

## **ALLEGATO A2**

### **DIRETTIVE E LINEA GUIDA PER L'AVVALIMENTO**

**(Art. 89 D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.)**

#### **1. Definizione e origini dell'avvalimento.**

Il contratto di avvalimento rappresenta uno dei principali istituti attraverso i quali gli operatori economici che ambiscono all'ottenimento di una «commessa pubblica» vedono soddisfatto l'interesse strumentale ad un adeguato livello di concorrenza per il mercato all'interno delle procedure di evidenza pubblica.

Una delle più complete definizioni dell'avvalimento è stata elaborata dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che «l'istituto in questione, di origine comunitaria, consente che un imprenditore (c.d. ausiliato) possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi - nonché di attestazione della certificazione SOA - a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (c.d. ausiliario), che assuma contrattualmente con lo stesso una responsabilità solidale » (cfr., Cons. St, Sez. V, 14 maggio 2016, n. 1504; Cons. di St., Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486, Cons. St., Sez. VI, 31 luglio 2014, n. 4056).

È nel 1994 la Corte di Giustizia europea è giunta, per la prima volta, a riconoscere la possibilità per un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un appalto, di poter far valere la capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli dovesse essere aggiudicato l'appalto. Benché già prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 163/2006 i giudici amministrativi italiani avessero già ritenuto ammissibile il possesso indiretto dei requisiti di partecipazione alla gara pubblica è solo a seguito dell'adozione del Codice dei contratti pubblici che l'istituto dell'avvalimento può considerarsi pacificamente riconosciuto nell'ordinamento italiano. Con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 163/2006 viene ammessa, definitivamente, la «commerciabilità» dei requisiti per la partecipazione ad una gara pubblica.

#### **2. I requisiti dell'avvalimento.**

Assunto che l'avvalimento sia da considerarsi un contratto, non pare inutile soffermarsi sui requisiti indefettibili di esso.

Quanto alle « parti », non è dubbio che sono parti del contratto di avvalimento l'impresa (c.d. ausiliata) che si avvale dei requisiti necessari per essere ammessa alla partecipazione alla gara pubblica e l'impresa (c.d. ausiliaria) che, in possesso di quei requisiti, rinuncia a partecipare contestualmente a quella gara e presta i suoi requisiti alla prima. Non può essere, invece, considerata parte del contratto di avvalimento la stazione appaltante, la quale rimane assolutamente estranea al meccanismo di formazione e perfezionamento del regolamento negoziale.

Fortemente dibattuta è stata (ed in parte lo è ancora oggi) la «natura» del contratto di avvalimento. Tralasciando la minuziosa analisi del dibattito, sia sufficiente dire che oggi la tesi che sembra essere dominante è quella che configura l'avvalimento come un contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c..

La «causa» del contratto di avvalimento è rinvenibile nella funzione economico-individuale di consentire all'impresa ausiliata di entrare in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione al bando e, specularmente, di consentire all'impresa ausiliaria di ottenere il corrispettivo pattuito. La giurisprudenza amministrativa ha comunque puntualizzato che «ai fini della validità del contratto di avvalimento è irrilevante la mancanza di onerosità, poiché l'atipicità di questo contratto non determina alcun vincolo in ordine alla

causa negoziale e alla previsione del corrispettivo, dimostrandosi irrilevante la natura gratuita od onerosa della prestazione dell'impresa ausiliaria» (cfr., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 ottobre 2010, n. 33033).

Nessun particolare requisito di «forma», né ad substantiam né ad probationem, è invece richiesto. Ne discende, quindi, che il contratto in questione potrà rivestire qualunque forma, purché idonea a rendere esternamente riconoscibile (secondo i segni convenzionalmente usati nella moderna società, quali la parola, la scrittura, etc.) l'impegno assunto dalle parti. La circostanza che non è richiesto alcuno specifico requisito di forma conduce alla conseguenza (pressoché scontata) che l'esistenza del contratto può essere provata in qualsiasi modo idoneo.

L'oggetto del contratto di avvalimento è identificabile nel «requisito» che l'impresa ausiliata chiede in prestito all'impresa ausiliaria al fine di partecipare alla gara pubblica. Sull'oggetto del contratto di avvalimento è comunque necessaria una ulteriore precisazione. Si è detto che oggetto dell'avvalimento è il «requisito» del cui possesso necessita l'impresa ausiliaria al fine di partecipare ad una gara pubblica. Occorre però capire se il contratto di avvalimento può avere ad oggetto qualunque requisito. Deve risponderci che a poter formare oggetto del contratto di avvalimento sono, normalmente, i requisiti di ordine speciale (altrimenti detti requisiti oggettivi). Si tratta, cioè, dei requisiti che attengono alla capacità economico-finanziaria e alla capacità tecnico-organizzativa di cui agli artt. 40, 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici (oggi art. 83 del D.lgs. n. 50/2016). Non possono invece formare oggetto di avvalimento i requisiti di ordine generale (altrimenti detti requisiti soggettivi), quali quelli che attengono alla moralità dell'operatore privato.

### **3. Il contratto di avvalimento nel nuovo Codice appalti.**

È noto che la materia dei contratti pubblici ha formato oggetto di una recente riforma, la quale ha profondamente inciso (in maniera organica e sistemica) sulla previgente normativa. Il legislatore nazionale, nel dare attuazione alle nuove direttive europee del 2014 (dir. 2014/23/UE, dir. 2014/24/UE e dir. 2014/25/UE), ha approvato — all'esito di un articolato iter legislativo — il D.lgs. n. 50/2016 (pubblicato sulla G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), con il quale è stata così elaborata la versione definitiva del nuovo codice appalti.

Valga subito evidenziare che l'attuale disciplina dell'avvalimento è racchiusa nel solo art. 89 del D.lgs. n. 50/2016. Un attento esame della norma autorizza ad affermare che, alla conferma delle originarie caratteristiche indefettibili dell'istituto, ha fatto seguito l'introduzione di un significativo "pacchetto di novità" tese a rendere le modalità di utilizzo dell'avvalimento sempre più elastiche; di guisa che la normativa vigente in materia di appalti pubblici, lungi dall'essere un ostacolo alla dinamicità propria del mercato, ambisce ad atteggiarsi come uno «strumento di efficiente regolazione del settore delle commesse pubbliche.

Ciò posto, sembra utile evidenziare quelli che sono principali profili di novità introdotti dal Nuovo codice appalti. Per ragioni di chiarezza e semplicità espositiva, si procederà alla analitica disamina dei commi di cui si compone l'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016.

### **4. L'avvalimento (anche) dei requisiti di idoneità professionale.**

Il primo comma dell'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016, dispone che «l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. 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. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto».

È di palese evidenza che dal comma in esame emerge che l'intelaiatura dell'istituto è rimasta confermata. L'avvalimento, invero, continua a rappresentare il contratto in forza del quale un operatore economico, privo dei requisiti necessari ai fini della partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica, potrà nondimeno presentare la sua candidatura "avvalendosi" dei requisiti di cui dispone un altro operatore.

Sembrerebbe, quindi, non esserci alcuna novità. Tuttavia, si giunge a conclusioni di sicuro segno opposto allorché si rivolga l'attenzione alla tipologia di «requisito» suscettibile di formare oggetto del contratto in esame. Ferma restando la "inavvalibilità" dei requisiti di carattere generale (o se si preferisce morale), la norma richiama oltre ai requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico, anche quelli di natura professionale; trattasi di un inciso affatto trascurabile.

Non può essere ignorato, infatti, che sotto la vigenza del precedente Codice degli appalti pubblici, la possibilità di utilizzare, a titolo di avvalimento, i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del D.lgs. n. 163/2006 era stata al centro di un ampio dibattito giurisprudenziale. A fronte di una prima opzione interpretativa, di taglio restrittivo, secondo la quale «l'art. 49 del Codice appalti non pone alcuna limitazione all'avvalimento, stabilendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché vi sia, in positivo, un'adequata prova della disponibilità dei requisiti prestati, dimostrando all'amministrazione aggiudicatrice che l'impresa concorrente disporrà dei mezzi necessari; fanno peraltro eccezione a questa portata generale dell'istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale dell'art. 38 del cit. Codice appalti (c.d. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo Codice (c.d. requisiti professionali). Tali requisiti, infatti, non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettivo qualità dell'adempimento; essi, invece, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente – e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore – a partecipare alla gara e ad essere, quindi, contraente con la p.a.» (cfr., Cons. St., Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595), era venuta consolidandosi quella diversa interpretazione per la quale «l'avvalimento può riguardare anche i requisiti soggettivi di qualità, ma in questo caso l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante» (cfr. Cons. St. Sez. V, 31 luglio 2014, n. 4056).

È allora evidente che la scelta compiuta dal legislatore nazionale, in sede di redazione del nuovo Codice appalti, sia stata quella di accordare prevalenza alla seconda delle due sopraccennate impostazioni interpretative; non può essere refutato in dubbio che, in forza del D.lgs. n. 50/2016, l'impresa ausiliata potrà avvalersi, al fine di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, anche dell'idoneità professionale dell'impresa ausiliaria: id est, del complesso aziendale e del personale di quest'ultima. A quest'ultimo riguardo, infatti, il

primo comma prevede che, in questi casi, sarà necessario che gli operatori che prestino i loro requisiti professionali si impegnino ad eseguire direttamente i lavori o i servizi messi a bando.

Non è stata invece introdotta — come da taluni auspicato — la possibilità per l'impresa ausiliata di non dover necessariamente produrre, in sede di presentazione dell'offerta, il contratto di avalimento (in originale o in copia) debitamente sottoscritto. Il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema del Decreto legislativo in materia di appalti, aveva infatti rilevato che «appare inoltre necessario riprodurre la previsione di cui al D.lgs. 163 del 2006, art. 49, comma 2, lett. f), che impone(va) al concorrente ausiliato di produrre, in sede di domanda di partecipazione, l'originale o la copia autenticata del contratto di avalimento. Infatti la lett. zz) della legge di delega impone un contenuto minimo necessario del contratto di avalimento (che dovrà indicare “le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto”».

Di talché, recependo i rilievi sollevati dal Giudice amministrativo, l'attuale articolo 89, comma 1 del D.lgs. n. 50/2016 ha prescritto l'obbligo per il concorrente di allegare, alla domanda di partecipazione, l'originale o la copia autentica del contratto di avalimento; la sottoscrizione del contratto di avalimento e la sua produzione costituiscono, pertanto, un incombenza essenziale ai fini della regolare partecipazione alla gara.

## **5. L'avalimento ai fini del conseguimento di qualificazioni.**

Il secondo comma dispone che «nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'abito temporale di validità del sistema di qualificazione».

La norma si inserisce, alla perfezione, nel solco della ratio che ha ispirato l'intera riforma: snellire (se non anche eliminare) tutte le sovrabbondanti “pastaie” burocratiche capaci di rendere eccessivamente gravosi gli adempimenti a cui sono tenuti gli operatori che intendano prender parte ad una gara pubblica. Per tale via è stata così ritenuta possibile l'operatività dell'avalimento anche al fine di consentire agli operatori il conseguimento — nei settori speciali — delle «qualificazioni» necessarie per la legittima partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica.

## **6. L'obbligo di sostituire l'impresa ausiliaria priva dei requisiti necessari ai fini della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.**

Il comma terzo stabilisce che «la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici».

Trattasi di una norma di portata sicuramente innovativa. Con essa è stato introdotto l'obbligo (nella norma si riscontra il predicato verbale "impone") per l'impresa ausiliata di provvedere a sostituire l'impresa ausiliaria nella ipotesi in cui la stazione appaltante accerti l'indisponibilità (originaria o sopravvenuta), da parte di questa, di uno dei criteri di selezione ovvero qualora sussistano motivi obbligatori di esclusione (ad. es., l'impresa ausiliata sia priva dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016). Del pari, l'obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria può essere imposto all'operatore ausiliato anche qualora la prima risulti priva di determinati requisiti che, sebbene non costituiscano un motivo obbligatorio di esclusione, siano comunque previsti dal bando di gara come requisiti necessari fissati a pena di esclusione.

Ecco che allora si intuisce come il tenore della norma ha finito col vanificare (nel senso di anticiparne il responso) la rilevanza della questione rimessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Per vero, con l'ordinanza del 15 aprile 2016, n. 1522 è stata formulato il seguente quesito: «se gli artt. 47 secondo alinea e 48 terzo alinea della Direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente ». Non è dubbio che la possibilità (rectius, l'obbligo) di cambiare l'impresa ausiliaria che non disponga dei requisiti richiesti ai fini della regolare partecipazione alla gara pubblica, vale ad escludere, in nuce, ogni profilo di contrasto del vigente diritto nazionale con l'ordinamento europeo.

## **7. Le opere necessarie e la possibile esecuzione diretta dell'impresa ausiliata.**

Il quarto comma dispone che «nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

L'inciso normativo funge da «contraltare» ad un approccio pan-liberista, probabilmente eccessivo, che contraddistingue l'intera novella. Il legislatore, per il tramite di esso, sembra voler attribuire rilevanza ad uno dei principi ispiratori dei contratti pubblici, che rischierebbe di essere depauperato in un sistema nel quale sarebbe consentita una agevole e indiscriminata circolazione delle posizioni contrattuali: il principio dell'intuitus personae. A questo proposito valga richiamare quell'insegnamento giurisprudenziale in ossequio al quale «pur nelle rilevanti trasformazioni intervenute nella normativa sull'evidenza pubblica (in specie con riferimento all'ampliamento della morfologia soggettiva dei potenziali concorrenti) essa è rimasta, tuttavia, connotata dal rilievo dell'intuitus personae in quelle norme poste a tutela della serietà e affidabilità morale dei soggetti chiamata a intrattenere, a vario titolo, rapporti economici con la amministrazione pubblica, così che tali norme devono essere rese coerenti e non possono ritenersi derogate da quegli istituti di recente introduzione – quale, appunto, l'avvalimento, che consentono ai soggetti interessati di ricorrere a nuovi moduli organizzativi con l'utilizzo di inedite figure di intermediazione collaborativa e strutturale» (cfr., T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 gennaio 2013, n. 371).

Mediante il comma in esame è stato quindi sancito il divieto per l'impresa ausiliata di avvalersi dell'impresa ausiliaria, anche, per lo svolgimento di compiti essenziale; ciò a condizione che le stazioni appaltanti prevedano esplicitamente un siffatto divieto nei documenti di gara. Quel che resta da capire è il "cosa" debba intendersi con la locuzione «compiti essenziali». Su questo punto, occorrerà attendere le linee guida che verranno elaborate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC); linea guida che, per il loro carattere vincolante, sembrerebbero doversi far rientrare, a rigore, nel novero delle fonti del diritto amministrativo, seppure con non pochi dubbi in ordine alla loro precisa qualificazione e al loro fondamento giustificativo.

Quel che è certo è che, in assenza di una normativa secondaria idonea a specificare il contenuto delle nozioni astratte e generali presenti nella normativa primaria, il rischio concreto potrebbe essere quello di circoscrivere oltremodo l'utilizzabilità del contratto di avvalimento, così da vanificare l'intenzione legislativa di ampliarne il campo applicativo. Se si considera che la norma rimette l'individuazione dei compiti essenziali alla più ampia discrezionalità della stazione appaltante, si fa presto a capire che, in assenza delle cennate linee guida, episodi di eccesso di potere potrebbero tradursi in un paralizzante utilizzo del contratto di avvalimento; è verosimile credere che qualora l'impresa ausiliaria non disponga dei requisiti necessari per eseguire personalmente (*rectius*, direttamente) i compiti essenziali verrebbe meno la finalità stessa del contratto di avvalimento (ampliare la pletora dei partecipanti alle gare) e, di riflesso, la garanzia di un adeguato livello di concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche.

## **8. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliata e di quella ausiliaria.**

Ai sensi del comma 5, «il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara».

Trattasi di una norma di taglio indubbiamente conservativo, dal momento che si limita a confermare il principio — già esistente sotto il previgente D.lgs. n. 163/2006 — della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata. Un principio icasticamente descritto da quell'orientamento giurisprudenziale per il quale «con il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria assume una responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione appaltante relativamente ai lavori oggetto dell'appalto; tale responsabilità discende direttamente dalla legge e si giustifica proprio per l'effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto. L'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, obbligazione che si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato» (cfr., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 marzo 2013, n. 756).

Ancora, parimenti confermata rimane l'estensione del vincolo solidale dell'impresa ausiliaria agli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore che partecipa alla gara.

## **9. L'ammissibilità dell'avvalimento frazionato e il divieto dell'avvalimento "a cascata".**

Il comma sesto stabilisce che «è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto ». La norma, nell'ammettere l'istituto del c.d. avvalimento plurimo o frazionato, trancia una netta linea di discontinuità rispetto a quanto previsto nel previgente art. 49 del D.lgs. n. 163/06, il quale fissava come regola generale quella della possibilità per l'operatore economico di avvalersi di una sola impresa ausiliaria; regola che poteva esser derogata soltanto qualora la *lex specialis* consentisse ai potenziali partecipanti la possibilità di avvalersi di più imprese ausiliarie.

Con l'espressione «avvalimento frazionato o plurimo» si suole alludere a quella complessa operazione negoziale attraverso la quale l'impresa ausiliata ha modo di partecipare alla gara pubblica avvalendosi dei requisiti in possesso di più imprese ausiliarie, anziché di una soltanto. L'ammissibilità di questa peculiare tipologia di avvalimento è stata dibattuta sino all'arresto della giurisprudenza europea, la quale con la sentenza del 10 ottobre 2013, C- 94/12 ha ammesso la compatibilità con l'ordinamento euro-unitario dell'avvalimento frazionato o plurimo. Da qui, il consolidarsi, anche in ambito nazionale, di quell'impostazione secondo la quale «non sussiste il divieto dell'utilizzo dell'avvalimento frazionato alla luce della sentenza della CGUE, 10 ottobre 2013, C-94/12, secondo la quale l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice può essere dimostrata, sia utilizzando l'avvalimento

frazionato che l'avvalimento plurimo, poiché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto» (cfr., Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; Cons. St., sez. v, 5 dicembre 2014, n. 5987).

Diversa sorte è stata invece riservata al c.d. avvalimento "a cascata", il quale ricorre ogniqualvolta l'impresa ausiliaria interpellata da quella ausiliata si avvale, a sua volta, di altra impresa sub-ausiliaria per integrare i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica. La stessa giurisprudenza ha avuto modo di affermare, a più riprese, che «nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, in tal modo realizzando una fattispecie vietata di avvalimento a cascata, atteso che la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare» (cfr., Cons. St., Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832).

#### **10. Il divieto di avvalimento frazionato inverso.**

Il comma sette dispone che «in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti ».

La norma disciplina il c.d. avvalimento frazionato inverso, che si perfeziona quando l'impresa ausiliaria si determina a prestare, nell'ambito della medesima gara, i suoi requisiti a più imprese ausiliate. Questa "pratica" era già preclusa dal previgente art. 49 del D.lgs. n. 163/2006. La ratio del divieto risiede nell'intento di «evitare che dell'avvalimento si faccia un uso smodato, visto il suo carattere eccezionale, nonché per evitare di vulnerare il principio della par condicio tra i concorrenti» (cfr. ANAC, par., del 27 settembre 2012, n. 150).

È di tutta evidenza che consentire ad uno stesso operatore economico di "prestare" i suoi requisiti a più imprese, all'interno della medesima procedura di gara, significherebbe giustificare delle spregiudicate "operazioni commerciali" idonee a ledere l'interesse dell'amministrazione ad ottenere una corretta esecuzione del contratto messo a bando; l'impresa ausiliaria potrebbe infatti essere indotta ad una spasmodica commercializzazione dei suoi requisiti (perché allettata dai corrispettivi dovutigli dalle imprese ausiliate), nonostante questo possa implicare la verosimile inidoneità di onorare l'impegno di essere responsabile in solido con l'impresa ausiliata.

#### **11. Formale esecuzione del contratto da parte dell'impresa ausiliata e il subappalto dell'impresa ausiliaria.**

Il comma ottavo dispone che «il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

Con quest'inciso viene cristallizzata la fictio iuris che innerva la disciplina dell'istituto dell'avvalimento. Difatti, in forza della norma in esame, benché l'esecuzione del contratto sia sostanzialmente eseguita dall'impresa ausiliaria, l'opus si ritiene attribuita all'ausiliata. Dal che discende che sarà quest'ultima a trarre dalla corretta esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto tanto i vantaggi patrimoniali (ad es., il prezzo per l'opera

eseguita) quanto i vantaggi non patrimoniali (ad. es., accrescimento dell'immagine commerciale, curriculum da spendere nelle future gare, etc.).

Oltretutto, non è stato escluso che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore. Quando ciò accade si registra, in linea di principio, una sovrapposizione delle discipline di due istituti diversi: l'avvalimento e il subappalto. La giurisprudenza ha chiarito che «al subappalto non può equipararsi l'avvalimento: invero, l'avvalimento realizza un'integrazione temporanea dell'azienda del concorrente riguardo ai mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e l'impresa ausiliaria diviene parte sostanziale mediante l'assunzione di corresponsabilità in via solidale con il concorrente verso la stazione appaltante; il subappalto, invece, non realizza un'integrazione delle capacità dell'aggiudicatario, ma costituisce uno dei modi di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore e comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale; ne consegue che unico responsabile verso la stazione appaltante per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali resta il concorrente aggiudicatario. Da tanto deriva che, pur essendo essenziale l'indicazione del nominativo del subappaltatore, questa indicazione, ove mancante, può essere richiesta in via integrativa» (cfr., T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2015, n. 1040).

A ben vedere, nella eventualità che l'impresa subappaltatrice cumuli il "ruolo" di ausiliaria con quello di subappaltatore, si pone il problema di individuare il regime di disciplina applicabile; una questione superata nel senso che «il subappalto, nell'avvalimento, assume connotati peculiari e "speciali" rispetto alla fattispecie ordinaria, situazione questa che giustifica la disapplicazione della disciplina vincolistica all'utilizzo dell'istituto di cui all'articolo 118 del D.lgs. n. 163/2006» (cfr., Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791). Va da sé che, per quel che riguarda la responsabilità, rimane confermata la responsabilità solidale dell'impresa ausiliata con l'impresa ausiliaria-sub-appaltatrice.

## **12. I poteri di verifica e di controllo del R.U.P.**

Il comma nono dispone 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 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. 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».

La norma (senz'altro innovativa) amplia e rafforza i poteri di controllo di cui è attributario il Responsabile Unico del Procedimento (R.U.P.). Questi, per assicurarsi che sia soddisfatto l'interesse dell'amministrazione ad esigere una prestazione eseguita nel rispetto delle clausole generali della diligenza e della correttezza, è tenuto ad accertare, in corso d'opera, se le prestazioni oggetto del contratto siano effettivamente eseguite dall'operatore che, nei fatti, dispone degli strumenti necessari a garantire un'esecuzione "a regola d'arte" delle prestazioni: cioè a dire l'impresa ausiliaria.

## **13. Divieto di avvalimento dei c.d. requisiti specialistici.**

I commi dieci e undici contengono il seguente tenore: «L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152» (comma 10); «non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della

concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore delle opere superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15».

Il comma dieci conferma l'impostazione tesa a configurare il requisito dell'iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali come un requisito "intrinsecamente soggettivo" che, in quanto tale, non è suscettibile di formare oggetto di avalimento. Ciò che conferma la fondatezza dell'orientamento secondo il quale «pur precedentemente alle ultime modifiche legislative sussisteva l'obbligo di esclusione dalle procedure di affidamento degli appalti di lavori in caso di mancanza del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori in materia ambientale di cui all'art. 212 D.lg. n. 152 del 2006 s.m.i. (il cui possesso era peraltro richiesto dal bando di gara), in quanto detta iscrizione rappresenta un requisito soggettivo afferente all'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica, che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche; pertanto, essa costituisce un requisito generale o soggettivo afferente all'idoneità professionale del candidato, collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, che non può essere oggetto di avalimento — al contrario dei requisiti speciali o oggettivi — in quanto non equiparabile ad un requisito "trasferibile" da un operatore economico all'altro, costituendo un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti in quanto rappresenta un titolo autorizzatorio al suo esercizio» (cfr., Cons., St., Sez. V, 28 giugno 2015, n. 3698).

Il comma undici fissa, in chiave innovativa, un limite all'avalimento dei c.d. requisiti specialistici, richiesti per l'esecuzione di opere che presuppongono degli elevati standard di complessità tecnologica e tecnica; l'elenco di queste opere sarà definito dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. Non si tratta, tuttavia, di un divieto incondizionato, in quanto i requisiti specialistici potranno formare oggetto di un contratto di avalimento allorché il valore delle opere connotate da elevati standard tecnici e tecnologici non superi il 10% dell'importo totale dei lavori oggetto della procedura di evidenza pubblica.

## **ART. 89**

**1.** L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, (...) avvalendosi delle capacità di altri soggetti, ((anche partecipanti)) al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. 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. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a

mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui e' carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. (A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria).

**2.** Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione.

**3.** La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

**4.** Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

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

**6.** E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

**7.** In relazione a ciascuna gara non e' consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

**8.** Il contratto e' in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale e' rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

**9.** 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 di 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.

**10.** L'avvalimento non e' ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

**11.** Non e' ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino (...) opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. **((Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies))** è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la ((qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84)), che possono essere periodicamente revisionati. **((Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.))** [1]

**Il Responsabile Unico del Procedimento**

**Ing. Luigi Cimino**