

I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso

Alessandra Amore

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'origine pretoria dell'istituto dell'avvalimento. – 3. Il quadro normativo europeo: dalle direttive comunitarie 2004/17-18 Ce a quelle 2014/24-25 Ue. – 4. Gli elementi contrattuali dell'avvalimento. – 4.1. *Segue*: la specificità dell'oggetto di avvalimento e le diverse ricostruzioni esegetiche. – 5. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria *vs* la stazione appaltante. – 6. Brevi riflessioni sulla paventata natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria. – 6.1. *Segue*: la responsabilità dell'avvalso *vs* l'avvalente, in ipotesi di: dichiarazioni false; deficit del possesso dei mezzi oggetto di avvalimento; caducazione dei requisiti. – 7. L'apporto innovativo del principio di modificabilità dell'impresa ausiliaria, *ex art.* 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Come è noto, l'avvalimento è il contratto mediante il quale l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'impresa c.d. ausiliata le strutture organizzative, i mezzi della propria azienda, indispensabili per partecipare alla procedura di gara.

L'istituto in esame è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale europea, la quale ha agito nell'intento di garantire l'accesso nel mercato degli appalti pubblici alle piccole e medie imprese, prive dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Decorsi dieci anni dall'approvazione del d.lgs. 12 aprile del 2006, n. 163 l'avvalimento è stato rivisitato dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, così come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56¹.

¹ Nessuna modifica, invece, è stata apportata all'istituto in esame, con l'approvazione della recente legge del 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Sblocca cantieri), che ha convertito in legge il d.l. 18 aprile 2019, n. 32.

Nello specifico, con la norma in esame, il legislatore nazionale, in attuazione dell'art. 1, co. 1, lett. zz, della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha previsto: la puntuale individuazione delle risorse e delle capacità oggetto del contratto di avvalimento; il rafforzamento degli strumenti volti ad agevolare il controllo relativo alla qualificazione ed alla capacità tecnico-professionale indispensabili per garantire l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto.

Nonostante i recenti interventi normativi, l'avvalimento è uno degli istituti più problematici del Codice dei contratti pubblici, sotto il profilo applicativo.

Il presente lavoro, dunque, si propone di "districare" i nodi in cui – ancora oggi – si intesse lo stesso e di esaminare gli apporti innovativi previsti nell'architettura del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Per sviluppare tale obiettivo di ricerca, l'indagine si incentrerà: sul superamento dell'orientamento giurisprudenziale che considera valido il contratto di avvalimento il cui oggetto sia determinato o determinabile, *ex art. 1346 c.c.*, alla luce dell'art. 89, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; sui molteplici profili oscuri afferenti la natura e la funzione c.d. di garanzia della responsabilità solidale che sorge in capo all'avvalso nei confronti della stazione appaltante; sulle conseguenze giuridiche che potrebbero derivare dall'operatività del principio di sostituibilità dell'impresa ausiliaria, *ex art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016*.

2. *L'origine pretoria dell'istituto dell'avvalimento*

Nello scenario europeo l'avvalimento fa il suo ingresso per la prima volta con la sentenza del 14 aprile del 1994 c.d. *Ballast* (C-389/92), con la quale la giurisprudenza europea ha acconsentito ad una *holding* la possibilità di avvalersi delle capacità economiche, finanziarie e tecniche possedute da una società appartenente al suo gruppo; fermo restando l'onere di provare di poter disporre concretamente dei mezzi di cui intende avvalersi².

Se originariamente la giurisprudenza europea ammetteva il ricorso all'avvalimento solo in ipotesi di rapporto infragruppo, in una fase successiva ha consentito il ricorso all'istituto in esame a prescindere dall'esistenza di un rapporto di controllo e/o di collegamento tra avvalente ed avvalso³.

In tale contesto, dunque, il legislatore, in ottica pro-concorrenziale, garantisce, per un verso, alle piccole e medie imprese la possibilità di partecipare alla

² Cfr. *ex multis*, Corte giust. sez. III, 18 dicembre 1997, causa C-5/97, *Ballast, Nedam Groep NV c/ Stato belga*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 545.

³ D. Bezzi, *Profili applicativi dell'avvalimento* (a cura di) G.A. Benacchio, M. Cozzio, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 263.

procedura di gara, per altro, alla stazione appaltante di disporre di un ampio ventaglio di offerte; fermo restando l'obbligo di valutare ed accertare l'effettivo possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria, a garanzia di una corretta esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto⁴.

Al riguardo, l'art. 23 della direttiva n. 92/50/Ce statuiva «gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti e dopo che l'idoneità dei prestatori non esclusi sia stata verificata dalle amministrazioni conformemente ai criteri di cui agli artt. 31 e 32».

Da un'attività interpretativa della norma in esame parrebbe che l'istituto in commento si regga sui seguenti principi corollari: non assume alcun rilievo il metodo con cui l'avvalso si impegna a mettere a disposizione i requisiti in favore dell'avvalente né l'accordo intercorso tra gli stessi; infine, la stazione appaltante è tenuta a valutare gli elementi di fatto e di diritto oggetto dell'accordo intercorso tra avvalso e avvalente, valutando così l'effettiva sussistenza degli stessi in capo all'ausiliaria.

Passata in rassegna la giurisprudenza europea intervenuta nella materia in questione affiora, in uno scenario indifferente «ai formalismi giuridici legati sia allo status del concorrente, sia ai mezzi di prova», come il legislatore e la giurisprudenza si siano sforzati di individuare il giusto equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima apertura del mercato degli appalti e quella di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice adeguate garanzie circa il corretto espletamento della prestazione dell'appalto⁵.

L'istituto in esame è stato positivizzato negli artt. 47 e 48 delle direttive europee nn. 17 e 18 del 2004 nonché codificato nell'ordinamento nazionale negli artt. 49 e 50 d.lgs. n. 163 del 2006, oggi dall'art. 89 d.lgs. n. 50/2016.

3. *Il quadro normativo europeo: dalle direttive comunitarie 2004/17-18 Ce a quelle 2014/24-25 Ue*

La disposizione normativa di cui all'art. 47, par. 5, della direttiva europea n. 18 del 2004 – recependo integralmente i principi affermati nelle diverse pronunce giurisprudenziali europee – statuisce: «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. Deve in

⁴ G. Balocco, *L'istituto dell'avvalimento e i contrasti con la disciplina comunitaria*, in *Urb. e app.*, 8/2005, 973 ss.

⁵ R. Caranta, *I Contratti pubblici*, II, 2012, 355; M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2008, 1494 ss.

tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà dei mezzi necessari».

Ponendo, l'attenzione sulla locuzione normativa, ampia e generica, «a prescindere dalla natura dei legami giuridici...», art. 47 cit., si coglie la possibilità dell'operatore economico di ricorrere alle risorse possedute da qualsiasi impresa; a prescindere dall'esistenza di eventuali legami societari tra l'impresa ausiliaria e ausiliata⁶.

Quest'ultimo rapporto, che non deve necessariamente derivare da un preesistente o successivo legame tra i soggetti in questione, rappresenta una condizione indispensabile, affinché la P.a. valuti l'effettivo impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Per agevolare la P.a. in tale operazione, in capo all'impresa ausiliata sorge l'onere di provare l'effettivo possesso delle risorse oggetto di avvalimento, da parte dell'ausiliaria.

In particolare, mentre, per le capacità tecniche-professionali, il legislatore europeo riconosce all'avvalente la possibilità di fornire la prova del possesso delle stesse attraverso la mera indicazione dei tecnici e degli organismi tecnici dei quali l'impresa ausiliata si può avvalere, per tutto il periodo dell'appalto.

Quanto alle capacità economico-finanziarie (i.e. le dichiarazioni bancarie; il fatturato globale; i bilanci), l'avvalente deve provare che l'avvalso disponga di una solidità economica tale da poter offrire un'idonea garanzia patrimoniale alla stazione appaltante ovvero la «capacità di finanziamento dell'opera e, dunque, il credito goduto dall'impresa».

Le direttive comunitarie considerate sono state recepite dal legislatore nazionale con l'art. 49 d.lgs. n. 163/2006. Tale disposizione legislativa, nel predisporre lo schema di decreto legislativo, ha perseguito un duplice obiettivo: la predeterminazione del mercato e l'esclusione di eventuali c.d. avvalifici, indirizzati a consentire la partecipazione alla gara alle imprese prive di qualunque substrato tecnico, organizzativo e finanziario.

Quanto al primo, la scelta del termine "predeterminazione" manifesta l'intento di garantire la partecipazione alla procedura di gara solo agli offerenti in possesso delle capacità richieste nel bando di gara dalla stazione appaltante; idonei a garantire una corretta esecuzione dell'appalto.

In tal contesto, dunque, la volontà del legislatore si sostanzia nell'intento di ideare un mercato privo di elementi di discriminazione; connotato dalla massima partecipazione di tutti gli operatori economici, purché in possesso personalmente o mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento dei requisiti oggetto della *lex specialis*.

⁶ A. Cacrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento* (a cura di C. Franchini), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, 2007, 490.

In ordine al secondo obiettivo precitato, per scongiurare il c.d. avvalificio, il legislatore ha previsto: la responsabilità solidale dell'avvalso e dell'avvalente in ordine all'oggetto del contratto; l'applicabilità della disciplina in materia di interdittiva antimafia nei confronti anche dell'impresa ausiliaria; l'obbligo per l'ausiliato di produrre una dichiarazione con la quale l'ausiliaria attesti di possedere i requisiti richiesti dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006⁷.

Nel nuovo scenario legislativo europeo, l'avvalimento è disciplinato dagli artt. 38, commi 2 e 3, 63, 79 delle direttive europee del 26 febbraio del 2014, nn. 24 e 25.

Giova premettere che da una prima lettura della normativa europea, se non si colgono modifiche significative dell'istituto in esame, come disciplinato dall'ormai abrogato d.lgs. n. 163/2006, affiorano comunque diversi elementi innovativi.

Il primo – collocato nel paragrafo primo dell'art. 63 della direttiva 2014/24 Ue – si sostanzia nel riconoscere agli operatori economici – privi delle esperienze professionali o dei titoli di studio professionali, di cui all'allegato XII, parte II, lett. f, richiesti dal bando di gara – di essere ammessi alla procedura di gara, facendo affidamento sui requisiti posseduti da imprese terze, a condizione che queste ultime diano esecuzione ai lavori o servizi per cui tali capacità sono state prestate.

Il secondo, previsto dal secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 63 cit., obbliga le stazioni appaltanti, in sede di valutazione delle offerte, ad accertare se l'impresa ausiliaria possiede i criteri di selezione ovvero se in capo alla stessa si configurano ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 57. Prevedendo, inoltre, l'imposizione all'operatore economico ausiliato di sostituire l'ausiliaria che risulta carente in ordine ad un criterio di selezione o per la quale sussiste un motivo di esclusione.

Infine, gli ultimi due profili riguardano: la facoltà riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice di esigere che l'operatore economico ausiliato ed i soggetti ausiliari siano responsabili solidalmente in sede di esecuzione del contratto, limitatamente, però ai criteri riguardanti la capacità economica e finanziaria, terzo periodo del primo paragrafo dell'art. 63 cit.; possibilità di esigere che alcune attività relative "ai compiti essenziali" siano eseguite solo dall'offerente ovvero, in ipotesi di ATI, da un partecipante al raggruppamento⁸. Questa ultima decisione adottata dal legislatore europeo restringe il campo di operatività dell'avvalimento in ipotesi di compiti essenziali; ciò al fine di assicurare alla P.a. un corretto svolgimento delle prestazioni oggetto del contratto. Le nuove disposizioni

⁷ Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, in *giustiziamministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145, in *giustiziamministrativa.it*.

⁸ Tale scelta legislativa, se per un verso, è volta ad offrire maggiori garanzie alla stazione appaltante, in ordine alla corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per altro, potrebbe limitare il ricorso all'istituto dell'avvalimento, in favore della c.d. personalizzazione dei requisiti di gara.

europee sono state recepite dal legislatore nazionale nell'art. 89 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, analogamente alla previgente disciplina, art. 49, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, consente al concorrente, singolo o raggruppato, di avvalersi dei requisiti aventi natura tecnico e professionale, finanziario ed economico, posseduti da altri operatori economici, anche se facenti parte del raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti che instaura con questi ultimi.

In questo senso appare chiaro, come il legislatore – volendo garantire la tutela della concorrenza, ossia l'apertura del mercato al maggior numero possibile di operatori economici, in ossequio ai principi di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi – consente agli operatori economici privi dei requisiti richiesti dal bando di gara di avvalersi *per relationem* delle capacità possedute da un'impresa terza.

4. *Gli elementi contrattuali dell'avvalimento*

Tratteggiato il quadro normativo in cui si colloca l'istituto in esame, l'attenzione si pone sulla qualificazione giuridica del contratto di avvalimento e sugli elementi essenziali del medesimo.

Preliminarmente, giova specificare che il contratto in esame è un negozio bilaterale, produttivo di effetti obbligatori, connotato da una finalità pubblicistica, volta a garantire la partecipazione alla gara di appalto alle imprese, prive dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Gli elementi del contratto di avvalimento sono disciplinati dettagliatamente dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

In ragione di ciò la dottrina ha riflettuto in ordine alla qualificazione del contratto in esame come negozio c.d. tipico o atipico.

È noto che sono qualificati tipici tutti i contratti espressamente disciplinati nel c.c. e atipici i negozi giuridici non appartenenti ad alcuna operazione economica regolata dal legislatore.

In quest'ultimo caso, le parti possono comunque concludere validamente un contratto in attuazione all'art. 1322 c.c, secondo il quale «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'orientamento giuridico».

Da un'attenta lettura della norma si colgono due aspetti di estrema rilevanza.

L'autonomia contrattuale riconosce ai contraenti la libertà di scegliere il contenuto del contratto e lo schema contrattuale più confacente alle proprie esigenze, entro i limiti imposti dalla legge.

Secondo l'art. 1322, co. 2, c.c., infatti, le parti possono concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo l'ordinamento giuridico.

Il contratto può essere considerato meritevole di tutela se la causa, ossia lo scopo che le parti intendono perseguire, possiede il grado di apprezzabilità sociale, indispensabile per essere tutelato dall'ordinamento giuridico.

Orbene, delineate, seppur per grandi linee, le differenze tra contratto tipico e atipico, si riflette in ordine alla qualificazione del contratto di avvalimento.

In presenza di una puntuale e specifica disposizione normativa, qual è l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, parte della dottrina ascrive il contratto in esame al *genus* dei contratti tipici.

Nonostante, quindi, il contratto di avvalimento non sia espressamente disciplinato dal Titolo III del Libro IV del c.c., dedicato ai singoli contratti, il medesimo può comunque essere considerato come un negozio giuridico c.d. tipico, indirizzato a realizzare una certa operazione economica.

L'assenza di un'espressa previsione normativa che riconosce natura c.d. tipica solo ai contratti disciplinati dal c.c. consente, dunque, di qualificare il contratto di avvalimento come negozio giuridico tipico, anche se disciplinato da una norma, art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, non racchiusa nel c.c.⁹

Discostandosi dalla natura c.d. tipica dell'avvalimento, altra parte della giurisprudenza considera il contratto di avvalimento come un negozio c.d. atipico, ma con peculiarità tipiche: del contratto di mandato, art. 1703, ss. c.c.; dell'appalto di servizi; nonché quelle di garanzia atipica, per quanto riguarda i rapporti tra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice, in ordine all'adempimento delle prestazioni contrattuali¹⁰.

Tale scelta, invero, non parrebbe esser condivisa da altra parte della dottrina e dalla giurisprudenza, per le seguenti considerazioni.

⁹ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 173; R. Clarizia, *Contratti innominati*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, IX; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu*, Messineo, Milano, 1968, 684; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

¹⁰ Cons. Stato, ad. plen n. 4 novembre del 2016, n. 23, in *Foro amm.* - T.a.r., 2016, 11, 2628. In merito alla qualificazione del contratto c.d. atipico si v.: N. Paolantonio, *L'avvalimento in I contratti di appalto pubblico* (a cura di C. Franchini), Milano, 2010, 541 ss.; L. Cestaro, *L'avvalimento in Codice dell'appalto pubblico* (a cura di Baccarini, Chinè e Proietti), Milano, 2015, 645.

Anzitutto, l'obbligo dell'ausiliaria non si può considerare analogo all'obbligazione assunta dal mandatario, ai sensi dell'art. 1703 c.c.¹¹.

Mentre l'ausiliaria si impegna solo a mettere a disposizione i requisiti e le risorse necessarie richiesti dall'ausiliata per tutto il tempo necessario all'esecuzione dell'appalto, il mandatario si obbliga a compiere per conto del mandante uno o più atti giuridici che producono conseguenze giuridiche (i.e. la riscossione dei crediti, la conclusione di contratti).

In secondo luogo, con riferimento alla garanzia c.d. atipica, si potrebbe ritenere che l'avvalso sia obbligato ad adempiere la prestazione dell'ausiliata, se questa ultima non ha adempiuto la prestazione ovvero l'ha eseguita in maniera inesatta.

Anche questa tesi si presenta opinabile, poiché la prestazione assunta dall'impresa ausiliata è insostituibile; pertanto, l'impresa ausiliaria può solo indennizzare o risarcire il pregiudizio patrimoniale patito dalla stazione appaltante¹².

Altresi, altro elemento negoziale, non espressamente indicato nell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, riguarda il requisito della forma.

Per un primo orientamento, la forma da preferire è quella *ad probationem*.

Se il legislatore avesse richiesto la forma *ad substantiam* lo avrebbe espressamente specificato, in conformità a quanto disposto in tal senso dall'art. 1325 c.c.

Quest'ultimo indirizzo si conforma ai principi civilistici, art. 1352 c.c., secondo i quali il contratto non soggiace ad alcun specifico requisito formale se la norma non lo prevede espressamente ovvero se le parti non concordano sulla forma da preferire per la conclusione del negozio giuridico¹³.

Un secondo indirizzo, invece, propende per la forma *ad substantiam*, per le considerazioni di seguito esplicate¹⁴.

In primo luogo, l'intento del legislatore di considerare come presupposto dell'avvalimento la forma scritta lo si coglie implicitamente, laddove onera il concorrente ausiliato di produrre il contratto di avvalimento in originale o copia autentica.

¹¹ In senso contrario si v.: TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 marzo 2012, n. 607, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2012, 3, 929; TAR Veneto, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2010, 10, 3134; TAR Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2008, 11, 2994.

¹² Diversamente, se l'obbligazione dell'avvalente fosse priva del carattere dell'insostituibilità sarebbe da ricondurre al *genus* delle garanzie di tipo satisfattorio. In tal caso, in ipotesi di inadempimento dell'impresa ausiliata, l'ausiliaria avrebbe dovuto garantire l'identità della prestazione dovuta da quello principale, connotate dal vincolo di accessoria e di solidarietà.

¹³ P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. II, Milano, 2010, 1107; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 247. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52, in *Riv. giur. ediliz.*, 2016, 3, I, 250.

¹⁴ V. Neri, *La causa del contratto di avvalimento*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 248-252.

In secondo luogo, il requisito formale in esame consentirebbe alla stazione appaltante di valutare con maggior accortezza il grado di «serietà ed effettività» della prestazione assunta dall'avvalso nei confronti dell'avvalente¹⁵.

L'obbligo di indicare dettagliatamente le risorse oggetto del contratto di avvalimento responsabilizza l'ausiliario e offre all'amministrazione aggiudicatrice certezza, in ordine agli impegni assunti tra l'impresa ausiliaria ed ausiliata; contrastando così eventuali usi distorti dell'istituto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 e contestualmente probabili elusioni delle regole previste dal bando di gara.

Per altro orientamento, infine, è compito dell'interprete stabilire, a seconda dei diversi casi concreti, quando la forma è richiesta a pena di validità, 1325 e 1418 c.c., ovvero ai fini probatori, art. 2787 c.c.¹⁶.

In particolar modo, si prediligerà la forma *ad substantiam*, se la stessa è prescritta, al fine di tutelare la parte debole del contratto, e quella *ad probationem*, nel caso di rapporti instauratisi con terzi, in quanto utile solo per documentare il rapporto giuridico.

Anche tale indirizzo parrebbe opinabile. Se la *lex specialis* richiedesse la forma *ad substantiam* per il contratto di avvalimento, il bando di gara potrebbe essere inficiato da vizi di illegittimità, poiché: l'art. 89 Codice dei contratti pubblici non fa espresso richiamo ad un requisito formale; l'art. 1325 c.c. richiede la forma considerata solo se espressamente prevista dal legislatore; in ipotesi di contratto di avvalimento, l'Adunanza Plenaria afferma che i contraenti, in quanto professionisti economici, sono posti in posizione di parità e pertanto, non essendovi una parte debole contrattuale, la forma *ad substantiam* non pare necessaria.

In conclusione, dunque, si potrebbe affermare che il requisito formale del contratto in questione sia *ad probationem*.

L'avvalimento, concluso tra l'avvalente e l'avvalso, infatti, è utile solo per documentare alla P.a. l'avvenuta conclusione del rapporto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

Spostando l'attenzione sull'elemento causale, il medesimo si individua nello scambio commerciale intercorso tra l'avvalente e l'avvalso.

Precisamente, l'ausiliato, privo delle capacità richieste dalla *lex specialis*, acquisisce la possibilità di partecipare alla procedura di gara e di soddisfare il suo interesse patrimoniale in caso di aggiudicazione.

L'ausiliario, invece, – rinunciando alla partecipazione alla procedura di gara e agli eventuali rischi e responsabilità che potrebbero sorgere in sede di esecuzione dell'appalto – si obbliga a mettere a disposizione le proprie capacità tecnico-organizzative-economiche e ad assumere la responsabilità, di cui all'art. 89, co. 5,

¹⁵ F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 246.

¹⁶ In tal senso si v.: P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. II, cit., 1107.

d.lgs. n. 50/2016, dietro la corresponsione di un corrispettivo ovvero per perseguire un interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale¹⁷.

Sicché, se lo scopo di lucro, perseguito dai contraenti, rappresenta la causa del contratto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, nell'ipotesi in cui l'avvalso non consegue alcun vantaggio patrimoniale, il negozio giuridico sarebbe nullo, per assenza di causa, *ex art.* 1325 c.c.

Sembra difficile, infatti, ipotizzare che il contratto in esame possa non avere natura onerosa. In tale ipotesi, non si riuscirebbe a comprendere il motivo per il quale, un'impresa ausiliaria, che possiede le capacità per partecipare alla procedura di gara, decide di mettere a disposizione i propri requisiti a favore di un'altra impresa; riconoscendo a questa ultima la possibilità di partecipare alla gara nonché di rafforzare la sua posizione nel mercato, ove fosse individuata come aggiudicataria.

Tale ricostruzione non è accolta dall'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che «opta per l'individuazione dell'elemento causale nella sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti»¹⁸.

Infine, l'ultimo elemento contrattuale da esaminare riguarda i requisiti ed i mezzi oggetto del contratto di avvalimento.

La previgente disposizione normativa art. 49, co. 2 lett. d e f, del d.lgs. n. 163/2006 disciplinava dettagliatamente gli adempimenti cui era tenuto l'avvalente.

In capo a quest'ultimo, sorgeva l'obbligo di produrre: «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»; «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». Nello stesso senso, la disposizione di cui all'art. 88 del D.p.r. 22 giugno 2010, n. 207 prevedeva che il contratto di avvalimento doveva contenere in maniera «compiuta, specifica ed esauriente: l'oggetto, in termini di risorse e mezzi prestatati, da individuare in modo determinato e specifico; la durata; ogni altro elemento utile».

Con la novellata disposizione legislativa di cui all'art. 89, co. 1, Codice dei contratti pubblici si statuisce: «il concorrente allega, altresì, la domanda di par-

¹⁷ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, in *Red. Giuffrè amm.*, 2016; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35, in *Dir. e giust.*, 2015, 16 febbraio. In senso contrario si v.: TAR Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2013, 3, 821; TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 marzo 2012, n. 607, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2012, 3, 929; TAR Veneto, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 2010, 10, 313; TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 ottobre 2010, 3303, in *Foro amm.* - *T.a.r.*, 10, 3210.

¹⁸ Si v.: V. Neri, *La causa del contratto di avvalimento cit.* e Cass., ss. uu., 18 febbraio 2010, n. 3947.

tecipazione 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 dell'impresa ausiliaria».

Da una lettura incrociata tra le norme precitate affiora come l'art. 89 cit., si pone sul solco della previgente norma.

Analogamente, all'art. 49, co. 2 lett. d e f, d.lgs. n. 163 del 2006, l'art. 89 cit., onera l'ausiliata ad allegare l'originale o copia autentica del contratto di avvalimento alla domanda di partecipazione alla gara.

Contestualmente, però, l'art. 89 cit. si discosta dalla norma precedente, laddove prevede la specificazione dei requisiti e delle risorse fornite dall'ausiliaria, pena la nullità del contratto. Ebbene, secondo il comma 1 dell'articolo in esame possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, indicati nell'art. 83, comma 1 lett. b e c, d.lgs. n. 50/2016.

Quanto alle capacità relative ai titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali, invece, le stesse possono essere oggetto di avvalimento solo se l'ausiliaria si impegna ad eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Il legislatore, inoltre, ha inteso specificare che il concorrente non può ricorrere all'istituto oggetto di studio nei seguenti casi: a) per soddisfare il requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, art. 212, co. 10, d.lgs. n. 152/2006; b) se i lavori oggetto di appalto abbiano un contenuto tecnologico ovvero se, inseriti in un appalto complesso, sono connotati da un'elevata tecnicità ed hanno un valore superiore al 10% dell'importo complessivo del lavoro oggetto del contratto. Tali opere (i.e. strutture, impianti, opere speciali...) sono individuate nel decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti (art. 89, co. 11, d.lgs. n. 50/2016).

La disciplina prevista dalla norma citata rinvigorisce il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sorto circa la possibilità di rendere oggetto di avvalimento la certificazione di qualità.

Per un primo orientamento, la stessa non può essere oggetto di avvalimento, poiché relativa a caratteristiche soggettive dell'impresa terza che, in quanto tali, non possono essere messe a disposizione dell'ausiliato. Ove il decisore politico avesse voluto rendere oggetto dell'istituto la certificazione di qualità lo avrebbe espressamente previsto nel d.lgs. n. 50/2016.

Per un secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, l'avvalimento può essere escluso solo per i requisiti aventi natura generale (art. 80 d.lgs. n.50/2016), poiché la moralità posseduta da un operatore economico risulta indisponibile.

La certificazione sopra richiamata non può essere annoverata, quindi, al *genus* dei requisiti a carattere generale.

La stessa consiste in una attestazione con cui si certifica che l'operatore economico dispone di una struttura organizzativa idonea a garantire l'esecuzione della prestazione secondo determinati standard di qualità.

Proprio la subordinazione del rilascio della certificazione di qualità alla presenza di una struttura organizzativa posseduta dall'impresa, quindi, induce a ricondurre la certificazione in questione alla categoria dei requisiti di natura tecnico-organizzativa.

In ordine al tema considerato, l'ANAC, inizialmente, ha sancito l'inammissibilità dell'istituto dell'avvalimento avente ad oggetto le certificazioni di qualità, poiché questa ultima «essendo intimamente correlata alla capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse conformemente a standard riconosciuti ottimali, non è cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità»¹⁹.

Tuttavia, sulla scorta delle recenti pronunce giurisprudenziali, l'Autorità ha evoluto il proprio orientamento ed ha considerato ammissibile l'avvalimento di certificazioni di qualità; purché l'avvalso metta a disposizione dell'avvalente l'intero complesso organizzativo aziendale (i fattori della produzione, i materiali necessari e le risorse personali), indispensabile a rendere effettivo il prestito a favore dell'impresa ausiliata; ciò, al fine di scongiurare un utilizzo cartolare ed astratto dell'avvalimento²⁰.

Ciò detto, in tale scenario legislativo emerge chiaramente come la specificazione dettagliata delle risorse sia indispensabile per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare: l'effettiva idoneità dei mezzi di garantire la corret-

¹⁹ Parere ANAC, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento," e "soccorso istruttorio"*, in *anac.it*.

²⁰ Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2016, n. 3467; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225; Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 371; Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953, in *giustizia-amministrativa.it.*, il quale ha affermato: «L'avvalimento può avere ad oggetto, secondo consolidata giurisprudenza, anche la certificazione di qualità di cui la concorrente sia priva. È stato di recente specificato che, quando un oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità».

ta esecuzione della prestazione contrattuale; la concreta esistenza della «sinergia aziendale» tra le parti dell'avvalimento²¹.

In questa prospettiva l'intento del legislatore è quello di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in «una scatola vuota». Ne discende, che i mezzi e le risorse oggetto dell'avvalimento devono essere indicati in maniera puntuale e dettagliata, pena la nullità del contratto, *ex art.* 1346 c.c. e art. 1418, co. 2, c.c., per impossibilità di individuare l'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto specifico, coercibile per l'aggiudicatario, *ex art.* 89, co. 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

4.1. (Segue): *la specificità dell'oggetto di avvalimento e le diverse ricostruzioni esegetiche*

Descritti gli elementi essenziali del contratto di avvalimento, occorre analizzare le diverse ricostruzioni esegetiche formulate in ordine all'oggetto dell'istituto in esame.

Per un primo orientamento, il mero e generico riferimento delle «risorse necessarie di cui è carente il concorrente» nel contratto di avvalimento, legittima la stazione appaltante ad escludere l'operatore economico dalla gara di appalto.

Secondo questo indirizzo, quindi, il contratto di avvalimento, privo di un'indicazione analitica e specifica delle capacità e dei mezzi messi a disposizione, è nullo, per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, art. 1418, co. 2, c.c., e idoneo a consentire i c.d. avvalifici²².

Un secondo orientamento – oramai prevalente – invece, distingue l'avvalimento c.d. operativo da quello di garanzia, a seconda della natura dei requisiti oggetto del contratto.

Nel primo caso, l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata risorse materiali o oggettive riguardanti l'assetto organizzativo dell'impresa (i.e. mezzi e le attrezzature tecniche; il personale tecnico e specializzato nonché ogni altro elemento aziendale che possa essere posseduto da un'impresa).

Nel secondo caso, invece, l'avvalso mette a disposizione dell'avvalente i requisiti economico-finanziari (i.e. fatturato globale d'impresa; il capitale sociale minimo...), ossia la «sua solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudi-

²¹ TAR Lazio, Roma, n. 5545/2017, in *giustizia-amministrativa.it.*; TAR Toscana, Firenze n. 865/2014, in *giustizia-amministrativa.it.*; Cons. Stato, sez. III 12 novembre 2014, n. 5573, in *Diritto e giustizia.*

²² Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4456, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015; Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *Foro amm. (II)*, 2014, 5, 1445.

cataria ausiliata, ampliando così lo spettro delle responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto»²³.

Ciò specificato, secondo i sostenitori di tale tesi la validità del contratto oggetto di studio andrebbe verificata proprio in relazione alla distinzione tra avvalimento operativo e di garanzia.

Precisamente, la prima tipologia di negozio giuridico è valida se le risorse oggetto del contratto sono indicate dettagliatamente dai contraenti.

Diversamente, nell'accordo c.d. di garanzia non è richiesta la specificazione dei beni patrimoniali, essendo sufficiente che dal medesimo si evinca l'obbligo assunto dall'impresa ausiliaria a prestare a favore dell'ausiliata la sua solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale²⁴.

Da tale orientamento si discosta l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene irrilevante la distinzione tra avvalimento c.d. operativo e di garanzia²⁵.

Le parti contraenti sono sempre tenute ad elencare in modo dettagliato e puntuale le risorse ed i mezzi prestati, sia per garantire la validità del contratto (diversamente nullo per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto, art. 1418 c.c.), sia per escludere eventuali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione²⁶.

A parere di chi scrive, inoltre, l'assenza di un'analitica individuazione delle risorse oggetto del contratto produrrebbe ulteriori risvolti giuridici.

Anzitutto, violerebbe la nozione «dogmatica di forma contenuto», secondo la quale la forma del contratto non è solo un elemento essenziale affinché le parti del negozio manifestino la loro volontà, ma è anche «l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni che attraverso il contratto devono essere fornite»²⁷.

In secondo luogo non consentirebbe alla stazione appaltante di valutare accuratamente il contenuto negoziale dell'avvalimento.

La necessità di indicare analiticamente le risorse oggetto del contratto di avvalimento, si pone a fondamento della posizione giurisprudenziale sostanzialistica, la quale ritiene che l'avvalimento c.d. di garanzia assolve la funzione di garantire all'amministrazione aggiudicatrice un «partner commerciale con solidità patrimo-

²³ Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 594, in *giustizia-amministrativa.it*

²⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216, in *L'amministrativista.it*; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422, in *Foro amm. T.a.r.*, 2017, 7-8, 1534; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032, in *Red. Giuffrè amm.*, 2016; Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5938, *giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza, 19 febbraio 2016, n. 52, *cit.*; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2015, 9, 2280.

²⁶ Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4456, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2014, 5, 1445.

²⁷ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza, 19 febbraio 2016, n. 52, *cit.*

niale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se rende palese la concreta disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliaria»²⁸.

Ebbene, proprio l'espressione giurisprudenziale "solo se rende palese la concreta disponibilità" parrebbe far ritenere che, anche, in ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia, l'oggetto deve essere determinato in modo dettagliato, per consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva garanzia patrimoniale assunta dall'avvalso.

In caso contrario, il contratto in esame sarebbe nullo, *ex art.* 1418, co. 2, c.c., con conseguente legittimazione della stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione dalla gara nei confronti dell'impresa ausiliata²⁹.

Infine, la dottrina ha enucleato la tesi c.d. intermedia, la quale, condividendo la distinzione tra avvalimento di c.d. garanzia e operativo, ipotizza che il grado di specificità dell'oggetto dell'avvalimento deve essere strettamente correlato alla maggiore o minore complessità della prestazione individuata dal bando di gara³⁰.

Sicché, se la prestazione richiesta dal bando di gara non configura alcuna complessità, non è indispensabile individuare dettagliatamente i mezzi e le risorse oggetto del contratto di avvalimento³¹.

La scelta di correlare la specificità dell'oggetto di avvalimento, però, riconoscerebbe all'impresa ausiliaria ed all'ausiliata, previa valutazione della complessità della prestazione oggetto del contratto di appalto, un'ampia discrezionalità circa il grado di determinatezza dell'oggetto del contratto, di cui all'art. 89 cit.

Inoltre, configurerebbe il rischio di precludere l'aggiudicazione della gara agli operatori i quali, ritenendo non complessa la prestazione da eseguire, hanno indicato sommariamente i requisiti di cui si intendono avvalere.

È indubbio, infatti, che in sede di valutazione delle offerte, la P.a. individui come aggiudicatario l'offerente che, specificando dettagliatamente i mezzi ed i requisiti oggetto del contratto di avvalimento, consenta di valutare più accuratamente l'idoneità delle risorse prestate o il grado di serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Orbene, in presenza dei su richiamati orientamenti discordanti, con sentenza del 4 novembre 2016, n. 23, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha sta-

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539, *Guida al diritto*, 2015, 28, 94; Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2014, n. 3057, cit.

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1322, in *giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Torino, 24 febbraio 2017, n. 277, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁰ G.C. Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico di impresa*, in *Urb. e app.* 2016, 6, 667, ritiene di dover escludere che «la specificità e la determinatezza dell'elemento oggettivo del contratto di avvalimento debbano essere interpretate «meccanicamente, secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis*; specialmente nelle ipotesi in cui le capacità prestate abbiano natura immateriale, non vi è la necessità di indicazione dei mezzi ed attrezzature».

³¹ G.C. Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico di impresa*, cit., 667.

tuito: «...in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento...non sussistono i presupposti per fare applicazione alla teoria c.d. del requisito della forma/contenuto»³².

Con tale pronuncia i giudici di Palazzo spada hanno affermato la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso, dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento³³.

In tale ipotesi, secondo la giurisprudenza amministrativa, non si configurano i presupposti per ricorrere alla teoria del "requisito della forma/contenuto".

Tale teoria trova operatività solo per tutelare il contraente debole del rapporto giuridico, da eventuali asimmetrie informative, attraverso il ricorso ad una specifica forma c.d. nullità di protezione³⁴.

Di conseguenza, considerato che in materia di contrattualistica pubblica le parti si pongono in una posizione paritaria, l'Adunanza plenaria esclude l'imposizione dei vincoli formali a tutela del contraente debole e la conseguente introduzione di forme di nullità di protezione³⁵.

Per tale ragione, dunque, si ritiene valido il contratto di avvalimento il cui oggetto non è determinato, ma determinabile *ex art.* 1346 c.c.; in virtù dell'applicazione della disciplina civilistica in materia di interpretazione delle clausole e della conservazione del rapporto giuridico, artt. 1363 e 1367 c.c.

Invero, la mancanza dell'asimmetria informativa, in materia di avvalimento, non pare così tautologica.

A tal proposito, giova evidenziare che le parti, pur essendo operatori economici, non operano in posizione di parità.

L'impresa ausiliaria, possedendo i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, si pone in una posizione dominante nel mercato delle commesse pubbliche rispetto all'impresa ausiliata che, priva dei requisiti richiesti dal bando di gara, deve necessariamente ricorrere all'istituto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

In tal contesto, l'applicazione in via analogica della teoria c.d. della forma contenuto ai contratti pubblici garantirebbe una maggior tutela, sia alla stazione appaltante, che potrebbe valutare più accuratamente il contenuto negoziale del contratto di avvalimento, sia all'avvalente che ha concluso un contratto di avvali-

³² Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, cit.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Per ulteriori approfondimenti in ordine alla teoria della c.d. forma contenuto si rinvia a F. Di Marzio, *I contratti d'impresa. Profili generali*, Torino, 2008, 71; S. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, 17.

³⁵ Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, cit.

mento accettando l'apposizione di clausole a sé sfavorevoli; ciò, attraverso l'operatività della disciplina della c.d. nullità di protezione.

Tuttavia, l'argomentazione giuridica condotta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in ordine alla validità del contratto di avvalimento per determinabilità dell'oggetto, è stata di recente confermata.

In particolare, il Collegio ha affermato «...per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria [...] non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dell'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto» essendo sufficiente che dalla stessa emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimoniale esperienziale³⁶.

Questa ultima considerazione dovrebbe, però, essere rimeditata alla luce del nuovo art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

La locuzione normativa «il contratto di avvalimento contiene [...] la specificazione dei requisiti [...]», art. 89, co.1, d.lgs. n. 50/2016, obbliga i contraenti ad indicare puntualmente i beni o le risorse materiali, idonei a provare una certa consistenza patrimoniale, pena la nullità del contratto³⁷.

La *ratio* sottesa a tale scelta legislativa va probabilmente individuata nella funzione assolta dalla determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, indirizzata a dare concretezza all'impegno assunto dalle parti.

Così, la determinatezza del contenuto negoziale giunge a configurarsi come un presupposto indispensabile per la validità del rapporto giuridico in esame.

La stessa, quindi, non può essere surrogata da un mero rinvio al contenuto della dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria ovvero *per relationem* «dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA»³⁸.

La promessa effettuata dall'impresa ausiliaria, infatti, è un atto unilaterale, distinto, ed autonomo rispetto al contenuto del contratto di avvalimento; non idoneo ad integrare *per relationem* l'elemento contenutistico del contratto di avvalimento.

³⁶ Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, *cit.*

³⁷ Al riguardo, il Cons. Stato, sez. V, con sentenza del 30 gennaio 2019, n. 755 ha specificato: «...al di là della tipologia di requisito prestatato (capacità economico-finanziaria o capacità tecnico-professionale), se il grado di specificazione dei mezzi e personale richiesto affinché il contratto non sia nullo ai sensi dell'art. 89, co. 1, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 (per indeterminatezza dell'oggetto) dipende dal contenuto specifico del singolo contratto di avvalimento [...] va sicuramente esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi forme contrattuali del tutto generiche [...]», in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Cons. Stato, sez. V., 17 marzo del 2014, n. 1322, in *Foro amm.* - T.a.r., 2014, 3, 825; Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio del 2014, n. 2675, in *Foro amm.* - T.a.r., 2014, 5, 1419; Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2016, n. 5052, in *Foro amm.* - T.a.r., 2016, 2, 2930.

Ciò che assume rilevanza per la stazione appaltante, quindi, è solo il contenuto negoziale, cristallizzato dalle parti in sede di conclusione del contratto, con il quale i contraenti disciplinano i loro rapporti, i rispettivi diritti ed obblighi.

Questa ricostruzione, però, non si conforma alla natura c.d. atipica del contratto in esame, la quale *ex art. 1322, co. 2, c.c.* riserva alle parti ampia libertà nella determinazione del contenuto negoziale.

Tale libertà comporta la possibilità per i contraenti di determinare l'elemento oggettivo del contratto in esame *per relationem*, ossia attraverso il rinvio ad elementi idonei (i.e. atti amministrativi; normativi; atto di autonomia privata compiuto dai contraenti), ivi compresa la promessa unilaterale dell'ausiliaria³⁹.

5. *La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria vs la stazione appaltante*

Come anticipato in premessa, un altro aspetto oggetto di indagine riguarda la responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

L'art. 89, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 sancisce la responsabilità solidale dell'ausiliaria e dell'ausiliata nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice «in relazione alla prestazione oggetto del contratto».

La previsione della responsabilità solidale trae il suo fondamento nell'esigenza di garantire un equilibrio tra il principio di libera concorrenza e quello di corretta esecuzione degli appalti; scongiurando così il rischio di eventuali avvalifici⁴⁰.

Tuttavia, l'ambigua formulazione del contenuto precettivo, art. 89, co. 5, Codice dei contratti pubblici, parrebbe far pensare che l'avvalso sia responsabile solidalmente in relazione a tutta la prestazione oggetto di appalto e non dunque solo per quella parte eseguita in virtù delle capacità tecnico-economico-finanziarie oggetto di avvalimento.

Invero, tale considerazione appare infondata.

Se l'impresa ausiliaria fosse responsabile solidalmente in relazione a tutto l'oggetto del contratto di appalto, la stazione appaltante dovrebbe accertare se in capo alla stessa (ausiliaria) sussistono le risorse ed i mezzi oggetto di avvalimento,

³⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545, in *Processotelematico.it*

⁴⁰ M.E. Boschi, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto di appalto*, in *Foro amm.* - T.a.r., 2007, 2391 ss.; S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm.* - T.a.r., 2006, 7, 1124 ss.; F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1432 ss.; A. Figuera, *L'avvalimento delle certificazioni di qualità: non liquet*, in *Urb. e App.*, 2014, 492. A. Ilacqua, *Il contratto di avvalimento*, in *Il corriere del merito*, 2010, 2, 128.

le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché ogni ulteriore requisito richiesto dalla *lex specialis*.

A ciò, si aggiunge che l'avvalso sarebbe responsabile in ipotesi di inesatta esecuzione dell'intera prestazione contrattuale da parte dell'appaltatore e, pertanto, non intendendo rispondere ingiustamente per un fatto altrui, potrebbe optare per la partecipazione personale alla procedura di gara⁴¹; con contestuale rischio per le piccole e medie di non trovare un operatore economico disposto a mettere a disposizione i mezzi o le risorse.

Per le ragioni appena esposte, è chiaro, quindi, che la responsabilità solidale in capo all'avvalso dovrebbe essere limitata alla parte di prestazione eseguita attraverso l'utilizzo delle risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Se tale principio è oramai pacifico quando l'avvalimento ha ad oggetto requisiti materiali, in cui l'ausiliaria è responsabile solidalmente sotto il profilo risarcitorio, ma solo limitatamente alla parte di prestazione – eseguibile mediante le capacità tecniche organizzative oggetto di avvalimento – e di valore economico contenuto.

La questione diviene più complessa nell'ipotesi in cui l'avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di tipo immateriale (i.e. fatturato, l'attestazione SOA...) ⁴².

In tal caso, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria riguardano l'intera prestazione oggetto del contratto di appalto e, pertanto, non risulta agevole individuare la parte dell'oggetto di appalto collegata alle risorse prestate né il limite della responsabilità dell'avvalso.

In capo all'impresa ausiliaria, quindi, potrebbe sorgere un'ampia responsabilità, a seconda dello schema contrattuale mediante il quale l'ausiliaria mette a disposizione le sue risorse⁴³.

⁴¹ G.P. Cirillo, *Profili processuali dell'avvalimento e comparazione tra vecchia e nuova disciplina*, in commentario di dottrina e giurisprudenza (a cura) G.M. Esposito, *Codice dei contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2017, 1185. Inoltre, S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitari e principi nazionali*, cit., 1177. Diversamente l'ANAC, con parere di precontenzioso n. 392 del 12 aprile del 2017, ha affermato che la clausola di limitazione della responsabilità «riferita ai soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliaria» vizia il contratto di avvalimento, poiché si pone in contrasto con la piena responsabilità solidale prevista in capo al concorrente e all'ausiliaria nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, in ordine a tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto, dall'art. 89, co.5, d.lgs. n. 50 del 2016, si v.: *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio"*, cit.

⁴² TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 gennaio 2017, n. 22: l'avvalimento «ha la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale [...] impone la dimostrazione della disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliaria», in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴³ R. Mangani, *L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici tra vecchie questioni e nuovi problemi*, in *giustamm. it.*, XV, febbraio 2018.

In particolare, nell'ipotesi di subappalto, ai sensi dell'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50 del 2016 l'impresa ausiliata può subappaltare l'oggetto del contratto di appalto all'impresa ausiliaria nei limiti dei requisiti prestati⁴⁴.

Pertanto, la responsabilità dell'ausiliaria sarà circoscritta alla prestazione oggetto del contratto di subappalto che si impegna ad eseguire.

Considerazioni differenti devono essere effettuate nel caso di affitto di azienda o di un suo ramo, poiché tale schema contrattuale non individua la quantità e la tipologia di prestazioni che saranno eseguite attraverso l'azienda affittata.

In tal caso, quindi, in capo all'impresa ausiliaria si configurerebbe una responsabilità solidale più ampia; fermo restando che, in virtù dell'autonomia contrattuale, le parti potrebbero apporre delle clausole limitative della responsabilità dell'ausiliaria, purché strettamente correlate alla natura e alle peculiarità delle risorse oggetto di avvalimento. In questo senso, la stazione appaltante, per determinare la responsabilità dell'impresa ausiliaria, sarà tenuta a valutare: lo schema contrattuale a cui le parti hanno ricorso; l'eventuale presenza di clausole limitative della responsabilità e la proporzione delle medesime alla natura dei requisiti; infine, il contenuto del singolo contratto con cui l'impresa ausi-

⁴⁴ A tal proposito, si ritiene di affermare che l'assenza di una disposizione legislativa che disciplina compiutamente la possibilità dell'impresa ausiliaria di rivestire la qualifica di subappaltatore, potrebbe indurre ad elaborare la tesi, secondo la quale il legislatore nazionale rinvia implicitamente alla normativa prevista in materia di subappalto, art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, dalla lettura incrociata degli artt. 89, co. 8, e 105 d.lgs. n. 50 del 2016 sorgerebbero diversi aspetti problematici. Anzitutto, non è chiaro se possa essere subappaltata solo la parte di prestazione per la quale sono state messe a disposizione le capacità da parte dell'avvalso ovvero l'obbligazione di lavori, servizi e forniture, intesa in senso ampio, oggetto del contratto di appalto. In secondo luogo, nell'art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore specifica che il contratto di subappalto non può superare il 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture. In tale circostanza, ci si interroga se nell'ipotesi di cui all'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 il 30% deve essere determinato come disposto dal co. 2 dell'art. 105 cit. ovvero tenendo conto del mero valore della prestazione eseguibile mediante i requisiti oggetto del contratto di avvalimento. Infine, secondo il disposto normativo di cui all'art. 105, co. 7 Codice dei contratti pubblici, al momento del deposito del contratto di subappalto, l'affidatario deve trasmettere alla stazione appaltante la certificazione attestante il possesso dei requisiti generali, art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, da parte del subappaltatore. Diversamente, in materia di avvalimento, l'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 statuisce: «l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», ossia in relazione alle risorse ed ai mezzi oggetto del contratto di avvalimento. Orbene, il riferimento chiaro ai requisiti prestati indirizza a sostenere che il subappalto potrebbe riguardare solo le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento e che il 30% deve essere calcolato in relazione al valore delle prestazioni eseguite con i mezzi e le capacità oggetto del contratto di avvalimento (tale percentuale, ai sensi dell'art. 1, co. 18, della legge 55 del 2019, in vigore dal 18 giugno del 2019, non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo fino al 31 dicembre del 2020). In altri termini, l'utilizzo dell'espressione «requisiti prestati» impone di mettere in correlazione la «quantità e qualità» delle prestazioni che l'appaltatore può subappaltare all'impresa ausiliaria, con il complesso dei requisiti oggetto dell'istituto di cui all'art. 89 cit. Da ultimo, nel subappalto ordinario, art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, il subappaltatore è un soggetto terzo ed estraneo alla stazione appaltante e l'appaltatore principale è responsabile in via esclusiva nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice; fermo restando i casi di responsabilità solidale del subappaltatore, ex art. 105, commi 8 e 9, d.lgs. n. 50 del 2016. Diversamente, nel caso di subappalto che nasce in ambito di avvalimento l'ausiliario – subappaltatore è responsabile solidalmente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

liaria si obbliga a mettere a disposizione le risorse nei confronti dell'ausiliata. sua giustificazione.

È indubbio che tale operazione impone uno sforzo rilevante alla stazione appaltante, ma è pur vero che la stessa consente alla P.a. di vagliare se le risorse oggetto del contratto di avvalimento garantiscono una corretta esecuzione dell'oggetto del contratto di appalto.

Da quanto sin qui argomentato, affiora come la responsabilità solidale dell'avvalso assolve una funzione di garanzia per la stazione appaltante⁴⁵.

⁴⁵ La responsabilità solidale dell'avvalso assolve una funzione di c.d. garanzia anche nel caso di avvalimento c.d. infragruppo o interno, stipulato tra operatori economici raggruppati in associazioni temporanee tra imprese (c.d. a.t.i.). A tal proposito, si rammenta che le facilitazioni probatorie previste dal previgente art. 49, co. 2, lett. g, d.lgs. n. 163 del 2006 sono state abrogate. Il legislatore nazionale quindi con l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 agisce nell'ottica di riconoscere una funzione di garanzia alla responsabilità assunta dall'ausiliario nei confronti della P.a.. Pertanto, in luogo del contratto di avvalimento non sarà più possibile presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo. La mera dichiarazione unilaterale della sola impresa ausiliata, infatti, non è idonea a far sorgere l'obbligazione in capo ad un soggetto terzo (ausiliaria) nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante. Secondo il Consiglio di Stato, quindi, in ipotesi di avvalimento infragruppo le parti devono produrre il contratto di avvalimento interno, a pena di invalidità, al fine di consentire alla stazione appaltante di vagliare l'idoneità dei requisiti prestati nonché l'effettività e la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria, si v.: Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2018, 907. Ciò detto, si coglie l'occasione per svolgere qualche considerazione in ordine alle differenze tra l'istituto dell'avvalimento e quello delle a.t.i. Preliminarmente, è opportuno precisare che le a.t.i. si distinguono in a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali. In particolare, si qualificano a.t.i. orizzontali i raggruppamenti creati da operatori economici che possiedono le medesime competenze richieste per dare esecuzione al contratto di appalto. Diversamente, si è in presenza di a.t.i. verticali, quando l'impresa mandataria possiede competenze necessarie per dare esecuzione alla prestazione principale del contratto di appalto e le mandanti, invece, danno esecuzione a quelle secondarie. Nelle a.t.i. verticali, quindi l'impresa mandataria si associa alle altre imprese capaci di dare esecuzione alle prestazioni secondarie. Diversamente dalle a.t.i. orizzontali quelle verticali possono costituirsi, solo ove nella *lex specialis* la stazione appaltante abbia indicato le prestazioni da identificare come principali e quelle da qualificare come secondarie. La *ratio* sottesa alla disposizione considerata, è volta a precludere all'impresa associata la possibilità di scomporre il contenuto della prestazione, procedendo, quindi, a distinguere le prestazioni principali da quelle secondarie, al fine di ripartire le medesime tra le diverse imprese associate; si v.: TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 febbraio 2019, n. 1530, in *l'amministrativista.it.*, 2019, 2; Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 519, in *l'amministrativista.it.*, 2019, 1. Orbene, la distinzione tra le tipologie di a.t.i. orizzontali e verticali non è puramente nominalistica, ma serve ad individuare la tipologia di responsabilità che sorge in capo alle associate. Infatti, mentre nel caso di a.t.i. orizzontali tutte le imprese associate, responsabili solidalmente, sono tenute all'adempimento dell'intera prestazione e l'adempimento di uno, libera gli altri condebitori. Una responsabilità meno ampia sorge in capo alle imprese associate in ipotesi di a.t.i. verticali, nella quale le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie, s. v. Cons. Stato, ad.pl., 13 giugno 2012, n. 22. Nel caso delle a.t.i., quindi, la responsabilità muta a seconda del carattere orizzontale o verticale del raggruppamento. In ipotesi di avvalimento, invece, dalla lettera di cui all'art. 89, co. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria sorgerebbe solo in ordine alla parte di prestazione eseguita, in virtù delle risorse oggetto di avvalimento; a prescindere dalla tipologia di risorse oggetto del contratto. Inoltre, se le raggruppate sono obbligate ad adempiere la prestazione oggetto del contratto di appalto, diversamente l'ausiliaria, in ipotesi di inadempimento dell'ausiliata, è tenuta solo ad indennizzare o risarcire il danno patito dalla P.a. Proseguendo nell'analisi comparata tra le a.t.i. e l'avvalimento ulteriori differenze si colgono in ordine alle ipotesi modificabilità dei soggetti; ciò in virtù delle peculiarità della garanzia c.d. atipica che connotano il rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata. Mentre, l'art. 48, co. 17 e 18 d.lgs. n. 50 del 2016, consente alla stazione appaltante di proseguire un rapporto di appalto con un nuovo mandatario, qualora il precedente sia attinto da una sopravvenuta perdita dei

Altresì, con le recenti pronunce, la giurisprudenza amministrativa è giunta a qualificare la responsabilità solidale dell'avvalso come elemento costitutivo del contratto di avvalimento di garanzia.

Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato «la responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, [...], come strumento di realizzazione della “comunione” delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione»⁴⁶. La qualificazione operata dalla giurisprudenza amministrativa probabilmente è volta a colmare il *gap* che scaturisce dall'assenza di un'indicazione dettagliata dei beni patrimoniali e delle risorse oggetto dell'avvalimento c.d. di garanzia⁴⁷; consentendo così alla P.a. di poter appurare l'effettivo impegno assunto dall'ausiliaria e di disporre di una maggior garanzia in ordine alla corretta esecuzione della prestazione contrattuale.

requisiti di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici, in sede di esecuzione del contratto di appalto. Diversamente, in materia di avvalimento, l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016 afferma che la stazione appaltante deve imporre all'impresa ausiliata di sostituire l'ausiliaria, priva di un criterio di selezione, o per la quale sussiste un motivo di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016. Orbene, rinviando ai successivi paragrafi l'analisi dell'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, in tale sede è sufficiente specificare che la scelta condotta dal legislatore in materia di sostituibilità dell'impresa mandataria, in ipotesi di a.t.i., parrebbe contrastare la tutela della concorrenza. In altri termini, l'impossibilità dei raggruppati di sostituire la mandataria priva dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, durante l'accertamento dei requisiti di moralità, parrebbe vanificare l'obiettivo sotteso all'istituto delle a.t.i.. Le imprese, infatti, si vedrebbero preclusa la possibilità di accedere al mercato delle commesse pubbliche nonché violata la libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41, co. 2, Cost.. La scelta di partecipare singolarmente alla gara, inoltre, parrebbe ulteriormente possibile, alla luce della locuzione ampia e generica “gravi illeciti professionali”, art. 80, co. 5 lett. c, come modificato da ultimo con d. l. n. 135 del 2018. L'ampia e generica locuzione “gravi illeciti professionali”, se per un verso, rimette alla stazione appaltante la facoltà di escludere l'operatore economico che ha tenuto condotte illecite non espressamente previste dal legislatore, per altro, non fornisce alcuna certezza in ordine alle condotte qualificabili come cause di esclusione dalla gara. Ne discende che, se il ricorso alle a.t.i. rappresenta, indubbiamente, una lecita logica imprenditoriale, le imprese, dovendo optare per la scelta più conforme ai propri interessi imprenditoriali, potrebbero decidere di partecipare individualmente alla procedura di gara.

Le imprese raggruppate nelle a.t.i., infatti, diversamente dall'ausiliata, possiedono singolarmente i requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Pertanto, il ricorso all'istituto delle r.t.i. non si configura come indispensabile per poter accedere al mercato delle commesse pubbliche. Di parere discordante è la giurisprudenza amministrativa, si v. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292 in *Foro amm. (II)*, 2018, 7-8, 1348. Altresì, per ulteriori approfondimenti, in materia di a.t.i. si rinvia: D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983; *La disciplina delle associazioni di imprese dopo il decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406*, in *Riv. trim. appalti*, 1993, 431; R. Travaglini, *Le associazioni temporanee di imprese ed i consorzi nel decreto legislativo 1991, n. 406*, ivi; Cianflone, G. Giovannini, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Tomo I, 531;

⁴⁶ Con la recentissima sentenza del 4 aprile del 2018, n. 2102, la terza sezione del Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente su una delle questioni più controverse in materia di avvalimento relativa alla determinatezza o determinabilità dell'elemento oggettivo. Nonostante la questione giudiziale sia incentrata sulla validità del contratto di avvalimento di garanzia, il Consiglio di Stato si sofferma sulla peculiare qualificazione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria come «strumento di realizzazione della comunione delle risorse finanziarie», ossia come elemento che assume rilevanza sul piano dei presupposti costitutivi del contratto di avvalimento; in *giustiziamministrativa.it*.

⁴⁷ Da quest'ultimo indirizzo ci si discosterebbe ove si militasse per quello esposto nel precedente paragrafo, che, optando per l'applicabilità della *lex specialis*, art. 89, co.1, d.lgs. n. 50 del 2016, in luogo dell'art. 1346 c.c. farebbe propendere per la nullità del contratto di avvalimento privo dell'indicazione puntuale ed analitica dei beni patrimoniali.

Se si condividesse questa ultima tesi, la validità dell'avvalimento di garanzia, privo dell'individuazione specifica dei beni patrimoniali, sarebbe subordinata alla presenza: della

dichiarazione con cui l'ausiliaria mette a disposizione le risorse oggetto di avvalimento; della dichiarazione con cui l'avvalso si obbliga ad essere responsabile solidalmente nei confronti della P.a..

Solo in presenza di questi ultimi presupposti, quindi, l'avvalimento potrebbe non essere considerato «alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su un piano meramente formale il requisito di partecipazione».

Chiarito, quindi, che la responsabilità solidale dell'avvalso rappresenta un elemento costitutivo dell'avvalimento di garanzia, occorre riflettere sull'ipotesi in cui nel contratto in esame non è contenuta la dichiarazione considerata, art. 89, co. 6, d.lgs. n. 50/2016.

In tal caso, il negozio giuridico in esame potrebbe essere considerato nullo, per violazione dell'art. 1418, co. 2, c.c.⁴⁸.

6. *Brevi riflessioni sulla paventata natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria*

Una completa trattazione dell'istituto in esame implica lo svolgimento di alcune considerazioni in relazione alla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità che sorge in capo all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

In ipotesi di inadempimento dell'obbligazione contrattuale da parte dell'ausiliata, l'ausiliaria è responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 1218 c.c..

La tesi si fonda sulla circostanza che la dichiarazione di impegno resa dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante farebbe venir meno la posizione di terzietà della stessa.

Nonostante il contratto di appalto sia concluso tra la P.a. e l'ausiliata, l'ausiliaria non può essere considerata come un soggetto terzo ed estraneo al contratto in questione, poiché si impegna a mettere a disposizione le risorse, sia nei confronti dell'impresa ausiliata, sia verso la stazione appaltante.

⁴⁸ Di parere diverso è la giurisprudenza amministrativa, che considera valido il contratto di avvalimento, pur in assenza di un'espressa dichiarazione di assunzione di responsabilità solidale da parte del primo; in virtù dell'applicazione dell'istituto dell'eterointegrazione, ex 1374 c.c., in quanto anche in tal caso si deve considerare il contenuto obbligatorio esteso a «tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità».

L'ausiliaria, dunque, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, con sentenza n. 3499 del 2018, è titolare passivo di un'obbligazione autonoma, di natura accessoria « dipendente rispetto a quella principale del concorrente » che si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione⁴⁹.

La coerenza sistematica di tale indirizzo, però, non parrebbe sufficiente per superare l'obiezione che esclude la natura contrattuale di tale responsabilità, per assenza di un vero e proprio rapporto negoziale tra l'ente appaltante e l'impresa ausiliaria.

Invero, la chiave risolutiva di tale problema potrebbe individuarsi nell'istituto del collegamento negoziale.

Nello specifico, l'impresa ausiliaria potrebbe essere responsabile per inadempimento contrattuale, in virtù del collegamento negoziale, che vi è tra il contratto di appalto e di avvalimento.

Affinché, si possa avere collegamento negoziale è indispensabile che i contraenti abbiano concluso uno o più negozi giuridici in un rapporto di stretta dipendenza o continuità, al fine di perseguire un vantaggio economico⁵⁰.

Sul punto, la giurisprudenza ha stabilito: ai fini della configurabilità di tale collegamento devono sussistere due elementi: oggettivo, « costituito dal nesso teleologico fra i negozi » e soggettivo costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore.

Con riferimento all'avvalimento, in capo all'ausiliato sorge l'interesse di avvalersi di alcuni requisiti, per partecipare alla procedura di gara.

⁴⁹ Per la giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento è efficace solo nel caso in cui l'impresa ausiliata si aggiudica l'appalto; ciò, perché il contratto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 è stato concluso in funzione dell'aggiudicazione dell'appalto. Pertanto, ove l'aggiudicazione venisse meno, la stessa si configura come condizione risolutiva dell'avvalimento, il cui verificarsi priva di effetti il negozio *ab origine*, si v.: Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895, in *Foro amm.* - T.a.r., 2014, 2, 417; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860, in *giustizia-amministrativa.it*. In tema di accessorialità dell'obbligazione si rinvia, F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 46. Parte della dottrina ritiene che l'obbligazione dell'avvalso possa essere qualificata come « una garanzia personale di tipo fideiussorio », poiché connotata dal carattere accessorio e solidale, si v.: F. Cintioli, *L'avvalimento tra i principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1442. *Un diverso orientamento, invece, milita per l'opzione che considera la posizione dell'ausiliario come quella di un fideiussore ex lege*, v.: E. Del Prato, *Spunti civilistici*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 389.

⁵⁰ Per ulteriori approfondimenti in ordine al collegamento contrattuale ed alle diverse forme di negozi collegati si v.: M. Giorgianni, *I negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 4 ss.; F. Messineo, *Contratto collegato*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 52 ss.; N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra ragazzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 372 ss.; G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e impresa*, 2000, 127.

L'ausiliaria, invece, mette a disposizione le risorse previo pagamento di un contributo da parte dell'ausiliata o conseguimento di un'altra utilità economica; rintracciabile in un interesse di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale e desumibile dall'accordo negoziale concluso⁵¹.

Quanto all'ulteriore scopo perseguito dai negozi giuridici collegati, infine, si sostanzia nell'aggiudicazione ed esecuzione della prestazione dell'appalto pubblico di lavori, servizi e forniture.

Tale tesi potrebbe essere opinabile per l'orientamento dottrinale che esclude la configurabilità della responsabilità contrattuale in capo all'impresa ausiliata, poiché terza ed estranea al contratto di appalto⁵². Ed invero, anche tale osservazione potrebbe essere superata.

All'istituto del collegamento negoziale vi si può ricorrere, infatti, anche in ipotesi di atti compiuti tra soggetti diversi – come nel caso che ci occupa: contratto di appalto concluso tra stazione appaltante e impresa ausiliata; contratto di avvalimento stipulato tra avvalso e avvalente – a condizione, puntualizza la giurisprudenza civile, che gli stessi siano voluti «come funzionalmente connessi e tra loro interdipendenti», per consentire il perseguimento dell'obiettivo voluto dalle parti, ossia l'aggiudicazione dell'appalto.

Sulla scorta di quanto detto, dunque, le parti ricorrono all'istituto del contratto collegato, per regolare i propri interessi patrimoniali e le vicende riguardanti un negozio non possono che ripercuotersi sull'altro.

Tuttavia, per meglio comprendere come gli effetti dell'inefficacia, dell'invalidità, e della risoluzione del contratto di avvalimento si riverberano su quello a cui è collegato (contratto di appalto), si riporta la seguente ipotesi.

L'impresa ausiliaria non rende disponibili i mezzi oggetto di avvalimento, in sede di esecuzione dei lavori oggetto del contratto e, pertanto, l'impresa ausiliata non può dare esecuzione all'oggetto del contratto di appalto.

In tal contesto, la stazione appaltante risolve il contratto per inadempimento contrattuale, art. 108 d.lgs. n. 50/2016; le vicende relative al contratto di appalto, di riflesso, si riverberano sul contratto di avvalimento e l'ausiliato risolverà il contratto di avvalimento per inadempimento contrattuale dell'ausiliaria.

⁵¹ TAR Lazio, sez. III, 16 novembre 2016, n. 11382, in *L'amministrativista.it*, 2015.

⁵² Per una completa trattazione della questione è doveroso rammentare che in dottrina si è enucleata la tesi, secondo la quale l'avvalso non è terzo ed estraneo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, poiché partecipa all'esecuzione del contratto di appalto. In questa prospettiva si orientano: F. Caringella e Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, 665, ove si afferma «che l'impresa ausiliaria, con il contratto di avvalimento, assume nei confronti della stazione appaltante una responsabilità solidale relativamente ai lavori oggetto della gara pubblica, trattandosi di una conseguenza che deriva direttamente dalla legge e si giustifica proprio per l'effettiva presentazione della citata impresa all'esecuzione dell'appalto». In senso contrario si v.: F. Fracanzani, *L'avvalimento: questioni pregiudiziali e giudicato (dopo il d.lgs. n. 6/07)*, in *fracanzani.eu.*, 2007, 9, 7.

Ciò detto, per le superiori considerazioni la responsabilità dell'avvalso sembrerebbe di natura contrattuale.

Sicché, conseguentemente all'inesatto o mancato adempimento della prestazione da parte dell'avvalente, il medesimo potrebbe essere destinatario dell'azione di adempimento o di risarcimento esercitata dalla P.a., art. 1218 c.c.⁵³.

Questa ultima considerazione, sembrerebbe collidere con le peculiarità della garanzia c.d. atipica, che connotano il rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata.

In ipotesi di garanzia c.d. atipica, infatti, il garante è tenuto soltanto a corrispondere un indennizzo o un risarcimento del danno al creditore, ma non anche l'adempimento dell'obbligazione⁵⁴. Di conseguenza, in caso di inottemperanza o di inesatto adempimento da parte dell'ausiliata, l'avvalso risponderebbe ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma la P.a. potrebbe esperire solo un'azione di condanna e non anche di adempimento nei suoi confronti.

Descritta la tesi che propende per la natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria, l'attenzione si pone sull'indirizzo che opta per la natura extracontrattuale della medesima.

A fondamento di tale orientamento militerebbe non solo la posizione di terzietà ed estraneità dell'impresa ausiliaria, ma anche l'idea che tale responsabilità trovi fondamento in un'espressa previsione normativa.

La scelta di qualificare la responsabilità dell'ausiliaria come extracontrattuale, però, circoscriverebbe la medesima alla presenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c. (dolo, colpa, condotta illecita, nesso causale tra la stessa ed il danno).

6.1. (Segue): *la responsabilità dell'avvalso vs l'avvalente in ipotesi di: dichiarazioni false; deficit del possesso dei mezzi oggetto di avvalimento; caducazione dei requisiti*

Concluse le considerazioni in ordine alla natura della responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria, lo studio prosegue tentando di far chiarezza su alcune ipotesi che potrebbero sorgere sul piano applicativo: a) l'impresa ausiliaria ha reso dichiarazioni false in merito a condanne subite risultanti

⁵³ R. Mangani, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, 2008, in *giustamm.it*, il quale esclude che la responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria possa avere natura contrattuale, in quanto a fondamento del contratto di avvalimento non vi è quello di appalto.

⁵⁴ Cass., ss. uu., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Dir. ec. assicur.*, 2011, 1, 227. Si discosta da tale considerazione, G. Stella, *Garanzie autonome e Uniform rules for demand guarantees*, in Gitti, Delfini e Maffei (a cura di), *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, 2882, secondo il quale la responsabilità che sorge in capo all'avvalso presenta tutti i connotati tipici di una garanzia di tipo accessorio proprio della garanzia fideiussoria, anche se sotto il profilo pratico l'impresa ausiliaria non può essere sempre chiamata a dare esecuzione alla prestazione oggetto del contratto di appalto.

dal Casellario giudiziario dell'amministratore; b) si verifica un *deficit* del possesso dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento; c) le risorse messe a disposizione dall'avvalso caducano *ex post* alla conclusione del contratto di appalto; d) i requisiti oggetto del contratto di avvalimento sono acquisiti in sede di procedura di gara personalmente dall'avvalente.

In merito alla prima circostanza, la giurisprudenza amministrativa dichiara infondate le censure indirizzate a far escludere la responsabilità dell'ausiliario in virtù della c.d. teoria del falso innocuo; questa ultima si applica solo quando le informazioni false non compromettono gli interessi in gioco e tale presupposto non sussiste in materia di procedura ad evidenza pubblica⁵⁵.

Durante l'espletamento della gara di appalto, infatti, le dichiarazioni non veritiere pregiudicano i diversi interessi configuratisi (i.e. il buon andamento e l'imparzialità della P.a.; il principio di speditezza e di continuità che assolve un ruolo importante in sede di valutazione dell'offerta,) oltre alla valutazione che la stazione appaltante svolge *ex ante* all'aggiudicazione della gara, in ordine alla sussistenza di gravi ipotesi delittuose che incidono sulla moralità professionale.

Pertanto, non risultando le informazioni rese connotate dal profilo dell'innocuità, la teoria in considerazione non è applicabile.

L'impresa ausiliaria sarà responsabile e la stazione appaltante – non dovendo condurre un'ulteriore indagine tesa ad accertare la natura dolosa o colposa dell'elemento psicologico né il livello di gravità della violazione – può procedere direttamente all'esclusione dell'avvalso⁵⁶.

L'ausiliata sarà obbligata a sostituire l'ausiliaria, *ex art.* 89, co.3, Codice dei contratti pubblici e contestualmente potrà agire giudizialmente contro la medesima, per ottenere il risarcimento del danno, art. 1218 c.c. o *ex art.* 2043 c.c.

Quando, invece, si configura la seconda ipotesi, l'ausiliario è responsabile *ex art.* 1218 c.c., salvo riesca a provare che il *deficit* temporaneo del possesso delle capacità oggetto di avvalimento sia stato causato da forza maggiore, nello specifico da eventi imprevedibili ed inevitabili. Ne deriva, che la stazione appaltante, dopo aver accertato la sussistenza del predetto *deficit*, impone all'avvalente di sostituire l'impresa ausiliaria.

Con riferimento alla terza ipotesi, l'avvalso perde i requisiti oggetto del contratto di avvalimento, *ex post* alla stipulazione del contratto di appalto tra l'ausiliato e la stazione appaltante⁵⁷.

⁵⁵ TAR Campania, Salerno, 21 febbraio 2018, n. 279, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2014, n. 124, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3045, in *Foro amm. - Cds*, 2013, 6, 1641; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2012, n. 1471, in *Foro amm. - Cds*, 2012, 3, 570.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1613; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768, in *Diritto e giust.*, 2003, 4, 37.

⁵⁷ Nell'ipotesi in cui l'ausiliaria perde le qualificazioni richieste successivamente al deposito dell'offerta, Corte giust. comm. Ue, sez. I, sentenza 14 settembre 2017, n. C- 223/16, Casertana costruzioni: «L'articolo

In tal caso, la P.a. può annullare in autotutela il provvedimento definitivo di aggiudicazione e chiedere la risoluzione del contratto di appalto, per successiva decadenza delle capacità dell'impresa ausiliaria.

Inoltre, se, dopo la risoluzione dell'appalto, la P.a. ha la necessità di disporre delle medesime prestazioni (i.e. completamento dei lavori, erogazione dei servizi o forniture), indice una nuova procedura di gara, in ossequio ai principi corollari in materia di appalti pubblici, quali la libera prestazione dei servizi, tutela della concorrenza, *favor participationis*.

In tale circostanza, qualora la caducazione delle risorse non sia dipesa da un comportamento imputabile all'impresa ausiliaria (i.e. dichiarazioni non veritiere o mendaci) probabilmente nessuna responsabilità per inadempimento contrattuale sorgerebbe in capo alla stessa nei confronti dell'avvalso; fermo restando la possibile configurazione di una responsabilità extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.*

Da ultimo, occorre vagliare la circostanza in cui l'impresa ausiliata riesca a raggiungere il requisito oggetto di avvalimento, in sede di procedura di gara, e la conseguente responsabilità che in capo alla medesima potrebbe sorgere nei confronti dell'impresa ausiliaria.

In tale ipotesi, se il concorrente riuscisse a dimostrare in sede di valutazione delle offerte di possedere personalmente le competenze tecnico-professionale-economiche richieste dalla *lex specialis*, non si verifica necessariamente una modificazione della domanda né una contraddizione con quanto dichiarato in sede di presentazione dell'istanza⁵⁸.

Occorre, però, tener conto anche degli interessi dell'impresa ausiliaria, la quale, impegnandosi a mettere a disposizione i requisiti a favore dell'impresa ausiliaria, si è preclusa la possibilità di partecipare personalmente alla procedura di gara ovvero di mettere a disposizione tali risorse in favore di altri concorrenti.

Ne discende che l'impresa ausiliaria potrebbe legittimamente agire per ottenere il diritto al risarcimento del danno, per il mancato guadagno, oltre che un rimborso delle spese sostenute; salvo diversamente pattuito nel contratto di avvalimento.

Una considerazione differente, invece, parrebbe potersi condurre se l'ausiliato acquisisse in sede di gara i requisiti oggetto di avvalimento (magari miglio-

47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, 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», in *giustizia-amministrativa. it*.

⁵⁸ Da tale considerazione, si potrebbe affermare che l'avvalimento rappresenta solo un *quid plus* rispetto alle capacità possedute dall'avvalente. TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 novembre 2016, n. 1592, in *Foro amm.* - T.a.r., 2016, 11, 2739.

ri di quelli di cui dispone l'avvalso), con conseguente mutamento della domanda originariamente presentata.

In tale ipotesi, assistendosi alla creazione di una nuova compagine connotata da un'offerta dell'avvalente, probabilmente migliore rispetto a quella originaria, il contratto di avvalimento resta rilevante, a garanzia del principio del *favor participationis* e della tutela della concorrenza.

Per converso, si considera la circostanza in cui l'impresa ausiliata, *ex post* alla stipulazione del contratto di appalto, possiede i mezzi o le risorse oggetto di avvalimento (i.e. compra un macchinario analogo a quello messo a disposizione dall'ausiliaria).

In questa prospettiva ci si chiede se il soggetto predetto può recedere dal contratto di avvalimento ed eseguire la prestazione contrattuale attraverso l'utilizzo delle proprie risorse.

Indubbiamente, in virtù dell'autonomia contrattuale riconosciuta ai contraenti, le parti interessate possono apporre nel contratto di avvalimento una clausola, con la quale le parti considerano inefficaci le obbligazioni assunte, se l'impresa ausiliata acquista le risorse necessarie per l'esecuzione del contratto di appalto.

Invero, non si può trascendere dalla valutazione compiuta dalla stazione appaltante in sede di scelta del contraente, per individuare l'operatore economico più idoneo a garantire meglio la corretta esecuzione del contratto di appalto, in relazione al rapporto qualità/prezzo, alle competenze tecniche possedute nonché alla solidità patrimoniale.

Nel compiere tale scelta, è tautologico che la P.a. valuti anche i mezzi e le risorse oggetto di avvalimento e che spesso, la decisione di aggiudicare l'appalto all'impresa ausiliata, sia strettamente correlata ai migliori requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria (i.e. un fatturato superiore rispetto a quello posseduto dagli altri offerenti; personale altamente qualificato).

Ciò specificato, ove fosse consentita la revoca del contratto di avvalimento per la ragione suesposta, la conseguente esecuzione dell'intera prestazione attraverso i mezzi posseduti personalmente dall'ausiliata potrebbe compromettere il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico. Difatti, l'opera oggetto di appalto potrebbe essere realizzata dall'aggiudicataria che dispone di requisiti diversi da quelli messi a disposizione dell'ausiliaria, in quanto non connotati dal medesimo grado di effettività e di serietà di quelli dell'avvalso.

In conclusione, quindi, dovrebbe escludersi la possibile revoca del contratto di avvalimento e di riflesso l'intera esecuzione dell'oggetto dell'appalto ad opera dell'impresa ausiliata, che ha acquisito, *ex post* alla stipulazione del contratto di appalto, i requisiti oggetto di avvalimento; ciò, al fine di preservare, da un canto, l'affidamento creato dall'aggiudicatario alla P.a., durante la fase decisoria, dall'altro, la compagine di domande creatasi in sede di valutazione delle offerte, a tutela del principio del *favor participationis*.

7. *L'apporto innovativo del principio di modificabilità dell'impresa ausiliaria, ex art. 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici*

Un ultimo profilo innovativo in materia di avvalimento lo si rinviene nell'art. 63 della direttiva europea n. 24/2014. Volto a garantire il principio del *favor participationis* e la tutela della concorrenza, riconosce all'operatore economico, che si sia avvalso dei requisiti di un'impresa terza, la possibilità di sostituire l'ausiliaria se non possiede i criteri di selezione o se non sussiste una delle cause di esclusione di cui all'art. 57 della direttiva europea n. 24/2014.

L'amministrazione aggiudicatrice, inoltre, può imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria, qualora in capo alla stessa sussistano motivi di esclusione che, seppur non indicati tassativamente dalla disposizione normativa, siano espressamente considerati tali nella *lex specialis* dalla stazione appaltante.

Il legislatore europeo, discostandosi da quanto precedentemente disposto dalle direttive comunitarie nn. 17 e 18/2004 Ce e contestualmente dal d.lgs. n. 163/2006, introduce, dunque, il principio generale della sostituzione dell'impresa ausiliaria, priva dei requisiti di selezione o nei cui confronti si configura una clausola di esclusione.

Nel sistema previgente, infatti, in presenza di cause di esclusione in capo all'impresa ausiliaria, l'impresa ausiliata di riflesso veniva esclusa dalla procedura di gara; fermo restando la possibilità di poter ricorrere a dei meccanismi derogatori del predetto principio.

Secondo il disposto normativo di cui all'art. 37, co. 18, d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, la stazione appaltante poteva proseguire il contratto di appalto con un diverso operatore economico, solo in presenza di ipotesi tassativamente individuate (i.e. fallimento del mandatario, morte, interdizione, inabilitazione...).

In tal caso, il rapporto giuridico in esame proseguiva tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il nuovo operatore economico che, previo possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori e/o dei servizi oggetto dell'appalto, rivestiva la qualifica di mandatario.

In coerenza con le direttive europee, la disciplina contenuta nell'art. 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici, invece, statuisce: la stazione appaltante deve imporre, anche in assenza di un esplicito richiamo nel bando, al concorrente ausiliato di sostituire l'impresa ausiliaria, se questa ultima non dispone delle risorse necessarie o se in capo alla stessa si configura una delle cause di esclusione.

La *ratio* della previsione legislativa è volta a garantire all'operatore economico la possibilità di continuare a partecipare alla procedura di gara avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, ove non sia possibile fare affidamento sulle capacità dell'impresa ausiliaria originariamente prescelta.

Giova specificare, che l'onere di sostituire l'impresa ausiliaria si configura, sia nel caso in cui in capo alla stessa viene accertata la sussistenza delle cause obbligatorie di esclusione dalla procedura di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, sia quando sussistono i motivi di esclusione non tipizzati nell'art. 80 Codice dei contratti pubblici, ma individuati nella *lex specialis* dalla P.a.

Proprio con riferimento ai motivi di esclusione obbligatori occorre precisare che, la locuzione ampia e generica "gravi illeciti professionali", art. 80, co. 5 lett. c, cit., si configura come clausola aperta, e si riserva all'ANAC, ai sensi dell'art. 80, co. 13, cit., il compito di individuare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, Linee guida che indicano «quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)»⁵⁹.

In tal senso, l'ANAC, con le Linee guida ha ricondotto alla locuzione «significative carenze nell'esecuzione del contratto di un precedente contratto» qualsiasi condotta, significativa e grave, che sia stata compiuta dall'operatore economico in sede di esecuzione di prestazioni di rapporti contrattuali, anche se conclusi con differenti amministrazioni (a titolo esemplificativo si ricordano: «ritardi nell'adempimento, l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione, l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte [...]») ⁶⁰.

Inoltre, la stessa Autorità ha precisato che nella locuzione «gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara» vi si possono far rientrare le condotte: a) che incidono negativamente sulla *par condicio* tra concorrenti; b) tese al perseguimento di interessi personali a danno dell'amministrazione aggiudicatrice; c) c.d. *bid rigging*, ossia i comportamenti tenuti dagli operatori economici al fine di falsare la concorrenza in sede di procedura ad evidenza pubblica; d) idonee a trarre in errore l'amministrazione aggiudicatrice in ordine alla valutazione di una circostanza indispensabile per la partecipazione ad una procedura di gara o per la valutazione dell'offerta⁶¹; ampliando così la categoria delle cause di esclusione prevista dall'art. 80 Codice dei contratti pubblici.

⁵⁹ Per ulteriori approfondimenti, si v.: C. Contessa, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. e app.*, 2018, 5; L. Mazzeo, L. De Pauli, *Le Linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, 2018, 2; O. Marongiu, *Selezione delle offerte*, in Garofoli, Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, 503 ss.; D. Villa, *La selezione degli offerenti*, in Caringella, Mantini, Giustiniani (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 273 ss.; S. Cacace, *Disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione, in giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁰ Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*.

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia alle Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*

L'inclusione dell'illecito antitrust, infatti, risponde all'esigenza di ricondurre alla locuzione precitata i comportamenti compiuti dagli operatori economici in sede di scelta del contraente per i quali, stante la loro idoneità ad influenzare la valutazione della P. a. circa il migliore operatore economico, mediante «l'alterazione del meccanismo di gara posto a garanzia della concorrenza», siano stati condannati a corrispondere una sanzione ovvero un risarcimento del danno, a *fortiori* è più che legittimo annoverare in tale espressione gli illeciti antitrust caratterizzati da un maggior disvalore sociale rispetto ai primi.

L'ultima categoria di illeciti individuati dall'ANAC riguarda «Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico» (i.e. i provvedimenti definitivi emessi dall'AGCM nei confronti dell'operatore economico che ha compiuto gravi illeciti antitrust i cui effetti si sono prodotti in materia di contrattualistica pubblica; i provvedimenti dell'ANAC adottati *ex art.* 213, co. 13, d.lgs. n. 50 del 2016...) ⁶².

Quanto ai secondi, invece, la volontà del legislatore di rimettere alle stazioni appaltanti la facoltà di escludere dalla procedura gli offerenti per motivi diversi da quelli indicati nell'art. 80 cit. appare molto opinabile.

Anzitutto, la disposizione normativa che riconosce la predetta facoltà collide con il principio di tassatività delle cause di esclusione espressamente contemplato dall'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

La natura tassativa delle cause di esclusione è stata ribadita anche da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale specifica che l'art. 80 Codice dei contratti pubblici, nel rispetto del principio del *favor participationis*, non si può prestare ad una interpretazione estensiva o analogica ⁶³. Di conseguenza, l'elencazione dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici è da intendersi tassativa e la *lex specialis*, che individua ulteriori ipotesi di esclusione dalla gara, sarebbe illegittima, per violazione dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, con conseguente condanna della P.a. al risarcimento del «danno emergente e lucro cessante (nella doppia declinazione di perdita di chance e danno curriculare)» stante la mancata aggiudicazione dell'appalto di lavori, servizi e forniture.

Al riguardo, occorre rilevare che la facoltà rimessa all'amministrazione aggiudicatrice di ampliare i motivi di esclusione, purché individuati *ex ante* nel bando di gara, contrasta con: l'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, volto a garantire l'omogeneità delle condizioni di partecipazione alla procedura a tutti gli operatori economici (scongiurando sì la variabilità delle norme che regolano l'acces-

⁶² Per ulteriori approfondimenti si rinvia alle Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*.

⁶³ Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2320; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 30 aprile 2018, n. 252; Cons. Stato, 2 marzo 2018, n. 1299, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

so alla procedura); gli artt. 3, 41 e 117, co. 2 lett. e, Cost.; il principio europeo di certezza del diritto e di trasparenza. Se la norma suddetta fosse legittima, infatti, l'operatore economico incorrerebbe nel rischio di essere escluso dalla gara di appalto per aver posto in essere una condotta individuata facoltativamente dalla stazione appaltante come causa di esclusione dalla gara e, invece, essere ammesso, seppur autore della medesima condotta, in una differente procedura di gara.

Tale orientamento non sembra essere condiviso da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale consente alla P.a. di escludere dalla procedura di gara gli operatori economici, per motivi differenti da quelli espressamente indicati dal legislatore, purché riconducibili alle fattispecie normative astratte previste dall'art. 80 Codice dei contratti pubblici⁶⁴.

Una completa trattazione del profilo innovativo in esame non può trascendere dalla recentissima considerazione condotta dalla Corte di giustizia europea, sez. I, 14 settembre 2017, causa C.-223/16⁶⁵.

A parere della giurisprudenza europea, la parte della disposizione legislativa che obbliga l'impresa ausiliata a sostituire l'ausiliaria, nell'ipotesi di cui all'art. 89, co. 3, cit., contrasta con il principio di *favor participationis* ed altera il regime concorrenziale. Ciò, poiché, in sede di sostituzione dell'ausiliaria, l'ausiliata produce alla stazione appaltante documenti nuovi che attestano l'impegno contrattuale assunto dal nuovo avvalso nei confronti dell'avvalente.

Orbene, l'utilizzo dell'aggettivo "nuovi" induce a ritenere che la documentazione prodotta dall'ausiliata, se da un lato, non ha l'effetto sanante di un eventuale errore materiale commesso in sede di presentazione dell'offerta, dall'altro, potrebbe modificare un elemento rilevante della domanda presentata, con conseguente ottimizzazione dell'offerta ed incremento della probabilità di aggiudicazione dell'appalto.

8. Considerazioni conclusive

L'avvalimento è indubbiamente un istituto ideato al fine di favorire la partecipazione al mercato delle commesse pubbliche alle piccole e medie imprese, prive dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Tuttavia, le molteplici fattispecie problematiche e le diverse insidie che emergono sul piano applicativo rendono difficoltoso ed arduo il ricorso al medesimo.

⁶⁴ T.a.r. Campania, sez. di Salerno, 2 gennaio 2017, n. 10, in *giustizia-amministrativa.it*, ritiene che alle stazioni appaltanti devono essere riconosciuti «diaframmi di discrezionalità, segnatamente nelle ipotesi di cosiddetta esclusione discrezionale dalla gara», per verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico con il quale la stazione appaltante potrebbe contrattare.

⁶⁵ Per un commento alla sentenza si v.: A. Manzi, *La regola della sostituibilità dell'impresa ausiliaria vale solo per il futuro*, in *Urb. e app.*, 2018, 2.

Il presente lavoro è stato condotto al fine di “slegare” i nodi in cui si intesse l’avalimento nonché per analizzare gli apporti innovativi previsti dall’art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; in conclusione si possono trarre le seguenti considerazioni.

Anzitutto, in ordine all’analiticità e specificità dell’oggetto del contratto di avalimento, il legislatore prevede espressamente che le parti devono indicare dettagliatamente le risorse ed i mezzi oggetto del contratto di avalimento, pena la nullità, art. 89, co.1, cit.

Tale scelta legislativa, la cui *ratio* va rintracciata nell’intento di estendere la rigorosità dei vincoli contenutistici anche all’ipotesi di avalimento di garanzia, parrebbe far ritenere che l’oggetto del contratto deve essere determinato e non anche determinabile.

Il legislatore, quindi, agisce con l’intento di tutelare l’avvalente – da eventuali asimmetrie informative che potrebbero sorgere in sede di conclusione del contratto, stante le diverse posizioni rivestite dagli operatori economici nel mercato delle commesse pubbliche – e di consentire alla stazione appaltante di valutare il grado di serietà ed effettività dell’impegno assunto dall’impresa ausiliaria, a garanzia di un corretto soddisfacimento degli interessi pubblici.

Il quadro normativo tratteggiato dal legislatore, dunque, fa venir meno la distinzione, coniata dalla giurisprudenza amministrativa, tra avalimento operativo e di garanzia; ed inoltre, consente il superamento dell’orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è valido il contratto di avalimento il cui oggetto sia determinabile, *ex art. 1346 c.c.* e non determinato.

Tuttavia, sul piano pratico si riscontra un disallineamento tra gli orientamenti giurisprudenziali consolidati ed il dato normativo.

Per un primo aspetto, la giurisprudenza amministrativa, infatti, continua ad operare la distinzione tra l’avalimento operativo e di garanzia, soprattutto in relazione alla validità del contratto di avalimento.

Per un secondo aspetto, la scelta giurisprudenziale di qualificare il contratto di avalimento come contratto c.d. atipico, produce dei risvolti giuridici non compatibili con il nuovo dettato normativo.

Nello specifico, mentre la determinatezza dell’oggetto del contratto di avalimento, espressamente prevista dal legislatore, non consente alle parti di determinare l’oggetto del contratto in esame *per relationem*.

Diversamente, l’art. 1322 c.c. riconosce ai contraenti ampia libertà nella scelta del contenuto negoziale. L’avvalso e l’avvalente, quindi, hanno la possibilità di determinare l’oggetto del negozio giuridico *per relationem*, ossia attraverso il riferimento alla promessa unilaterale resa dall’ausiliaria nei confronti dell’ausiliata.

In tal senso, la promessa unilaterale, atto distinto ed autonomo dal negozio bilaterale, assumerebbe rilevanza per la stazione appaltante; tenuta ad appurare

la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria, attraverso l'analisi del contratto di avvalimento nonché del contenuto della promessa unilaterale.

Un'ulteriore insidia la si coglie in ordine alla natura contrattuale della responsabilità contrattuale che sorge in capo all'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata.

Per le considerazioni svolte in sede di indagine, e come di recente confermato dalla giurisprudenza di legittimità, la responsabilità dell'ausiliaria parrebbe avere natura contrattuale, in virtù del collegamento negoziale che intercorre tra il contratto di avvalimento e quello di appalto nonché per il carattere accessorio dell'obbligazione dell'ausiliata. Tuttavia, tale orientamento potrebbe collidere con le peculiarità della garanzia c.d. atipica, che connotano il rapporto tra avvalso e avvalente; in virtù delle quali l'avvalso sarebbe tenuto ad indennizzare il danno patito dalla P.a., ma non anche ad adempiere la prestazione non eseguita dall'ausiliata.

Inoltre, la definizione offerta recentemente dalla giurisprudenza amministrativa – la «responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, [...], come strumento di realizzazione della “comunione” delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione» – induce a far propendere, prima di tutto, che la responsabilità solidale dell'ausiliario rappresenta un elemento costitutivo dell'avvalimento di garanzia, la cui mancanza potrebbe dar luogo alla nullità dello stesso.

Secondariamente, che la medesima assolve una funzione c.d. di garanzia, laddove l'ampliamento dello spettro di responsabilità, nel caso di avvalimento di garanzia, consente alla P.a. di poter accertare la serietà e l'effettivo impegno assunto dall'impresa ausiliaria nonché di fruire di una maggiore garanzia in ordine alla corretta esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto.

Infine, la possibilità riservata all'impresa ausiliata di modificare l'impresa ausiliaria, ex art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, contrasterebbe il principio del *favor participationis* nonché la tutela della concorrenza.

I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso

All'indomani dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici l'avvalimento rimane uno degli istituti più problematici, sotto il profilo applicativo.

Alla luce della rivisitazione dell'istituto adoperata dal legislatore italiano con l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, da ultimo modificato con il d.lgs. 19 aprile del 2017, n. 56, il presente lavoro si propone di esaminare gli apporti innovativi, relativi: alla puntuale individuazione delle risorse oggetto di avvalimento, a pena di nullità; alla natura e la funzione c.d. di garanzia della responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante; al principio di modificabilità dell'avvalso, al fine di evidenziare i profili critici tutt'ora vigenti.

The insidious profiles of availment, from the nature and function of guaranteeing the liability of the auxiliary to the principle of substitutability of the availed

In the light of the approval of Bill No. 50/2016, availment is one of the most problematic institutions in terms of application.

The aim of this work is to examine the innovative contributions, relative to the indication of resources covered by the contract of availment; the function and the nature of the supportive responsibility of the auxiliary firm with regard to the Public Administration; the principles of modifiability of the auxiliary firm, to highlight all critical profiles currently in force.