

# L'avvalimento ed il raggruppamento temporaneo di imprese a tutela della maggior partecipazione

**Autore:** Laura Facondini

**In:** Diritto amministrativo

La possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli **soggettivi**, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa. I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.

I requisiti **oggettivi** attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa. L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali". La disposizione di cui all'articolo 83 comma 4 lettera a) del decreto legislativo 50/2016 chiarisce che ai fini del possesso dei requisiti di **capacità economica e finanziaria** le stazioni appaltanti possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", includendo anche il requisito del fatturato specifico nel novero di quelli economico finanziari e risolvendo così il contrasto giurisprudenziale che riconduceva il requisito del fatturato talvolta nei requisiti economici e talvolta nei requisiti tecnici. Ne deriva che il fatturato specifico assume il ruolo di elemento indicativo della solidità finanziaria del concorrente, e qualora non sia direttamente posseduto, può essere acquisito in avvalimento nelle forme e modi del cd. **avvalimento di garanzia**. Solo i requisiti di cui all'articolo 83 comma 1 del Codice possono formare oggetto di avvalimento, mentre i requisiti soggettivi generali, di cui all'articolo 80 del Codice, devono essere posseduti sia dalla ausiliaria che dall'ausiliata.

Alcuni strumenti vengono in soccorso agli operatori economici che intendono partecipare ad una gara pubblica e consentono a tali soggetti privi di requisiti di partecipare alla gara, a tutela della più ampia partecipazione e concorrenza.

## Volume consigliato

## L'avvalimento

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che permette all'operatore economico che intende partecipare ad una gara ma che non abbia taluni requisiti richiesti dal bando di avvalersi di risorse, mezzi e strumenti di altro operatore economico.

La **ratio** dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione.

L'articolo 89, comma 1, del Codice dei contratti prevede che: "l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

L'avvalimento non può risolversi in un prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione ma occorre che si possa fare un reale affidamento sui requisiti oggetto di avvalimento. (**Tar Trento, sentenza n. 121 del 1/10/2019** "Il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi espressamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona riuscita del servizio").

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 13 del 9 luglio 2020 afferma che nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, qualificando il progettista come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo e chiarendo che il progettista non rientra nella figura del concorrente né in quella di operatore economico, afferma che tale figura non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata", già escluso dalla giurisprudenza nel regime del vecchio codice dei contratti pubblici, ora è espressamente vietato dal d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che:

- la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento (criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. zz), in attuazione dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al cosiddetto "avvalimento a cascata", sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare". Le disposizioni sono poi penetrate nell'articolo 89 del d.lgs. 50/2016 che, al comma 6, vieta espressamente il cosiddetto avvalimento "a cascata", consentendo invece quello plurimo e frazionato; con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità;

- nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato. Ciò, in quanto una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione è collegata alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, che non viene assicurato dalla semplice dichiarazione dell'ausiliaria in esecuzione del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliata, anche se dal meccanismo ne consegue la responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare;

- nonostante non esistesse nel vecchio codice dei contratti pubblici un divieto espresso del cosiddetto "avvalimento a cascata", la giurisprudenza maggioritaria già propendeva per la non ammissibilità. Era ritenuta decisiva la considerazione che, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività della concorrenza, l'applicazione dell'istituto deve essere comunque temperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.

Sin dalla prima apparizione dell'istituto dell'avvalimento nel panorama ordinamentale europeo e nazionale, la giurisprudenza si è dovuta occupare della sua applicazione generalizzata e dell'ammissibilità della fattispecie in cui il soggetto che 'presta' i requisiti all'impresa ausiliata possa a sua volta avvalersi dei requisiti di altra impresa ausiliaria.

In particolare, va registrato un primo contrasto tra la giurisprudenza interna e quella comunitaria addensatosi intorno al significato da attribuire all'art. 49, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, in base al quale solo in ipotesi eccezionali e solo qualora il bando di gara lo prevedesse, era possibile l'avvalimento cosiddetto multiplo o plurimo, ossia da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione. Era invece vietato l'avvalimento frazionato, ossia la possibilità di cumulare tra concorrente e impresa ausiliaria i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. In quel contesto la giurisprudenza interna, diffidando del nuovo istituto, aveva dato piena applicazione alle limitazioni e ai divieti della norma indicata (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; id., 24 maggio 2013, n. 2832; Sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161; Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439). In quel contesto la Corte di giustizia europea, con la sentenza 10 ottobre 2013, numero C-94/12, cambia il quadro normativo interno e quindi anche il quadro giurisprudenziale, laddove afferma che gli articoli 47, par. 2 e 48, par.3 della direttiva 2004/ 18/CE devono essere interpretati nel senso che ostano a una

disposizione nazionale che vieti, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, della capacità di più imprese. In tale sentenza la Corte di Lussemburgo ha evocato il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti necessari, richiamando il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Successivamente, come è noto, la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento (criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. zz), in attuazione dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al cosiddetto "avvalimento a cascata", sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare". Le disposizioni sono poi penetrate nell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, al comma 6, vieta espressamente il cosiddetto avvalimento "a cascata", consentendo invece quello plurimo e frazionato; con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità.

In proposito, il collegio osserva come il divieto contenuto nel Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame, ha comunque un ruolo di orientamento per l'interprete. In sintesi, quanto all'articolo 53, comma 3, applicato nella vicenda in esame, nonostante non esistesse nel vecchio codice dei contratti pubblici un divieto espresso del cosiddetto "avvalimento a cascata", la giurisprudenza maggioritaria già propendeva per la non ammissibilità. Era ritenuta decisiva la considerazione che, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività della concorrenza, l'applicazione dell'istituto deve essere comunque temperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto ( cfr. ex multis le già citate Cons. Stato, Sez.III, 7 marzo 2014, n. 1072 e Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251).

## **Le associazioni temporanee d'impresa**

Le associazioni temporanee di imprese (A.T.I.) o raggruppamenti temporanei (R.T.I) sono formule negoziali attraverso cui si realizza una **forma di collaborazione temporanea e occasionale tra operatori economici, finalizzata alla partecipazione insieme alle gare per l'affidamento di appalti.**

Tale forma ha la funzione di garantire la più ampia concorrenza, in quanto consente la partecipazione alle gare pubbliche anche a quei soggetti che se considerati singolarmente non avrebbero i requisiti per poter partecipare.

L'associazione temporanea di impresa è un **mandato** conferito ad un'impresa (c.d. capogruppo o mandataria) da parte di altre imprese (mandanti). In forza di tale mandato la capogruppo concorre alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendo la piena ed esclusiva rappresentanza delle stesse nei confronti della stazione appaltante.

Le imprese sono tutte responsabili in solido nei confronti dell'Amministrazione.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **orizzontali**, quando tutte le imprese che partecipano all'associazione sono in possesso della stessa specializzazione e tra loro vi è una ripartizione qualitativa dei lavori.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **verticali** quando la ripartizione è qualitativa, nel senso che la capogruppo esercita il servizio, compie l'opera prevalente, mentre le mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate come scorporabili.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **miste** quando, in presenza di un appalto complesso, le opere della categoria prevalente vengono assunte da un'associazione orizzontale composta da questa e le mandanti.

## **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/lavvalimento-ed-il-raggruppamento-temporaneo-di-imprese-a-tutela-della-maggior-partecipazione/>