**L’avvalimento: il difficile equilibrio tra la logica ‘economica’ ed il triangolo negoziale tra concorrente ausiliata, impresa ausiliaria e stazione appaltante, alla luce delle pronunce dell’Adunanza plenaria[[1]](#footnote-1).**

1. **L’elaborazione dogmatica generale dell’Adunanza plenaria sull’avvalimento.**

L’istituto dell’avvalimento[[2]](#footnote-2) è normato all’art. 89 del codice dei contratti di cui al D.lgs. 50/2016, con una disciplina che, molto sinteticamente, è la seguente:

-: “l’operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all’[art. 45](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm#045), per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’[art. 83, comma 1, lett. b) e c)](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm#083), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all’[art. 80](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm#080), avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” (comma 1);

- tale soggetto, detto impresa ausiliaria, “si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (comma 1);

- “il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto” (comma 5);

- “il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara” (comma 8).

Nel quadro normativo dato, l’impresa ausiliaria rimane estranea alla vicenda dell’aggiudicazione ed al conseguente contratto di appalto, sebbene la legge fissi una forma di responsabilità solidale, che viene assunta in adempimento del contratto di avvalimento e che, al tempo stesso, è la riprova della soggettività separata e distinta dell’ausiliario rispetto all’ausiliato.

Tale contratto ha per contenuto la promessa dell’obbligazione – o fatto – del terzo (art. 1381 c.c.) e la dichiarazione d’impegno dell’ausiliario verso la stazione appaltante ne costituisce l’esecuzione; senza tale dichiarazione, la stazione appaltante non potrebbe pretendere il coinvolgimento dell’ausiliaria nell’esecuzione del contratto, attraverso la messa a disposizione dei mezzi e delle qualifiche e men che meno opererebbe la responsabilità solidale. La dichiarazione dell’ausiliaria costituisce il punto di contatto giuridico tra la fase negoziale ed il subprocedimento dell’avvalimento che si apre nella fase dell’offerta di gara[[3]](#footnote-3).

L’istituto è un precipitato del diritto dell’Unione europea[[4]](#footnote-4), la cui logica pro-concorrenziale, individuata dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[[5]](#footnote-5) mediante il richiamo a precise pronunce della Corte di giustizia, mira a realizzare l’apertura più ampia possibile del mercato degli appalti pubblici, facilitando in particolare l’accesso delle piccole e medie imprese, cui tende la direttiva 2004/2018, al considerando 32[[6]](#footnote-6).

Sul piano dell’ordinamento interno, il perseguimento di tale obiettivo, parimenti ascrivibile a vantaggio degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici[[7]](#footnote-7), genera un triplice ordine di obblighi:

- sulla pubblica amministrazione, nel senso di non introdurre in via discrezionale vincoli e limiti ulteriori e diversi;

- sul giudice, nel senso di interpretare le categorie del diritto nazionale in modo conforme al diritto europeo e di disapplicare la normativa interna in contrasto;

- sul legislatore nazionale, nel senso di apporre solo in “casi eccezionali” vincoli e limiti normativi alla generale possibilità per gli operatori economici di far affidamento sulle capacità altrui ai fini della partecipazione ad una gara pubblica d’appalto o concessione[[8]](#footnote-8).

Detti “casi eccezionali” sono ricondotti dalla giurisprudenza dell’Adunanza plenaria alla salvaguardia dei princìpi d’imparzialità, pubblicità e trasparenza dell’azione amministrativa[[9]](#footnote-9), nonché nel contrasto del fenomeno del c.d. ‘avvalificio’, per cui un’impresa opera sul mercato esclusivamente utilizzando la capacità tecnico-economica di altre imprese[[10]](#footnote-10).

Del resto, la partecipazione alle gare di un “concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui” o di un “operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare” eluderebbe la causa tipica dell’avvalimento[[11]](#footnote-11), che consiste nell’integrare dall’esterno i requisiti di un’organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell’appalto posto a gara, non può essere elusa attraverso[[12]](#footnote-12).

Donde l’esigenza di sottoporre al controllo causale di conformità le svariate figure di avvalimento che, nella pratica quotidiana, si sono via via aggiunte a quelle classiche, fondate sul contenuto del contratto: avvalimento ‘operativo’ (per i requisiti tecnico-professionali) e ‘di garanzia’[[13]](#footnote-13) (per la solidità finanziaria e professionale); avvalimento ‘occasionale’ (per una singola gara) e ‘stabile’ (per una pluralità di gare).

La più parte di queste nuove figure ha superato il controllo, e ci si riferisce alle forme di avvalimento ‘plurimo’[[14]](#footnote-14) (in cui l’ausiliato si avvale di più ausiliari), ‘frazionato’[[15]](#footnote-15) (in cui né l’ausiliato, né l’ausiliario posseggono da soli il requisito di partecipazione, che si raggiunge cumulando i requisiti di entrambi), ‘interno’ od ‘infragruppo’[[16]](#footnote-16) (in cui l’ausiliario è anche mandante o mandatario del raggruppamento dell’ausiliato), ‘interno, plurimo ed incrociato’[[17]](#footnote-17) (in cui uno stesso ausiliario presta una diversa frazione del proprio requisito a più mandanti dello stesso raggruppamento in gara).

Ma, in talaltri casi, la valutazione è stata di segno negativo, come per l’avvalimento ‘a cascata’[[18]](#footnote-18) (in cui l’ausiliario, per integrare il possesso dei requisiti prestati al concorrente, si avvale a sua volta di un proprio ausiliario), espressamente vietato dall’art. 89, comma 6, del D.lgs. 50/2016, o per l’avvalimento ‘sovrabbondante’[[19]](#footnote-19) (in cui l’operatore economico, dopo aver partecipato alla gara avvalendosi della capacità altrui, in corso od all’esito di questa, manifesta l’intenzione di soddisfare in proprio il requisito, in ragione del fatto che sin dall’inizio avrebbe potuto fare a meno dell’avvalimento), che viola i princìpi di auto-responsabilità del dichiarante e di *par condicio* fra i concorrenti, secondo cui, quel che assumere rilievo, non è l’astratto possesso del requisito, bensì la concreta spendita di questo.

Tra i contratti d’impresa[[20]](#footnote-20), l’avvalimento non è l’unico strumento utile a conseguire il risultato economico di ampliare, tramite un apporto esterno, la capacità operativa di un imprenditore o, comunque, un risultato molto simile: si pensi al noleggio, all’affitto, al consorzio, al gruppo societario, al subappalto, alla cessione di ramo d’azienda e così via.

La forma di negoziazione più nota e tralaticia è certamente il subappalto[[21]](#footnote-21), definito dall’art. 105, comma 2, del codice dei contratti pubblici, come “il contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto” e che si distingue dall’avvalimento, sia perché il rapporto tra le imprese sorge, di regola, a valle della gara, ossia nella fase dell’esecuzione dell’appalto, sia perché il subappaltatore non assume obblighi di risultato con la stazione appaltante.

Questi aspetti sono stati chiariti dall’Adunanza plenaria[[22]](#footnote-22), allorché ha stabilito il principio di diritto secondo cui non è obbligatorio indicare il nominativo del subappaltatore al momento della presentazione dell’offerta, neppure quando costui possegga, in luogo del concorrente, la qualificazione nelle categorie scorporabili di cui all’art. 107, comma 2, del D.P.R. 207/2010.

La decisione ha opportunamente notato come la tesi opposta comporterebbe la confusione del subappalto nell’avvalimento, nella misura in cui attrarrebbe il rapporto tra le imprese nella fase di gara anziché in quella di esecuzione dell’appalto, così assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse e che non creano il medesimo vincolo, non assicurando alla stazione appaltante le identiche garanzie contrattuali. Ciò introdurrebbe, inoltre, un meccanismo distorsivo sul mercato dei lavori pubblici, costringendo le imprese concorrenti a scegliere l’impresa subappaltatrice sin dal momento dell’offerta, mediante l’imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso.

Uno strumento associativo a cavallo tra il diritto civile e quello speciale degli appalti è il consorzio.

Esiste una marcata differenza tra consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 c.c. e segg. e consorzio stabile di cui all’ art. 45, comma 2, lett. c), del D.lgs. 50/2016, ben posta in luce dall’Adunanza plenaria[[23]](#footnote-23).

Il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l’assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un’impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, limitandosi a disciplinare e coordinare, attraverso un’organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti; e questo pure nel consorzio ordinario con attività esterna, dove la struttura organizzativa provvede all’espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l’acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc…).

Ne discende che, ai fini della disciplina sui contratti pubblici, il consorzio ordinario si considera alla stregua di un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine.

Viceversa, nel consorzio stabile i partecipanti danno vita ad una permanente struttura d’impresa collettiva, la quale, oltre ad avere una soggettività giuridica ed un’autonomia anche patrimoniale, rimane distinta rispetto alle singole aziende ed è organizzata per eseguire anche in proprio (ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), quale azienda consortile, le prestazioni affidatele a mezzo del contratto[[24]](#footnote-24).

La peculiare struttura del consorzio stabile giustifica da un lato la possibilità della contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, purché quest’ultima non sia stata designata per l’esecuzione del contratto e non abbia concordato la presentazione dell’offerta[[25]](#footnote-25) e, dall’altro, il meccanismo di qualificazione ‘alla rinfusa’, di cui all’art. 31, comma 1, del D.lgs. 56/2017, per cui la “disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera” e “l’organico medio annuo” sono “computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Dunque, solo le consorziate designate per eseguire i lavori partecipano alla gara concordano l’offerta ed assumono la responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2, del codice dei contratti pubblici); per le altre, il consorzio si limita a mutuare *ex lege* i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per l’eventuale mancata od erronea esecuzione dell’appalto.

Questo rapporto è molto affine all’avvalimento, anche se, per certi versi, è meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato, similmente all’ausiliario, presta i requisiti senza partecipare all’offerta, ma senza bisogno di dichiarazioni; dall’altra, pur facendo ciò, diversamente dall’ausiliario, rimane esente da responsabilità.

Non a caso, il consorzio stabile viene definito dall’Adunanza plenaria come “una forma di avvalimento attenuata dall’assenza di responsabilità”.

1. **Gli arresti specifici dell’Adunanza plenaria in materia di avvalimento.**
   1. **Il possesso dei requisiti di partecipazione in capo all’ausiliario.**

Il tema del possesso dei requisiti di partecipazione dell’impresa ausiliaria è affrontato *ex professo* in due pronunce dell’Adunanza plenaria, una precedente ed una successiva all’entrata in vigore dell’art. 89, comma 3, del D.lgs. 50/2016, che ha introdotto l’obbligo per la stazione appaltante d’imporre “all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

La prima decisione riguarda una fattispecie in cui la mandataria di un RTI, in corso di gara e per un breve periodo, è rimasta priva dell’attestazione di qualificazione nella categoria OG1, essendosi avvalsa di un’impresa che non ha proceduto per tempo al rinnovo triennale della stessa. Di conseguenza, per lo stesso periodo, la mandataria è rimasta priva della qualificazione richiesta, anche se il requisito è stato certamente presente al momento della domanda di partecipazione alla gara e dell’aggiudicazione.

Sul punto, l’Adunanza Plenaria[[26]](#footnote-26) ribadisce il proprio orientamento consolidato, secondo cui il possesso dei requisiti di ammissione “s’impone a partire dalla presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura”, a prescindere dall’indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla sua verifica; e ciò, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo, ma a tutela dell’interesse costante dell’amministrazione ad interloquire con operatori permanentemente affidabili, capaci e qualificati[[27]](#footnote-27).

Tale onere non solo è del tutto ragionevole, ma è altresì non sproporzionato, potendosi assolvere con l’ordinaria diligenza che gli operatori devono tenere per concorrere in modo corretto sul mercato degli appalti pubblici.

Al contrario, la segmentazione della procedura di gara in momenti in cui la perdita dei requisiti si palesa, alternativamente, ‘rilevante’ o ‘irrilevante’, darebbe luogo ad un’assoluta aleatorietà circa l’esatta individuazione dei momenti ‘rilevanti’.

La conclusione non cambia, se la perdita dei requisiti riguardi un ausiliario, gravando comunque sul concorrente l’obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti, da chiunque posseduti, per tutta la durata della procedura.

Va pertanto escluso chi si avvale di un ausiliario privo del titolo.

La problematica della perduranza dei requisiti in capo all’ausiliario è stata nuovamente affrontata dall’Adunanza plenaria[[28]](#footnote-28), in occasione della vicenda di un consorzio stabile, escluso da una gara per l’affidamento di lavori per avere perso, per un certo lasso di tempo, l’attestazione di qualificazione SOA per la categoria OS35, posseduta mediante cumulo ‘alla rinfusa’, per il tramite di una consorziata non designata per l’esecuzione dei lavori, la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con un terzo soggetto.

Difatti, in corso di gara, la partecipazione della predetta consorziata è venuta meno ed è stato necessario procedere alla sua sostituzione; di risulta, fino al quel momento, il requisito è venuto meno anche in capo al concorrente.

Per rispondere al quesito, l’Adunanza plenaria si preoccupa innanzitutto di definire, riguardo alla gara in corso, la posizione giuridica della consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, ma da cui il consorzio ritrae la propria qualificazione in applicazione del meccanismo del ‘cumulo alla rinfusa’.

Detta condizione è quella di un’impresa che, pur fornendo i requisiti all’impresa concorrente, non partecipa alla gara, né concorda con questa l’offerta.

Essa è pertanto equiparabile alla figura dell’ausiliario, da cui si differenzia per il fatto di essere affrancata dalla responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante per la corretta esecuzione dell’appalto.

Deve quindi farsi applicazione analogica dell’art. 89, comma 3, del D.lgs. 50/2016, che permette la sostituzione dell’ausiliario.

L’interpretazione assunta non mina i princìpi di necessaria continuità nel possesso dei requisiti fino al termine dei lavori e di immodificabilità soggettiva del concorrente predicati dall’Adunanza plenaria del 2015, risultando gli stessi derogati per tale aspetto, dall’art. 63 della direttiva 24/2014, che impone la sostituzione del soggetto ausiliario che perda i requisiti nelle more del procedimento di gara o durante l’esecuzione del contratto.

La sostituzione è per l’appunto uno strumento nuovo ed alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente la continuità del rapporto del concorrente o dell’esecutore, nel caso in cui si avvalga di un operatore terzo (sia esso un ausiliario o, come nel caso di specie, un consorziato non designato per l’esecuzione dei lavori).

* 1. **L’esclusione dell’ausiliario per indegnità morale.**

Si è sin qui discusso della carenza dei requisiti economici, finanziari, tecnici o professionali dell’ausiliario.

Altra questione è, invece, la mancanza dei requisiti morali dell’ausiliario[[29]](#footnote-29), dove si deve dar conto di una recente sentenza della Corte di giustizia[[30]](#footnote-30), innovativa rispetto all’assetto testuale del diritto interno.

In punto di fatto, in una procedura di affidamento di un appalto di lavori, un RTI classificatosi in posizione utile all’aggiudicazione è stato escluso ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) e f-*bis*) e 89 del D.lgs. n. 50/2016, essendosi avvalso dei requisiti di un’ausiliaria, la quale ha violato un preciso obbligo partecipativo, omettendo di dichiarare una sentenza definitiva di applicazione della pena su richiesta delle parti a carico del proprio rappresentante legale.

La sentenza del T.A.R., che ha annullato l’esclusione, è stata appellata dall’aggiudicatario.

Il Consiglio di Stato, ravvisando nella fattispecie un’ipotesi di espulsione meccanica *ope legis*, ha a sua volta rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale del possibile contrasto, con l’art. 63, § 1, comma 2, della direttiva 24/2014 e con gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E., della normativa interna che non consente l’indicazione in sostituzione di un’altra impresa ausiliaria idonea, evidenziando per altro che, non figurando la condanna nell’estratto del casellario giudiziale ad uso dei privati, il concorrente sarebbe stato escluso per una responsabilità di tipo oggettivo[[31]](#footnote-31).

La Corte di giustizia, nell’elaborare la propria posizione, premette che l’esistenza di un automatismo espulsivo già di sé per rischia di eludere il principio di non discriminazione, atteso che la sostituzione è invece ammissibile in altre occasioni e che ciò potrebbe costituire una violazione del divieto di *gold plating*[[32]](#footnote-32).

L’obiettivo perseguito in materia dagli artt. 57 e 63 della direttiva 24/2014 “è quello di consentire all’amministrazione aggiudicatrice di garantire l’integrità e l’affidabilità di ciascuno degli offerenti e, di conseguenza, la mancata cessazione del rapporto di fiducia con l’operatore economico interessato”.

Gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità nel determinare i motivi di esclusione facoltativi, purché all’operatore sia garantito il diritto di fornire le prove che le misure correttive da lui adottate sono sufficienti a dimostrarne l’affidabilità, superando la causa dell’esclusione, come previsto dall’art. 57, § 6, della direttiva, da leggersi in combinato disposto con il considerando n. 102 e con il principio generale di proporzionalità.

Se invece l’operatore non adotta misure correttive, o se quelle adottate sono inidonee, l’amministrazione aggiudicatrice può, o – se il suo diritto nazionale la obbliga – deve, imporgli di procedere alla sostituzione di detto soggetto.

In questo, non è riscontrabile alcun *vulnus* agli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza, i quali ostano a qualsiasi trattativa tra l’amministrazione aggiudicatrice e l’offerente, attesoché la sostituzione dell’ausiliario non comporta la modificazione dell’offerta dopo il suo deposito, la quale sarebbe preclusa sia su iniziativa dell’amministrazione aggiudicatrice che dell’offerente.

In conclusione, il principio affermato dalla Corte è quello per cui il diritto eurounitario osta ad unanormativa nazionale in forza della quale l’amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora un’impresa ausiliaria abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all’esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza prima imporre, o quantomeno permetterne la sostituzione.

Non sembra superfluo sottolineare come la pronuncia imponga una riflessione, normativa e giurisprudenziale, sull’istituto – forse troppo frequentemente in uso nel nostro ordinamento interno – dell’automatismo espulsivo nelle gare per i contratti pubblici, richiamando l’attenzione sulla natura dell’esclusione come rimedio subordinato all’inutile esaurimento dell’interlocuzione tra P.A. e concorrente volta a verificare la perduranza del rapporto fiduciario, la cui sola mancanza può legittimare l’allontanamento dalla gara del concorrente stesso.

Ebbene, nell’elaborazione dell’Adunanza plenaria tale riflessione è già iniziata con un’importante decisione del 2020, in tema di esclusione dalla procedura d’appalto, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*), del D.lgs. 50/2016, del concorrente che abbia reso dichiarazioni false, fuorvianti o non veritiere, ovvero che abbia omesso di rendere informazioni dovute[[33]](#footnote-33).

In tale arresto, è stato infatti affermato l’obbligo della stazione appaltante di svolgere una preliminare valutazione sull’integrità ed affidabilità del concorrente, senza ricorrere ad alcun automatismo espulsivo, anche in caso di omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Pertanto, l’automatismo espulsivo di cui alla lett. f-*bis*) dell’art. 80, comma 5, assume carattere residuale, trovando applicazione nelle sole ipotesi di falso non rientranti nella lett. c-*bis*).

* 1. **L’avvalimento dell’attestazione SOA.**

Il caso esaminato dall’Adunanza plenaria[[34]](#footnote-34) concerne la legittimità di un disciplinare di gara per l’affidamento di lavori che subordina l’avvalimento dell’attestazione SOA al possesso ed alla produzione della medesima attestazione anche da parte dell’impresa ausiliata.

L’attestazione SOA costituisce un requisito speciale di carattere tecnico-organizzativo suscettibile di avvalimento, il cui contenuto concerne il sistema gestionale ed il processo operativo dell’azienda ausiliaria.

Affinché non diventi in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, detto avvalimento è subordinato ad una duplice condizione[[35]](#footnote-35):

*a)* che oggetto della messa a disposizione sia l’intero *setting* di elementi e requisiti che hanno consentito di ottenere il rilascio dell’attestazione SOA;

*b)* che il contratto di avvalimento dia puntualmente conto del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di stile.

Sussistendo le predette condizioni, la scelta della stazione appaltante di richiedere all’ausiliata, a pena di esclusione, di produrre la propria attestazione SOA unitamente a quella dell’ausiliaria, non solo è in sé contraddittorio, ma si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89 del D.lgs. n. 50/2016, i quali non escludono – e quindi ammettono – tale forma d’avvalimento, senza assoggettarla al deposito in sede di gara (e tantomeno al possesso) dell’attestazione SOA da parte dell’impresa concorrente.

Né la clausola escludente può trovare fondamento nell’art. 83, comma 8, secondo cui “le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità”, risolvendosi, per contro, in un adempimento che ostacola in modo generalizzato la partecipazione alla gara, in assenza di copertura normativa ed in violazione del principio di concorrenza.

La previsione è dunque nulla, ai sensi dell’art. 83, comma 8, ultimo periodo, che detta il principio di tassatività delle cause di esclusione, prescrivendo che le clausole atipiche “sono comunque nulle”.

Trattandosi di nullità parziale – limitata cioè alla singola clausola e non estesa all’intero bando o disciplinare (il quale conserva, nel resto, natura autoritativa) –, l’impresa è affrancata dall’onere di proporre ricorso contro la stessa, giacché, in quanto inefficace ed improduttiva di effetti, deve intendersi come ‘non apposta’.

Non opera quindi il termine di 180 giorni, di cui all’art. 31 c.p.a., sull’azione di accertamento delle nullità previste dalla legge, che vale solo nei casi dell’art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, in cui l’atto è ‘integralmente’ nullo ed improduttivo di effetti.

Nondimeno, i provvedimenti successivi adottati dall’amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, conservano il loro carattere autoritativo e restano soggetti al termine di impugnazione di cui all’art. 120 c.p.a., anche per far valere il solo vizio dell’illegittimità derivata.

In conclusione, per l’impresa partecipante alla gara, l’onere di impugnare entro un termine di decadenza non sussiste nei confronti della clausola escludente, ma sussiste nei confronti dei provvedimenti successivi che della clausola nulla facciano applicazione.

* 1. **L’avvalimento del progettista indicato e l’avvalimento ‘a cascata’.**

Nella fattispecie all’esame dell’Adunanza plenaria[[36]](#footnote-36), un RTI ha partecipato all’appalto integrato per la progettazione e realizzazione di una centrale a biomasse, indicando un progettista esterno, il quale, a sua volta, per integrare taluni requisiti dei quali è dichiaratamente privo, ha prodotto un contratto di avvalimento con una società di progettazione.

Il quesito da sciogliere è, pertanto, è se il progettista indicato possa qualificarsi alla stregua di un ‘operatore economico’ e sia dunque legittimato ad avvalersi di un ausiliario.

All’espressione ‘operatore economico’, il diritto interno attribuisce il significato di ‘colui chi effettua l’offerta’, ossia dell’imprenditore che, ai sensi dell’art. 3, commi 19 e 22, del D.lgs. 163/2006, “offre sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”.

Per contro, il progettista indicato è un ‘prestatore d’opera professionale’, estraneo alla struttura dell’imprenditore ed i cui compiti sono differenti da quelli di quest’ultimo, come diversa è la distribuzione delle responsabilità tra essi.

Detta regola non subisce digressioni nell’appalto integrato, che si caratterizza per il fatto che l’oggetto negoziale riguarda insieme la progettazione e l’esecuzione dei lavori, posto che il contratto resta unico e continua ad essere sottoscritto dal solo concorrente.

A riprova di ciò, v’è che la nomina del progettista è stata semplicemente indicata dal raggruppamento aggiudicatario, senza necessità di produrre un contratto di avvalimento; il che, per altro, quand’anche si dovesse ritenere che la nomina vada intesa come avvalimento in senso tecnico, renderebbe l’offerta per ciò solo illegittima[[37]](#footnote-37).

Il fatto che l’impresa abbia indicato in offerta unicamente il professionista, e non anche la società sua ausiliata, esclude poi che il contratto di avvalimento intervenuto questi ultimi possa eventualmente riqualificarsi come una forma, sia pur anomala, di associazione temporanea tra professionisti complessivamente munita dei requisiti richiesti dal bando.

Inoltre, il progettista indicato, non operando in proprio, non è qualificabile alla stregua di un ‘operatore economico’ neppure in forza dell’interpretazione estensiva che la Corte di giustizia applica agli artt. 47, § 2, e 48, § 3, della direttiva 2004/18 e che giunge a ricomprendere in tale nozione qualunque persona o ente collettivo che operi sul mercato ed è tenuto a dimostrare il possesso dei requisiti in gara, “a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha deciso di operare”[[38]](#footnote-38).

Pertanto, sia per il diritto interno che per quello europeo, il progettista esterno non è un ‘operatore economico‘ e deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale, essendogli precluso di sopperire ad eventuali lacune, utilizzando i requisiti di altro progettista, singolo o associato.

La questione è dunque risolta dall’Adunanza plenaria, senza affrontare l’ulteriore tematica dell’ammissibilità dell’avvalimento ‘a cascata’ dell’ausiliario, riguardo alla quale viene comunque sottolineato che esso è vietato dal diritto interno vigente, prevedendo l’art. 89, comma 6, del D.lgs. 50/2016 che “l’ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto”.

Nondimeno, almeno ad avviso di chi scrive, può seriamente dubitarsi della conformità, rispetto al diritto europeo, di un siffatto divieto, in considerazione della richiamata interpretazione estensiva della Corte di giustizia, la quale abbraccia qualunque persona o ente collettivo che operi sul mercato ed è tenuto a dimostrare il possesso dei requisiti in gara, e ciò “a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha deciso di operare”: nozione in cui ben può rientrare l’ausiliario (che è soggetto diverso dal ‘professionista designato’), al quale non può quindi precludersi in via assoluta di avvalersi, a sua volta, della generale facoltà del “cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall’amministrazione aggiudicatrice”[[39]](#footnote-39).

D’altro canto, nella sostanza, proprio il secondo caso affrontato al § 2.1 non costituisce altro che una forma di avvalimento ‘a cascata’, in cui il consorziato non designato ai fini dell’esecuzione dei lavori, il quale fornisce al consorzio stabile il requisito qualificazione (e dunque un soggetto che l’Adunanza plenaria equipara normativamente alla figura dell’ausiliario), mutua a sua volta il requisito prestato per il tramite di un ausiliario.

* 1. **L’oggetto del contratto di avvalimento.**

In una gara per la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori su un viadotto stradale, un operatore economico, privo della qualificazione nella categoria prevalente OS18-A (produzione in stabilimento e montaggio in opera di strutture in acciaio), è stato escluso, per avere allegato un contratto di avvalimento carente della necessaria specificità quanto allo stabilimento ed al personale messi a disposizione, considerata inoltre l’impraticabilità, nel caso, del soccorso istruttorio, che consente la regolarizzazione e non la sostanziale sanatoria della documentazione prodotta.

Nella sua decisione, l’Adunanza plenaria[[40]](#footnote-40) osserva come, nel settore degli appalti pubblici ed in particolare nella disciplina specifica del contratto d’avvalimento, non esista alcuna norma derogatrice agli artt. 1325 e 1346 c.c., in base ai quali, per la validità del contratto, è richiesto un oggetto di carattere ‘determinato’ o ‘determinabile’.

Ne consegue che, operando le predette norme del diritto privato, va ripudiata la tesi, pur maggioritaria in giurisprudenza, secondo cui il contratto di avvalimento necessita sempre e comunque di un oggetto ‘determinato’, dovendo escludersi la determinabilità dello stesso secondo gli ordinari criteri dell’ermeneutica contrattuale.

L’indagine sul contenuto del contratto va quindi svolta sulla base delle regole generali e, segnatamente, dell’art. 1363 c.c. (secondo cui “le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell’atto”) e dell’art. 1367 c.c. (secondo cui “nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”).

Su tali premesse, il contratto di avvalimento controverso è stato ritenuto valido, presentando un oggetto agevolmente determinabile dal suo complessivo tenore.

Nicola Durante

Pres. Sez. Tar Salerno

1. Relazione svolta al corso di formazione per magistrati sul tema “*Le nuove regole in materia di appalti e di semplificazione amministrativa*”, organizzato il 14 ottobre 2021, dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall’Ufficio Studi della Giustizia amministrativa. [↑](#footnote-ref-1)
2. Per una panoramica generale sull’argomento: Cintioli F., *Il contratto di avvalimento tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1421 ss.; Cirillo G. P. *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2016; Cogliandro R. D., *L’avvalimento. Profili interdisciplinari*, Milano, 2018; De Nictolis R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1008 ss.; Guccione C., *L’avvalimento: un percorso ancora tortuoso*, in[*www.giustiziamministrativa.it*](http://www.giustiziamministrativa.it), 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cons. Stato, Ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 47, par. 2 ed art. 48, § 3, della direttiva 2004/2018. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-5)
6. CGUE 10 ottobre 2013, in C-94/12, *SWM Costruzioni*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-6)
7. CGUE 23 dicembre 2009, in C-305/08, *Co.Nis.Ma.*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-7)
8. CGUE 7 aprile 2016, in C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-8)
9. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, che ha ritenuto congruente con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici la normativa interna che obbliga la stazione appaltante ad escludere il concorrente, la cui ausiliaria abbia anche solo temporaneamente perso il requisito di qualificazione prestato, tanto da ritenere superflua la presentazione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Neri V., *La causa del contratto di avvalimento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2015*.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Cons. di Stato, Sez. V, 20 novembre 2013, n. 1772 e Sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702, in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-12)
13. Mentre l’avvalimento ‘operativo’ impone l’individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne – *recte*, condiziona – la stessa esecuzione della prestazione,l’avvalimento ‘di garanzia’, mirando esclusivamente ad asseverare la generale capacità dell’offerente di onorare gli obblighi contrattuali, mediante il formale impegno dell’ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale, non richiede di essere riferito a beni capitali descritti ed individuati con precisione (Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6711, in *www.giustizia-amministrativa.it*). [↑](#footnote-ref-13)
14. Volpe C., *Corte di giustizia e avvalimento plurimo e frazionato*, in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CGUE 10 ottobre 2013, in C-94/12, Swm Costruzioni e 2 giugno 2016, in C-27/15, *Rizzo*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu)*.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Sull’avvalimento ‘a cascata’, si rinvia comunque al § 2.4 di questa relazione. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2020, n. 386, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Cons. Stato, Ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Frontoni M., Savelli L., *Subappalto e avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2018. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Ai sensi dell’art. 45, comma 2, lett. c), del D.lgs. 50/2016, i consorzi stabili sono costituiti “tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro”, che “abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”. [↑](#footnote-ref-24)
25. CGUE 23 dicembre 2009, in C-376/08, *Serrantoni*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-25)
26. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Si noti che, ai sensi dell’art. 89, comma 1, del D.lgs. 50/2016, i requisiti morali non sono oggetto di avvalimento. [↑](#footnote-ref-29)
30. CGUE 3 giugno 2021, in C-210/20, *Del Debbio*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-30)
31. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Sul divieto di *gold plating*: Durante N., *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, in Aa.Vv., *La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi* (a cura di Maltoni A.), Napoli, 2020, 57 ss. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226 e Sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-35)
36. Cons. Stato, Ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-37)
38. CGUE 11 giugno 2020, in C-219/19, *Parsec*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu). [↑](#footnote-ref-38)
39. CGUE 10 ottobre 2013, in C-94/12, *SWM Costruzioni*, in [*www.eur-lex.europa.eu*](http://www.eur-lex.europa.eu)*.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-40)