**L’avvalimento: la meritevolezza degli interessi secondo l’interpretazione conforme ai principi europei**

Dott.ssa Maria Carmen Agnello

**Avvalimento- principi interpretativi europei–rapporti tra imprese- certificazione qualità – contratto**

**Aspetti introduttivi: il quadro giuridico dell’istituto ed i principi applicabili**

Le questioni giuridiche relative all’avvalimento sono da affrontare nella prospettiva della maggiore partecipazione delle imprese agli appalti pubblici, attraverso un approccio sistematico in base alla normativa del Codice dei contratti pubblici ed applicando i criteri interpretativi della giurisprudenza europea **che estende l’ambito applicativo dell’istituto** in conformità ai principi europei di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza**.** A tale stregua, si analizza l’evoluzione normativa ed applicativa di tale istituto secondo un approccio multilevel, dal **recepimento delle direttive europee,** alle novità introdotte col **nuovo Codice degli appalti,** attraverso la lente interpretativa dei più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa di I e II grado e de**i** principali arrêts della Corte di Giustizia e le indicazioni espresse dall’**ANAC.** Tale approccio consente di analizzare l’istituto nella prospettiva di garantire la coerenza applicativa e delle soluzioni rispetto alla normativa, attraverso un’interpretazione **conforme ai principi di favor partecipationis, in grado di** bilanciare gli interessi coinvolti alla **più ampia partecipazione ed al** più ampio confronto**.**

**Al fine di evitare** qualsiasi forma di **elusione della regolamentazione delle gare pubbliche attraverso comportamenti collusivi tra le imprese, tale ricostruzione sistematica è finalizzata a dipanare** le criticità applicative dell’istituto, garantire la massima partecipazione, **la certezza de**i rapporti giuridici sussistenti tra la stazione appaltante l’**impresa concorrente ed ausiliaria** nel contratto di avvalimento.

Al riguardo, è necessario premettere che l’istituto di avvalimento, di matrice comunitaria, consente ad un’impresa, consorziata o in raggruppamento (avvalente) di partecipare ad una procedura di gara, anche quando non possiede i requisiti finanziari, tecnici ed organizzativi, nonché di attestazione delle qualificazioni richieste dalla stazione appaltante, avvalendosi di un’altra impresa ausiliaria (avvalente), in possesso di tali requisiti**.** In tal modo, l’istituto dell’avvalimento incide nelle diverse fasi **della procedura dall’accesso, alla selezione, sino all’esecuzione, richiedendo** una costante qualificazione del concorrente dall’indizione della gara, sino alla stipula ed esecuzione del contratto**.**

L’origine dell’avvalimento è individuabile nelle sentenze degli anni 90 della Corte di Giustizia che hanno ammesso imprese facenti parte di un gruppo o holding, attraverso i requisiti e capacità di una società controllata non partecipante alla gara. In seguito, tale istituto è stato regolamentato dalle Dir. 2004/18/CE e 2004/17/CE per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella ratio di favorire la partecipazione alle gare anche alle micro e medie imprese, garantendo l’esecuzione, anche quando sono carenti dei requisiti di partecipazione previsti dalla normativa e richiesti dalla stazione appaltante, avvalendosi dei requisiti economico-finanziari e/o tecnico-organizzativi di altre imprese[[1]](#footnote-1). La giurisprudenza europea si è soffermata sui vincoli e limiti che i Legislatori nazionali possono imporre nel disciplinare l’avvalimento, affermando che gli art.47, par. 2 e 48 par.3 della dir.2004/18/CE, non ostano ad una regolamentazione che limiti, in casi eccezionali, la possibilità per gli operatori di ricorrere all’avvalimento. Tuttavia, in assenza di tali condizioni eccezionali, l’applicazione dei principi di non discriminazione e parità di trattamento non consentono di imporre vincoli e limiti all’avvalimento delle capacità di altri soggetti[[2]](#footnote-2).

Nell’essenzialità della disciplina prevista dalle direttive europee, il legislatore nazionale agli art.49 e 50/d.lgs. n. 163/2006 ha regolamentato l’avvalimento, quale istituto alternativo all’associazione temporanea di imprese, che integra il bando di gara, anche quando non previsto, consentendo ad un’impresa di sopperire alla carenza dei requisiti economico-finanziari, tecnico-organizzativi e l’attestazione della certificazione Soa attraverso un altro soggetto, che si impegna con la stazione appaltante e nei cui confronti rispondono solidalmente dell’esecuzione delle prestazioni.

La regolamentazione previgente presentava delle incoerenze. Per un verso, l’atipicità della prova prevista dal par. 5 dell’art. 47 consentiva ad ogni concorrente di «provare la propria capacità tecnica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall’amministrazione aggiudicatrice») ed in modo analogo per le capacità tecniche, dai parr. 3 (gli operatori singoli) e 4 (ii raggruppamenti con personalità o soggettività giuridica) dell’art. 48. Per altro verso, il Codice degli appalti previgente è stato più restrittivo al comma due dell’art. 49 che impone precisi oneri documentali, che contrastano con l’atipicità dei mezzi di prova enunciata nelle fonti comunitarie. A tale stregua, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione per violazione della disciplina comunitaria dell’avvalimento rispetto ai limiti all’operatività dell’istituto (6° e 7° co. dell’art. 49)[[3]](#footnote-3). Il formante giurisprudenziale ha avuto il ruolo di superare le criticità applicative, individuando soluzioni più coerenti ai fini di una corretta applicazione di tale istituto.

**Il Formante giurisprudenziale rispetto ai Rapporti tra imprese: Avvalimento infragruppo, cumulativo e frazionato**

L’art. 89 del D.Lgs. 50/2016 innova l’art. 49 del previgente codice, nel garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche nell’applicazione di tale istituto e prevenendo i rischi di alterazione procedurale. L’orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi a seguito l’Ad. Pl. n.23/2016, sancisce che l’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale “in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE”, al fine di consentire “l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE. In attuazione di quanto espresso ed a seguito dell’approvazione dello schema di decreto del Consiglio di Stato sono stati rimossi i limiti, in contrasto con la normativa europea e quindi nel testo in vigore non sono stati reintrodotti i preesistenti divieti, criticati dalla Corte di Giustizia in riferimento all’avvalimento plurimo e frazionato. In tale paragrafo sarà esposto il formante giurisprudenziale consolidatosi rispetto ai profili soggettivi dell’avvalimento ed in specie al costituirsi di variegati rapporti interni tra le imprese partecipanti rispetto alla stazione appaltante .

Nell’avvalimento infragruppo, il partecipante ad una gara soddisfa la richiesta dei requisiti economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti, affidando sulle capacità di imprese, appartenenti al medesimo gruppo (c.d. avvalimento infragruppo) ossia dello stesso raggruppamento temporaneo. In riferimento all’ammissibilità di tale avvalimento, la giurisprudenza amministrativa di I grado ha chiarito profili giuridici di critica applicazione, nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice[[4]](#footnote-4). Invero, l’art. 49, c. 2, lett. g) dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006 considerava sufficiente *“una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente” nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto".* La ratio è attenuare l’onere dimostrativo, quando si può presumere una convergenza di interessi tra più soggetti,al fine di rendere disponibile un requisito dell’uno di cui l’altro è carente. Tuttavia, alcuna norma analoga è stata prevista nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici che all’art. 89 prevede l’obbligo di allegare il contratto. Ciò ha indotto a ritenere che non è applicabile la deroga all’obbligo di produrre il contratto di avvalimento nella fattispecie di conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo. La deroga previgente non può essere considerata quale principio di primaria rilevanza o cogente né è desumibile nei “settori speciali” di cui al c. 2 dell’art. 89. La frase espressa in quest’ ultimo*(“Resta fermo…”*) non è una deroga o eccezione a quanto statuito dal comma 1, in quanto tale espressione conferma, precisando l’applicazione, anche nei settori *“de quibus”,* delle norme di cui ai periodi secondo e terzo, ma da essa non è desumibile, in termini univoci, una deroga alle norme contenute nei restanti periodi del comma 1, non richiamati dal comma 2 (l’ultimo, relativo all’obbligo di stipulare e produrre in gara un contratto scritto di avvalimento). Tale deroga non può essere applicata e per coerenza ermeneutica, si dovrebbe anche escludere l’applicabilità del quarto periodo del c.1, che impone di depositare la dichiarazione dell’ausiliaria, adempimento non derogabile, non essendo altrimenti ipotizzabile altro documento idoneo a comprovare il rapporto di avvalimento e costituendo tale dichiarazione “da sempre” la prova del rapporto di avvalimento, anche nel regime previgente.

A tale stregua, il partecipante ad una gara può soddisfare la richiesta del possesso dei requisiti economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti per partecipare ad una procedura di gara, attraverso “anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”. Nella fattispecie di esecutori plurisoggettivi in RTI, si ritiene necessario e sufficiente che siano garantite l’affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione edil complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese. Al riguardo, è necessario precisare che nel raggruppamento, le singole imprese assumono il mero impegno di costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara per l’esecuzione dell’appalto, senza l’insorgenza di ulteriori e specifici obblighi, quali la messa a disposizione di mezzi tecnici e/o finanziari. Ciò non presuppone per le partecipanti obblighi ulteriori rispetto all’impegno di costituirsi in associazione e eseguire le opere secondo le percentuali rispettivamente assunte. Invece, nell’avvalimento l’impresa che intenda avvalersi dei requisiti di un’altra, deve necessariamente darne atto in sede di presentazione dell’offerta, e ciò in quanto l’Amministrazione deve poter verificare ab initio la sussistenza in capo ad ogni partecipante dei requisiti richiesti dal bando. Né può ritenersi che l’Amministrazione sia obbligatoriamente chiamata ad effettuare indagini ulteriori rispetto alla verifica dei contenuti esplicitati nelle domande presentate, al fine specifico di accertare se i requisiti di cui la singola impresa risulti carente siano rinvenibili in altro soggetto del raggruppamento. A tale stregua è necessario che l’impresa manifesti espressamente la volontà di avvalersi dei requisiti di un’altra alla presentazione dell’offerta. Ne consegue che l’estensione e l’ampliamento, solo eventuale, degli obblighi intercorrenti tra le imprese del costituendo R.T.I., è da formalizzare in un atto al fine di consentire all’impresa ausiliata di esigere la messa a disposizione del requisito di cui è carente[[5]](#footnote-5).

In caso di avvalimento, resta modulabile la ripartizione dell’esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI. Al riguardo, si ritiene ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l’avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI, al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio. Secondo un impostazione giurisprudenziale, condivisa dalla Plenaria nella pronunzia del 28 aprile 2014, n. 27, secondo cui è necessario evitare che, all’interno di un raggruppamento di imprese, si possa distribuire le attività in modo avulso dalle capacità tecniche, vanificando l’attività di verifica dei requisiti. A tale stregua, la singola impresa partecipante non è tenuta obbligatoriamente a possedere i requisiti richiesti e le relative competenze nell’ erogazione del servizio, potendo avvalersi delle altre partecipanti al RTI tenute a garantire, entro i limiti della propria qualificazione, l’esecuzione nel rispetto degli adempimenti assunti in base la ripartizione interna delle quote del servizio. Secondo un’impostazione giurisprudenziale, condivisa dalla Plenaria (28 aprile 2014, n. 27), è necessario evitare che, all’interno di un raggruppamento di imprese, si possa distribuire le attività in modo avulso dalle capacità tecniche, vanificando l’attività di verifica dei requisiti. Nonostante la liberalizzazione delle quote dopo l’abrogazione della disposizione contenuta nell’art. 37, c. 13, D.Lgs. 163/2006, che imponeva la corrispondenza fra quote di partecipazione e di esecuzione, resta fermo il principio di necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione ed esecuzione (Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4684). Una differente impostazione, ritiene sufficiente ai fini della partecipazione alla gara che il raggruppamento raggiunga nell’insieme i requisiti di capacità tecnico – economica richiesti, se non diversamente previsto nel bando, garantendo l’affidabilità e la responsabilità degli operatori economici attraverso la qualificazione senza ledere la concorrenza con i raggruppamenti temporanei.

La giurisprudenza amministrativa di I grado, (TAR Piemonte Torino sez. I 2/1/2018, n.1) ammette l’avvalimento cumulativo, al fine di consentire ad ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, prescindendo dalla natura giuridica dei suoi legami. A tale stregua, l’amministrazione aggiudicatrice non può vietare, per un requisito di capacità tecnica definito quale “compito essenziale”, il ricorso all’avvalimento e l’eventuale frazionamento all’interno di un raggruppamento di imprese. L’art. 89, sesto comma del nuovo Codice Appalti ammette espressamente l’istituto dell’avvalimento “cumulativo”, la limitazione imposta dal precedente quarto comma, nel consentire alla lex specialis di gara di prevedere che taluni “compiti essenziali” siano “direttamente svolti” dall’appaltatore o da un singolo partecipante dell’ATI, si riferisce, alla fase esecutiva del contratto e non a quella pubblicistica di selezione dell’aggiudicatario. In tal senso il Tar Piemonte in merito ad una controversia ad oggetto l’impugnazione di una clausola del disciplinare che vietava l’avvalimento e il possesso frazionato di un requisito di ordine speciale, qualificandolo come “essenziale” ai sensi del l’art. 89, comma 4.Secondo i giudici amministrativi, il diritto di qualificarsi mediante avvalimento non può tollerare ulteriori compressioni rispetto a quelle contemplate in maniera chiara dal Codice, fra le quali non sarebbe riconducibile la previsione del comma 4. Ciò, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha chiarito, con riferimento all’art. 63, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE, recepito proprio dall’art. 89, comma 4 del D.Lgs. 50/2016, che tale disposizione non fissa un limite alla possibilità di avvalimento frazionato. Difatti la norma riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di esigere che nella fase esecutiva le prestazioni essenziali siano riservate all’appaltatore, senza però autorizzarle a restringere in sede di gara la possibilità di procurarsi mediante avvalimento le risorse tecniche ed economiche riguardanti quelle lavorazioni. Il diritto dell’Unione consente il cumulo delle capacità tra più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dalle stazioni appaltanti, così attuando l’obiettivo di garantire la concorrenza negli appalti pubblici.

​**Nei successivi paragrafi saranno analizzati gli specifici legami tra ausiliario e ausiliato, rispetto ai requisiti soggettivi ed in specie nell’avvalimento del certificazione di qualità.**

### I requisiti oggettivi dell’avvalimento

Il diritto comunitario focalizza il profilo sostanziale dei rapporti, rispetto al formalismo giuridico. A tale stregua, per la Corte di Giustizia ha maggiore rilevanza che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, di modo che la possibilità di ricorrere all’avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente “ausiliato”, dell’effettiva disponibilità di tali mezzi. La Corte sottolinea la correlazione tra requisiti di capacità richiesti al fine di partecipare alla gara e l’effettiva disponibilità delle risorse necessarie nell’esecuzione, tant’è che ne prescrive la dimostrazione e verifica, pur essendo tali vicende regolamentate dagli ordinamenti nazionali.

La finalità del contratto e delle dichiarazioni di avvalimento è di precostituire la concreta esigibilità, da parte della stazione appaltante, dell’impegno assunto dal soggetto ausiliario. Il nuovo codice non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell’oggetto del contratto, in quanto si limita a stabilire che esso debba esplicitare l’obbligo nei confronti del concorrente «a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per la durata dell'appalto». La questione di maggiore incidenza sul contenuto del contratto riguarda l’individuazione dei requisiti, oggetto di avvalimento. Il Codice nell’escludere i requisiti generali quale oggetto dell’avvalimento, ammette che nei bandi di gara possano essere inseriti ulteriori requisiti distinguibili in “generali” o “soggettivi” e “speciali” o “oggettivi”. I primi quali la certificazione di qualità, tecniche del settore informatico, l’iscrizione ad Albi speciali, (Camera di Commercio) riguardano la capacità soggettiva dell’operatore, l’affidabilità morale e professionale e come tali non sono suscettibili di sostituzione, né di avvalimento. I secondi (requisiti speciali) si riferiscono alle caratteristiche dell’operatore economico nell’attività espletata e l’organizzazione. A tale categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, oggetto di avvalimento dell’impresa sprovvista, perché, nell’ottica comunitaria, si tratta di acquisire risorse e mezzi e non situazioni soggettive.

In considerazione delle finalità perseguite dall’avvalimento di garanzia da quello tecnico o operativo, le modalità di verifica del RUP dell’effettiva esecuzione dell’appalto da parte dell’ausiliaria si differenziano. Nell’avvalimento tecnico vi è l’esigenza di disporre in modo specifico di determinate risorse, la stazione appaltante è chiamata a verificare quanto prescritto dal secondo periodo del c.9 dell’art. 89, secondo cui, in fase di esecuzione, la stazione appaltante debba eseguire “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”. Quanto esposto impone al RUP di accertare che le prestazioni siano 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”. L’eventuale esito negativo impone la risoluzione del contratto di appalto.

Nell’avvalimento di garanzia, in cui l’impresa ausiliaria garantisce il **requisito di capacità economica** la solidità finanziaria e l’acclarata esperienza di settore, è necessario valutare come conciliare la verifica in fase di esecuzione con quanto previsto dal c. 9 dell’art. 89 del codice dei contratti pubblici. Secondo l’indirizzo giurisprudenziale prevalente nell’avvalimento di garanzia, “non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell’impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale”[[6]](#footnote-6). Da ciò discende che nell’avvalimento di garanzia, come delineato dalla giurisprudenza, la verifica è continua nel perdurare del possesso da parte dell’impresa ausiliaria dei requisiti e delle risorse economico-finanziarie, oggetto del contratto di avvalimento, attraverso il fatturato globale e specifico. In specie è sufficiente che dalla dichiarazione dell’ausiliaria emerga l’impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima”, garantendo “affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità”. L’orientamento espresso in modo prevalente dal Consiglio di Stato si allinea alla giurisprudenza che nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006 aveva in modo prevalente ritenuto sufficiente, nella suddetta ipotesi di avvalimento “di garanzia” tale impegno contrattuale attraverso la dimostrazione del fatturato globale e specifico ([Cons. Stato, sez. V, del 15 gennaio 2018, n. 187  [Cons. Stato, 22.11.2017, n. 5429](http://www.appaltiecontratti.it/doc/5524623);e del 22.12.2016, n. 5423](http://www.appaltiecontratti.it/doc/5480229)). Di recente, il Consiglio di Stato, richiamando la sentenza n. 2022/2017 ha chiarito che l’indagine dell’efficacia di tale contratto di avvalimento è da svolgere in concreto, rispetto al tenore testuale dell’atto e all’**idoneità ad assolvere la funzione di garanzia.** Di conseguenza è ritenuto **idoneo a soddisfare la funzione di garanzia,** e quindi legittimo**, quel contratto di avvalimento in cui era esplicitata la messa a disposizione delle “risorse” e dei “mezzi”,** in primo luogo finanziari, necessari alla concorrente nel partecipare e a garantire la stazione appaltante circa l’adeguata disponibilità degli stessi da parte della concorrente.

Si differenzia dall’ **avvalimento “operativo”, che richiede la concreta messa a disposizione da parte dell’impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali.** Nell’avvalimento tecnico o operativo, è necessario indicare analiticamente i requisiti di capacità tecnica e professionale dell’ausiliaria, attraverso l’apparato organizzativo reso disponibile, nei mezzi, attrezzature, personale, prassi e le risorse professionali oggetto di prestito, con l’indicazione della qualifica e delle mansioni svolte. Nell’ambito del prestito dei requisiti di esperienza, l’art. 89, c.1 prevede che siano rispettate delle condizioni ulteriori, attraverso l’indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all’All.XVII, parte II, lett. f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possano avvalersi delle capacità di altri, solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Nel previgente Codice dei contratti, al fine di evitare che l’avvalimento aggirasse i requisiti richiesti per partecipare alle gare pubbliche, la giurisprudenza amministrativa richiamava l’obbligo dell’impresa ausiliaria di «mettere a disposizione dell’impresa ausiliata il requisito del quale quest’ultima è priva non “quale mero valore astratto”, ma indicando con quali proprie risorse può far fronte alle esigenze per cui si è impegnata a sopperire ai requisiti dei quali l’impresa ausiliata è carente, a seconda dei casi, con mezzi, personale o risorse economiche». Ciò in conformità alla disciplina dell’art.47 Dir. 2004/18/CE (requisiti di capacità economica e finanziari) art. 48(requisiti di capacità tecnica e professionale, secondo cui l’operatore economico che per i requisiti prescritti si affida sulle capacità di altri soggetti deve provare all’amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi e delle risorse necessarie[[7]](#footnote-7). Nel caso di avvalimento di “esperienze professionali pertinenti”, l’ANAC si è pronunziata rilevando l’illegittimità dell’attivazione del soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza, nel contratto di avvalimento, dell’impegno dell’impresa ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per cui era richiesta la capacità connessa a dette esperienze pregresse.[[8]](#footnote-8)

In tale contesto, la stazione appaltante verifica se i soggetti della cui capacità intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o i motivi di esclusione ai sensi dell’art. 80.Al riguardo, l’art. 89 III c. sancisce l’obbligo di sostituire l’ausiliaria in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti, così come in caso di esito negativo di tale verifica la stessa amministrazione 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[[9]](#footnote-9). Nel bando di gara possono essere individuati ulteriori situazioni in cui l’operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purchè si tratti di requisiti tecnici. Il legislatore nazionale nel prevedere l’obbligo di sostituzione a favore della ditta partecipante si allinea all’art. 63 Dir. 2014/24/UE, secondo cui l*’*aggiudicatrice impone che l’operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per cui sussistono motivi obbligatori di esclusione.

**L’avvalimento della certificazione di qualità**

Nell’alveo dei requisiti soggettivi suscettibili di avvalimento, la certificazione di qualità aziendale, inerente a un determinato sistema aziendale è preordinata a garantire un elevato livello qualitativo, accertato da un organismo qualificato, secondo parametri rigorosi, delineati a livello internazionale, che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e lo svolgimento delle diverse fasi. A tale stregua, la certificazione di qualità implica un impegno della struttura aziendale ed un determinato percorso nell’organizzare i propri processi produttivi e risorse, al fine di soddisfare le richieste della committenza. Il legame tra la gestione dell’impresa ed il riconoscimento della qualità rende tale certificazione un requisito connotato da un’implicita soggettività, ancorché rientrante fra i requisiti di ordine speciale ed in specie tecnico-organizzativo, e come tale non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dal complesso aziendale a cui si riconosce il sistema di qualità[[[10]](#footnote-10)](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine/_consultazioni/_allegatoConsultazione?idAllegato=3f3417530a7780a5012f34782b7113cf#nota5). Al riguardo, il possesso della certificazione di qualità consente di applicare al concorrente al concorrente il beneficio, ex art. 75, c.7, Codice appalti, di ridurre alla metà l’importo della garanzia provvisoria e definitiva.

Nell’ambito specifico dell’avvalimento, la certificazione di qualità costituisce uno strumento, che consente all'impresa ausiliaria di assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo di mezzi, personale ed ogni altro elemento aziendale qualificante[[11]](#footnote-11). Tale estensione applicativa consente anche all’impresa non in possesso di tale certificazione di partecipare ad un appalto[[12]](#footnote-12). L’ammissibilità della certificazione di qualità è pacifico nel codice dei contratti, ove un criterio di delega(art. 1, c. 1, lett. zz), d.lgs n. 11/2016 prevedeva «[la] revisione della disciplina vigente, nel rispetto dei princìpi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara [..]».La questione dell’ammissibilità dell’avvalimento rispetto alla certificazione di qualità, è stata oggetto di un dibattito della giurisprudenza amministrativa. Secondo un orientamento espresso dal Consiglio di Stato e dalla giurisprudenza di I grado si **esclude la possibilità di avvalimento per la certificazione di qualità, in quanto** inerente alla soggettività del concorrente e **caratteristica complessiva della struttura aziendale** (in specie la SOA negli appalti di lavori)[[13]](#footnote-13). **Tale** orientamento restrittivo nasce dal concetto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l’impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, debba essere ricondotta nel novero dei requisiti soggettivi di affidabilità che dovrebbero, essere posseduti da chi esegue la prestazione, onde prevenire l’abuso nell’avvalimento di tale requisito[[14]](#footnote-14).

Secondo l’opposto orientamento della giurisprudenza estensivo, la disciplina dell’art.49 non pone alcun limite all’avvalimento, se non per i requisiti di carattere generale, mentre il requisito della certificazione di qualità riguarda una procedura svolta da un soggetto verificatore esterno all’impresa, terzo e indipendente, che attesta la conformità ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un adeguato controllo. A tale stregua, tale certificazione dovrebbe essere acquisito, come requisito speciale di carattere tecnico- organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento[[15]](#footnote-15). Secondo i principi espressi dalla giurisprudenza "nelle gare pubbliche, l'impresa ausiliata può legittimamente utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità"[[16]](#footnote-16). Al riguardo, l’Ad. Plen nella decisione n. 23/2016, ha rilevato che l’art. 89 D. Lgs. n. 50 del 2016 non ha utilizzato in modo integrale gli ambiti della delega conferita e non ha introdotto rigorose prescrizioni che la l. 50 del 2016 avrebbe consentito, rispetto alla verifica dell’effettività dell’avvalimento in fase esecutiva. L'unico limite imposto dall'ordinamento è che l'avvalimento non si risolva nel prestito di una mera condizione soggettiva dal valore cartolare, disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. L'impresa ausiliaria, invece deve assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto"[[17]](#footnote-17). A tale stregua, tale requisito può essere avvalso, purché l'impresa ausiliaria si impegni di rendere disponibile all'impresa ausiliata, non il mero dato documentale, ma i propri mezzi, personale ed ogni altro elemento aziendale qualificante la certificazione[[18]](#footnote-18).

L’ANAC converge con la giurisprudenza amministrativa, anche più rigorosa, definendo l’ambito applicativo in ordine al quomodo della prestazione del requisito, esigendo che non sia meramente cartolare, ma investa concretamente le risorse personali e materiali necessarie[[19]](#footnote-19). La posizione dell’ANAC in riferimento all’istituto dell’avvalimento quale disciplinato dal previgente codice, non appare preclusiva, poiché pur ribadendo che «l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione un requisito connotato da un’implicita soggettività» ha contestualmente affermato che esso non è cedibile ad altre organizzazioni solo se la certificazione sia «disgiunta dall’intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità»[[20]](#footnote-20). La questione si sposta sul versante della prova dell’effettiva disponibilità da parte dell’impresa ausiliata, complesso da assolvere, da cui può scaturire la possibile esclusione della concorrente dalla gara[[21]](#footnote-21). Parte della giurisprudenza, pur ammettendo l’applicazione dell’avvalimento per la certificazione di qualità, rileva la necessità che l’impresa concorrente dimostri l’effettiva disponibilità di tale requisito collegato all’intera organizzazione dell’impresa. In tale contesto, è onere della concorrente dimostrare che l’impresa ausiliaria non si impegna soltanto a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale valore astratto, ma assume l’obbligazione di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata, rispetto all’esecuzione dell’appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in ciò che giustifica l’attribuzione del requisito di qualità (mezzi, personale, prassi ed altri elementi aziendali qualificanti).

In base ad un’impostazione “sostanziale” è necessaria la corrispondenza tra la qualificazione e l’esecuzione, evitando una circolazione di certificati e documenti, non corrispondenti alla concreta disponibilità di risorse. Si considera, l’esigenza della stazione appaltante di verificare, in sede di gara, che l’impresa nell’avvalimento disponga in fase esecutiva delle risorse di cui era carente, poiché così si assicurano i presupposti per il corretto adempimento delle prestazioni. Si devono valutare alcune controindicazioni derivanti da tale interpretazione, se l’impresa ausiliaria, che presta la certificazione di qualità, fosse obbligata a mettere a disposizione una serie di elementi che si identificano con l’organizzazione aziendale, dovrebbe essere utilizzata, per il materiale svolgimento della prestazione oggetto del contratto di appalto, tale organizzazione. Da ciò consegue che si rende l’impresa principale (quella ausiliata) titolare solo formalmente del rapporto contrattuale con l’ente appaltante, assumendo, al massimo, una funzione di supervisione e di coordinamento dell’attività dell’impresa ausiliaria. Tale situazione, come evidenziato, pare vietata nel nostro ordinamento, in quanto produrrebbe una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, che sarebbe la logica conseguenza della carenza in capo all’impresa principale (e titolare del contratto) dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione. La posizione espressa dall’Autorità in un parere, reso ex art. 6, c.7, lett. n) del Codice, ove nel confutare la tesi giurisprudenziale, secondo cui l’avvalimento della certificazione di qualità sarebbe possibile nel caso in cui l’ausiliaria mettesse contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente per tutta la durata dell’esecuzione le risorse di cui quest’ultimo risulta privo, sono stati opposti due diversi ordini di considerazioni. In primo luogo si sottolinea che, in generale, il concorrente privo della certificazione di qualità non è di per sé, e solo per questo motivo, carente dei mezzi economici, finanziari, tecnici o organizzativi necessari per eseguire a regola d’arte le prestazioni di cui dovesse eventualmente risultare aggiudicatario, bensì risulta privo di un certificato che attesta la sua ottemperanza alle norme in materia di garanzia della qualità. Di conseguenza, anche se un altro operatore economico mette a disposizione la propria certificazione di qualità e la relativa organizzazione d’impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d’impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell’appalto. In secondo luogo, si evidenzia che, qualora il concorrente privo della certificazione di qualità per la propria organizzazione d’impresa decidesse di avvalersi non solo di determinati beni aziendali di un terzo (mezzi, personale, ecc.), ma dell’intera struttura aziendale altrui “certificata” sotto il profilo della qualità organizzativa dei suoi processi produttivi, come nel caso di specie, costui sarebbe tenuto ad eseguire la commessa pubblica con la struttura avvalsa, con la conseguenza che, sotto il profilo operativo, la realizzazione della commessa sarebbe affidata alla conduzione dell’ausiliaria, mentre l’aggiudicatario sarebbe un intermediario.

A conclusione di quanto esposto, l’aspetto di rilievo è la ratio a tutela della partecipazione concorrenziale ove amplia i requisiti per l’avvalimento, differenziando la verifica e così favorendo le imprese partecipanti, che possono avvalersi di altre imprese e non essere escluse per carenza dei requisiti previsti dalla normativa di settore o dal bando. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha risposto negativamente alla questione sollevata dal Consiglio di Stato, se gli artt. 47, par. 2 e 48, par. 3 della dir. 2004/18, relativa al coordinamento delle **procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi alla** luce dell’art. 63 della dir. 2014/24[[22]](#footnote-22)**. Secondo la Corte di Giustizia,gli** art. 47, par. 2 e 48, par. 3, Dir. 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi **non ostano a una normativa nazionale** che esclude la possibilità per l’operatore economico, che partecipa a una gara d’appalto, di sostituire un’impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che **determina l’esclusione automatica del suddetto operatore**. Sul punto, i giudici europei hanno precisato che l’art. 48, par. 3 della Dir. 2004/18 non può essere interpretato considerando quanto disposto dall’art. 63, par. 1, della successiva Dir. 2014/24 che n**on si pone in continuità in quanto apporta modifiche sostanziali alla disciplina di riferimento**. Per un verso la prima disposizione consente agli operatori economici di far valere, ai fini della partecipazione ad una procedura di gara, le capacità di altri organismi **senza definire le modalità dell’affidamento fra i soggetti coinvolti,** la seconda norma specifica, che **gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo nel caso in cui questi ultimi eseguano i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste** e, dall’altro, che l’amministrazione aggiudicatrice impone alle imprese la sostituzione dei soggetti che non soddisfino un criterio di selezione o per i quali sussistano motivi di esclusione. Ciò premesso, secondo la Corte di giustizia i **principi di parità di trattamento e di non discriminazione**, e l’obbligo di trasparenza, non consentendo trattative fra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, **escludono la possibilità di modificare le offerte dopo il deposito, ad eccezione delle semplici chiarimenti o della correzione di errori materiali manifesti.** Da un punto di vista soggettivo, ciò implica che l’amministrazione aggiudicatrice non può autorizzare una modifica della composizione soggettiva del raggruppamento attraverso la sostituzione di un’impresa terza che ne fa parte e ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione in quanto modificherebbe non solo l’identità del raggruppamento, ma anche l’offerta. Ciò **obbligherebbe l’amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo al raggruppamento interessato**, che potrebbe ottimizzare l’offerta rispetto a quella dei concorrenti nella procedura di aggiudicazione dell’appalto. Tale situazione distorce la concorrenza tra imprese e viola **il principio di parità di trattamento**, che impone ai concorrenti di disporre di pari mezzi nel formulare l’offerta, garantendo che le offerte siano soggette alle medesime condizioni per i concorrenti.

**Il contratto di avvalimento nell’ambito della meritevolezza degli interessi: ammissibilità del soccorso istruttorio**

Nelle dichiarazioni di avvalimento è espresso l’impegno di ciascuna società ausiliaria nei confronti della stazione appaltante di fornire specifici requisiti, rendendosi responsabile in solido nei confronti dell’amministrazione contraente rispetto alle prestazioni oggetto dell’appalto. Al riguardo, l’art. 89 D.Lgs. n. 50/2016 prevede l’obbligo di allegare il relativo contratto, con le eccezioni così come esposte relative all’avvalimento infragruppo. Secondo l’orientamento prevalente espresso dalla giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento ha carattere atipico, stante "il livello di "specificità" dell'oggetto di indicare le risorse ed i mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria[[23]](#footnote-23). Nell’individuare tale specificità, il principio di determinatezza previsto dall'art. 1346 c.c., è da modulare, secondo la funzione di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito e consentire in caso di patologia del rapporto contrattuale, di far leva sulla responsabilità solidale ai sensi dell'art. 49 c. 4, d.lgs. n. 163 del 2006[[24]](#footnote-24).Il Consiglio di Stato ha osservato che l’applicazione dei «canoni di parità di trattamento e non discriminazione osta alla proposta interpretazione secondo cui l’individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare ai requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli previsti dagli art. 1325 e 1346 c.c.; sicché, al contenuto ed all’interpretazione di tali disposizioni, va riportato il disposto di cui all’art. 88, c.1, del D.P.R. n. 207 del 2010, da interpretare in coerenza con tali disposizioni codicistiche. In particolare, l’applicazione di tali canoni osta alla tesi secondo cui, mentre per la validità dei contratti è richiesto un oggetto di carattere determinato o determinabile, al contrario per il contratto di avvalimento sarebbe richiesto un oggetto determinato, ad esclusione della determinabilità secondo i criteri dell’ermeneutica contrattuale. In base a recente orientamento della giurisprudenza amministrativa il riferimento generico e astratto ai mezzi ed alle risorse rese disponibili dall’impresa ausiliaria non risponde all’art. 88 D.P.R. n. 207/2010, con conseguente nullità del contratto[[25]](#footnote-25). Ciò potrebbe essere escluso, quando parte dell’oggetto del contratto, pur non determinato, sia determinabile dal tenore complessivo del documento. Al riguardo, si discute della legittimità de iure communitario di una disposizione di diritto interno, che impone il canone della necessaria determinatezza dell’oggetto. Secondo i richiamati orientamenti giurisprudenziali, la legittimità di tale orientamento potrebbe essere espressa previa adeguata motivazione circa il carattere eccezionale di tale deroga. Al riguardo, parte della giurisprudenza amministrativa non condivide l’impostazione, che introduce il canone della determinatezza dell’oggetto, in deroga all’art. 1346 c.c, senza una valida ragione giustificatrice[[26]](#footnote-26).

Rispetto alla natura dell’avvalimento di garanzia, tale orientamento giurisprudenziale ha ritenuto “il contratto conforme, in ragione della funzione di garanzia ad esso concretamente ascritta, ai parametri di determinatezza, ovvero determinabilità, richiesti per la validità dell’avvalimento dall’Ad.Pl.,nella sent. n. 23 del 4 novembre 2016”. Secondo tale impostazione, le disposizioni sia nazionali che comunitarie in materia di avvalimento sono da interpretare nel senso di non configurare la nullità del contratto di avvalimento “nei casi in cui una parte dell’oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.”. L’Ad. Pl. ha chiarito che l’art. 88, c. 1, lett. f) del d.P,R. 207 del 2010 (secondo cui «per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, c.2, lett. f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente (…): le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico») non può essere inteso nel senso di avere previsto una deroga (in senso restrittivo) alla normativa relativa al requisito dell’oggetto del contratto. Ciò considerando il regolamento approvato con D.P.R. 207 del 2010 che rientra nel genus dei regolamenti di esecuzione ed attuazione, sia perché le disposizioni primarie che disciplina(va)no l’avvalimento, vigente il D. Lgs. 163del 2006 (l’art. 49 e 50) non legittima(va)no l’introduzione con regolamento di disposizioni in derogala disciplina dell’oggetto del contratto[[27]](#footnote-27).

Al riguardo, un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa di I grado distingue i requisiti di fatturato globale e speciale e la procedura di certificazione ISO 9001, rispetto alle risorse. Per le prime nel *c*ontratto di avvalimento è sufficiente la loro determinabilità secondo l’esegesi fornita dall’Ad. Plenaria. Per le seconde invece dal momento che non sono entrati in vigore gli atti attuativi (D.Lgs. n. 50/2016), cui l’art. 217, lett. u) dello stesso che subordina la cedevolezza delle disposizioni del D.P.R. n. 207/2010, si ritiene in vigore la previsione del I c. dell’art. 88, alla cui stregua il contratto di avvalimento “deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”. Rispetto alle risorse, deve essere provato, alternativamente, il loro effettivo sussistere (ove il partecipante dichiari di possederle in proprio) o l’effettività della loro messa a disposizione ove la possibilità del loro utilizzo sia ritratta dalla conclusione di un apposito contratto di avvalimento, che dovrà avere “oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile”. La distinzione tra requisiti generali e risorse risponde all’esigenza di dimostrare l’effettiva messa a disposizione fra impresa avvalente e quella avvalsa dei beni in senso tecnico-giuridico. La certificazione di qualità o il fatturato, generale o specifico, non corrispondono alla definizione di “bene” in senso tecnico-giuridico, ovvero di “cose che possono formare oggetto di diritti” ex art. 821 c.c. In particolare ad essi non preesiste una utilità, prescindendo da una pubblica gara; al contrario essi acquistano una giuridica rilevanza in relazione allo svolgersi di una procedura di evidenza pubblica. Dall’equivalenza tra risorsa e bene in senso giuridico discende l’osservanza del requisito di determinatezza prescritta dall’art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, nella struttura del contratto, ma non anche per i requisiti. Il V c. dell’art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che “il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Dal testo della norma, rispetto alle prestazioni del contratto è applicabile l’integrazione di tale atto negoziale, in forza dell’art. 1374 c.c. “il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche alle conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”. La norma integra il contenuto degli obblighi delle parti del contratto di avvalimento, senza rilevare la volontà manifestata, che se in deroga alVI c. dell’art. 89D.Lgs. n. 50/2016 rispetto alla responsabilità solidale fra le parti, viola una norma inderogabile a tutela di pubblici interessi, da cui le parti non possono esonerarsi, secondo uno specifico accordo, senza determinare la nullità il contratto di avvalimento, per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c.. La giurisprudenza più recente, fa leva sulla “determinabilità” dell’oggetto del contratto di avvalimento[[28]](#footnote-28). A tale stregua, le dichiarazioni rese dalla imprese ausiliarie sono da contestualizzare rispetto anche agli obblighi assunti nei confronti della società ausiliata. Le dichiarazioni di avvalimento sono da rendere più esplicite in quanto esse indicano che l’avvalimento «permarrà per tutta la durata della convenzione e dei singoli contratti di fornitura». Tali dichiarazioni rilevano nell’individuare la “comune intenzione delle parti”, nell’interpretare il contratto. Se esse hanno una funzione distinta rispetto al contratto, in quanto costituiscono un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni, nei confronti della stazione appaltante, hanno ragion d’essere nell’essere funzionalmente collegate al rapporto di avvalimento. Tale interdipendenza dei due negozi impone un’interpretazione degli atti collegati. Nell’indeterminatezza dell’oggetto contrattuale, la giurisprudenza amministrativa ha negato la possibilità di sanare tale vizio contrattuale, né attraverso il rinvio alle dichiarazioni sostitutive rese dai rappresentati delle tra ausiliarie ai sensi dell’art. 49, c. 2, lett. c) e d), del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163, né facendo riferimento alle dichiarazioni emesse dalla E. e dalla M., ex art. 49, c. 2, lett. a), D. lgs. n. 163/2006, occorrendo che la manifestazione di volontà di fornire le risorse mancanti al concorrente provenga dall’impresa ausiliaria. Resta da aggiungere che, le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate con il soccorso istruttorio, dovendo essere tali contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume[[29]](#footnote-29).

Nella prima versione del codice non era previsto l’art. 49 del D.lgs. n. 163/2006 che impone la presentazione di un contratto di avvalimento. Ne sarebbe derivato che il concorrente avrebbe potuto dimostrare in qualsiasi modo la disponibilità delle risorse dell’ausiliario. Al riguardo, il parere del Consiglio di Stato ha sollecitato la reintroduzione della previsione di un contratto di avvalimento, a cui è seguita il I c. dell’art. 89, secondo cui “Il concorrente allega, 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”. Ciò risponde alla ratio perseguita dal legislatore di garantire la certezza degli impegni assunti e la responsabilizzazione del consenso dell’ausiliario. A tale stregua, l’orientamento più recente espresso dalla giurisprudenza amministrativa ha precisato che l’eventuale invalidità o inadeguatezza per genericità del contratto non preclude la partecipazione alla gara dell’impresa che, pur avendo previsto l’avvalimento, dimostri alla stazione appaltante di possedere “in proprio” i necessari requisiti di partecipazione. Al riguardo, è necessario analizzare il rapporto tra la lex specialis e contratto di avvalimento. Le regole applicabili all’avvalimento, nel garantire la serietà, concretezza e determinatezza, non sono interpretabili in base a “aprioristici schematismi”, non considerando la lex specialis del singolo appalto[[30]](#footnote-30).Secondo l’orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa il livello di specificità del contratto di avvalimento fra l’impresa partecipante e l'ausiliaria è da individuare in riferimento alla gara, secondo la lex specialis e rispetto all'oggetto dell'appalto[[31]](#footnote-31). In tale contesto, all’impresa ausiliaria non può essere richiesto «di dimostrare il possesso di un requisito in maniera diversa e più intensa rispetto a quanto previsto dalla lex specialis». In specie, quando la lex specialis non prevede limiti specifici o divieti rispetto a tale requisito di avvalimento, è da interpretare in modo estensivo, ammettendo l’avvalimento della certificazione di qualità, in conformità della normativa europea e recepita dal giudice nazionale[[32]](#footnote-32). n relazione alla previsione di un corrispettivo l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa ritiene valido l'avvalimento, anche in assenza di corrispettivo, purché dal testo contrattuale emerga l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha condotto l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità[[33]](#footnote-33).In riferimento all’assenza di un corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria, occorre considerare che, quale contratto atipico, il prezzo di tale contratto non costituisce elemento essenziale a pena di nullità. Ciò è confermato dal tenore dell'art. 89 e dalla giurisprudenza che richiede al contratto di avvalimento di specificare in modo chiaro le risorse relative al requisito di capacità economico-finanziaria apportate dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata, mentre ai fini della validità del contratto l'indicazione di un corrispettivo economico in favore dell'ausiliaria non è considerato un elemento necessario. Al riguardo, nel superare il controllo di meritevolezza di cui all’art. 1322, c. 2, c.c., il contratto di avvalimento, operativo o di garanzia si caratterizza “nella ricerca di una qualche forma di utilità economico, patrimoniale da parte dell’ausiliario, che può manifestarsi tanto nella previsione di un corrispettivo a suo beneficio, quanto nella sussistenza di un diverso interesse economico – patrimoniale, diretto o indiretto, alla conclusione dell’accordo”[[34]](#footnote-34). Tale interesse è individuato dalla giurisprudenza nell’accordo di avvalimento ed in modo presuntivo dalle relazioni commerciali intercorrenti tra le imprese coinvolte. In tale contesto l’individuazione dell’interesse concreto perseguito dalle parti, quale causa del negozio consente di apprezzare l’effettività del prestito[[35]](#footnote-35). Al riguardo, l’utilità dell’impresa ausiliaria è individuabile nel consolidare una partnership con l’impresa ausiliata, in vista di collaborazioni e/o stipula di contratti[[36]](#footnote-36).Per quanto riguarda i profili processuali ed in specie l’onere della prova, secondo il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, la censura di illegittimità del contratto di avvalimento non può risolversi nella denuncia della mancata previsione di un corrispettivo ma, stante l’art. 64, c. 1, c.p.a., deve completarsi con la “prova negativa” rispetto l’insussistenza, in capo all’ausiliario di un interesse economico-patrimoniale a concludere l’accordo, secondo l’interpretazione delle clausole contrattuali.

A fronte di un contratto di avvalimento generico, la giurisprudenza amministrativa in modo pacifico esclude l’applicazione del “soccorso istruttorio”, atteso che ai sensi dell’art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50, non è applicabile nel sopperire le irregolarità che impediscono in modo radicale di individuare il contenuto documentale. In specie**,** le lacune non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo il contratto di avvalimento essere valido fin dal principio, senza integrazioni postume[[37]](#footnote-37).Da ciò consegue l’esclusione del concorrente, in ragione dell’impossibilità di integrare ex post i requisiti di partecipazione richiesti e non posseduti e la nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell’oggetto[[38]](#footnote-38).Tale nullità impedisce di individuare il contenuto, in quanto nell’impostazione del nuovo Codice è necessario valutare l’effettiva sussistenza di risorse e mezzi avvalse, escludendo che l’oggetto dell’avvalimento possa essere avere natura cartolare.

1. Le prime pronunzie della Corte di Giustizia sono del 14 aprile 1994, causa C-389/92, in merito alla possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dal bando in modo indiretto, avvalendosi dei requisiti posseduti da altri, è stata ammessa ad una società di un medesimo gruppo; del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98), sancisce rispetto ad un appalto di servizi, il principio, al di fuori dei rapporti infragruppo, secondo cui è possibile che un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, partecipi alla gara attraverso i requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto con tali soggetti.In tal senso Corte di Giustizia, sent. del 10 ottobre 2013, in causa C-94/12 –SWM Costruzioni. [↑](#footnote-ref-1)
2. In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza del 7 aprile 2016, in causa C-324/14 –Partner Apelski Dariusz. [↑](#footnote-ref-2)
3. Commissione europea nota C(2008)0108 del 30-1-2008. Decisioni della Commissione del 31-1-2008. Procedura di infrazione 2007/2309, ex art. 226 Trattato CE. Incompleta trasposizione del «Codice appalti», ET, 2008, n. 11, 24. [↑](#footnote-ref-3)
4. T.A.R. Roma, sentenza n. 5545 del 9 maggio 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. **Consiglio di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6257.** [↑](#footnote-ref-5)
6. TAR Lombardia, sez.V, del11 luglio 2017, n. 1589. [↑](#footnote-ref-6)
7. ANAC, Parere di precontenzioso, n.36 del 2 settembre 2014. [↑](#footnote-ref-7)
8. ANAC, Delibera n. 221 del 1 marzo 2017; Cons.St., sez. III, 19 maggio 2015 n. 2539. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cons. St., ord. n. 1522 del 15 aprile 2016, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 rispetto alla normativa europea che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all’impresa ausiliaria indicata non prevede che possa sostituirsi con altra impresa. [↑](#footnote-ref-9)
10. *ex multis*, TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza n. 4796 del 13 ottobre 2011; parere AVCP n. 254 del 10 dicembre 2008; parere AVCP n. 64 del 20 maggio 2009; parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011; parere AVCP n. 97 del 19 maggio 2011; Contra TAR Piemonte, sez. I, n. 224 del 2010; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18 aprile 2011 [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2486; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 22 marzo 2016 n. 334. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cons.St., sez. V, n. 8043 del 15 novembre 2010. [↑](#footnote-ref-12)
13. Tar Piemonte, s[ent. n.154 del 29 gennaio 2017,](http://www.appaltiecontratti.it/doc/5428847) Cons. St. sent. n.5695/2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. TAR Sardegna, sez. I, n. 665 del 6 aprile 2010. [↑](#footnote-ref-14)
15. TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220 [↑](#footnote-ref-15)
16. T.A.R. Puglia,Lecce, sez. II, 22 luglio 2015 n. 2500; Cons. di St., sez. IV, 3 ottobre 2014 n. 4958; per la sintesi TAR Bologna, sez. II^, 1.2.2011, n. 62. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5922, secondo cui la certificazione di qualità SA 8000, può essere oggetto di avvalimento; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV,30.04.2015, n. 2456; sez. I, 10.12.2015, n. 5720; sez. V, 7.06.2016, n. 2861. [↑](#footnote-ref-17)
18. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 18 gennaio 2016 n. 92. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cons. St., sez. IV, sentenza n. 3467 del 1° agosto 2016. [↑](#footnote-ref-19)
20. Determinazione n. 2 dell’1.8.2012. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cons.St., sez. III, n. 2344 del 18 aprile 2011. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte di Giustizia, sez. I, 14 settembre 2017, C-223/2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cons. giust. amm. sic., ez. giurisdiz., 21 gennaio 2015, n. 35, distingue il contratto di avvalimento rispetto ai contratti affitto d’azienda, sub-appalto, nè“sembra pienamente equiparabile al contratto di mandato”. [↑](#footnote-ref-23)
24. T.A.R. Lazio,Roma, sez. I, 6 maggio 2015 n. 6479; Cons. di St., sez. V, 25.01.2016, 242 [↑](#footnote-ref-24)
25. TAR Sicilia Catania sez. I , 6 ottobre 2017, n.2338. [↑](#footnote-ref-25)
26. TAR Lazio-Roma-sez.-II-14.7.2017-n.-8520. [↑](#footnote-ref-26)
27. TAR Sicilia – Catania, sez. IV, sent. n. 122 del 20 gennaio 2017, ha affermato, che l’esegesi espressa dall’Ad. Pl. è suscettibile di applicarsi all’art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 per la similarità all'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'art. 47, par. 2 Dir.2004/18/CE. [↑](#footnote-ref-27)
28. ex plurimis, Cass.civ., sez. III, 8 marzo 2017, n. 5791 e Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2836. [↑](#footnote-ref-28)
29. [Cons.St., sez. V, 30.03.2017 n. 1456](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=NUEHJTQZREPNUQLEB2ORJZQBGM&q=), sez. III, 29/1/2016, n. 346 e 22/1/2014, n. 294. [↑](#footnote-ref-29)
30. TAR Lazio-Roma,sez.II, sentenza n.8520,del 14.7.2017. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cons. St., sez. V, sentenza n. 4860 del 22.10.2015. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Giust., sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cons. St, sez. V, 25 gennaio 2016 n. 242. [↑](#footnote-ref-33)
34. TAR Lazio, Roma, sez. III, 16.11.2016, n. 11382; cfr. anche, sez. I^ 2.12.2016 n. 12069. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sul punto,Cass. civ., sez. III, 17.1.2017, n. 921. [↑](#footnote-ref-35)
36. Cons.St., sez. V, sentenza n. 2603 del 27.4.2015. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cons. St., sez. V, 30/03/2017 n. 1456. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cons.St., sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346 e [T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, sentenza 30 agosto 2016, n. 1090](http://www.italiappalti.it/blog-post.html). [↑](#footnote-ref-38)