato un riscontro formale soltanto con le direttive 2004/17/UE e 2004/18/UE, le quali hanno introdotto una compiuta disciplina normativa dell'istituto.

Gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/UE riconoscono all'operatore economico il diritto di fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi e a condizione che dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari. In aggiunta, le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere i livelli minimi di capacità che i candidati e gli offerenti devono possedere, i quali devono essere indicati nel bando di gara e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Dal raffronto dell'art. 47 con l'art. 48 si evince una differente portata delle modalità mediante le quali il concorrente prova l'effettiva disponibilità dei requisiti, atteso che, rispetto alle capacità tecniche, l'art. 48, par. 2 riporta una puntuale elencazione delle referenze prescritte per la dimostrazione

dei requisiti suddetti, riducendo in questo modo i margini di flessibilità. Da ciò deriva il diritto dell'impresa concorrente, qualora ritenga di integrare un requisito del quale è carente, di ricorrere all'avvalimento, con esclusione della possibilità per la stazione appaltante di imporre tale integrazione, ferma la verifica di idoneità ai fini del soddisfacimento del requisito.

Sussiste però una netta differenza. Nel caso di avvalimento per la singola gara, il concorrente detiene una facoltà con ampi margini di esplicazione, potendo risultare come ausiliaria qualsiasi impresa, a prescindere dai rapporti giuridici sussistenti tra quest'ultima e l'impresa che concorre. Diversamente, nel caso di avvalimento nei sistemi di qualificazione, gli Stati membri sono obbligati a prevedere l'ammissibilità dell'istituto solo per le società infragruppo.

Riguardo agli elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori ovvero alle certificazioni previste dagli Stati membri, l'ammissibilità dell'avvalimento ai fini della iscrizione o della certificazione è consentita all'operatore economico esclusivamente in rapporto alle capacità economiche, finanziarie e tecnico professionali di altra impresa del medesimo gruppo. Tale limitazione, tuttavia, non opera alla stregua delle previsioni dell'art. 53 della direttiva 2004/17/UE per gli ex settori esclusi, prescindendosi in tal caso dalla natura giuridica del rapporto tra avvalente ed avvalso ai fini della iscrizione in albi ovvero della istituzione di sistemi di qualificazione.

In ultima analisi, le disposizioni normative disciplinano anche i casi di raggruppamenti temporanei delle imprese chiarendo, con analogia formulazione contenuta sia nell'art. 47 che nell'art. 48, che la normativa statale deve consentire l'avvalimento anche agli operatori che ne fanno parte, permettendo in tal modo a questi ultimi di modificare le capacità sovrabbondanti delle altre società raggruppate.

Come emerge da quanto esposto, l'avvalimento rappresenta un modello organizzativo dell'attività economica secondo forme non necessariamente tipizzate. L'impiego di tale modello è vincolato alla dimostrazione della capacità di assicurare, attraverso la concreta disponibilità dei mezzi mutuati, la materiale esecuzione dell'appalto.

### **3. Gli effetti concorrenziali dell'istituto e la disciplina nazionale**

Come accennato in premessa, l'istituto dell'avvalimento è stato recepito per la prima volta nell'ordinamento interno, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, consacrata in un primo momento nelle direttive 17/2004/UE e 18/2004/UE e negli artt. 49 (Avvalimento) e 50 (Avvalimento

nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione) del d.lgs. n. 163/2006.

La disciplina eurounitaria sembra volta a consacrare la possibilità per un operatore di avvalersi di capacità di altri soggetti al fine di partecipare a gare di appalto. Diversamente, l'ordinamento interno, nel recepimento delle previsioni europee, rivela un atteggiamento maggiormente stringente, motivato dalla preoccupazione che, attraverso l'avvalimento, si possano eludere le diverse previsioni normative che disciplinano "materie sensibili" in tema di ordine pubblico economico. La *ratio* di tali restrizioni potrebbe rintracciarsi nell'obiettivo di evitare che le offerte formulate siano in qualche modo il risultato di scelte congiunte di più imprese concorrenti così da falsare la concorrenza e, al contempo, attribuire alla stazione appaltante maggiore certezza in merito al contraente con cui andrà a stipulare il contratto oggetto di gara.

Ma, giova rimarcarlo sin d'ora, le suddette disposizioni potrebbero produrre un effetto di segno opposto, ovvero introdurre dei limiti alla massima partecipazione, ponendo in pericolo la concorrenzialità del mercato.

Il divieto di prestare requisiti a più di un concorrente costituisce una limitazione alla partecipazione da parte di altri concorrenti in situazioni nelle quali i requisiti in questione siano posseduti da pochissime o da una sola impresa, nonostante della capacità dell'impresa ausiliaria, potenzialmente posta a disposizione di più partecipanti in gara, si avvarrebbe solo l'unica impresa vincitrice della gara. Sebbene la norma preveda un temperamento a tale previsione<sup>4</sup>, essendo lo stesso limitato all'ipotesi relativa al possesso di "particolari attrezzature", quest'ultimo non appare sufficiente ad eliminarne del tutto la portata limitativa della concorrenza.

Ai sensi dell'art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, il concorrente che intenda far ricorso all'istituto dell'avvalimento, al fine di partecipare utilmente alla procedura di selezione per l'aggiudicazione di un contratto pubblico d'appalto, è tenuto a corredare la propria offerta di una pluralità di documenti non interscambiabili, elencati singolarmente nel comma in questione. Nello specifico la previsione richiede al concorrente di allegare una dichiarazione dell'impresa ausiliaria, con la quale quest'ultima si obbliga sia nei confronti dell'impresa ausiliata, sia nei confronti della stazione appaltan-

---

<sup>4</sup> Al comma 9 dell'art. 49: "Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario".

te a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, nonché l'originale e la copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliari si obbliga.

Da tale disposto emerge come il Legislatore abbia voluto comprensibilmente tutelare in primo luogo l'amministrazione e poi le imprese. Al fine di rendere ammissibile l'avvalimento è necessario che risulti chiaramente sia del contratto di avvalimento, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. f), sia dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria preli le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, richiedendo l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 88, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010, che il contratto di avvalimento soddisfi l'esigenza di determinazione dell'oggetto riportando in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico<sup>5</sup>.

Anche il divieto di avvalimento parziale, ovvero l'utilizzo dei requisiti di più imprese ausiliarie, previsto dal Codice per gli appalti di lavori, potrebbe presentare profili di incompatibilità con la finalità pro-concorrenziale dell'istituto. A stemperare la restrittiva previsione della norma è stato quindi chiarito dalla Giurisprudenza che, quanto meno negli appalti di servizi e forniture, sia ammessa la frazionabilità dei requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie, in quanto "*il divieto di avvalimento parziale non si estende agli appalti diversi da quelli di lavoro*", interpretando detta norma in modo quanto più vicina alla finalità della direttiva 2004/18, volta ad ampliare e a dare concretezza al principio di concorrenza nei pubblici appalti<sup>6</sup>.

#### 4. Possibili effetti anticoncorrenziali dell'avvalimento

Sebbene l'istituto dell'avvalimento rappresenti uno strumento di ampliamento dei soggetti potenzialmente capaci di soddisfare le condizioni del contratto pubblico, esso potrebbe altresì rivelarsi una misura anticoncorrenziale.

Mediante tale istituto, infatti, gli operatori economici potrebbero accordarsi su una spartizione del mercato oggetto del contratto. Ciò potrebbe essere fatto in maniera esplicita, qualora le imprese definiscano prima della

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662.

<sup>6</sup> T.a.r. Lazio-Roma, sez. III *quater*, 29 marzo 2012, n. 3006.

gara una ripartizione delle capacità che sono oggetto di avvalimento, falsando in questo modo le condizioni di partecipazione alla gara. Diversamente ciò potrebbe avvenire in maniera implicita, decidendo le imprese di coordinarsi sulla base delle loro caratteristiche e di quelle oggetto dell'appalto ovvero ponendo in essere un accordo al fine di non concorrere su quella o altre gare del settore.

Un tipico esempio dell'utilizzo anticoncorrenziale dell'istituto dell'avvalimento si realizza quando il singolo operatore economico, oppure uno degli operatori facenti parte del raggruppamento temporaneo, nonostante risulti fornito di tutti i requisiti per partecipare alla gara dichiara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, per mezzo dell'avvalimento o dell'istituto del raggruppamento temporaneo tra imprese. Ne consegue che in tali circostanze l'avvalimento prestato all'impresa che già possiede le capacità non potrà, in virtù del divieto indicato sopra, essere prestato ad altra impresa, la quale potrebbe, perciò, vedersi preclusa la possibilità di partecipare alla gara.

Al fine di elidere *ab origine* il rischio che tali circostanze, non annoverate nella normativa, ma in ogni caso idonee ad alterare il rispetto del principio della concorrenza, si realizzino, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è espressa, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, richiedendo alle stazioni appaltanti di limitare la possibilità di associarsi in RTI a due o più imprese che singolarmente sarebbero idonee a soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara, potendo rappresentare il raggruppamento temporaneo uno strumento restrittivo della concorrenza e potendo in questo modo alterare gli esiti della procedura di gara. Non mancano i casi nei quali l'Autorità garante e la Giurisprudenza hanno ritenuto illecita, sul piano del rispetto del diritto della concorrenza, la costituzione *ex ante* di RTI a prescindere da ogni effettiva esigenza, dando luogo a condotte collusive, determinate dall'esistenza di accordi, aventi come obiettivo intenti anticoncorrenziali, invece che sinergie volte al miglioramento dell'offerta<sup>7</sup>.

## 5. Nuova disciplina dell'avvalimento

La legge delega n. 11/2016 reca, all'art. 1, lett. zz), i criteri informativi da seguire nella elaborazione della disciplina attualmente oggetto di revisione,

---

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2203.

prevedendo anche il rafforzamento degli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria e il reale utilizzo delle risorse nell'esecuzione dell'appalto.

Sia l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, sia il criterio zz) della legge di delega sono stati recepiti con le previsioni introdotte nell'art. 89 del d.lg. n. 50/2016, riportante la disciplina dell'avvalimento.

È quindi opportuno analizzare il suddetto articolo, il quale risulta particolarmente interessante sia perché volto a stigmatizzare importanti principi elaborati nel corso del tempo dalla giurisprudenza europea e nazionale, sia perché contiene numerose novità destinate a modificare l'essenza stessa dell'istituto oggetto della trattazione. Con la nuova disciplina, infatti, si formalizza un principio ormai saldamente affermatosi in giurisprudenza, secondo cui l'operatore economico, al fine di garantirsi la partecipazione ad una gara pubblica, può fare affidamento alle capacità di altri soggetti, anche di imprese partecipanti ad un raggruppamento temporaneo, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

L'ambito di applicazione dell'avvalimento appare ampliato. La nuova disposizione conferma l'assenza di limiti, precedentemente previsti, circa l'avvalimento plurimo e frazionato, i quali incontravano dissensi in giurisprudenza non solo in ambito nazionale ma anche comunitario. Questo principio, consentendo al soggetto economico partecipante ad una gara pubblica di avvalersi delle capacità possedute da più imprese ausiliarie ai fini dell'avvalimento, facilita il *favor participationis* delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, obiettivo già prefissato dalla direttiva 2004/18 dell'Unione Europea.

Il comma 1 dell'art. 89, rinviando in maniera generale al contenuto dell'art. 84 – nel caso di avvalimento ai fini della dimostrazione del possesso dei titoli professionali, di cui all'allegato VIII, parte II, lett. F), e del requisito esperienziale impone di adottare un avvalimento di tipo operativo: è data quindi possibilità all'operatore economico di avvalersi delle capacità di altri soggetti ausiliari, purché siano questi ultimi ad eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui le cennate capacità sono richieste.

La formulazione adottata dal legislatore pone, tuttavia, due rilevanti problematiche. In primo luogo non risulta definito il ruolo operativo svolto dal concorrente nel caso in cui la prestazione debba essere necessariamente svolta in via diretta dall'ausiliaria. Tale questione rileva anche sotto un profilo di compatibilità tra quanto espresso e il successivo comma 8 dello stesso art. 89, per il quale è disposto che l'ausiliario può assumere il ruolo di subappaltatore. Di conseguenza, nel caso di avvalimento dei titoli di studio e

professionali sussiste l'obbligo di far eseguire la prestazione al soggetto ausiliario, senza tuttavia che quest'ultimo assuma formalmente la veste di subappaltatore, mentre in ipotesi diverse l'esecuzione diretta dell'ausiliaria è facoltativa e viene ricondotta nel novero della casistica del subappalto<sup>8</sup>.

In ordine al meccanismo di verifica e controllo dei requisiti di cui all'art. 80, risulta necessaria una lettura congiunta dei commi 1 e 3. Al comma 1 si stabilisce che, nel caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante, oltre a segnalare la circostanza all'ANAC, procede ad escutere la garanzia ed esclude il concorrente dalla procedura. Al comma 3, si consente al concorrente di sostituire l'ausiliario che non soddisfa i criteri di selezione o per il quale sussiste una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80. Sembrerebbe, dunque, emergere una limitazione dell'ambito di operatività del comma 3 alle sole ipotesi in cui sussistono cause di esclusione diverse dalle dichiarazioni mendaci.

La libertà organizzativa concessa all'operatore economico, fa da contrappeso al potere di verifica da parte della Stazione Appaltante circa l'effettività delle risorse di cui si avvale il soggetto ausiliato. Infatti, tra le principali novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016, occorre annoverare il rafforzamento, in sede di esecuzione del contratto di appalto, degli strumenti cui può ricorrere la stazione appaltante per verificare l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento. Il comma 9 dell'art. 89 stabilisce, in particolare, che è il RUP a dover accertare il corretto utilizzo, in corso d'opera, dell'istituto in parola<sup>9</sup>. Oltretutto nell'ipotesi in cui l'appalto abbia ad oggetto "compiti essenziali"<sup>10</sup>, la Stazione Appaltante ha facoltà di prevedere con

---

<sup>8</sup> Ove, a seguito di verifiche da parte della Pubblica Amministrazione appaltante l'impresa ausiliaria difetti dei requisiti di selezione, o sussistano a carico della stessa motivi di esclusione, obbligatori e non, l'impresa ausiliata ha l'obbligo di sostituirla con altro operatore economico a tal fine idoneo.

<sup>9</sup> La disposizione in commento attribuisce alla Pubblica Amministrazione appaltante, e per suo conto al responsabile del procedimento, un incisivo potere di verifica che la norma definisce *sostanziale*, e che investe non solo il controllo del possesso dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese ausiliata e ausiliaria, ma anche l'effettività dell'allocazione delle risorse della seconda a favore della prima, ai fini della corretta esecuzione della commessa pubblica. A tal fine il responsabile del procedimento è autorizzato ad accertare in corso d'opera, e quindi in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto, che a svolgere le prestazioni siano proprio le risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria (art. 89, comma 9). La nuova disciplina si pone, ad avviso di chi scrive, nella direzione di arginare il più possibile i dubbi applicativi di cui finora sono state investite la giurisprudenza amministrativa e la dottrina.

<sup>10</sup> Ad ogni buon conto occorre chiarire, ed arginare, il concetto di "essenzialità" che deve connotare i compiti in questione, pena un'irrefrenabile discrezionalità della Pubblica Amministrazione appaltante.

*lex specialis* che tali compiti siano svolti direttamente e quindi esclusivamente dall'offerente o, nel caso di offerta presentata da un raggruppamento, da un partecipante a quest'ultimo.

Diversamente, vige espresso divieto di ricorrere all'avvalimento ove nell'oggetto dell'appalto, o della concessione di lavori, rientrino oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di essi di notevole contenuto tecnologico, o di rilevante complessità tecnica; ai fini della configurabilità dell'ipotesi appena delineata, il valore di queste opere deve superare il 10% dell'importo totale dei lavori.

In aggiunta, viene introdotto, con l'art. 146, comma 3, un divieto assoluto di ricorrere all'istituto in esame per i contratti di appalto nel settore dei beni culturali, in virtù della specificità del settore ai sensi dell'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Il citato comma 3 è preceduto da una disposizione che stabilisce che i lavori ricadenti in tali settori debbano esser utilizzati, ai fini della qualificazione, unicamente dall'operatore economico che li ha eseguiti. La norma conferma, inoltre, il precedente dettato nella parte in cui si fa divieto di ricorrere all'avvalimento nel caso in cui l'operatore economico voglia servirsene allo scopo di soddisfare i requisiti di iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

## **6. Le modifiche all'istituto dell'avvalimento introdotte dal d.lgs. n. 57/2017: il nodo irrisolto della tutela della concorrenza**

Il decreto correttivo ha introdotto rilevanti novità in tema di avvalimento modificando l'art. 89 del nuovo codice dei contratti. In particolare, il legislatore ha integrato il comma 1 del cennato art. 89, inserendo un inciso a chiusura a tenore del quale si specifica che “(...) *il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*”.

In tal modo, è stato recepito un orientamento giurisprudenziale granitico di cui si può citare, almeno, la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. V., 30 marzo 2017, n. 1456 a memoria della quale “*risulta evidente dai trascritti brani dei contratti di avvalimento (gli unici rilevanti ai fini della questione di cui si controverte) come questi ultimi presentassero un oggetto privo delle necessarie caratteristiche di determinatezza o determinabilità, atteso che dal complesso del regolamento pattizio non è possibile ricavare quali fossero mezzi e personale messi a disposizione. Diversamente da quanto afferma-*

*to nell'impugnata sentenza, l'indeterminatezza dell'oggetto contrattuale non poteva essere sanata, né attraverso il rinvio alle dichiarazioni sostitutive rese dai rappresentati delle tre ausiliarie ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c) e d), del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163, essendo anch'esse, quanto a mezzi e personale messi a disposizione, prive di specificità, né facendo riferimento alle dichiarazioni emesse dalla (...) ex art. 49, comma 2, lett. a), del citato D. Lgs. n. 163/2006, occorrendo che la manifestazione di volontà di fornire le risorse mancanti al concorrente provenga dall'impresa ausiliaria".*

È interessante rilevare come la cennata pronuncia del Consiglio di Stato e la correzione introdotta per effetto del d.lgs. n. 57/2017 pongano l'accento sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento, trascurando di definire tassativamente i presupposti e le condizioni in presenza delle quali gli operatori economici possano ricorrere legittimamente all'istituto.

Di conseguenza, sfugge a qualsivoglia tipo di controllo da parte delle stazioni appaltanti la liceità della causa del contratto.

Come si evince dalla disamina del comma 9 dell'art. 89 del codice, il legislatore si limita unicamente a prevedere che le stazioni appaltanti, in relazione a ciascun affidamento, verifichino in corso d'esecuzione l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. In tale prospettivo, il responsabile unico del procedimento è chiamato ad accertare che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. La stazione appaltante è altresì tenuta alla trasmissione all'Autorità di tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità, pena la risoluzione del contratto, per effetto dell'inciso finale introdotto dall'art. 56, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 57/2017.

L'attenzione del legislatore è, dunque, focalizzata sull'effettivo impiego nel corso dell'esecuzione del contratto delle risorse oggetto di avvalimento, a nulla rilevando la circostanza che il ricorso all'istituto potrebbe nel caso di specie non essere necessario e che il contratto stesso di avvalimento potrebbe essere viziato, celando una causa illecita, in spregio all'ordine pubblico economico, ai principi di libertà e di concorrenza<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> La causa è uno dei requisiti del contratto (art. 1325, n. 2); è la sua *ratio*, cioè l'elemento che lo spiega razionalmente. In generale, si suole affermare che il contratto ha una causa illecita quando la sua ragione e il senso dell'operazione che le parti perseguono sono

## 7. Avvalimento sovrabbondante e avvalimento fraudolento: possibili soluzioni *de jure condendo*

La giurisprudenza, sovente, si è occupata del c.d. avvalimento sovrabbondante, concludendo per l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara dell'impresa che fosse di per sé già munita dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, ma avesse comunque fatto ricorso al cennato istituto. Su tale filone interpretativo, si pone una recente pronuncia del TAR Toscana che, con sentenza n. 1592 del 7 novembre 2016, ha enunciato il principio secondo cui sarebbe *“illegittima l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che possiede di per sé il requisito oggetto di avvalimento, nel caso in cui il relativo contratto sia viziato. Certamente, un requisito soggettivo previsto dalla lex specialis può essere dimostrato mediante l'avvalimento di una società terza, ma può anche essere raggiunto dall'aspirante aggiudicatario in proprio, senza che sia configurabile un mutamento della domanda di partecipazione, né un'inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, dal momento che l'impresa ausiliaria è stata chiamata a supplire alla carenza di un requisito, che si è però oggettivamente accertato presso l'ausiliata. L'avvalimento si configura quindi come un quid pluris rispetto alla capacità tecnica dell'impresa che ritiene di farvi ricorso, che perde rilevanza qualora la stessa dimostri autonomamente di vantare il bagaglio*

---

riprovati dall'ordinamento perché contrastanti con interessi, obiettivi, valori essenziali per l'ordinamento stesso. I parametri dell'illiceità sono le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume. In particolare, l'ordine pubblico è chiamato a svolgere una funzione di limite nei confronti dell'autonomia negoziale, esprimendo l'esigenza che i privati non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale ma realizzino i loro rapporti nel rispetto di quei valori e principi che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale di un determinato momento storico. Per ciò che riguarda la materia economica, sono riconducibili al concetto di ordine pubblico economico i limiti imposti all'iniziativa economica dal comma 2 dell'art. 41 Cost. innanzitutto per ciò che riguarda la sicurezza, la dignità umana, e la libertà, ma in particolare riguarda il principio dell'utilità sociale. L'"utilità sociale" si giustifica tenendo presente il fatto che l'iniziativa economica è rivolta a tutti i cittadini, e ponendo quest'ultima alla base dei valori dello Stato e del suo sistema economico; questo limite alla libertà è posto perché altrimenti si rischierebbe che la libera iniziativa di un soggetto possa negare la libertà di iniziativa di altri contraddicendo così il valore espresso dalla stessa Carta Costituzionale. Sulla scorta di tale impostazione, un contratto di avvalimento posto in essere tra soggetti entrambi in possesso dei requisiti necessari per partecipare alla gara potrebbe tradursi in una violazione del cennato principio di utilità sociale nonché del principio di libera concorrenza, in cui certamente si specifica la nozione di ordine pubblico economico, negando l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

*tecnico-professionale prescritto dalla lex specialis, senza che siano alterate le modalità di partecipazione alla gara, non determinandosi la creazione di una nuova compagine”.*

Più di recente è tornato ad esprimersi sul tema il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa.

Nella sentenza n. 386/2020, il Consiglio di Stato, infatti, si pronuncia sull'avvalimento *ad abundantiam*, affermando che non può essere configurabile, nell'attuale sistema di selezione degli operatori economici partecipanti alle pubbliche gare, tale fattispecie. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha preliminarmente specificato che *“la fattispecie dell'avvalimento ad abundantiam si concretizza allorché l'operatore economico, pur in possesso dei requisiti indicati per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, dichiara comunque di voler ricorrere all'avvalimento, ovvero – ai sensi dell'articolo 89 del Codice dei contratti pubblici – di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale prescritti dalla lex specialis, avvalendosi delle capacità di altri soggetti”.*

Sebbene il caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato verta sulla possibilità o meno per l'operatore economico che abbia stabilito di voler ricorrere all'avvalimento con riferimento ad alcuni elementi, di dimostrare, in caso di esito negativo dei controlli svolti sul contratto di avvalimento, mediante una nuova dichiarazione il possesso in proprio di tali requisiti, la pronuncia è meritoria di segnalazione in quanto conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il ricorso ad un avvalimento a carattere 'sovrabbondante' non comporta in radice l'esclusione dalla procedura di gara.

La pronuncia del Consiglio di Stato dimostra inequivocabilmente l'attualità della questione, riproponendo ancora una volta l'annoso e legittimo interrogativo: Cosa accadrebbe se l'avvalimento sovrabbondante celasse, in realtà, un comportamento anticoncorrenziale, uno strumento per limitare, restringere la concorrenza nel mercato di riferimento?

Se da un lato, il ricorso a tale istituto potrebbe integrare un'ipotesi di intesa restrittiva della concorrenza, in quanto tale sanzionata ai sensi dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dall'altro deve rilevarsi come siffatto comportamento rischierebbe di rimanere privo di sanzione con riferimento alla procedura di gara nel corso della quale si è consumato il tentativo di alterazione della concorrenza.

Come precisato da recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa, “la sanzione irrogata dall'AGCM, infatti, non può essere astrattamente ricondotta alla norma di cui all'art. 80, in materia di esclusioni. Nonostante la

nuova previsione dell'art. 80 faccia riferimento alla generica figura del "grave illecito professionale" – più ampia ed estesa della negligenza/errore professionale del vecchio art. 38, giacché ricomprende anche condotte intervenute in fase di gara, e non solo durante l'esecuzione del contratto – tuttavia, in essa non possono rientrare *"anche i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore"*. In altri termini, la norma non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, *"in quanto risulterebbe in contrasto con le esigenze di favor participationis che ispirano l'ordinamento in subiecta materia"*. Sul punto, si deve però dare conto del fatto che le Linee Guida n. 6 adottate dall'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016, relative all'*"Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice"*, paiono porsi non perfettamente in linea con l'interpretazione assunta dalla giurisprudenza amministrativa. Ed infatti, secondo l'ANAC, tra le altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico rientrano anche *"i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare"* (punto 2.1.3.1).

Ciò detto, per quel che attiene al tema trattato, non è revocabile in dubbio l'esistenza di una lacuna a livello ordinamentale, correlata al mancato recepimento dell'art. 57, par. 4, lett. d), della direttiva n. 24/2014/UE, che riconosce all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di escludere dalla gara l'operatore che abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

Sotto altro profilo, *de jure condendo*, sarebbe auspicabile una migliore formulazione dell'art. 89 che delimiti, in modo circostanziato, le ipotesi di ricorso all'avvalimento, in coerenza con la ratio sottesa all'istituto: stimolare la concorrenza negli appalti, laddove questa trova ostacoli. In tale prospettiva, potrebbe risultare utile una integrazione delle disposizioni di cui al cennato art. 89 e, a presidio della concorrenza, valorizzando il potere di controllo della stazione appaltante, richiedere espressamente all'impresa ausiliata la dimostrazione dell'effettiva carenza in capo a se stessa dei requisiti oggetto di avvalimento. *Ex adverso*, nella denegata ipotesi in cui non fosse possibile una ridefinizione nel senso auspicato della disciplina dell'istituto, sarebbe, ad ogni buon conto, necessario e quantomai opportu-

no puntare sulla professionalizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti perché queste ultime siano in grado di valutare e disporre l'esclusione dell'operatore economico che faccia ricorso all'avvalimento *ad abundantiam* qualora una siffatta scelta non risulti proporzionata e giustificata in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento. Solo in tal modo, l'istituto dell'avvalimento sarebbe utilizzato con le giuste finalità, consentendo soprattutto alle piccole e medie imprese di partecipare alla procedura di gara e aggiudicarsi contratti pubblici da cui sarebbero inesorabilmente esclusi.