

QUESTIONI APERTE IN TEMA DI AVVALIMENTO: TRA PROCEDIMENTO E NEGOZIALITÀ NEL PRISMA DELL'ART. 104 D. LGS. 36/2023

*Open questions concerning third-party reliance: between procedure and
negotiation in the prism of art. 104 legislative decree 36/2023*

Raffaele Caroccia *

Abstract [It]: Il presente scritto ha ad oggetto l'istituto dell'avvalimento, di cui si proporrà un inquadramento alla luce sia del disposto del d. lgs. 36/2023 che della più recente giurisprudenza. Successivamente se ne metterà in luce la natura, a metà tra procedimento ed espressione di volontà, e si passeranno in rassegna i problemi lasciati aperti dalla novella.

Abstract [En]: *This writing has as its object the institution of third-party reliance, of which a framework will be proposed in light of both the provisions of the Legislative Decree 36/2023 and the most recent jurisprudence. Subsequently, its nature will be highlighted, halfway between procedure and expression of will, and the problems left open by the novel will be reviewed.*

Parole chiave: avvalimento; procedimento amministrativo; diritto civile; diritto UE; contratto

Key-words: *third-party reliance; administrative proceeding; civil law; EU law; contract.*

SOMMARIO: 1. La dimensione dell'avvalimento nel d. lgs. 36/23 e nella giurisprudenza amministrativa più recente; 2. Inquadramento dell'istituto; 3. Conclusioni.

1. La dimensione dell'avvalimento nel d. lgs. 36/23 e nella giurisprudenza amministrativa più recente

All'istituto dell'avvalimento¹ è dedicato l'art. 104² del d. lgs. 36/2023³.

¹ * Dottore di ricerca, Università degli Studi di Napoli Federico II

Una lettura di questa disposizione, che combina esigenze e canoni privatistici con quelli pubblicistici e rappresenta l'attuale punto di caduta dell'istituto dopo il suo difficile impianto nell'ordinamento italiano⁴, permette immediatamente di identificarne i tratti salienti. Essi sono rimasti solo in parte stabili rispetto a quanto previsto dal d. lgs. 50/2016 e restituiscono un quadro assai sfaccettato dell'istituto⁵.

Siamo di fronte – e ciò costituisce l'elemento base dell'avvalimento in tutte le sue declinazioni, su cui immediatamente *infra* - ad un istituto dal chiaro impianto concorrenziale. Esso permette ad un operatore economico di partecipare ad una gara di appalto facendo affidamento sui requisiti speciali (di cui non è provvisto) di tipo materiale (attrezzatura, personale) o immateriale (*know how*, solidità economica, iscrizione ad albi)

Senza pretesa di esaustività, si rinvia ai contributi più significativi su un istituto tradizionalmente al centro dell'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza pratica: A. MEALE, *La prova della capacità del prestatore negli appalti pubblici di servizi: una significativa apertura del g.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1365 ss.; M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 179 ss.; A. LOPEZ, *Il possesso per relationem dei requisiti per partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, nota a Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002 n. 1695*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 191 ss.; C. ZUCHELLI, *Avvalimento dei requisiti da altra impresa nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Cons. St.*, 2005, II, 403; F. BRUNETTI, *Referenze indirette nella gara di appalto pubblico: requisiti formali e divieto di subappalto*, in *La finanza locale*, 2005, p. 8 ss.; A. PERROTTA, *Riforma comunitaria degli appalti pubblici: il principio dell'avvalimento dei requisiti di gara di altra impresa*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 2809 ss.; M. URBANI, *Il possesso indiretto dei requisiti di partecipazione*, in *Nuova rass.*, 2005, p. 356 ss.; A. SCALCIONE, *Alcune considerazioni in tema di disponibilità dei requisiti di partecipazione oggetto di avvalimento*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3843 ss.; O. CIBOLDI, *La dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto attraverso l'avvalimento*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 74 ss.; G. FISCHIONE, *L'avvalimento: quid iuris*, in *www.giustamm.it*, 2006; S. VINTI, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 1177 ss.; R. PAPANIA, *La partecipazione trasversale alle gare d'appalto: l'avvalimento della capacità di imprese "terze"*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 1961 ss.; M. M. FRACANZANI, *L'avvalimento: questioni pregiudiziali e giudicato (dopo il d. lgs. n. 6/07)*, in *www.fracanzani.eu*, 2007; M. C. SARACINO, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 348 ss.; R. PAPANIA, *L'istituto dell'avvalimento tra obblighi formali e dimostrazione dei requisiti*, *ibidem*, p. 1729 ss.; M. E. BOSCHI, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, *ibidem*, p. 2396 ss.; G. GUZZARDO, *Imprese alleate e avvalimento "infragruppo" dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, *ibidem*, p. 3223 ss.; D. ACRI, *L'avvalimento negli appalti pubblici comunitari. Le imprese cinesi ne restano escluse*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 823 ss.; G. POLARI, *L'evoluzione dell'istituto dell'avvalimento nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1020 ss.; G. BALOCCO, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2009; N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 541 ss.; F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1421 ss.; E. DEL PRATO, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obb. contr.*, 2011, p. 646 ss.; V. NERI, *La prova dell'avvalimento negli appalti pubblici*, in *Il corriere del merito*, 2012, p. 317 ss.; P. MANTINI, *Sussidiarietà e concorrenza nella giurisprudenza amministrativa sull'avvalimento dei requisiti imprenditoriali*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1411; R. MANGANI, *L'avvalimento tra norme comunitarie e disciplina nazionale, ovvero il paradigma di una difficile convivenza*, in *www.giustamm.it*, 2014; D. DAMATO, *L'avvalimento finanziario: l'ostacolo delle corti agli abusi*, in *Urb. app.*, 2015, p. 835 ss.; V. NERI, *La causa del contratto di avvalimento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2015; L. CESTARO, *L'avvalimento*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, p. 645 ss.; G. P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. not.*, 2016, p. 578 ss.; L. TARANTINO, *L'avvalimento dalle origini al nuovo codice*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 286 ss.; M. FRONTONI, L. SAVELLI, *Subappalto e avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2018; F. CARDARELLI, S. CALDARELLI, C. TRECROCI, *Le*

posseduti da un altro soggetto giuridico. A quest'ultimo, contestualmente, non viene imposta una partecipazione diretta alla gara. I requisiti sono, infatti, oggetto di un'effettiva messa a disposizione in favore dell'ausiliato con un titolo contrattuale. Tuttavia, tale operazione non realizza tra i due operatori legami più rigidi, quali quelli derivanti dalla costituzione di strutture consortili o di un raggruppamento temporaneo di imprese⁶. Va precisato che queste due (differenti) modalità di partecipazione alla gara restano, comunque, complementari e non alternative all'avvalimento. Questo è, quindi, possibile anche all'interno di un RTI o di un consorzio (c.d. avvalimento interno, che si distingue così da quello esterno, il quale opera a prescindere da una modalità di partecipazione associata alla gara).

modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, p. 625 ss.; C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 1104 ss.; A. NICODEMO, *Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila*, in www.federalismi.it, 2019; A. AMORE, *I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso*, in *Dir. ec.*, 2019, p. 507 ss.; M. RENNA, S. VACCARI, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, in *Dir. ec.*, 2020, p. 181 ss.; C. GUCCIONE, *L'avvalimento: un percorso ancora tortuoso*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; N. DURANTE, *L'avvalimento: il difficile equilibrio tra logica "economica" ed il triangolo negoziale tra concorrente ausiliata, impresa ausiliaria e stazione appaltante, alla luce delle pronunce dell'Adunanza plenaria*, *ibidem*, 2021; R. D. COGLIANDRO (a cura di), *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, Torino, 2022; A. VOSA, *L'avvalimento nelle procedure di appalto di lavori tra il Codice vigente (D.lgs. n. 50/2016) e lo schema del Nuovo Codice*, in www.lamministrativista.it, 2023; D. BUZZELLI, *L'avvalimento tra contratto e procedimento amministrativo*, Napoli, 2023; I. TURTURRO, *Tra "vecchio" e "nuovo" codice dei contratti pubblici: analisi dei principali istituti pro-concorrenziali e dei limiti alla libera concorrenza nel rispetto delle pari opportunità di genere e generazionali negli appalti PNRR*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2023. Pare opportuno premettere, seppur solo in nota, che l'istituto qui in discorso nulla a che fare con l'omonimo istituto regolato dal previgente art. 118 Cost. Esso solo tra soggetti pubblici prevedeva la (perdurante, malgrado l'abolizione della disposizione costituzionale) possibilità di instaurare in presenza di disposizione di legge un rapporto giuridico occasionale, risolvendosi nell'utilizzo di elementi di un ufficio da parte di un diverso Ente pubblico, senza trasferimento di funzioni e con responsabilità a carico del soggetto titolare della competenza.

² L'avvalimento era già disciplinato dagli artt. 49 e 50 d. lgs. 163/06 [con distinzione di regime tra gare singole e sistemi di qualificazione (cioè tra avvalimento occasionale o puro e stabile), poi superata], prima fonte nazionale a prevederlo espressamente (la disciplina era completata dall'art. 88 del D.P.R. 207/2010 e, a livello terziario, dalla determinazione dell'allora Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici n. 2 del 1° agosto 2012), e dall'art. 89 d. lgs. 50/2016.

³ Sul d. lgs. 36/2023 si rinvia a C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; L. R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D. lgs. 31 marzo 2023*, Torino, 2023; M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Torino, 2023; G. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024.

⁴ Le difficoltà di impianto dell'avvalimento, in quanto creazione pretoria del Giudice europeo difficilmente armonizzabile con i connotati dell'ordinamento nazionale in tema di contrattualistica pubblica, sono state sottolineate tra i primi commentatori in particolare da F. CINTIOLI, *L'avvalimento cit.*, p. 1422.

⁵ A. NICODEMO, *Il contratto cit.*, p. 24 parla di un istituto oggetto di una lettura quasi pirandelliana, in quanto la giurisprudenza conierebbe "differenti maschere per un volto unico". Purtroppo, il legislatore ha assecondato tale tendenza e chi scrive arriva a dubitare della correttezza di parlare in modo univoco di avvalimento e non già di plurimi avvalimenti, che possono essere reperiti nella vivace prassi applicativa dell'istituto e delle sue ennesime varianti.

⁶ Secondo la condivisibile proposta di inquadramento di G. P. CIRILLO, *Il contratto cit.*, p. 590.

L'avvalimento rappresenta, pertanto, uno strumento di qualificazione indiretta alla procedura per il tramite di una cooperazione occasionale tra operatori economici. Tale conformazione va a scapito della tradizionale nozione di soggettività giuridica ed ha, perciò, una valenza del tutto neutra rispetto alle forme giuridiche contemplate dall'ordinamento. In questo modo, l'avvalimento assume una valenza anche organizzativa dei rapporti d'impresa, proprio dalla cui considerazione in termini eminentemente aziendalistici risulta fortemente condizionato.

Pertanto, l'avvalimento comporta – da un punto di vista civilistico – l'affermazione sia della negoziabilità di elementi tipici della struttura e dell'operatività di un operatore economico, il quale può cederli in via derivativa ad un terzo⁷, che l'accantonamento del regime fiduciario dell'esecuzione della prestazione. Da un punto di vista pubblicistico, l'istituto permette il superamento parziale del principio della personalità del possesso dei requisiti⁸.

Non stupisce - alla luce della *ratio* dell'istituto e dei suoi caratteri divergenti con i surrichiamati capisaldi del diritto comune ed amministrativo nazionali - che esso abbia le sue origini nell'ordinamento dell'Unione Europea⁹, particolarmente sensibile – come noto – all'ampliamento in favore del tessuto delle piccole e medie imprese della possibilità di partecipazione a gare pubbliche anche di importi elevati o caratterizzate da prestazioni particolarmente complesse. Tale *favor* ha finalità latamente correttive del mercato e preventive di abusi di posizione dominante¹⁰ e si risolve – seppur in modo indiretto - in un vantaggio anche per le stazioni appaltanti. Queste ultime possono scegliere la migliore offerta da un ventaglio sensibilmente più largo di potenziali offerenti, con una conseguente allocazione più efficiente delle loro risorse. Quest'ultimo effetto costituisce un recupero "attualizzato" dell'originaria impostazione contabilistica della disciplina in materia di contratti pubblici.

Proprio a seguito di un'interpretazione della concorrenza - intesa non solo quale interesse pubblico, ma quale interesse del mercato, cioè di tutte le parti private teoricamente interessate alla partecipazione - l'ordinamento nazionale, a ragione della nota prevalenza delle norme derivanti dall'ambito giuridico sovranazionale, deve conformarsi a queste ultime nella disciplina delle procedure di appalto. Esse acquisiscono un regime di doppia specialità sia rispetto al diritto civile che rispetto al "tradizionale" diritto amministrativo

⁷ S. VINTI, *L'avvalimento cit.*, p. 1180.

⁸ Per F. CINTIOLI, *L'avvalimento cit.*, p. 1435 è proprio la "spersonalizzazione" dei requisiti e della prestazione il rischio principale connesso all'istituto, limitata soprattutto dalla previsione di una responsabilità solidale dell'ausiliario, che opererebbe per l'Autore alla stregua di una garanzia personale ed accessoria, assai simile ad una fideiussione.

⁹ L'istituto è stato elaborato in via pretoria: si vedano C. giust. CE, 14 aprile 1994, in C-389/92, Ballast/Nedam Groep I, su cui si veda 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, p. 1249 ss.; C. giust. CE, 18 dicembre 1997, in C-5/97, Ballast/Nedam Groep II; C. giust. CE, 2 dicembre 1999, in C-176/98, Holst/Italia, con uso dell'istituto a prescindere dall'esistenza di legami societari, originariamente relativo ai soli servizi; C. giust. CE, 18 marzo 2004, in C-314/01, Siemens/Arge Telekom, tutte reperibili su www.curia.europa.eu.

¹⁰ L'istituto è ora disciplinato dalle direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25 rispettivamente agli articoli 38, c. 2 e 3, 63 e 79, disposizioni tra cui non sono previste sostanziali differenze di regime.

italiano¹¹ e si aprono alla massima partecipazione. Con riferimento all'istituto qui in esame, essa viene garantita attraverso forme di cooperazione elaborate in adesione alla prospettiva "sostanziale" del diritto UE¹², che permettano anche ai soggetti non in possesso dei requisiti di prendere parte alle gare¹³.

La matrice unionale dell'istituto comporta un triplice obbligo a carico dei soggetti dell'ordinamento nazionale:

i a carico della P.A. è contemplato quello di non introdurre nelle *leges speciales* limiti all'avvalimento ulteriori a quelli previsti in diritto UE;

ii. a carico dei Giudici è contemplato quello di interpretare le disposizioni nazionali in modo conforme a quanto previsto nell'ordinamento di origine dell'istituto;

iii. infine, a carico del legislatore statale è contemplato l'obbligo di prevedere vincoli all'uso dell'avvalimento solo in casi eccezionali, collegati alla tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa o con finalità di prevenzione dell'abuso dell'istituto. Un esempio tipico di quest'ultima limitazione è il contrasto all'uso dell'avvalimento *in fraudem legis* non per integrare la struttura aziendale, ma per comporla integralmente¹⁴.

Il legislatore della riforma del codice dei contratti ha proprio tenuto presenti le indicazioni derivanti dal Giudice del Lussemburgo (e dalla giurisprudenza nazionale¹⁵) per operare una messa a punto dell'avvalimento. Dalla novella è conseguito - anche rispetto a quanto qui in argomento - un sostanzioso ampliamento delle possibilità di partecipare alle gare pubbliche (con contestuali rischi di annacquamento del vaglio di serietà degli offerenti). E' stato in tal modo messo da parte il *leitmotiv* della previgente disciplina statale dell'istituto, la cui complessa trama si era sempre dipanata nel senso di circondare di particolari cautele l'uso dell'avvalimento per fornire una tutela soprattutto alle P.A.

L'istituto in discorso viene ora definito come un contratto, mediante il quale una o più imprese si obbligano a mettere a disposizione di un concorrente risorse umane o strumentali per tutto il periodo di vigenza del contratto di appalto. Tanto garantisce all'ausiliato il possesso dei requisiti *per relationem*.

Nell'attuale impianto positivo, che ha superato l'impostazione previgente imperniata sul prestito dei requisiti quale fulcro dell'avvalimento, è in tal guisa la dimensione contrattuale ad essere il tratto caratterizzante dell'istituto¹⁶.

Eccone le caratteristiche principali, che risultano dal combinato disposto del dato positivo e dal contributo interpretativo della giurisprudenza, maturato anche sulla precedente disciplina dell'istituto:

¹¹ R. PAPANIA, *La partecipazione cit.*, p. 1963.

¹² M. RENNA, S. VACCARI, *Raggruppamenti cit.*, p. 185.

¹³ Il legame tra avvalimento e massima partecipazione, principio ora affermato dall'art. 10 del d. lgs. 36/2023, è stato di recente ribadito da I. TURTURRO, *Tra "vecchio" e "nuovo" codice cit.*, p. 3.

¹⁴ Tale fascio di obblighi è descritto da N. DURANTE, *L'avvalimento cit.*, p. 2.

¹⁵ Particolarmente significative restano Cons. st., Ad. plen., sentt. 4 novembre 2016, n. 23, 9 luglio 2020, n. 13, 16 ottobre 2020, n. 22; assai apprezzabile per la messa a punto dei problemi posti dall'istituto nella vigenza del nuovo codice dei contratti è T.A.R. Campobasso, sez. I, sent. 25 luglio 2024, n. 246. Tutte le sentenze del G.A. citate in questo scritto sono in libera consultazione al sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Tanto viene sottolineato nella Relazione di accompagnamento al d. lgs. 36/2023.

a. l'avvalimento può coinvolgere anche più soggetti ausiliari. Il prestito di risorse può, quindi, avvenire da più operatori economici (c.d. fattispecie a carattere plurimo¹⁷, non possibile per i soli requisiti di punta, vale a dire non frazionabili o non cumulabili¹⁸, ipotesi di divieto eccezionale). In questo caso, il raggiungimento del requisito si ottiene cumulando gli apporti di più imprese. Tale cumulo opera anche quando la somma avviene tra il requisito già in parte posseduto dalla partecipante con la quota aggiuntiva dell'ausiliaria (c.d. avvalimento frazionato per il quale vale l'unico limite già richiamato per l'avvalimento plurimo). La rimozione di entrambe le preclusioni all'uso dell'avvalimento è conseguenza della sentenza della Corte di Giustizia resa il 10 ottobre 2013 in C-94/12¹⁹;

b. letteralmente esso parrebbe ora riguardare esclusivamente elementi strumentali o di personale (c.d. avvalimento operativo); tale dizione sembrerebbe mettere in ombra da un punto di vista positivo il c.d. avvalimento di garanzia. Su tale punto problematico si tornerà *infra* § 3²⁰;

¹⁷ Già nella vigenza del d. lgs. 163/2006, si veda T.A.R. Catania, sez. I, sent. 7 aprile 2016, n. 984: *“Alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'UE (sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12), e della conseguente riforma legislativa di cui all'art. 21 della L. 161/2014, che ha modificato l'art. 49 del codice dei contratti pubblici, occorre riconoscere cittadinanza nell'ordinamento interno — in tema di appalti per l'affidamento di lavori pubblici — agli istituti dell'avvalimento « plurimo » e « frazionato ». In particolare, il primo ricorre allorché il concorrente integra il difetto dei propri requisiti di capacità, come richiesti dal bando, avvalendosi dell'ausilio di più imprese, ciascuna delle quali supplisce integralmente una determinata tipologia di requisito mancante al concorrente (ad esempio, un'ausiliaria fornisce i requisiti tecnico operativi; un'altra fornisce quelli di capacità economica, ecc.); la seconda tipologia di avvalimento (cd. frazionato) ricorre, invece, allorché il concorrente si avvale di una impresa ausiliaria che, da sola, non possiede i requisiti di capacità richiesti dal bando, ma riesce a raggiungere tale soglia minima cumulando i propri requisiti con quelli (anch'essi, da soli, insufficienti) di cui il concorrente è autonomamente provvisto. Pertanto, il ricorso all'avvalimento frazionato non può costituire causa di esclusione del concorrente da una gara”*.

¹⁸ Si veda tra le tante Cons. st., sez. III, sent. 21 maggio 2021, n. 3963: *“L'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento ai c.d. requisiti di punta. Il requisito del contratto di punta, invero, deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara (Cons. Stato, V, 12 dicembre 2019, n. 284)”*.

¹⁹ Su cui si veda C. VOLPE, *La Corte di Giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo e frazionato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

²⁰ Per la differenza tra le due varianti dell'istituto si rinvia per tutti a T.A.R. Palermo, sez. II, sent. 24 giugno 2024, n. 2031: *“La distinzione fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo orienta l'interpretazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. A differenza dell'avvalimento operativo, quello di garanzia non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, ed assolve alla funzione di garantire l'impresa ausiliata con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice è costituito dal fatturato, munendo così la prima di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando. La regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso dell'avvalimento tecnico od operativo e non in quello dell'avvalimento di garanzia. In tal caso, il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi fino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale; sebbene l'assetto negoziale debba consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio dell'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione”*. Recentissima è la messa a punto dell'avvalimento di garanzia operata da Cons. st., sez. V, sent. 12

c. a tutela del principio di buon andamento²¹ e con aggravamento della disciplina europea (che si limita a precisare che il concorrente deve dimostrare l'effettiva disponibilità delle risorse e dei mezzi fornitigli dall'ausiliario, senza tipizzare il regime della prova), il contratto, da cui risulta il rapporto di avvalimento, deve essere allegato all'offerta. Il negozio ha ora il requisito della forma scritta *ad substantiam*²² e conserva, di nuovo pena la nullità, quale necessario elemento contenutistico (senza che sia però rintracciabile un obbligo di c.d. forma contenuto²³, prevista dal diritto europeo per i contratti con finalità di protezione di una categoria debole a cui si impone un contenuto minimo) l'elencazione dei beni oggetto di prestito in modo determinato o determinabile (quanto meno con riferimento alla già richiamata variante operativa²⁴). Va mantenuta la disponibilità per tutto il periodo di durata del contratto delle risorse oggetto di avvalimento;

d. il negozio ha natura onerosa, fatta salva l'esistenza di un interesse comune alle parti che ne giustifichi la gratuità. La stazione appaltante conserva in questa seconda ipotesi i poteri di valutazione sulla meritevolezza e sulla serietà dell'interesse sotteso al vincolo negoziale e dell'impegno delle parti del contratto²⁵;

e. è caduta la distinzione previgente tra avvalimento infragruppo (fenomeno giuridico economico in relazione al quale i Giudici europei avevano originariamente tracciato l'ambito di operatività dell'istituto) ed avvalimento che opera al di fuori di legami di tipo societario. Il contratto, pertanto, va concluso in entrambi i casi e non è più possibile che sia surrogato da una dichiarazione, prima sufficiente quando l'istituto operava tra imprese collegate o controllate;

f. in caso di lavori di importo superiore ad € 150.000 o di prestazioni di servizi e forniture, l'avvalimento deve avere ad oggetto le dotazioni che permettono di conseguire l'attestato di qualificazione richiesto (il caso più semplice è quello che ha a che fare con le c.d. SOA o le certificazioni di qualità), il quale deve essere allegato al relativo contratto. In questa ipotesi,

agosto 2024, n. 7104.

²¹ A. NICODEMO, *Il contratto cit.*, p. 24.

²² L'attuale formulazione della norma ha sopito il dibattito sulla forma *ad substantiam* o *ad probationem* del contratto di avvalimento. Particolarmente interessante per una messa a punto della discussione è V. NERI, *La causa cit.*, pp. 8-10.

²³ Sul concetto si rinvia per tutti a L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Torino, 2008. A. AMORE, *I profili cit.*, pp. 524-525 suggerisce *contra* l'applicabilità del concetto di forma contenuto al contratto di avvalimento in quanto le sue parti non sarebbero in posizione paritetica e l'ausiliario necessiterebbe di protezione rispetto all'ausiliario, titolare dei requisiti.

²⁴ Cons. st., sez. V, sent. 24 ottobre 2023, n. 9180: "*La disciplina nazionale ed europea sull'avvalimento va interpretata nel senso che si configura la nullità del contratto nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del negozio, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.*".

²⁵ "Nelle gare pubbliche il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso, cioè anche se manchi (o sia irrisorio) il corrispettivo in favore dell'ausiliario, tutte le volte che dal testo contrattuale sia chiaramente evincibile l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in parola e le relative responsabilità", T.A.R. Napoli, sez. III, sent. 3 aprile 2024, n. 2172. Sulla non completa chiarezza della nuova disposizione sul punto richiama l'attenzione I. TURTURRO, *Tra "vecchio" cit.*, p. 9; particolarmente interessanti sono le osservazioni sulle modalità di corretta individuazione del carattere oneroso del contratto di avvalimento contenute in V. NERI, *La causa cit.*, pp. 7-8.

l'oggetto del contratto deve essere costituito dal complesso delle risorse e dell'organizzazione dell'ausiliario, che ha permesso di conseguire l'attestazione. Tale precisazione è stata introdotta al fine di scongiurare il rischio di polverizzazione di questi titoli²⁶ o di creazione di un mercato, in cui essi circolino senza collegamento materiale con il loro substrato;

g. è necessario che l'ausiliaria o il soggetto in possesso di titoli professionali eseguano direttamente la prestazione (presumibilmente in regime di subappalto), ogniqualvolta l'oggetto di avvalimento sia appunto una qualifica di istruzione o l'iscrizione alla CCIAA o ad un ordine professionale;

h. l'avvalimento può essere utilizzato anche con valenza premiale²⁷, cioè con il fine esclusivo di migliorare l'offerta di un operatore che già possiede in modo autonomo i requisiti per la partecipazione alla gara e le conseguenti possibilità di aggiudicazione. In superamento del previgente assetto giurisprudenziale e delle preoccupazioni collegate ad una curvatura anticoncorrenziale dell'istituto, esso può avere effetto sulla proposta tecnica senza che sia più necessario anche per la qualificazione dell'operatore, come precedentemente ritenuto dal G.A.²⁸. Resta ancora dibattuto se in questa variante il contratto vada prodotto, anche se oscurato, nella parte amministrativa dell'offerta – come sembra prevedere l'art. 104 – o vada inserito nell'offerta tecnica, in adesione al divieto di commistione tra gli elementi delle offerte, come previsto nel bando tipo di ANAC²⁹. Quest'ultima soluzione pare preferibile;

i. insieme al contratto va presentata una dichiarazione da parte dell'impresa ausiliaria (atto adempitivo del rapporto negoziale³⁰), con cui quest'ultima si impegna nei confronti della stazione appaltante e dell'ausiliato a mettere a disposizione i requisiti oggetto di avvalimento e dichiara il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale a contrarre con la P.A.. La dichiarazione differisce dal contratto sia per la natura (atto unilaterale) che per i destinatari (in cui è inclusa la P.A.) e non può, quindi, essere sovrapposta all'atto bilaterale³¹ o surrogarlo in alcun modo;

²⁶ *Ex multis*, si veda Cons. st., sez. V, sent. 26 gennaio 2024, n. 820: “Per l'avvalimento di attestazione SOA è necessario che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile”. In tema si rinvia a F. RUSSO, *L'avvalimento per le certificazioni di qualità: profili giuridici ed operativi*, in *Giur. merito*, 2011, p. 3184 ss.

²⁷ Su questa declinazione dell'istituto si veda almeno R. GRECO, *L'avvalimento premiale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024.

²⁸ Cons. st., sez. V, sent. 17 settembre 2021, n. 6347: “È ammissibile l'avvalimento c.d. “premile”, in virtù del quale l'avvalimento interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione che nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata. Va invece escluso l'avvalimento “premile” che abbia l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessiti di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta: in tal caso, infatti, la logica concorrenziale ne risulta alterata e non implementata”.

²⁹ Deliberazione n. 309 del 27 giugno 2023.

³⁰ Come correttamente mette in luce N. DURANTE, *L'avvalimento cit.*, p. 2.

³¹ C. GUCCIONE, *L'avvalimento cit.*, pp. 10-11.

l. in deroga al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerta ed in piena valorizzazione del canone di proporzionalità, la carenza originaria o sopravvenuta dei requisiti dell'ausiliario non legittima un'esclusione immediata del partecipante, che deve ricevere l'invito a sostituire entro il termine massimo di 10 giorni l'operatore che gli presta i requisiti di cui è carente. Solo se il concorrente non ottempererà a questa richiesta, può essere escluso. Il meccanismo sostitutivo³² non opera nel caso in cui esso comporti una modifica sostanziale dell'offerta (la quale ricorrerebbe – ad esempio - nel caso in cui l'ausiliario si impegna all'esecuzione di parte della prestazione, dell'avvalimento premiale e non può mai avvenire nell'avvalimento di garanzia)³³. Per il soggetto, che ha commesso un eventuale mendacio, resta fermo il potere di segnalazione all'ANAC previsto dall'art. 96 c. 15 d. lgs. 36/2023³⁴;

m. l'ausiliario è sottoposto al medesimo regime di controlli, anche ai fini della legislazione antimafia, sui suoi requisiti previsto per l'impresa partecipante. Le verifiche - in particolare - si estendono al possesso delle risorse oggetto di avvalimento;

n. rispetto a quanto dedotto nel contratto di avvalimento resiste la responsabilità solidale di ausiliata ed ausiliaria³⁵;

o. il contratto viene svolto dall'ausiliaria, a cui è rilasciato il certificato di regolare esecuzione fatta salva la possibilità che l'ausiliario figuri come subappaltatore³⁶ per la parte di prestazione per cui fornisce i requisiti;

p. i poteri di controllo della stazione appaltante permangono anche nel corso dell'esecuzione, in cui è centrale la verifica che le prestazioni oggetto di avvalimento siano svolte con le strumentazioni e le risorse umane dell'ausiliario. Entrambe le parti del contratto di avvalimento ricevono le comunicazioni relative all'esecuzione e quelle previste dall'art. 29 d. lgs. 36/2023 con le modalità contemplate da quest'ultima disposizione;

³² Introdotto da C. giust. UE, sent. 3 giugno 2021, in C-210/20, Del Debbio.

³³ Su questo specifico tema si veda la ricostruzione di F. CARDARELLI, S. CALDARELLI, C. TRECROCI, *Le modificazioni cit.*, §§ 3.4, 3.5 e 3.6.

³⁴ “In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettera e), per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”.

³⁵ In modo opportuno, limitano la garanzia dell'ausiliario M. M. FRACANZANI, *L'avvalimento cit.*, p. 3, A. AMORE, *I profili cit.*, pp. 526 ss., e C. GUCCIONE, *L'avvalimento cit.*, p. 17, secondo cui la responsabilità solidale è un impegno il parametro del quale deve restare identico a quello del contratto di avvalimento, alle “prestazioni strettamente collegate ai requisiti oggetto di prestito da parte dell'impresa ausiliaria” ed all'inadempimento alle stesse collegato. Tale stretta correlazione resterebbe pure in caso di requisiti immateriali o di garanzia del fatturato; in questi casi sarebbe possibile introdurre clausole di limitazione della responsabilità oggetto di un altrettanto legittimo controllo di validità e congruenza da parte della stazione appaltante. La proposta di limitazione della responsabilità è coerente con la necessità di evitare conseguenze paradossali: ad esempio, che un'ausiliaria limitatasi alla messa a disposizione di componenti altamente tecniche possa rispondere di un vizio di costruzione che nulla ha a che fare con l'oggetto del contratto di avvalimento.

³⁶ Come mette in luce C. GUCCIONE, *L'avvalimento cit.*, p. 16, il subappaltatore si distingue dall'ausiliario perché assume il rischio di impresa e conserva un'autonomia organizzativa.

q. vi è un obbligo di trasmissione ad ANAC delle dichiarazioni di avvalimento, in quanto l'Autorità cura le attività di vigilanza e di tipo pubblicitario;

r. a riprova che la concorrenza non può essere considerata un valore assoluto, ma va bilanciata con l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni esternalizzate di cui è titolare la P.A.³⁷, è escluso l'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali³⁸. Resta la facoltà per le singole stazioni appaltanti di specificare quali prestazioni essenziali (c.d. *critical tasks*) debbano essere eseguite direttamente dal concorrente, singolo o raggruppato. Da questa circostanza deriva l'impossibilità di utilizzare l'avvalimento per dimostrare il possesso del c.d. requisito di punta;

s. l'impossibilità che ausiliario ed ausiliato partecipino alla gara quali concorrenti resta quale divieto assoluto nel solo caso di avvalimento premiale, mentre nelle restanti ipotesi la partecipazione è stata liberalizzata con problematiche ricadute sui conflitti di interessi dischiuse da tale novella e sull'attentato alla segretezza delle offerte che la novità inevitabilmente comporta. Anche su tale punto si tornerà *infra* § 3;

t. è caduto il divieto per l'ausiliario di stipulare contratti di avvalimento con più di un unico partecipante alla gara³⁹, con i medesimi problemi collegati alla modifica di cui alla lettera precedente.

A queste prime qualificazioni⁴⁰, che si desumono dalla disposizione rubricata direttamente all'istituto in discorso, va aggiunto quanto previsto dall'art. 100 del d. lgs. 36/2023 in tema di soccorso istruttorio: è possibile colmare l'omessa trasmissione del contratto di avvalimento unitamente alla richiesta di partecipazione, purché questo sia stato concluso precedentemente alla scadenza della gara⁴¹. Questa limitazione, già nella vigenza del vecchio codice, è stata ritenuta coerente con la tutela dell'affidamento, dei principi di economicità, di certezza del diritto e della *par condicio*⁴², da cui l'avvalimento resta comunque limitato.

E' ovvio che, a fronte dell'ampliamento della latitudine di applicabilità dell'istituto, non si potevano abbandonare le cautele già previste a tutela della stazione appaltante e costituite

³⁷ M. RENNA, S. VACCARI, *Raggruppamenti cit.*, p. 187.

³⁸ Sulle ragioni di tale esclusione si veda L. CORTI, *Iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali ex art. 212 del D.Lgs. 152/2006 e avvalimento ai fini della partecipazione alle gare pubbliche*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 0436B ss.

³⁹ Il superamento delle ultime due limitazioni era stato anticipato da C. GUCCIONE, *L'avvalimento cit.*, p. 7 con riferimento al modo di argomentare tipico della CGUE, secondo cui l'ausiliario è soggetto estraneo alla gara. Pertanto, esso non avrebbe mai potuto ledere la concorrenza. Se tale argomento è forse accettabile per il divieto di avvalimento in favore di più concorrenti, non pare conferente con il divieto di partecipazione dell'ausiliario. In questo modo, infatti, l'operatore economico non è più estraneo alla gara.

⁴⁰ Altre disposizioni di dettaglio sono contenute dall'art. 67 (limiti ai requisiti avvalibili da parte del consorzio), all'art. 26 all. II.12 (requisiti specifici del contratto di avvalimento inerente alla SOA), all'art. 45 all. II.12 (requisiti del contratto di avvalimento dell'attestazione del contraente generale), all'art. 132 (disciplina dell'avvalimento nel settore dei beni culturali).

⁴¹ In recepimento del costante orientamento giurisprudenziale, secondo cui: "Nel caso di attivazione del soccorso istruttorio per la mancata presentazione di copia del contratto di avvalimento, occorre dimostrare che il medesimo contratto sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte", T.A.R. Bologna, sent. 15 febbraio 2022, n. 170.

⁴² A. NICODEMO, *Il contratto cit.*, p. 23.

dai richiamati poteri di controllo e dal regime di responsabilità solidale in capo ad ausiliario e partecipante. Essi sostanzialmente mirano ad evitare, da un lato, che l'impresa ausiliata operi come mero contenitore di altrui requisiti e, dall'altro, che l'impresa ausiliaria si trasformi in un avvalificio, cioè in un soggetto economico la cui attività consiste solo nel prestito oneroso e sistematico delle proprie risorse a terzi. Si tratta all'evidenza di tracce perduranti dell'originaria resistenza del tessuto normativo nazionale alla penetrazione dell'avvalimento, visto come istituto capace di inquinare il rapporto tra committenza ed impresa appaltatrice attraverso interposizioni quantomeno problematiche. Proprio tali limitazioni erano state qualificate come possibili ostacoli ad un pieno uso dell'istituto nell'ordinamento italiano.

C'è da dire, però, che l'esperienza ha dimostrato che i timori espressi a seguito dell'introduzione in via positiva dell'istituto – soprattutto derivanti dal regime di responsabilità solidale, facoltizzato anche dalle vigenti direttive UE – non si sono rivelati fondati⁴³. In effetti, la previsione di un regime di responsabilità solidale in capo all'ausiliario non ha costituito un freno all'uso dell'avvalimento, né ha spinto alla sola creazione di RTI. Anzi, l'istituto registra una vitalità assai spinta, come testimoniato dalle frequenti controversie in cui esso rileva, le quali hanno avuto quali conseguenza la creazione dei problematici sottotipi in cui esso si sfrangia.

2. Inquadramento dell'istituto

Dopo un'analisi della conformazione dell'istituto derivante dal diritto positivo e dalla giurisprudenza pratica, sembra il caso di effettuare qualche breve considerazione di matrice dogmatica.

Il problema principale, che l'avvalimento ha posto alla scienza giuridica, ha a che fare con l'inquadramento del contratto il quale – secondo il diritto italiano – ne costituisce la base necessaria.

Rispetto a tale argomento vi è un unico punto fermo, a cui si aggiungono tre corollari.

L'avvalimento è un contratto a prestazioni corrispettive, stipulato tra due operatori economici di cui uno si impegna a mettere a titolo oneroso a disposizione dell'altro alcuni suoi requisiti, in relazione ad una gara bandita da un soggetto terzo, stazione appaltante.

α. Il medesimo carattere di terzietà si riscontra nel rapporto di appalto, che corre solo tra committente e partecipante.

β. Il vincolo opera a prescindere dall'esistenza di ulteriori rapporti (di tipo consortile e/o di controllo, ad esempio) tra le sue parti.

γ. Un ulteriore requisito di validità del contratto è l'assenza di condizioni, cui l'apporto di risorse da parte dell'ausiliario non può essere sottoposto⁴⁴.

⁴³ S. VINTI, *L'avvalimento cit.*, p. 1190.

⁴⁴ Per un'affermazione recente del principio, si rinvia T.A.R. Firenze, sez. I, sent. 16 aprile 2024, n. 448: “*La giurisprudenza ha ripetutamente escluso l'ammissibilità di contratti di avvalimento sottoposti a condizione e, nello specifico, all'adempimento di prestazioni preliminari a carico dell'impresa ausiliata, giacché l'apposizione di condizioni ha l'effetto di rendere incerta la disponibilità dei requisiti "prestati" dall'ausiliaria ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento*”.

La qualificazione di terzietà è corretta, se si fa attenzione al solo dato contrattuale. Invece, risulta difficile ammettere che, da un punto di vista procedimentale, l'ausiliario sia del tutto privo di rapporti con la stazione appaltante⁴⁵.

Tale conclusione riceve conferma anche sul versante negoziale a ragione della necessità di una dichiarazione dell'ausiliario nei confronti della stazione appaltante. L'atto unilaterale contiene – ad ulteriore prova di un coinvolgimento tra P.A. e soggetto cedente i requisiti – un impegno alla responsabilità solidale⁴⁶. In ragione della sua dipendenza dalla dichiarazione di impegno, il regime di responsabilità dell'ausiliario potrebbe avere un carattere contrattuale più che aquiliano⁴⁷.

Un simile inquadramento si giustifica anche in quanto:

a. è solo grazie all'apporto dell'ausiliario che il concorrente si può qualificare alla gara ed eventualmente conseguire l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto di appalto;

b. dall'avvalimento (come già evidenziato) derivano vantaggi anche a favore della P.A., che dapprima ha la possibilità di scegliere tra più operatori e poi di identificare quello meglio attrezzato per l'esecuzione.

Alla luce di tanto, risulta quantomeno problematico postulare una completa estraneità tra stazione appaltante ed ausiliario, i quali certo non si trovano nel rapporto tra un *quivis de populo* ed il danneggiato che caratterizza il modello di responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ.

Per quanto attiene alla natura del contratto (vero *punctum pruriens* dell'elaborazione dottrinale in argomento), sono state formulate le più svariate ipotesi⁴⁸. Il contratto è stato assimilato⁴⁹ al noleggio, al *franchising*, al mandato, al fitto di ramo d'azienda, all'appalto di servizio, alla garanzia atipica, all'accollo, alla cessione d'azienda, alla comunione *pro indiviso*⁵⁰, ad operazioni societarie a carattere straordinario. In via alternativa, ne è stata affermata la natura atipica o il carattere mutevole, tesi secondo cui accanto ad una causa costante – il prestito dei requisiti – sarebbe riscontrabile una causa variabile, collegata al tipo contrattuale del regime di circolazione dei differenti beni giuridici di volta in volta messi a disposizione⁵¹.

In modo forse più convincente il contratto di avvalimento è stato accostato pure al contratto con effetti a favore di terzo o a carico di terzo. Anche rispetto a tale proposta, però, è stato osservato che: i. la stazione appaltante resta sprovvista di qualsiasi diritto nei confronti dell'ausiliario; ii. comunque, non ha un interesse proprio nel contratto, in quanto è portatrice di un'opposta tensione all'esecuzione non frammentata dell'appalto; iii. non è titolare di una precedente obbligazione, che sarebbe estinta dall'avvalimento.

⁴⁵ R. PAPANIA, *La partecipazione cit.*, p. 1993.

⁴⁶ M. M. FRACANZANI, *L'avvalimento cit.*, p. 2, evidenzia che l'ausiliario è titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente dalla principale del concorrente proprio in forza della dichiarazione, la quale è analoga ad un atto unilaterale di obbligo.

⁴⁷ Come condivisibilmente suggerisce L. CESTARO, *L'avvalimento cit.*, pp. 662-664.

⁴⁸ Esse sono state passate in rassegna con particolare attenzione da G. P. CIRILLO, *Il contratto cit.*, § 4, p. 592 ss., la cui impostazione si terrà presente nelle righe che seguono, cui *adde* R. PAPANIA, *L'istituto dell'avvalimento cit.*, p. 1732.

⁴⁹ M. M. FRACANZANI, *L'avvalimento cit.*, p. 5.

⁵⁰ S. VINTI, *L'avvalimento cit.*, p. 1180.

⁵¹ F. CINTIOLI, *L'avvalimento cit.*, p. 1449.

Al contrario, in ordine al possibile inquadramento del negozio come promessa del fatto del terzo si è evidenziato come l'offerta del partecipante, in cui è contemplato un avvalimento, contiene l'impegno ad eseguire la prestazione - per la parte in cui i requisiti del primo sono carenti - da parte dell'ausiliario. Tale tratto assimilerebbe avvalimento e promessa del fatto del terzo. Ostacolo all'accoglimento di questa interpretazione è, però, il fatto che la dichiarazione di impegno dell'ausiliario è resa anche alla stazione appaltante, caratteristica che difficilmente è compatibile con il ruolo di quest'ultima quale mero terzo, come già evidenziato *supra*.

Per superare l'*impasse*, si è proposto di guardare in modo complessivo sia ai documenti i quali compongono l'avvalimento (contratto e dichiarazione) che al momento negoziale e procedimentale in cui l'istituto si inserisce. Di conseguenza, in fase di gara la promessa è già eseguita con la dichiarazione di obbligo, mentre in fase di esecuzione contrattuale sarà necessario attraverso una delegazione eseguire la prestazione con mezzi e risorse oggetto di prestito.

Quindi, la proposta è di combinare promessa e delegazione per arrivare ad una configurazione dell'istituto compatibile con i tradizionali elementi costitutivi della promessa del fatto del terzo.

In effetti, oggi risulta più semplice parlare di contratto nominato ma atipico, con prevalenza della disciplina del mandato ed obblighi a carico di una sola parte⁵², o - forse in modo anche più convincente - di contratto ormai tipizzato, la cui disciplina si trova nelle direttive UE e nel codice dei contratti i quali condizionano fortemente l'autonomia delle parti⁵³.

3. Conclusioni

Avviamoci alle conclusioni e tentiamo di aggiungere, alla base dell'inquadramento dell'istituto svolto al § 1 e delle considerazioni effettuate al § 2, qualche ulteriore notazione.

A. Un elemento, che necessita di puntualizzazione immediata, è costituito dall'individuazione della *potestas iudicandi* sulle manifestazioni dell'avvalimento.

Esso è costituito da due atti di natura negoziale (contratto e dichiarazione dell'ausiliario), che si inseriscono in una procedura ad evidenza pubblica, di cui costituiscono un subprocedimento *ad hoc*⁵⁴.

Alla luce dei tradizionali criteri di riparto, la giurisdizione sull'esecuzione del contratto e della dichiarazione appartiene all'A.G.O. a ragione del fatto che le parti sono titolari solo di diritti soggettivi e non è rinvenibile esercizio di potere.

Il rapporto di avvalimento può, invece, essere conosciuto dal G.A. solo in via incidentale (cioè senza efficacia di giudicato), quando esso rilevi come presupposto di provvedimenti di esclusione o di aggiudicazione o di intervento in autotutela su quest'ultima, tutte ipotesi pacifica espressione di un potere autoritativo.

⁵² I. TURTURRO, *Tra "vecchio" cit.*, p. 7. L'atipicità del contratto di avvalimento viene affermata anche in giurisprudenza; si veda per tutte Cons. st., Ad. plen., sent. 4 novembre 2016, n. 23.

⁵³ A. NICODEMO, *Il contratto cit.*, p. 13 ss.

⁵⁴ G. P. CIRILLO, *Il contratto cit.*, p. 580.

Unica eccezione, che quindi può risultare in un accertamento principale, è quella che riguarda il contenuto della dichiarazione dell'ausiliario, proprio in quanto tale atto si inserisce nella sequenza amministrativa ed è, perciò, fonte di obblighi immediati del "terzo" con la P.A.

Non pare possibile, però, che il contenuto dell'atto unilaterale d'obbligo sia attratto alla giurisdizione esclusiva anche per i profili attinenti all'esecuzione (come proposto da una invero isolata dottrina⁵⁵), perché il criterio discrezionale tra giurisdizioni sembra imporre la cognizione da parte dell'A.G.O. Ciò anche a scapito dei vantaggi in termini di concentrazione dei tempi processuali e di non contraddittorietà dei giudicati che la proposta indubbiamente comporta.

B. Si è visto che esistono diverse tipologie di avvalimento: stabile, occasionale, interno, esterno, operativo, di garanzia, plurimo, frazionato, premiale, infragruppo.

Ma il catalogo non si esaurisce qui e la giurisprudenza ha elaborato (in uno sforzo degno della fantasia di L. Da Ponte, al quale - come noto - si deve il libretto del Don Giovanni di Mozart, in cui a Leporello spetta l'improbabile compito di redigere l'elenco delle conquiste del personaggio, che dà il titolo all'opera⁵⁶) ulteriori categorizzazioni.

i. Il perimetro dell'istituto riformato non prevede più il divieto espresso del fatto che l'avvalimento operi a cascata, cioè dall'impresa ausiliaria a quella ausiliata per il tramite di un soggetto terzo⁵⁷. L'abrogazione della precedente esclusione costituisce l'argomento più significativo in favore della liberalizzazione anche di questa variante di avvalimento.

Ma è davvero accettabile tale conclusione?

Risulta impossibile l'oggetto di un contratto, che si traduce in un prestito di un requisito non posseduto direttamente dall'ausiliario, il quale può conseguirlo solo con l'intermediazione di un terzo. Pertanto, per ritenere valido l'avvalimento a cascata chi scrive suggerisce che sia l'ausiliario che chi gli presta il requisito debbano rendere una dichiarazione congiunta di impegno alla P.A., alla quale spetterà - prima di dare corso all'esecuzione - l'obbligo di verificare che l'ausiliario abbia effettivamente acquisito i requisiti di cui era sprovvisto e li abbia poi messi a disposizione del concorrente. Altrimenti, ci sarebbe il rischio di ammettere alla gara prima, di aggiudicare poi e di permettere l'esecuzione di un contratto alla presenza - e ritorna la suggestione mozartiana⁵⁸ - di un vero e proprio invitato di pietra, il quale non assumerebbe alcun obbligo nei confronti della P.A. con intuibili dubbi sull'effettiva eseguibilità dell'appalto.

ii. Una variante dell'avvalimento, che senza dubbio non ha superato il vaglio di meritevolezza da parte dell'ordinamento, è quella c.d. sovrabbondante, in cui l'ausiliato è *ab*

⁵⁵ Diversamente da quanto ritiene M. M. FRACANZANI, *L'avvalimento cit.*, p. 13, che suggerisce che il G.A. sarebbe in grado di sindacare sia la validità dell'atto di impegno che - se si è ben inteso - la sua esecuzione.

⁵⁶ Don Giovanni, atto I, scena V.

⁵⁷ R. GRECO, *L'avvalimento cit.*, p. 3 argomenta dalla mancata riproposizione di quanto disposto dal c. 6 dell'art. 89 d. lgs. 50/2016 nel nuovo codice la fine anche del divieto di avvalimento a cascata. N. DURANTE, *L'avvalimento cit.*, p. 13, aveva tra i primi previsto il superamento del divieto di questa forma di avvalimento, ritenuta non coerente con le finalità pro-concorrenziali tipiche del diritto UE, che prescinde dal rispetto di vincoli formali e si concentra sull'effettiva messa a disposizione del requisito.

⁵⁸ Don Giovanni, atto II, scena XV.

origine titolare di tutti i requisiti di partecipazione, ma stipula comunque un contratto di avvalimento. La giurisprudenza le ha negato cittadinanza, in quanto non costituisce espressione di un principio pro-concorrenziale⁵⁹.

Sembra a chi scrive che tale manifestazione dell'istituto debba essere ancora scongiurata, in quanto connotata da elevati rischi di distorsione del mercato.

iii. Ancora non definita a livello positivo, infine, è la possibilità che l'avvalimento venga utilizzato in fase di esecuzione (si potrebbe chiamare questa variante esecutiva) per acquisire requisiti persi a seguito del fallimento di un componente di un RTI⁶⁰.

La giurisprudenza ha ammesso in un'unica sentenza questa possibilità senza introdurre limitazioni. A chi scrive pare, invece, che essa possa essere ammessa con lo stesso limite della sostituzione dell'ausiliario in caso di carenza originaria o sopravvenuta dei suoi requisiti, cioè quando non ne derivi una modifica sostanziale dell'offerta.

Altrimenti, la deroga al principio di personalità del possesso dei requisiti ed a quello di continuità nella titolarità dei medesimi sarebbe troppo vistosa.

C. Si è da subito evidenziato che l'attuale statuto positivo dell'istituto sembra limitarne l'utilizzabilità ai casi in cui esso riguardi il prestito di risorse umane, tecniche o immateriali (c.d. avvalimento operativo). Non è più contemplata - almeno in modo espresso - la variante dell'istituto, mediante la quale l'impresa ausiliata si assicura la solidità patrimoniale e le capacità finanziarie dell'ausiliaria (c.d. avvalimento di garanzia) con un impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la solidità patrimoniale aggiuntiva, al fine di garantirne l'affidabilità verso la committenza⁶¹.

Sul punto, però, va precisato che la giurisprudenza amministrativa più recente ha già condivisibilmente evidenziato come, perlomeno negli appalti soprasoglia comunitaria, debba continuare a trovare applicazione anche questa variante dell'istituto in quanto prevista dalla disciplina unionale⁶².

Chi scrive ha un approccio ancor più liberale sul tema: si ritiene, infatti, che l'applicazione dell'avvalimento di garanzia possa essere prevista anche nelle c.d. procedure sottosoglia, in quanto l'istituto è espressione dei principi generalissimi del diritto dell'Unione Europea, *sub specie* di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Pertanto, parrebbe necessario escludere l'applicabilità della regola interpretativa, secondo la quale *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

D. La possibilità che l'ausiliario possa partecipare alla gara e che possa stipulare contratti con più concorrenti ha la medesima portata problematica dell'avvalimento sovrabbondante, poiché può celare fini anti-concorrenziali.

⁵⁹ Cons. st., sez. V, sent. 15 gennaio 2020, n. 386.

⁶⁰ Tale possibilità è stata affermata in modo pionieristico da T.A.R. Palermo, sez. I, sent. 3 gennaio 2022, n. 1 sul presupposto che l'avvalimento sia "*un istituto a carattere ampio e ad applicazione generale, volto a favorire le imprese che negoziano con la pubblica amministrazione, i cui limiti all'utilizzo devono essere tassativamente previsti dalla legge*".

⁶¹ Si veda tra le tante Cons. st., sez. V, sent. 22 dicembre 2016, n. 542, su cui si esprime in termini critici A. NICODEMO, *Il contratto cit.*, p. 9. Scivolosa resta la distinzione tra fatturato generico e fatturato specifico, l'avvalimento del quale avrebbe un carattere operativo.

⁶² T.A.R. Genova, sez. I, sent. 25 giugno 2024, n. 231.

Da una parte, è poco verosimile che le offerte siano formulate in modo integralmente autonomo con l'ulteriore possibilità che l'ausiliario abbia *ex ante* un quadro abbastanza chiaro dei potenziali concorrenti con conseguente facoltà di calibrare le sue richieste di corrispettivo dell'avvalimento ed il prezzo offerto alla stazione appaltante in modo da rendere le proposte degli ausiliati meno accattivanti, dall'altro il cedente dei requisiti ha strutturalmente una posizione più forte di almeno parte degli altri concorrenti, la cui partecipazione può condizionare con il prestito o meno di parte dei requisiti. Inoltre, specialmente in caso di rottura di eventuali accordi collusivi, l'ausiliario con un comportamento opportunistico può eventualmente anche rifiutare di eseguire il contratto di avvalimento, decisione da cui gli ausiliati sarebbero lesi ma che li priverebbe della possibilità di svolgere la commessa loro interesse primario.

E. Una considerazione finale, ad evidenziare l'illusorietà di qualsiasi parola definitiva sull'argomento.

Alla luce del quadro positivo, l'istituto ha raggiunto un ambito di operatività estremamente ampio.

E' solo un'impressione, però, che tale sistemazione possa essere ritenuta definitiva.

In effetti, a scanso delle ripetute novelle, il legislatore si è dimostrato non capace di stare dietro, da un lato, al dinamismo degli operatori economici e, dall'altro, all'*ars interpretandi* del Giudice europeo e del G.A., i quali hanno coniato le surrichiamate varianti di avvalimento nel tentativo di adattare ai molteplici panni in cui esso si cala nella pratica.

Prepariamoci, sin da ora, ad ulteriori raffinamenti e messe a punto dell'istituto, su cui la dottrina non potrà evitare di prendere una posizione per quanto destinata a durare solo lo spazio di un mattino⁶³.

Concludiamo, quindi, riecheggiando un'ultima citazione mozartiana sulla diuturna necessità di ampliare il già richiamato famigerato catalogo: "*Ah! la mia lista | Doman mattina | D'una decina | Devi aumentar!*"⁶⁴.

⁶³ E' il caso di quanto capitato con l'avvalimento obbligatorio previsto all'art. 110, c. 6 d. lgs. 50/2016 e non riproposto nel vigente codice; su tale variante dell'istituto si rinvia a M. RENNA, S. VACCARI, *Crisi d'impresa e contratti pubblici. Riflessioni critiche sull'istituto dell'avvalimento obbligatorio e "rinforzato"*, in www.federalismi.it, 2023.

⁶⁴ Don Giovanni, atto I, scena XV.