

Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*

Mauro Renna, Stefano Vaccari

SOMMARIO: 1. Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: l'identità di *ratio*. – 2. Le relazioni giuridiche tra i due istituti: i modelli dell'alternatività e del 'cumulo'. – 2.1 (*Segue*): *Focus* sul ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate: evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 2.2. (*Segue*): L'avvalimento esterno e interno al raggruppamento: criticità e soluzioni. – 3. Il raggruppamento temporaneo di imprese come strumento per l'operazione di avvalimento: alcune questioni di 'forma'. – 4. Brevi conclusioni e prospettive future.

1. *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: l'identità di ratio*

I raggruppamenti temporanei di imprese (R.T.I.)¹ e l'avvalimento sono due strumenti giuridici diretti a realizzare forme di cooperazione occasionale tra imprese per l'esecuzione di un determinato contratto di appalto di lavori, servizi o forniture.

Nello specifico, il raggruppamento temporaneo di imprese consiste in una relazione giuridica di contitolarità del rapporto obbligatorio (*i.e.* quello discendente dalla stipula del contratto d'appalto *post*-aggiudicazione) tra due o più imprese fondato sul conferimento di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore dell'impresa 'capogruppo' (o mandataria)², abilitata ad agi-

* Il presente contributo è destinato alla nuova edizione del volume collettaneo, a cura di Roberto Dante Cogliandro, *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè. Gli autori ringraziano il curatore per aver autorizzato l'anticipazione dello scritto in questa Rivista. Si segnala, altresì, che il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli autori; tuttavia, i §§ 1, 2, 2.1 e 2.2 sono stati scritti da Stefano Vaccari, mentre i §§ 3 e 4 sono stati scritti da Mauro Renna.

¹ Indicati anche sovente con l'espressione, pienamente fungibile, di 'associazione temporanea di imprese' (A.T.I.).

² Cfr. l'art. 48, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

re nei confronti del committente in nome e per conto delle singole mandanti³. Attraverso questa soluzione negoziale è possibile ‘frazionare’ i requisiti di partecipazione valorizzando – ai fini della qualificazione – la sommatoria dei requisiti e delle capacità delle singole imprese raggruppate⁴.

È opportuno evidenziare che il raggruppamento temporaneo di imprese non dà vita a un nuovo soggetto giuridico dotato di personalità giuridica e caratterizzato da stabilità o continuità temporale⁵. Difatti, a differenza della figura del consorzio stabile⁶, il R.T.I. denota un mero rapporto di natura contrattuale tra più

³ La partecipazione alle procedure a evidenza pubblica è consentita anche ai raggruppamenti non ancora formalmente costituiti (c.d. R.T.I. ‘costituendi’), a condizione che l’offerta sia sottoscritta da tutti gli operatori economici che daranno vita al raggruppamento e contenga l’impegno (sottoposto a condizione sospensiva dell’aggiudicazione della gara) a che gli stessi conferiscano mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi (la c.d. impresa mandataria), da indicare in sede di offerta, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti (cfr. l’art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016). I raggruppamenti temporanei di imprese si distinguono, a loro volta, in verticali e orizzontali, a seconda delle modalità di riparto dei compiti tra le imprese raggruppate (cfr., sul piano normativo, l’art. 48, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016). Si ha un R.T.I. verticale nel caso in cui l’impresa mandataria si impegni a realizzare i lavori ‘prevalenti’ o le prestazioni ‘principali’ (in caso di appalti di servizi e forniture), con assunzione da parte delle mandanti dell’impegno a realizzare i lavori ‘scorporabili’ o le prestazioni indicate come ‘secondarie’ (in caso di appalti di servizi e forniture). Si ha, invece, un R.T.I. orizzontale laddove gli operatori economici riuniti si impegnino a realizzare i lavori della medesima categoria ovvero le prestazioni della stessa tipologia. Tra le varie differenze concernenti le due tipologie di R.T.I. si segnala il diverso regime di responsabilità per gli operatori economici raggruppati (cfr. l’art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016). Mentre nei raggruppamenti orizzontali le imprese sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante per il complesso delle prestazioni oggetto dell’appalto, nei raggruppamenti verticali la responsabilità delle imprese mandanti è limitata ai soli lavori scorporabili o alle prestazioni secondarie di rispettiva competenza, a cui si aggiunge la responsabilità solidale dell’impresa mandataria. Per quanto concerne, invece, il diverso regime relativo alla titolarità dei requisiti di qualificazione tra le imprese raggruppate cfr., per gli appalti di lavori, l’art. 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), tutt’ora in vigore – sino alla prossima introduzione del regolamento ex art. 83, comma 2, del vigente Codice – in forza della clausola di ultrattività contenuta nell’art. 216 del d.lgs. n. 50/2016.

⁴ Cfr. M.G. Vivarelli, *Commento all’art. 48*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2017, I, 560; e G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, I, 503, ove si evidenzia come i raggruppamenti temporanei di imprese realizzino un «contemperamento tra le esigenze della stazione appaltante, posto che le imprese raggruppate nel loro insieme garantiscono il possesso dei requisiti necessari per l’espletamento dell’appalto, e le esigenze delle imprese di minori dimensioni, che possono così aspirare ad aggiudicarsi un appalto per cui, singolarmente, non potrebbero competere». Cfr. in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si richiama il principio per cui «– con l’eccezione del caso di una esplicita e diversa richiesta del bando – è sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso possieda il requisito di qualificazione richiesto, mentre a fini dell’esecuzione nella gara, tramite l’istituto dell’avalimento, la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio, ma può avvalersi delle altre partecipanti al Rti».

⁵ Cfr., a tale proposito, l’art. 48, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, ove chiaramente si statuisce che «[i]l rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali».

⁶ Cfr. l’art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. In letteratura, cfr. C. Zucchelli, *Avalimento*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, II, 1120 s., ove si definisce il raggruppamento temporaneo di imprese come lo «strumento con il quale è attuata una sinergia tra

imprese formalmente distinte e riunite sul piano obbligatorio unicamente per uno specifico ‘affare’, vale a dire la partecipazione a una determinata procedura a evidenza pubblica e, in caso di aggiudicazione, l’esecuzione del contratto d’appalto⁷.

L’avvalimento, invece, consiste – com’è noto – nella possibilità per un operatore economico carente dei requisiti di carattere ‘oggettivo’⁸, necessari per partecipare a una procedura di gara, di ricorrere (nella qualità di impresa c.d. ausiliata o avvalente) alle singole risorse o capacità messe a disposizione da un altro soggetto (impresa c.d. ausiliaria o avvalsa) in forza di uno specifico titolo negoziale: il contratto di avvalimento⁹.

Entrambi gli istituti sono emblematici del progressivo ridimensionamento della nozione di soggettività giuridica nella materia dei contratti pubblici, stimolato dall’obiettivo di incentivare la massima partecipazione degli operatori economici ai procedimenti a evidenza pubblica, specie laddove questi, singolarmente considerati, non sarebbero in possesso delle capacità e dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando predisposto per la singola gara¹⁰.

imprenditori per la partecipazione ad una gara, senza tuttavia che ciò comporti la creazione di un autonomo soggetto di diritto, né la costituzione di una stabile organizzazione di impresa. Contrariamente ai consorzi stabili, l’ATI attua una semplice contitolarità del rapporto obbligatorio».

⁷ Cfr. M.G. Vivarelli, *Commento all’art. 48*, cit., 560, ove si segnala un importante vantaggio economico che discende dal ricorso al R.T.I., consistente nei «costi molto più contenuti rispetto alla costituzione di un’impresa comune o di un consorzio che, in caso di esito negativo della gara, sarebbe destinato a scomparire immediatamente, con costi difficilmente recuperabili».

⁸ S’intende quelli di carattere economico, finanziario e tecnico-professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 50/2016. Invero, nella disposizione cit. figurano anche i requisiti di c.d. idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), i quali – seppure convenzionalmente inquadrati nell’ambito dei requisiti oggettivi – non sono tuttavia passibili di avvalimento (cfr., in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si nega la possibilità di colmare la carenza dei requisiti di idoneità professionale mediante il ricorso all’avvalimento, atteso che «ai sensi dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, l’operatore economico può soddisfare con l’avvalimento la richiesta relativa unicamente al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), mentre: “con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l’Autorità ha stabilito che il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell’iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell’operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento” (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell’11 gennaio 2017)»).

⁹ Cfr., in via generale, l’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Sulla differenza tra l’avvalimento e il R.T.I. cfr., sin d’ora, G.P. Cirillo, *Commento all’art. 89*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., I, 1172, ove si rappresenta la specificità dell’avvalimento nella «possibilità di coinvolgere nell’esecuzione del contratto un soggetto con il quale non si ha nessun legame giuridico, se non quello derivante dal contratto di avvalimento».

¹⁰ Cfr. G. Balocco, *L’avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2009, 35, secondo cui l’impostazione di tipo funzionalistico ai requisiti di partecipazione, avallata anche dalla giurisprudenza europea, «ha ammesso, in ossequio a criteri ermeneutici di carattere sostanzialistico, la possibilità di un possesso *per relationem* dei requisiti, tesa a garantire una più ampia partecipazione alle gare ed una valorizzazione del risultato dell’opera, facendone scaturire un ridimensionamento dell’aspetto formale della soggettività giuridica delle diverse imprese, idoneo a determinare la progressiva tendenza ad una polverizzazione e dispersione della “personalità” dei soggetti aspiranti».

Queste brevi osservazioni preliminari consentono di evidenziare la *ratio* che accomuna il raggruppamento temporaneo di imprese e l'avvalimento: il *favor participationis* di matrice europea¹¹, espressione della logica pro-concorrenziale e del correlato sostegno alle piccole e medie imprese (P.M.I.)¹². I due strumenti, infatti, perseguono un'analoga funzione antimonopolistica¹³, mirando a neutralizzare i rischi derivanti dal consolidamento di posizioni dominanti di mercato da parte degli operatori economici di maggiore dimensione¹⁴.

Al fine di ampliare l'accesso al mercato delle commesse pubbliche, l'ordinamento europeo è intervenuto attraverso il consueto approccio giuridico di matrice

¹¹ M.G. Vivarelli, *Commento all'art. 48, cit.*, 560 e 564; F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2017, 211 e 225; G. Bruno, *Commento all'art. 89*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., I, 1130 e 1143; G.P. Cirillo, *Commento all'art. 89, cit.*, I, 1171; N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2015, 229. Cfr., anche, Corte Cost., 22 maggio 2009, n. 160, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1793 ss., lì dove si afferma che la *ratio* dell'avvalimento consiste nell'«ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa».

¹² F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, VI, 1430: «[è] il buon funzionamento del mercato interno il predicato che sorregge, in tal caso, l'ulteriore obiettivo del favorire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di gara per l'affidamento di pubblici appalti».

¹³ Cfr., *ex multis*, T.a.r. Veneto, sez. I, 19 dicembre 2018, n. 1189, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 29 luglio 2011, n. 2021, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 22 dicembre 2004, n. 1003, in *Giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459, in *Giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza citata fa ampio richiamo del precedente Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Foro amm.*, 2001, 2817 ss., nella parte in cui si afferma che «l'ordinamento comunitario ed il diritto interno manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l'affidamento di contratti e di servizi pubblici. Tali aggregazioni svolgono, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti».

¹⁴ Cfr. S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 59, ove si descrivono i raggruppamenti temporanei di imprese nei termini di «un'alleanza tra imprese che, *viribus unitis*, possono accedere a contratti di grandi dimensioni, così evitando di rafforzare la posizione dominante nel mercato delle imprese "più grandi"». In senso analogo, cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, I, 182, ove si pone in evidenza la funzione antimonopolistica dei raggruppamenti temporanei di imprese, sottolineando che «in presenza di appalti di rilevanti dimensioni, tale formula consente l'alleanza temporanea di imprese medio-piccole e dunque la loro partecipazione alle gare, altrimenti riservate alle imprese più grandi che finirebbero così per rafforzare oltre misura la loro posizione dominante nel mercato di riferimento». La suddetta *ratio* antimonopolistica e, più in generale, il *favor* per le piccole e medie imprese sono alla base di numerose regole contenute nel vigente Codice dei contratti pubblici. Basti pensare, ad esempio, all'art. 51, comma 1, ove si prevede – proprio al fine di favorire l'accesso delle P.M.I. al mercato delle commesse pubbliche – il tendenziale obbligo di suddivisione degli appalti in 'lotti funzionali', salva una diversa scelta della stazione appaltante indicata con motivazione espressa nel bando di gara o nella lettera d'invito (si tratta, invero, di un particolare caso di obbligo motivazionale prescritto per atti amministrativi generali, in deroga al regime ordinario di cui all'art. 3, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241); ma anche all'art. 83, comma 5, ove si introduce il divieto per le stazioni appaltanti di pretendere, con riguardo ai requisiti economico-finanziari, importi a titolo di fatturato minimo annuo che superino il doppio del valore stimato dell'appalto.

‘sostanziale’ e ‘realistica’¹⁵, consentendo la possibilità del cumulo dei requisiti tra diversi operatori (nella forma del raggruppamento di imprese o dell’avvalimento) e ponendo l’attenzione sul possesso effettivo dei mezzi e delle risorse richiesti dagli atti di gara piuttosto che sulla forma giuridica utilizzata a tale scopo.

Cionondimeno, l’obiettivo pro-concorrenziale posto alla base dei due istituti in esame – seppure oggi prevalente, in ragione dell’evoluzione del processo di integrazione europea¹⁶ – non è l’unico interesse sotteso alla materia dei contratti pubblici. Invero, vi è anche, in relazione spesso antagonista, l’interesse pubblico all’affidabilità del *partner* contrattuale e, di riflesso, alla corretta esecuzione degli appalti¹⁷.

Del resto, è piuttosto serio il rischio che le fattispecie di collegamento tra imprese fungano da copertura per celare gravi situazioni di sottoqualificazione

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188, in *Foro amm.*, 2001, VI, 3188 ss., ove si definisce l’indirizzo giurisprudenziale in materia di avvalimento seguito dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea come «visibilmente ispirato dalla concezione “realistica” del diritto comunitario, secondo cui, ai fini dell’applicazione di regole proprie dell’ordinamento europeo, occorre considerare la sostanza dei rapporti, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata (variabile anche in funzione del diverso contesto nazionale dell’impresa)». Cfr., anche, la determinazione dell’ex A.V.C.P. n. 2 dell’1 agosto 2012, nella parte in cui si definiscono come ‘tipiche’ del diritto comunitario «l’indifferenza per ogni formalismo giuridico e l’attenzione focalizzata sull’aspetto sostanzialistico dei rapporti: ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia, è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi di modo che la possibilità di ricorrere all’avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente “ausiliato”, dell’effettiva disponibilità dei mezzi».

¹⁶ Sulla (sempre maggiore) rilevanza del diritto europeo nella materia dei contratti pubblici cfr. F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, *passim*. Sul tema cfr., anche, A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, XIX, nt. 13, ove si evidenzia come la prospettiva secondo la quale le regole dell’evidenza pubblica rappresentino un fattore di implementazione degli interessi delle pubbliche amministrazioni risulti oggi «ampiamente recessiva, anche per effetto del dirompente ingresso, nella disciplina in tema di contratti pubblici, del diritto comunitario, il quale individua nella tutela della concorrenza una delle sue principali finalità ispiratrici». Il che, segnala l’A., non poteva che «riflettersi nella predisposizione di un copioso apparato di regole che tentassero di conferire al mercato delle commesse pubbliche la massima trasparenza ed imparzialità».

¹⁷ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 211, ove si afferma che il *favor participationis* di matrice europea deve essere temperato con «l’esigenza di garantire agli enti committenti che alle gare partecipino operatori professionali, effettivamente in grado di eseguire l’opera: quest’ultima esigenza è sempre stata avvertita come prioritaria dal legislatore italiano e, negli ultimi anni, è stata in parte sacrificata proprio sull’altare delle regole pro-concorrenziali»; e M.E. Boschi, *Ammissibilità e limiti dell’avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, VII-VIII, 2396, ove l’A. rappresenta che «alla base dei timori nutriti nei confronti dell’ipotesi di dare piena legittimazione all’avvalimento tra imprese, sta senza dubbio la difficoltà di temperare il *favor comunitario* per la concorrenza con la garanzia altrettanto imprescindibile della buona esecuzione degli appalti». E invero, l’avvalimento (p. 2410) si «inserisce in un contesto pubblicistico, ove la concorrenza tra gli operatori economici deve essere sempre temperata con le esigenze di carattere superindividuale di cui l’amministrazione aggiudicatrice si fa portatrice».

degli operatori economici¹⁸ con conseguenti problematiche sull'esatto adempimento delle prestazioni¹⁹.

La dialettica tra l'interesse concorrenziale, da un lato, e l'interesse pubblico tutelato dal committente, dall'altro, dà vita a differenti equilibri, soggetti a mutamento nelle stagioni storiche²⁰ per effetto di un moto di circolarità²¹ tra la normativa e la giurisprudenza europee e nazionali²². Allo stato, si registra una prevalenza degli istituti che sono espressione della logica europea di favore per la massima partecipazione, quali il R.T.I. e l'avvalimento, con posizione recessiva (tuttavia, pur sempre presente) delle disposizioni a garanzia dell'interesse all'affidabilità dei contraenti.

Sintomatiche sono, per l'appunto, alcune regole in materia di avvalimento contenute nel vigente Codice dei contratti pubblici. Basti pensare all'esclusione

¹⁸ O, secondo altri autori, fenomeni di c.d. avvalificio, ossia la patologica proliferazione di società strumentali alla mera messa a disposizione di requisiti e risorse (cfr. E. Del Prato, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obb. contr.*, 2011, X, 646 ss., oggi anche in Id., *Immagini dell'autonomia privata*, Torino, 2013, 156). Cfr., anche, D. Damato, *L'avvalimento finanziario: l'ostacolo delle corti agli abusi*, in *Urb. app.*, 2015, VII, 835, ove si segnala il rischio della possibile trasformazione dell'avvalimento in una 'scatola vuota': di talché non dovrebbe essere consentito «ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa gli effettivi impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie».

¹⁹ La giurisprudenza amministrativa ha da tempo posto in risalto i maggiori pericoli sul piano dell'affidabilità del contraente che potrebbero in ipotesi scaturire dalla partecipazione alle gare di operatori 'scomposti' rispetto alle tradizionali imprese singole. Sia sufficiente il richiamo, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801, in *App. urb. ed.*, 2001, 330 ss., nella parte in cui, dopo aver richiamato l'interesse primario dell'amministrazione all'effettiva e tempestiva esecuzione dei lavori, si ricorda che «l'affidabilità di un soggetto esecutore che si scompone in una molteplicità di realtà imprenditoriali appare complessivamente inferiore a quella dell'esecutore singolo».

²⁰ Cfr. G. Morbidelli, M. Zoppoloto, *Appalti pubblici*, cit., 504, ove si dà atto che, nell'ottica della massima apertura alla concorrenza, la disciplina di fonte europea «ha sempre visto con estremo favore il fenomeno dell'associazione di imprese ai fini della partecipazione; mentre il legislatore nazionale, maggiormente preoccupato di tutelare le stazioni appaltanti, ha talvolta mostrato qualche diffidenza verso l'istituto, e comunque ha ritenuto essenziale disciplinarne il funzionamento in modo da garantire l'ente aggiudicatore»; e L.M. Tarantino, *Il divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria*, in *Urb. app.*, 2012, II, 219, il quale – nell'anno 2012 (e a commento di Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565, in tema di divieto di avvalimento 'frazionato') – segnalava il progressivo 'livellamento' tra «principi comunitari di massimizzazione della concorrenza, ispirati ad un marcato approccio sostanziale, e principi nazionali di massimizzazione dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto, caratterizzati da un approccio formalistico, che sin dalla nascita del mercato comune dei contratti pubblici caratterizza i rapporti tra ordinamento dell'unione europea e ordinamento nazionale».

²¹ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1424: «la relazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, nel fenomeno della c.d. europeizzazione degli ordinamenti settoriali, non è mai unilaterale. Essa è invece di tipo circolare, perché passa per un costante confronto di esperienze e metodi di interpretazione, dando luogo alla nascita di principi che solo apparentemente possono dirsi "nuovi" e che invece sono il frutto di una vera e propria "osmosi di lavori giuridici" che si forma mediante una dialettica costante».

²² Cfr. G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 80 s.: «[l']intento del legislatore dovrebbe essere quello di coniugare la tutela dell'amministrazione, in relazione al suo interesse a scegliersi un contraente affidabile, con i principi sottesi alla libera concorrenza che, per ovvi motivi, legati all'obbligatorietà della normativa comunitaria, non possono, più di tanto essere compressi».

espressa dell'avvalimento per quanto concerne i requisiti 'soggettivi', quali quelli di ordine generale *ex art.* 80²³ o quelli relativi all'idoneità professionale *ex art.* 83, comma 1, lett. a)²⁴, nonché alla possibilità per la stazione appaltante di pretendere che taluni compiti qualificati come 'essenziali' (c.d. *critical tasks*) vengano svolti in via esclusiva dall'offerente o, in caso di imprese collegate in R.T.I., da uno specifico partecipante al raggruppamento²⁵. Infine, in ipotesi tassative, e segnatamente negli appalti a notevole contenuto tecnologico o a rilevante complessità tecnica, si giunge a escludere *ex lege* la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento²⁶.

Tutto ciò consente di affermare, in conclusione e in punto di metodo, come l'interpretazione della disciplina in tema di raggruppamenti temporanei di imprese e di avvalimento non debba essere condotta assumendo la concorrenza quale valore assoluto; bensì, e più correttamente, includendo quest'ultima nell'ambito di un più ampio giudizio di bilanciamento che involge anche l'interesse pubblico²⁷ di cui è portatrice la stazione appaltante²⁸.

2. *Le relazioni giuridiche tra i due istituti: i modelli dell'alternatività e del 'cumulo'*

Svolte le superiori considerazioni, l'obiettivo del presente contributo è di analizzare i punti di contatto e le differenze che intercorrono tra gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento²⁹.

²³ Cfr. l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, il Codice (cfr. l'art. 89, comma 3) dispone che la verifica circa l'insussistenza di cause di esclusione *ex art.* 80 venga svolta anche con riferimento all'impresa ausiliaria. Analogamente, gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario (cfr. l'art. 89, comma 5).

²⁴ Un'ulteriore esclusione espressa è contenuta nell'art. 89, comma 10, ove si prevede che «[l']avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152».

²⁵ Cfr. l'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, ove si dispone che «[n]el caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

²⁶ Cfr. l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016. A tale riguardo, il Codice rimette al futuro regolamento *ex art.* 216, comma 27-*octies*, la predisposizione dell'elenco delle opere rientranti nella particolare fattispecie in esame.

²⁷ Definito, anche, mediante la locuzione 'interesse contabile' (A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 108).

²⁸ Del resto, è stato ricordato (F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1431) che l'origine dell'avvalimento si colloca «sul filo dell'equilibrio tra concessioni fatte alla sostanza economica delle relazioni (ed a scapito della forma giuridica) e garanzie di effettività e tutela della disciplina pubblicistica sugli affidamenti dei pubblici appalti».

²⁹ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1428 («[m]olte delle difficoltà interpretative derivano dal fatto che l'avvalimento opera al confine tra l'assoluta

A tale riguardo, è possibile sintetizzare le relazioni giuridiche tra i due istituti utilizzando gli schemi dell' 'alternatività' e del 'cumulo'.

Il primo modello enfatizza il rapporto di concorrenza che può intercorrere tra R.T.I. e avvalimento, in ragione della fungibilità che connota i due strumenti di cooperazione tra imprese³⁰. Più chiaramente, gli operatori economici hanno la facoltà di risolvere il *deficit* di qualificazione relativo alle singole procedure di gara ricorrendo – alternativamente – all'avvalimento dei requisiti da parte di una o più imprese terze ovvero di condividere con tali imprese un progetto di raggruppamento più strutturato nella forma del R.T.I.

A prima analisi, questa opzione sembrerebbe implicare una patologica duplicazione degli istituti giuridici: il che potrebbe tradursi nel progressivo abbandono del raggruppamento temporaneo di imprese in favore del più flessibile avvalimento³¹. E peraltro, una siffatta conclusione risulterebbe in linea con la tendenza all'incrementale ricorso a forme di cooperazione imprenditoriale *una tantum* di matrice contrattuale, in luogo degli strumenti di integrazione più 'strutturata' tra imprese (si pensi all'esempio del consorzio stabile e, in via mediana, al R.T.I.).

Per queste ragioni, alcuni autori³² hanno inquadrato il suddetto fenomeno nell'ambito del più generale processo di 'de-soggettivizzazione' della nozione di operatore economico³³ nella materia degli appalti pubblici, ove da tempo si registra la propensione all'abbandono di modelli 'statici' nella costruzione del concetto di impresa, nonché il superamento degli schemi formali della soggettività giuridica.

estraneità al confronto competitivo dell'impresa ausiliaria e la sua piena compartecipazione come parte dell'A-TI»); e G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 30 («[u]na delle questioni ingenerate nel nostro ordinamento a seguito del recepimento del nuovo istituto riguarda l'impatto dello stesso sui raggruppamenti temporanei [...] di imprese»).

³⁰ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 225.

³¹ Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 200, il quale si domanda se il sostanzialismo comunitario, favorevole al massimo concorso delle imprese 'terze', non «finisca per segnare il tramonto dei raggruppamenti». E, di conseguenza, l'A. pone il seguente interrogativo: «[p]er quale ragione [...], potendosi avvalere di terzi, un'impresa dovrebbe essere spinta a formare un raggruppamento?» Cfr., anche, D. Bezzi, *Sull'ammissibilità delle referenze esterne ai fini della partecipazione a gare di appalto*, in *Urb. app.*, 2001, I, 86, il quale ipotizza il 'declino' dei raggruppamenti temporanei di imprese a causa del progressivo abbandono dei canoni rigidi e formali per l'individuazione dei requisiti dei partecipanti. Il che, ad avviso dell'A., dovrebbe rendere tendenzialmente preferibile l'utilizzo delle formule elastiche dell'avvalimento rispetto al R.T.I.

³² Cfr., in particolare, F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 225, il quale richiama esplicitamente «la tendenza al "ridimensionamento" della soggettività giuridica»; ma anche M.C. Saracino, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, I, 348, nella parte in cui l'A. si domanda se l'istituto dell'avvalimento «scardini o meno la concezione di soggettività dell'impresa e di personalità dell'appalto intesa secondo la concezione tradizionale».

³³ Cfr. l'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016.

Eppure, rispetto al più radicale giudizio di ‘tramonto’ del R.T.I. a causa della piena fungibilità rispetto all’avvalimento³⁴, è possibile rimarcare alcune differenze che rendono – allo stato – i due istituti non pienamente sovrapponibili.

Innanzitutto, è importante rilevare che nel R.T.I. tutte le imprese raggruppate assumono la qualità di ‘appaltatore’³⁵, con conseguente acquisizione curricolare – a prestazioni regolarmente eseguite – del certificato di esecuzione. Nella differente fattispecie dell’avvalimento, invece, l’art. 89, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, dispone che «[i]l contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione»³⁶, fatta salva la possibilità per le imprese ausiliarie di concorrere all’esecuzione (con correlato beneficio del certificato di esecuzione) quali subappaltatrici, seppure nel rispetto del limite dei requisiti prestati.

Più delicata, invece, è la distinzione sul versante delle responsabilità, che si potrebbe apprezzare soltanto laddove si ipotizzasse che, nella fattispecie dell’avvalimento, l’impresa ausiliaria sia responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante limitatamente alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento³⁷,

³⁴ In questo senso, R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, V, 528, la quale sostiene che il legislatore italiano avrebbe dovuto – in occasione dell’introduzione del vigente Codice dei contratti pubblici – «portare alle estreme conseguenze l’ingresso a pieno titolo dell’avvalimento nell’ordinamento italiano, superando definitivamente la disciplina dei raggruppamenti temporanei, che rischiano di essere una duplicazione inutile e formale, nel contesto della piena libertà di forma dell’avvalimento».

³⁵ Cfr. M. Fracanzani, *L’avvalimento: questioni sostanziali e profili processuali*, in *Giustamm.it*, n. 12/2006, nella parte in cui – tracciando le differenze tra R.T.I. e avvalimento – l’A. rappresenta che «[t]utte le imprese raggruppate [...] risultano concorrenti, eventualmente aggiudicatarie ed appaltatrici, ciascuna core-sponsabile del tutto e responsabile della porzione da lei direttamente realizzata, giusto il meccanismo rappresentativo appena delineato. Al contrario, l’impresa ausiliaria non segue il principio naturale dell’aggregazione, della co-responsabilità, collocandosi in posizione di strumentalità, ma di sostanziale estraneità all’appalto».

³⁶ Cfr., nella giurisprudenza antecedente al d.lgs. n. 50/2016, T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3146, in *Foro amm. T.a.r.*, 2006, III, 1063 ss., ove si afferma che «[i]l principio dell’avvalimento dei requisiti tecnici ed organizzativi di altri soggetti, da tempo conosciuto anche nel nostro ordinamento attraverso l’istituto dei raggruppamenti temporanei, presenta la peculiarità per cui il soggetto dei cui requisiti ci si avvale resta formalmente estraneo alla gara». A tale proposito, S. Vinti, *L’avvalimento e l’impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2006, III, 1193, lamenta, in chiave critica, che «se all’avvallo vengono trasferiti gli stessi inconvenienti della partecipazione in ATI [...], senza che ad essi si accompagnino i correlati e consueti effetti positivi previsti dal sistema, non si vede quale interesse possa in concreto avere a partecipare all’esecuzione con un ruolo apparentemente defilato, ma sostanzialmente ricco di sorprese».

³⁷ In questo senso, in dottrina, N. Paolantonio, *L’avvalimento*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 547, ove la forte critica alla tesi secondo cui la responsabilità solidale dell’impresa ausiliaria si estenderebbe a tutte le prestazioni oggetto del contratto d’appalto, ivi comprese quelle rispetto alle quali l’avvalsa non ha messo a disposizione alcun requisito in favore dell’ausiliata. Secondo l’A. una siffatta lettura «ripugna al comune buon senso, prima che a principi generali in materia di imputazione della responsabilità civile» e, di conseguenza, deve essere oggetto di un’interpretazione adeguatrice e coerente con la *ratio* dell’avvalimento (richiamando, in senso adesivo, R. Mangani, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in *Giustamm.it*, n. 2/2008): «l’ambito della responsabilità dell’ausiliaria, in ragione dell’interconnessione esistente tra il momento della qualificazione e il momento esecutivo, dovrebbe essere individuato «in funzione della natura e delle caratteristiche e dei requisiti oggetto di prestito nei singoli casi»; e questo sia quando oggetto di ausilio siano oggetti materiali, sia quando si tratti di requisiti immateriali». In senso analogo, F. Cintio-

a differenza delle imprese raggruppate in R.T.I. orizzontale (che si presume tale, salva la dimostrazione della natura verticale)³⁸, gravate da un generale vincolo di responsabilità solidale passiva *ex art.* 1294 c.c., riferibile all'intero complesso delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il secondo schema delle relazioni giuridiche tra R.T.I. e avvalimento è quello del 'cumulo', riferibile ai casi in cui entrambi gli strumenti si trovino a convergere nella medesima fattispecie di gara per effetto del ricorso all'avvalimento da parte di imprese (in qualità di ausiliate o avvalenti) già raggruppate in R.T.I. (costituendo o costituito)³⁹.

Questa ipotesi è maggiormente problematica, data la sovrapposizione tra gli istituti giuridici e la conseguente necessità per l'interprete di coordinare le singole disposizioni normative. Peraltro, l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento da parte di imprese già collegate in raggruppamento temporaneo è stato oggetto di un'importante evoluzione, dapprima giurisprudenziale e in seguito normativa (sul punto, *infra* § 2.1.), che ha trovato la propria conclusione nel vigente Codice dei contratti pubblici.

Ancora una volta, il tema in esame mostra le forti tensioni tra logiche di segno opposto: il *favor* concorrenziale di matrice europea, da un lato, e, dall'altro, l'interesse pubblico delle stazioni appaltanti all'affidabilità dei contraenti e alla corretta esecuzione delle commesse.

li, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1444, il quale ritiene che «l'interpretazione che esclude ogni possibilità di limitare la solidarietà passiva, anche quando sia stato circoscritto il prestito dei requisiti e l'impegno dell'ausiliaria, rende troppo gravoso per quest'ultima il regime della responsabilità», con serio rischio di disincentivo all'avvalimento e conseguente restrizione del campo applicativo dell'istituto. Tuttavia, è opportuno ricordare che la lettura del vincolo di responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria condotta dall'A.N.AC. e dalla giurisprudenza amministrativa è nel senso della riferibilità a tutte le prestazioni oggetto dell'appalto e non solo a quelle correlate ai requisiti prestati (fatta salva la possibilità, nei rapporti meramente interni e senza alcuna opponibilità alla stazione appaltante, di modulare pattiziamente i carichi di responsabilità e le eventuali modalità di regresso). Cfr., in tal senso, la delibera A.N.AC. n. 392 del 12 aprile 2017, nella parte in cui si dichiara che «vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata"» (anche se si ha cura di precisare che, trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione del contratto di avvalimento finalizzata a chiarire la piena responsabilità solidale). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703, in *Foro amm.*, 2015, X, 2522 ss., nella parte in cui si afferma che la clausola di limitazione della responsabilità riferita alle prestazioni oggetto dell'appalto si pone in contrasto con la disciplina codicistica (*ratione temporis*, l'art. 49, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006), «che postula una piena responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione a tutte le prestazioni contrattuali (restando il riparto di responsabilità questione interna relativa ai rapporti contrattuali tra le parti)».

³⁸ In tale caso, le imprese mandanti sono responsabili unicamente per le attività concernenti i lavori scorporabili o le prestazioni secondarie, diversamente dall'impresa mandataria responsabile per tutte le prestazioni oggetto del contratto.

³⁹ Il riferimento è, chiaramente, alle imprese mandanti e mandatarie, e non già al raggruppamento in sé considerato, non essendo quest'ultimo un autonomo soggetto di diritto (cfr., *amplius*, il § 1 del presente lavoro).

2.1. (Segue): Focus sul ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Al fine di esaminare le principali criticità concernenti la relazione di cumulo tra avvalimento e raggruppamenti temporanei di imprese occorre dare brevemente conto delle fondamentali tappe del percorso che ha condotto, essenzialmente su impulso dell'ordinamento europeo, alla soluzione normativa attualmente vigente⁴⁰.

Risale agli anni Novanta del secolo scorso l'emersione della questione concernente l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per una singola gara da parte di imprese astrette da collegamenti negoziali. Dapprima, il problema si è posto con riguardo al c.d. avvalimento infra-gruppo⁴¹, per poi giungere, attraverso una progressiva generalizzazione della soluzione favorevole alla massima partecipazione, all'ammissione per qualsiasi tipologia di impresa, prescindendo del tutto – in adesione al principio di 'neutralità' del vincolo negoziale – dalla sussistenza di previ legami societari tra ausiliata e ausiliaria⁴².

⁴⁰ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1427, ove si osserva come «[l] avvalimento nasce nella rete dei principi. Per la precisione, nasce in quelli posti dal giudice comunitario. Poi, si espande all'ordinamento nazionale, anche qui nella prassi contrattuale e giurisprudenziale, per essere infine disciplinato dal legislatore comunitario, dalla legge nazionale e infine dal regolamento nazionale».

⁴¹ La soluzione favorevole è stata dichiarata nel *leading case* C.G.U.E., sez. V, 14 aprile 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*), in *Riv. trim. app.*, 1995, 307 ss., dichiarando che le direttive all'epoca vigenti (la direttiva del Consiglio 71/304/CEE del 26 luglio 1971, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici e all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva del Consiglio 71/305/CEE del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici) vanno interpretate nel senso che consentano «per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti» (cfr., a commento, G. Greco, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e riflessi sulla S.p.a. a capitale pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, VI, 1252 ss.). In senso analogo, successivamente, C.G.U.E., sez. III, 18 dicembre 1997, C-5/97 (*Ballast Nedam Groep II*), in *Riv. trim. app.*, 2000, 197 ss. In dottrina, M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 194, ha definito le richiamate decisioni della Corte di Giustizia come una «prima incrinatura allo schermo formale della soggettività giuridica dell'offerente», anche se – ad avviso dell'A. – esse non hanno prodotto un vero effetto 'dirompente' rispetto al sistema tradizionale, dato che si «rimane pur sempre nell'alveo di tale organizzazione, per quanto assunta in una accezione più comprensiva di carattere sostanziale»; F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1430 s., invece, ritiene che il giudice europeo sia potuto andare al di là dello 'schermo' della personalità giuridica in quanto ha «guardato alla sostanza economica del fenomeno ed ha ragionato in modo tale da evitare che aspetti di natura formale potessero ostacolare il raggiungimento di un dato risultato» (facendo richiamo anche alla tecnica concettuale funzionale a reprimere le misure di 'effetto equivalente' alle restrizioni della libertà di circolazione).

⁴² Tanto che l'istituto collaborativo dell'avvalimento è stato definito un 'rimedio generalizzato' (S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, cit., 1183). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, XII, 3604 ss., ove si dà atto che il principio secondo cui l'avvalimento è consentito quale che sia la natura giuridica dei vincoli

Si deve alla fondamentale sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea relativa al caso 'Holst' (C.G.U.E., sez. V., 2 dicembre 1999, n. 176, in C-176/98⁴³) la consacrazione del principio di diritto (inizialmente riferito ai soli appalti di servizi) per cui è consentito «ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto». La massima dimostra in tutta evidenza l'approccio sostanzialista⁴⁴ e realista del giudice comunitario nel ricostruire i termini dell'allora direttiva del Consiglio 92/50/CEE del 18 giugno 1992: ciò che rileva, non è tanto l'esistenza di relazioni societarie formalizzate, quanto l'effettiva e concreta utilizzabilità dei requisiti messi a disposizione dell'avvalente da parte di una differente impresa (la c.d. avvalsa)⁴⁵.

Questa soluzione giurisprudenziale venne in seguito trasposta sul piano normativo con l'emanazione della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Segnatamente, gli artt. 47, comma 2, per quanto concerne i requisiti economico-finanziari, e 48, comma 3, del tutto speculare e riferito alle capacità tecniche, stabilirono che «[u]n 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. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti»⁴⁶. Con riguar-

con il partecipante, «affermato dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato, ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18/2004, a tenore della quale, al fine della prova della capacità economica e finanziaria, 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».

⁴³ In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, VI, 1405 ss.

⁴⁴ Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresie tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 195, nella parte in cui l'A. sottolinea come la giurisprudenza comunitaria in esame abbia «posto le premesse per un approccio "sostanzialista" alla questione dei requisiti, in quanto, se non sussistono più limitazioni pregiudiziali all'utilizzo di capacità altrui, d'altra parte, quale che sia la combinazione offerta, si dovrà verificare appunto nella sostanza la disponibilità dei mezzi idonei all'esecuzione dell'appalto».

⁴⁵ *Ibidem*: «[s]i sono così poste le premesse per incidere strutturalmente sul tradizionale e ferreo legame tra il possesso dei requisiti e le imprese offerenti». Non a caso, la giurisprudenza amministrativa ha immediatamente compreso la *vis expansiva* del principio affermato nel caso 'Holst' (basti il richiamo a T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 2000, n. 4093, in *Giustizia-amministrativa.it*, lì dove si afferma che la sentenza della C.G.U.E. in commento «lascerebbe presagire una posizione del giudice comunitario del tutto favorevole al cumulo *infra* raggruppamento temporaneo»).

⁴⁶ Per quanto concerne gli appalti nei settori c.d. speciali, ossia quelli banditi dagli enti erogatori di acqua e di energia o che forniscono servizi postali e di trasporto, la Direttiva 2004/17/CE prevedeva, all'art. 54, commi 5 e 6, regole analoghe per l'avvalimento dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-profes-

do ai raggruppamenti di operatori economici, le medesime disposizioni (cfr. gli artt. 47, comma 3, e 48, comma 4) stabilirono che «[a]lle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'Articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti»⁴⁷.

Nel trasporre la direttiva in esame, l'art. 49, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*i.e.* il precedente Codice degli appalti pubblici) dispose che «[i]l concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto».

Per quanto rileva maggiormente ai nostri fini, si evidenzia che la norma contenuta nel previgente Codice, pur attribuendo chiaramente la facoltà di avvalimento anche ai concorrenti 'raggruppati' in R.T.I., non precisava – a differenza della disciplina di fonte europea – se l'impresa ausiliaria dovesse essere necessariamente esterna al raggruppamento ovvero, in ipotesi, anche interna al medesimo. In altri termini, ricorrendo alle categorie utilizzate dalla giurisprudenza e dalla letteratura in materia, non era ancora stato risolto sul piano normativo domestico il problema del c.d. avvalimento 'interno'⁴⁸.

La successiva Direttiva in materia di appalti pubblici 2014/24/UE ha (ri) confermato la suddetta regola generale, sancendo all'art. 63, comma 1, che «[p]er quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri sog-

sionale. Cfr., a commento, A. Valletti, *Le riunioni di imprese alla luce della nuova direttiva comunitaria 2004/17/CE*, in *Urb. app.*, 2004, VIII, 895 ss.

⁴⁷ Cfr. G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 37, nella parte in cui l'A. segnala – con riguardo alle Direttive dell'anno 2004 – l'evidente preferenza del legislatore europeo per il criterio 'sostanzialistico', «optando per un drastico ridimensionamento della soggettività giuridica delle imprese ed incentivando la "circolazione" delle risorse necessarie all'ammissione alla gara ed alla successiva esecuzione del contratto, ampliando così il numero dei potenziali contraenti delle amministrazioni aggiudicatrici».

⁴⁸ Anche se, invero, la giurisprudenza maggioritaria era già attestata nel senso del riconoscimento della suddetta facoltà. Cfr., per tutte, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2015, n. 8828, in *Foro amm.*, 2015, VII-VIII, 2073 ss.: «[i]l diritto comunitario ammette inoltre la possibilità di far ricorso all'avvalimento anche all'interno di un raggruppamento di imprese; infatti il citato art. 47 della direttiva n. 2004/18/CE consente che un operatore economico faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, in tal modo, perciò, permettendo proprio l'avvalimento appunto anche all'interno di un raggruppamento di imprese. Ormai anche la giurisprudenza nazionale (cfr.: Cons. Stato sez. VI 5.1.2015, n. 18; T.a.r. Puglia - Bari - sez. I, 3.4.2013, n. 467; T.a.r. Toscana - sez. I 22.12.2014, n. 2083) e l'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici – ora Autorità Anticorruzione – (cfr.: parere Precont. 23.2.2012, n. 22) sostengono che non possa dubitarsi della possibilità di far ricorso all'avvalimento all'interno di un raggruppamento temporaneo d'impresa o di un consorzio».

getti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi»⁴⁹; e prevedendo, nell'ultimo capoverso del medesimo comma, che «[a]lle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti».

Attraverso questa formula, il legislatore europeo ha consentito espressamente, ancora una volta, oltre all'avvalimento esterno al R.T.I. (*i.e.* quello nel quale l'impresa ausiliaria non fa parte del raggruppamento), anche il ricorso all'avvalimento interno.

Il legislatore italiano ha recepito compiutamente la suddetta previsione nell'art. 89, comma 1, del vigente Codice dei contratti pubblici⁵⁰, ponendo fine a una *vexata quaestio* che ha a lungo affaticato gli interpreti⁵¹: «[l]'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi».

In attesa dell'emanazione del regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del d.lgs. n. 50/2016⁵², la suddetta disciplina è integrata, limitata-

⁴⁹ Disposizioni specifiche in materia di avvalimento si ritrovano anche nelle Direttive 2014/23/UE, relativa ai contratti di concessione (in particolare, all'art. 38), e 2014/25/UE, concernente le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali (in particolare, all'art. 79).

⁵⁰ In adempimento ai principi e criteri direttivi indicati dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e segnatamente – per quanto qui rileva – quelli posti dall'art. 1, comma 1, lett. zz): «revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare».

⁵¹ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1240 s., il quale, preso atto che «[i]l legislatore è stato chiarissimo nel riconoscere che l'avvalimento è permesso a chiunque, senza che la natura giuridica del soggetto concorrente possa in qualsiasi maniera limitare o influire», rimarca come ciò faccia definitiva giustizia «di tutte le interpretazioni e le diverse opinioni che, sia in dottrina sia in giurisprudenza, si erano formate circa le presunte limitazioni che l'avvalimento potesse subire dalla circostanza che il soggetto avvalente fosse un'ATI [...] e che l'avvalso fosse interno o esterno al soggetto collettivo».

⁵² In data 16 luglio 2020 è stata licenziata la nuova versione dello «Schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici"», predisposto dalla Commissione istituita a supporto giuridico-amministrativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, contenente quattro disposizioni dedicate all'avvalimento (e, segnatamente, gli articoli da 74 a 77 ricompresi nel Titolo III della Parte II).

mente agli appalti di lavori, dalle regole di fonte secondaria poste dall'art. 92 del Regolamento di esecuzione del previgente Codice degli appalti (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), tutt'ora efficaci in via di ultrattività per effetto della disciplina transitoria⁵³. La disposizione reca una serie di requisiti minimi per i concorrenti raggruppati, distinguendo tra R.T.I. orizzontali e verticali⁵⁴. Con riguardo ai primi, si prevede che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara siano posseduti dalla mandataria nella misura minima del quaranta per cento, restando a carico delle mandanti (in via cumulativa, con un minimo del dieci per cento per ogni impresa) la restante percentuale⁵⁵. Con riferimento, invece, agli R.T.I. verticali si dispone che i medesimi requisiti siano posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; mentre per le categorie scorporate è necessario che ciascuna mandante sia in possesso dei requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola⁵⁶.

2.2. (Segue): *L'avvalimento esterno e interno al raggruppamento: criticità e soluzioni*

Come già anticipato, l'avvalimento delle imprese riunite in R.T.I. si distingue in esterno e interno a seconda della posizione dell'impresa ausiliaria rispetto alle partecipanti al raggruppamento.

L'attuale diritto positivo, su impulso delle Direttive dell'anno 2014, riconosce espressamente l'ammissibilità di entrambe le suddette forme di avvalimento, superando così alcune passate riserve formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁷.

⁵³ Cfr. l'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁴ Regole di tenore sostanzialmente analogo si ritrovano nell'art. 33, commi 15 e 16, dello «Schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici"» (il riferimento è alla versione datata 16 luglio 2020).

⁵⁵ Inoltre, si impone che la mandataria sia in possesso di una percentuale di requisiti superiore rispetto a ciascuna mandante.

⁵⁶ I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti devono essere posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

⁵⁷ Cfr. S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 60: «[t]rova conferma nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 la possibilità che il raggruppamento temporaneo di imprese possa fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, ammettendosi in tale modo che anche il requisito di capacità prescritto per le singole imprese del raggruppamento possa essere dimostrato attraverso l'avvalimento dei requisiti di altre imprese o partecipanti al raggruppamento, ovvero terze rispetto al medesimo (realizzando, rispettivamente, un'ipotesi di avvalimento interno od esterno)».

Difatti, negli anni in cui la disciplina normativa era carente sul punto, il principale argomento contrario all'avvalimento esterno⁵⁸ era fondato sul principio di immutabilità della composizione dei raggruppamenti di imprese⁵⁹. Più chiaramente, secondo questo assunto, la messa a disposizione di risorse e capacità da parte di un'ausiliaria esterna al R.T.I. equivarrebbe a una sostanziale modifica del raggruppamento in elusione al relativo divieto⁶⁰.

Senonché, è agevole replicare che le imprese ausiliarie, in caso di avvalimento esterno al R.T.I., non acquistano – per effetto della concreta messa a disposizione di risorse e capacità – la qualità di mandanti o mandatarie del raggruppamento, la cui compagine rimarrebbe dunque inalterata nel rispetto del segnalato principio di immutabilità⁶¹.

Una conferma di questa soluzione si rinviene, tanto nell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui si consente agli operatori economici raggruppati in R.T.I. di soddisfare le richieste relative al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi delle capacità di 'altri soggetti', quanto nel successivo comma 8 della medesima disposizione, lì dove si chiarisce che il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara e non dall'impresa ausiliaria (salvo che quest'ultima assuma anche il ruolo di subappaltatore).

Ma è con riferimento all'avvalimento 'interno', ove cioè il ruolo di ausiliaria è assunto da un'impresa mandante o mandataria del R.T.I., che sono state espresse le maggiori riserve.

La principale obiezione si è incentrata sul divieto di contemporanea partecipazione alla stessa procedura di gara delle imprese avvalente e avvalsa, ripreso anche nel vigente Codice dei contratti pubblici all'art. 89, comma 7 («[i]n relazione a ciascuna gara non è consentito [...] che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti»). Secondo questo argomento, nell'ipotesi dell'avvalimento 'interno', l'ausiliata e l'ausiliaria si troverebbero a rivestire simul-

⁵⁸ S'intende per 'avvalimento esterno' la fattispecie nella quale l'impresa ausiliaria non fa parte del raggruppamento temporaneo di imprese, essendo appunto 'esterna' a quest'ultimo.

⁵⁹ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228, nella parte in cui l'A. richiama le perplessità manifestate inizialmente da quella parte della dottrina secondo cui «l'impiego di capacità e di mezzi di imprese esterne al raggruppamento avrebbe eroso il principio di immutabilità dell'associazione temporanea, comportando la violazione del divieto (tendenzialmente generalizzato) di "aggiunta" nel suo novero di nuove imprese».

⁶⁰ Cfr., nel vigente Codice dei contratti pubblici, l'art. 48, comma 9, nella parte in cui si prevede che «[s]alvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta».

⁶¹ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228.

taneamente le qualità di avvalente e avvalsa, da un lato, e di mandante e mandataria del R.T.I. partecipante alla gara, dall'altro⁶².

Tuttavia, è possibile osservare – a replica – che la *ratio* del divieto di partecipazione congiunta delle imprese in regime di avvalimento è di scongiurare il rischio di conflitti di interessi tra gli offerenti. Il che, per definizione, non può realizzarsi nelle ipotesi di avvalimento interno al R.T.I., posto che le imprese raggruppate condividono il medesimo obiettivo (*i.e.* ottenere l'aggiudicazione dell'appalto) e rappresentano un centro di interessi sostanzialmente unitario⁶³.

Ad ogni modo, è il legislatore che ha risolto definitivamente la questione stabilendo *expressis verbis*⁶⁴ che gli operatori economici riuniti in R.T.I. possano avvalersi della capacità di altri soggetti 'anche partecipanti al raggruppamento'. Questa soluzione rappresenta la corretta traduzione del principio europeo di massima partecipazione, che informa in termini generali la disciplina in tema di avvalimento e che può tollerare deroghe soltanto in ipotesi eccezionali e, in ogni caso, soggette a stretta interpretazione.

Del resto, diversamente opinando, si finirebbe per giungere a un paradossale incentivo dell'avvalimento esterno, notoriamente più oneroso per gli operatori economici rispetto all'utilizzo delle risorse e delle capacità dei *partner* interni al raggruppamento⁶⁵, ma anche potenzialmente più lesivo dell'interesse pubblico

⁶² Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228, ove si ripropone la suddetta obiezione, formulata da una parte minoritaria della dottrina, secondo la forma tipica del sillogismo aristotelico: «a) è vietato avvalersi dei requisiti e dei mezzi di un'impresa partecipante alla medesima gara dell'avvalente; b) un operatore appartenente al medesimo raggruppamento temporaneo di imprese dell'avvalente partecipa alla medesima gara di chi intende beneficiarne; c) dunque, sarebbe stato vietato avvalersi dei requisiti e dei mezzi di un operatore appartenente al medesimo raggruppamento temporaneo di imprese».

⁶³ Cfr. T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 11 maggio 2016, n. 1160, in *Foro amm.*, 2016, V, 1443 ss. («è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara, quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e quindi presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi»); e T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820, in *Giustizia-amministrativa.it* («è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi»). Cfr. anche T.a.r. Veneto, sez. I, 27 aprile 2015, n. 447, in *Foro amm.*, 2015, IV, 1196 ss., ove si perviene alla medesima conclusione in forza di un'interpretazione dell'avvalimento 'comunitariamente orientata' e coerente con la propria *ratio*. In letteratura, cfr. N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 229, nella parte in cui si chiarisce che il divieto normativo di partecipazione contestuale dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara si riferisce unicamente ai casi in cui «tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non anche quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi».

⁶⁴ Cfr., nuovamente, l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

⁶⁵ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1243, ove si afferma che, a voler negare l'ammissibilità dell'avvalimento interno, si porrebbe l'avvalente «nella necessità di avvalersi di un soggetto esterno alla ATI, sopportando magari un costo aggiuntivo, quando ben potrebbe egli utilizzare una società con la quale intrattiene già un rapporto di solidarietà imprenditoriale».

all'affidabilità dei contraenti a causa delle maggiori possibilità di 'polverizzazione' dei requisiti di partecipazione⁶⁶.

Nondimeno, l'utilizzo dell'avvalimento interno da parte dei raggruppamenti temporanei di imprese non deve tradursi in un'elusione surrettizia dei requisiti minimi di partecipazione imposti dalla normativa o dal bando per la singola procedura di gara⁶⁷. È necessario, infatti, un utilizzo accorto dei poteri di controllo⁶⁸ da parte delle stazioni appaltanti al fine di scongiurare ipotesi di 'duplice spendita'⁶⁹ dei requisiti da parte di una medesima impresa: il che potrebbe verificarsi – nei casi in esame – a causa della contemporanea assunzione dei ruoli di impresa ausiliaria e di partecipante al raggruppamento.

Per questo motivo, il ricorso all'avvalimento interno al R.T.I. è consentito a condizione che l'impresa avvalsa disponga di capacità e requisiti in misura 'sovrabbondante' rispetto a quelli necessari alla propria partecipazione al raggruppamento (e, dunque, alla sua qualifica), così da generare un *surplus* idoneo a supplire alle carenze delle altre imprese raggruppate⁷⁰.

⁶⁶ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 230.

⁶⁷ L'avvertimento è già da tempo rimarcato dalla giurisprudenza. Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Foro it.*, 2003, III, 327 ss., nella parte in cui si ricorda che «lo schema dell'ATI non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole dirette ad imporre alle imprese particolari requisiti minimi necessari per partecipare alla gara d'appalto». Cfr., in letteratura, G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 31, ove si sottolinea la necessità di evitare che le imprese partecipanti al R.T.I. si avvalgano dello strumento associativo «per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire, in tal modo, la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che, non sempre, è riscontrabile attraverso la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite».

⁶⁸ Cfr. G. Bruno, *Commento all'art. 89*, cit., 1131, nella parte in cui si ricorda che «[l']equilibrio tra libera concorrenza e adeguatezza della qualificazione degli offerenti, indispensabile per assicurare serietà e sostenibilità degli impegni, è stato sin da subito affidato dallo stesso legislatore comunitario al potere di controllo attribuito alle stazioni appaltanti, tenute alla verifica dell'idoneità dei partecipanti alla procedura in conformità ai criteri e ai requisiti previsti».

⁶⁹ Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 12 maggio 2008, n. 3875, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁰ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1243, ove si sostiene l'ammissibilità dell'avvalimento interno purché «l'avvalso utilizzi la parte eccedente del proprio requisito rispetto a ciò che gli è stato necessario per qualificarsi come soggetto della ATI». In caso contrario, infatti, il requisito dell'ausiliaria sarebbe conteggiato ben due volte: «la prima per qualificare l'avvalso quale associato nella ATI, la seconda per qualificare, per relazione, altra società della ATI o l'ATI stessa»; G. Guzzardo, *Imprese alleate e avvalimento "infragruppo" dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, in *Foro amm.*, 2007, X, 3234, ove l'A. afferma che, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, «all'impresa ausiliaria sarà consentito prestare alla ditta associata [...], che non disponga del corredo di requisiti nella misura necessaria a superare la soglia di ammissione, unicamente il proprio *surplus* di capacità»; e N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 230, ove si definisce come 'principio fermo' in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio, sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, deve possedere i requisiti nella misura tale da consentirle tale duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta». In senso analogo, già la determinazione dell'ex A.V.C.P. n. 2 dell'1 agosto 2012, nella parte in cui rimarcava la necessità di «accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.». Trattasi, infatti, di principio fermo

3. *Il raggruppamento temporaneo di imprese come strumento per l'operazione di avvalimento: alcune questioni di 'forma'*

Una volta riconosciuta la facoltà di ricorrere all'avvalimento interno da parte delle imprese raggruppate in R.T.I. ci si potrebbe domandare se il risultato dell'operazione (*i.e.* la messa a disposizione dei requisiti e delle capacità da parte delle imprese partecipanti al raggruppamento) richieda necessariamente la stipula di un contratto tipico di avvalimento oppure se si produca ugualmente in forza di alternativi modelli negoziali, quali ad esempio i contratti associativi o di cooperazione costitutivi del raggruppamento temporaneo di imprese⁷¹.

L'interrogativo posto sottende una più generale distinzione teorica tra 'avvalimento-contratto' e 'avvalimento-risultato', volendo verificare la possibile disgiunzione dell'operazione giuridica rispetto allo strumento negoziale utilizzato per compierla. A tale riguardo, alcuni autori hanno sostenuto l'atipicità genetica dell'avvalimento, ritenendo adatta allo scopo anche la semplice costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese⁷².

in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta». Da ultimo, cfr. la delibera A.N.AC. n. 1343 del 20 dicembre 2017, ove si è chiaramente affermato che «[p]rincipio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta».

⁷¹ Cfr., in letteratura, F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 222, ma soprattutto 226, lì dove si esamina la possibilità per cui «il raggruppamento temporaneo di imprese verrebbe a costituire proprio il mezzo su cui si imprirebbe l'avvalimento reciproco tra operatori».

⁷² *Ibidem*. L'A. richiama l'orientamento (invero minoritario) secondo cui «il negozio istitutivo del raggruppamento sarebbe alternativo al contratto "di avvalimento" *stricto sensu* inteso, ma non al fenomeno dell'avvalimento». Un problema analogo si è posto per i c.d. contratti continuativi di cooperazione di cui all'art. 105, comma 3, lett. *c-bis*, del Codice dei contratti pubblici, rispetto ai quali la prassi ha dimostrato un possibile utilizzo dello strumento negoziale in chiave elusiva delle regole e garanzie previste in tema di subappalto e di avvalimento. A tale proposito, cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2020, n. 2553, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si dichiara di seguire «un'interpretazione rigorosa della disciplina normativa inerente al contratto continuativo di cooperazione, che configura un'eccezione rispetto alla generale disciplina del subappalto»; e Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068, in *Foro amm.*, 2019, VII-VIII, 1224 ss., ove invece si sostiene che «il riferimento della disposizione alle "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implichi la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione "giuridica" della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante, anche agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario».

Questa posizione, tuttavia, è stata fortemente avversata dalla giurisprudenza amministrativa⁷³, nonché dall'*ex* Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁷⁴ (A.V.C.P.)⁷⁵, osservando come non sia possibile sottrarsi ai precisi oneri probatori che informano l'insieme delle obbligazioni tipiche della fattispecie di avvalimento⁷⁶ attraverso l'utilizzo di uno strumento negoziale con funzione differente, quale è l'atto istitutivo di un raggruppamento temporaneo di imprese⁷⁷.

L'insieme (o, secondo alcuni autori, in chiave critica, il complesso e sovrabbondante 'intreccio'⁷⁸) delle obbligazioni tipiche del negozio di avvalimento è, infat-

⁷³ Cfr., *ex multis*, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 11 maggio 2020, n. 4945, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce che «con riguardo all'avvalimento di cui all'art. 89 del Codice Appalti, che è l'istituto che interessa nella specie, non sono rinvenibili nel tessuto della disposizione, che pure è alquanto analitica e puntuale, norme che dispongano deroghe alla disciplina generale dell'istituto in ragione del rapporto di collegamento societario tra ausiliante e ausiliaria, nel senso di attenuare gli adempimenti documentali necessari a comprovare il rapporto di avvalimento oppure di autorizzare un diverso (e meno rigoroso) trattamento del contratto di avvalimento, quanto a validità, forma e contenuto di esso»; e Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2011, n. 5279, in *Riv. giur. ed.*, 2011, VI, 1751 ss., ove si richiama il principio secondo cui l'avvalimento presuppone pur sempre che «in sede di gara venga presentata all'uopo una precisa dichiarazione, indicando i soggetti ed i requisiti di cui il concorrente si intende in concreto avvalere, e nella stessa sede l'impresa avvalente dia la prova che disporrà degli elementi necessari, ad es. presentando il formale impegno dell'impresa ausiliaria. Tutto ciò da presentare in occasione della gara, rispettando così l'elementare esigenza di cristallizzare le caratteristiche dell'offerta a garanzia della sua serietà e a tutela della par condicio tra i concorrenti».

⁷⁴ Cfr. il parere di precontenzioso dell'A.V.C.P. n. 22 del 28 gennaio 2010, nella parte in cui si sostiene che il ricorso all'avvalimento da parte di più imprese riunite in R.T.I. «non elimina l'onere in capo alle imprese raggruppate di dichiarare di voler beneficiare di tale istituto e contestualmente di produrre la relativa documentazione a comprova della effettività della messa a disposizione dei requisiti da parte della ditta avvalente».

⁷⁵ Com'è noto, l'A.V.C.P. è stata soppressa per effetto dell'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modifiche in l. 11 agosto 2014, n. 114, con contestuale trasferimento dei compiti e delle funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione della trasparenza (ridenominata, con l'occasione, Autorità nazionale anticorruzione - A.N.A.C.).

⁷⁶ Per ogni approfondimento sulla qualificazione giuridica del contratto di avvalimento si rinvia, per tutti, a G.P. Cirillo, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2016, *passim*.

⁷⁷ Si evidenzia che una diversa soluzione sembrerebbe riguardare i consorzi stabili, per i quali l'A.V.C.P. (parere n. 17 del 5 agosto 2014) ha ammesso il ricorso a una forma atipica di avvalimento fondata sul patto consortile. A supporto delle proprie conclusioni, l'Autorità ha fatto espresso richiamo all'interpretazione offerta da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, V, 1391 ss., secondo cui «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento *ex art.* 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente». *Contra*, nella giurisprudenza precedente, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-ter, 25 agosto 2006, n. 7515, in *Urb. app.*, 2006, XII, 1465 ss. (con nota critica di G. Balocco, *L'assegnazione al consorzio è riconducibile all'istituto dell'avvalimento?*), ove si è ritenuto non idoneo a dimostrare i requisiti dell'avvalimento il mero fatto dell'esistenza di un contratto di consorzio, dato che «[o]ccorre, per adempiere all'onere probatorio, quanto meno un impegno formale del soggetto terzo (ausiliante) di mettere a disposizione i propri (specificati) mezzi per tutto l'arco temporale di esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, senza che assuma alcuna rilevanza l'esistenza di un "rapporto di gruppo"».

⁷⁸ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 446 s., il quale segnala le numerose duplicazioni degli impegni (tutt'ora presenti nella disciplina del Codice dei

ti, finalizzato all'assunzione da parte delle imprese ausiliarie e ausiliate di precise responsabilità nei confronti della stazione appaltante. Il che richiede necessariamente l'esistenza di tutti gli atti unilaterali e bilaterali prescritti dalla normativa⁷⁹, aventi un contenuto tipizzato e non validamente sostituibili dal semplice mandato collettivo strumentale alla creazione di un raggruppamento temporaneo di imprese⁸⁰.

4. *Brevi conclusioni e prospettive future*

L'indagine condotta ha dimostrato la prevalenza, nell'attuale contesto normativo in materia di contratti pubblici, dei principi di tutela della concorrenza e di massima partecipazione alle gare d'appalto, dei quali costituiscono un'evidente attuazione gli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese.

A questo riguardo, si è ripercorsa l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato, soprattutto, l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento (interno ed esterno) da parte di imprese raggruppate in R.T.I., da ultimo riconosciuta espressamente dalle Direttive dell'anno 2014 e – sul piano domestico – dal vigente Codice dei contratti pubblici.

Cionondimeno, è stata messa in luce la non assolutizzabilità della logica pro-concorrenziale, la quale convive – seppure in un rapporto regola-eccezione

contratti pubblici) che vanno a comporre il 'complesso mosaico' dell'avvalimento.

⁷⁹ Cfr. l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Cfr. G. Bruno, *Commento all'art. 89*, cit., 1144, ove si descrive l'avvalimento come 'fattispecie complessa', nell'ambito della quale «emergono atti di natura negoziale che realizzano un fenomeno di collegamento la cui unitarietà è assicurata proprio dagli scopi pratici perseguiti». Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, XI, 2875 ss., nella parte in cui si definisce l'avvalimento quale 'operazione economica complessa' che si compone «di un contratto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, di una dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e di un contratto di appalto, manifestandosi, dunque, quale collegamento negoziale composto da un susseguirsi di schemi contrattuali inscindibilmente connessi».

⁸⁰ Cfr. G. Guzzardo, *Imprese alleate e avvalimento "infragrupo" dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, cit., 3235 s., il quale, riflettendo sulla natura del mandato collettivo alla base dei raggruppamenti temporanei di imprese, giunge alla conclusione per cui tale atto «non potrebbe in alcun modo surrogare la dimostrazione effettiva della disponibilità delle risorse in capo all'impresa avvalente, eventualmente prestate da ditte ausiliarie mandanti del raggruppamento»; nonché N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 230, nella parte in cui si esprime la tesi dell'insufficienza del contratto di mandato al fine di adempiere alla richiesta del legislatore di provare l'effettiva disponibilità delle risorse oggetto di avvalimento, posto che «ciascuna impresa dell'A.T.I. si trova in posizione di parità con le altre imprese dell'associazione e, dunque, non è in condizione di incidere unilateralmente sull'organizzazione aziendale delle altre per garantirsi la disponibilità dei mezzi di cui necessita per l'esecuzione dell'appalto». Di diverso avviso, E. Del Prato, *L'avvalimento: spunti civilistici*, cit., 647, secondo cui l'effetto dell'avvalimento «può consistere in un profilo effettuale di un altro contratto, tipico o atipico». Secondo l'A., infatti, le parti possono (p. 648) «innestare l'avvalimento su un rapporto tra le stesse retto da un preesistente titolo» (e si fa, allo scopo – p. 649 – l'esempio del raggruppamento temporaneo di imprese). Tuttavia, si precisa che il titolo coesistente con l'avvalimento in fase di gara non ha l'attitudine «a modificare gli effetti prefigurati nei confronti della stazione appaltante senza la partecipazione di quest'ultima, e fermo restando il rispetto delle regole inderogabili che reggono l'affidamento».

– con l’antagonista interesse pubblico all’affidabilità dei contraenti e alla corretta esecuzione degli appalti. Questo interesse, di cui sono portatrici le amministrazioni committenti, e in ultima istanza tutti i cittadini data la funzione di ‘servizio’⁸¹ dell’attività amministrativa, trova un momento di riconoscimento e di protezione nell’esercizio della discrezionalità all’atto della predisposizione della documentazione di gara. Com’è noto, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di stabilire nei bandi di gara requisiti di partecipazione espressi sotto forma di percentuali minime o massime per i vari componenti dei raggruppamenti di imprese.

Attraverso l’introduzione di siffatte limitazioni in via amministrativa è possibile tutelare – con riguardo a ogni singola procedura d’appalto – l’interesse pubblico all’affidabilità degli offerenti, evitando così la patologica polverizzazione delle imprese partecipanti⁸².

⁸¹ Cfr. il pensiero di G. Pastori, *L’amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, Napoli, 2012, 53, sull’attività amministrativa come funzione al servizio della società. L’Autore, con pagine insuperabili, spiega come l’aggettivo qualificativo ‘pubblica’, riferito all’amministrazione, non vada correlato alla sua dipendenza dalle istituzioni di Governo, bensì alla finalizzazione ai compiti e agli scopi che sono definiti pubblici in quanto imputati alla società o alla collettività generale. Il che, del resto, è coerente con l’impostazione dell’A. che vede nel principio ‘personalistico’, su cui si regge l’ordinamento democratico costituzionale, l’«unico centro unitario cui riferirsi» (Id., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 1082, ora anche in Id., *Scritti Scelti*, II, Napoli, 2010, 519) e nell’attività della pubblica amministrazione una «funzione dell’organizzazione sociale» (Id., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, II, 1754; ma v. anche di recente Id., *Le stagioni dell’efficienza (un percorso)*, prefazione a R. Ursi, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Bologna, 2016, 13, ove l’A. segnala il ‘capovolgimento’ del senso e della concezione dell’amministrazione nell’ordinamento costituzionale: «essa viene a qualificarsi sotto un profilo eminentemente oggettivo funzionale e, al pari della giurisdizione, come si dice oggi, come funzione dell’ordinamento e dell’organizzazione sociale»). Cfr., anche, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 21, ove si afferma che «amministrazione pubblica è, in primo luogo, una funzione di servizio ai cittadini».

⁸² In via generale, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si ricorda che «le finalità di massima partecipazione sottese all’istituto dell’avvalimento non devono andare a discapito dell’interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara». Con specifico riguardo alla facoltà della stazione appaltante di indicare nel bando di gara limiti massimi di partecipazione della mandataria di un R.T.I., cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5687, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che «si pone in contrasto con le regole del bando la condotta dell’impresa mandataria che, possedendo il requisito in percentuale superiore a quella massima stabilita, lo presta ad un mandante che ne sia sprovvisto. Di fatto, in questo modo, la mandataria partecipa al raggruppamento con requisiti in percentuale superiore a quella indicata come limite massimo dal bando. Portata alle estreme conseguenze, simile condotta consentirebbe alle imprese mandatarie di scegliere quale mandante un soggetto del tutto privo di requisiti di partecipazione che, poi, esse stesse qualificano prestando quel surplus di cui siano titolari». Sicché, ad avviso del Giudice amministrativo, «deve affermarsi il principio per il quale, nel caso in cui il bando preveda [...] una percentuale massima di requisiti con i quali è consentito alla mandataria la partecipazione alla procedura, l’avvalimento interno è ammesso a favore delle mandanti purché non comporti il superamento del suddetto limite». Cfr., nella giurisprudenza europea, C.G.U.E., sez. VI, 2 giugno 2016, n. 27, C-27/15, in *Foro amm.*, 2016, VI, 1461 ss., nella parte in cui si rileva come la Corte non possa escludere «l’esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. Essa ha così riconosciuto che, in un’ipotesi del genere l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventual-

È evidente come l'utilizzo di questa facoltà da parte del committente non possa assumere un rigore tale da tradursi in una soppressione *de facto* dell'avvalimento interno⁸³. Bisogna pur sempre ricordare, infatti, il segnalato rapporto regola-eccezione che informa nell'attuale momento storico la relazione tra i due opposti principi: sicché, ogni limitazione agli istituti di matrice pro-concorrenziale dovrà dimostrare il rispetto dei generali canoni di proporzionalità e ragionevolezza in relazione alle caratteristiche della fattispecie concreta⁸⁴, la cui violazione sarà censurabile dal giudice amministrativo in conformità agli *standards* di sindacato sulla discrezionalità tecnica.

In conclusione, si ritiene che l'attuale coesistenza degli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese sia da salutare con favore, nonostante sia sovente fonte di complicazioni nella fase applicativa, dato che consente agli operatori economici di declinare la partecipazione alle gare pubbliche secondo le modalità più consone alle proprie scelte imprenditoriali. In altri termini, la compresenza di più strumenti utili a favorire la massima partecipazione, se del caso anche in relazione di cumulo, consente la piena esplicazione dei valori dell'autonomia e della libertà d'impresa sanciti dall'art. 41, comma primo, della Carta costituzionale.

Rispetto a questa affermazione è altrettanto fondamentale che della pluralità degli schemi negoziali messi a disposizione degli operatori economici non si faccia un uso distorto o elusivo⁸⁵, strumentale cioè a occultare situazioni di patologica sottoqualificazione⁸⁶ delle imprese a danno degli interessi pubblici tutelati dalle stazioni appaltanti.

mente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto di cui trattasi. La Corte ha peraltro precisato che, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, i requisiti in questione non possono assurgere a regola generale nella normativa nazionale». In senso analogo, in precedenza, C.G.U.E., sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94, C-94/12, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, X, 2630 ss.

⁸³ Le imprese partecipanti al R.T.I., invero, potrebbero trovarsi nell'impossibilità di ricorrere all'avvalimento interno (la facoltà di avvalersi di imprese ausiliarie esterne sembrerebbe, invece, sempre garantita), dovendo rispettare – allo stesso tempo – sia il divieto di 'doppio utilizzo' dei requisiti, sia le percentuali minime e massime di questi ultimi imposte dai documenti di gara. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si chiarisce che «nel caso in cui il bando preveda [...] una percentuale massima di requisiti con i quali è consentito alla mandataria la partecipazione alla procedura, l'avvalimento interno è ammesso a favore delle mandanti purché non comporti il superamento del suddetto limite».

⁸⁴ Cfr. l'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, ove si prevede che «[l]e stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive».

⁸⁵ G.P. Cirillo, *Commento all'art. 89*, cit., 1171: «[n]aturalmente il pur lodevole intento del legislatore non ha escluso il pericolo di una utilizzazione distorta dell'istituto».

⁸⁶ M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 182: «la sommatoria delle capacità imprenditoriali delle imprese riunite potrebbe essere solo apparente e nascondere invece, a danno dell'amministrazione una sostanziale o effettiva inidoneità all'esecuzione dell'appalto». Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, X, 2603 ss., nella parte in cui si evidenzia il rischio di una patologica «duplicazione di benefici "ampliati».

Sembrirebbe tuttavia che, ferma restando l'importanza del corretto esercizio dei poteri di controllo da parte delle stazioni appaltanti, permangano tuttora alcune criticità sul versante normativo che suggeriscono – in ottica *de jure condendo* – l'opportunità di una riforma della disciplina in materia. A tale scopo, ci si limita a segnalare in chiusura due criticità sulle quali si potrebbe avviare un dibattito nelle diverse sedi competenti: la non chiara distinzione tra le fattispecie del raggruppamento temporaneo di imprese con avvalimento interno e dell'avvalimento tra imprese singole con subappalto in favore dell'ausiliaria; e la relazione tra l'avvalimento interno al R.T.I. (con correlato scambio di risorse tra i vari componenti) e il rispetto del piano di riparto dell'esecuzione indicato in sede di offerta.

vi» della partecipazione, che, lungi dal consentire alla pubblica amministrazione appaltante di ottenere una più ampia partecipazione alla gara e quindi una maggiore qualificazione tecnico-finanziaria dell'offerta, finiscono con il rappresentare una possibile dequalificazione dell'offerente».

Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità

Il presente contributo ha come oggetto lo studio delle relazioni giuridiche tra gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento, entrambi finalizzati a incentivare la massima partecipazione degli operatori economici ai procedimenti a evidenza pubblica.

A tale scopo, la classificazione proposta si fonda sugli schemi del 'cumulo' e dell' 'alternatività', con l'obiettivo di evidenziare i differenti rapporti di concorrenza o di convergenza che possono connotare i due strumenti di cooperazione tra imprese.

Una volta tracciata la suddetta distinzione, l'analisi si concentrerà sulle principali criticità che interessano la fattispecie del ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate. Una particolare attenzione sarà dedicata alle figure dell'avvalimento interno ed esterno al raggruppamento nonché ad alcune questioni di 'forma' nell'ambito della più generale distinzione teorica tra 'avvalimento-contratto' e 'avvalimento-risultato'.

Temporary groupings of companies and pooling: juridical relations and main critical areas

The purpose of this contribution is to study the legal relationships between the institutions of the temporary grouping of companies and of pooling, both aimed at encouraging the maximum participation of economic operators in public proceedings.

To this end, the proposed classification is based on 'accumulation' and 'alternation' schemes, with the aim of highlighting the different relationships of competition or convergence that may characterise the two instruments of cooperation between enterprises.

Once the above distinction has been drawn, the analysis will focus on the main critical issues affecting the case of recourse to the use of grouped enterprises. Particular attention will be paid to the internal and external figures in the pooling of the group, as well as to some issues of 'form' within the more general theoretical distinction between 'pooled contracts' and 'pooled results'.

