

22 MAGGIO 2019

L'avvalimento infragruppo della certificazione di qualità: operatività e limiti in caso di sostituzione di una impresa del raggruppamento



Nel quadro del nuovo Codice dei contratti pubblici è sorta l'esigenza di verificare la possibilità di sostituire, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, una delle imprese componenti di tale raggruppamento che abbia messo a disposizione di un'altra componente della compagine, mediante ricorso all'avvalimento ex art. 89 del Codice predetto, un requisito di capacità speciale di natura soggettiva quale la certificazione di qualità, prescritto dalla lex specialis di gara in capo a tutte le imprese riunite e di cui l'ausiliata beneficiaria del detto avvalimento risultava sprovvista.

di Giuseppe Fabrizio Maiellaro (Avvocato del Foro di Roma – Lipani Catricalà & Partners) e **Marta Ziliani** (Avvocato del Foro di Roma – Dottoranda in Diritto ed Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli)

Il presente contributo si propone di affrontare tale tema fornendo degli spunti operativi, nella consapevolezza che lo stesso assume una specifica complessità e impone un'indagine accurata sulla peculiare declinazione che conosce l'istituto dell'avvalimento di che trattasi ove chiamato ad operare nel contesto di un raggruppamento temporaneo di operatori economici (avvalimento cd. "infragruppo"), tenendo altresì in debita considerazione le modalità e i limiti stabiliti dalla disciplina normativa in tema di modifica del raggruppamento e, in particolare, quanto stabilito dall'art. 89, comma 3, del Codice circa la sostituzione di uno degli operatori membri del RTI.

1. Premessa e contesto di riferimento

1.1 Il presente contributo ha l'obiettivo di esaminare il caso in cui, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, la cui *lex specialis* prescriva il possesso e l'attestazione di un requisito di capacità speciale di natura soggettiva come la certificazione di qualità in capo a ciascun componente del RTI concorrente, un componente del RTI abbia attestato il possesso del suddetto requisito avvalendosi ex art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. (recante il Codice dei contratti pubblici, di seguito anche solo "*Codice*")^[1] delle capacità di altro componente del

medesimo RTI quale impresa ausiliaria e, tuttavia, insorga poi l'esigenza di provvedere alla sostituzione della detta ausiliaria ai sensi del comma 3 del citato art. 89.

In primis, occorrerà passare brevemente in rassegna la disciplina che connota:

- l'avvalimento ex art. 89 del Codice, con particolare riguardo ai casi in cui:
- tale avvalimento abbia ad oggetto requisiti di capacità speciale di natura soggettiva quale, per l'appunto, la certificazione di qualità;
- vi ricorra una impresa componente di un raggruppamento concorrente avvalendosi di altro componente del medesimo raggruppamento ex art. 89, comma 1, del Codice;
- sopraggiunga, successivamente, l'esigenza di operare una sostituzione della ausiliaria ex art. 89, comma 3, del Codice;
- le modifiche soggettive di un operatore economico, e segnatamente di un RTI, intervenute in corso di gara ex art. 48 del Codice;

per poi rappresentare la conseguente applicazione pratica di tali istituti del Codice.

2. La disciplina dell'avvalimento in relazione ai profili soggettivi e oggettivi della fattispecie trattata

2.1 Come noto, a mezzo del ricorso all'avvalimento è consentito a un operatore economico, che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per la partecipazione ad una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, di far valere dinanzi alla stazione appaltante le capacità, i mezzi e/o le risorse di terzi ai quali conta di ricorrere in caso di aggiudicazione[2].

Tale istituto attua dunque principi e finalità di carattere generale e cogente (anzitutto quelli attinenti all'apertura del mercato e della concorrenza), giacché mirato ad agevolare l'attestazione delle capacità tecniche ed economiche delle imprese in gara, a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le imprese[3].

2.2 Tanto precisato, per quanto qui di interesse e sotto un profilo squisitamente normativo, si evidenzia anzitutto che, nel quadro della vigente disciplina in materia di contratti pubblici di cui al Codice, l'art. 89, comma 1, dispone che possono essere oggetto di avvalimento soltanto i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), del Codice medesimo, mentre è precluso il ricorso a tale istituto per i requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 e quelli di idoneità professionale ex art. 83, commi 1, lett. a), e 3, del Codice.

Il suddetto art. 89 reca altresì ulteriori preclusioni e limitazioni ai fini dell'applicazione delle previsioni in tema di avvalimento. Tra queste, in questa sede vale menzionare:

- il divieto di far ricorso a siffatto istituto per l'attestazione dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (art. 89, comma 10);
- la possibilità di far ricorso all'avvalimento per attestare titoli di studio e professionali (si veda l'Allegato XVII, parte II, lett. f), del Codice) e pertinenti esperienze professionali soltanto qualora gli operatori economici ausiliari eseguano poi direttamente i lavori o servizi oggetto di avvalimento (art. 89, comma 1);
- in via generale, la preclusione alla partecipazione alla medesima gara del concorrente che faccia ricorso all'avvalimento e della impresa ausiliaria (comma 7);
- a temperamento della regola generale di cui al citato comma 7, la previsione per cui, ove l'operatore economico concorra ad una procedura di gara in forma di raggruppamento, è possibile che una impresa componente di un raggruppamento concorrente possa avvalersi di una altro componente del medesimo raggruppamento (cfr. art. 89, comma 1).

Da ultimo, va segnalato che, ai sensi del comma 3 dell'art. 89 di cui sopra è previsto che *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di*

selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici". Sicché la norma oggi contempla e impone, sin dalla fase di gara, la sostituzione dell'ausiliaria nel caso in cui, con riguardo alla stessa, insorgano motivi obbligatori di esclusione, riservando alla stazione appaltante, inoltre, la possibilità di prevedere nel bando di gara ulteriori e specifiche ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria ove sussistano motivi non obbligatori di esclusione, purché di carattere tecnico.

2.3 Alla luce del suddetto quadro normativo in materia, può dunque affrontarsi il primo aspetto della disamina, ovverosia chiarire la natura di un requisito di capacità speciale di natura soggettiva, quale per l'appunto la certificazione di qualità aziendale, per verificare poi se lo stesso sia passibile di avvalimento.

Allo scopo, deve in primo luogo rammentarsi che, come noto, la disciplina dei contratti pubblici richiede da sempre la sussistenza di specifici requisiti di qualificazione in capo agli offerenti che ne attestino l'onorabilità e l'affidabilità morale e professionale (cd. "requisiti di ordine generale"), l'idoneità professionale, nonché le capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative (cd. "requisiti di ordine speciale"), e che nell'attuale quadro normativo tali requisiti sono denominati rispettivamente:

1. motivi di esclusione ex art. 80;
2. criteri di selezione, e in particolare requisiti di:
 - idoneità professionale ex art. 83, comma 1, lett. a);
 - capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali ex art. 83, comma 1, lett. b) e c).

Nell'ambito di siffatte categorie, così codificate, la dottrina e la giurisprudenza hanno poi elaborato e delineato talune peculiari tipologie di requisiti ai fini della applicazione delle previsioni di legge pertinenti alla qualificazione degli operatori economici e tra queste, con specifico riferimento al caso disaminato, quelle che regolano l'avvalimento.

In tal senso, sono stati individuati requisiti che avrebbero una natura più propriamente "soggettiva", pur non essendo specificamente contemplati dall'art. 80 o comunque chiaramente sussumibili in quelli di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (e quindi non essendo di certa sussumibilità nel novero di quei requisiti espressamente sottratti al raggio di azione dell'avvalimento). In altri termini, questi requisiti sarebbero intrinsecamente connessi alla idoneità professionale o comunque acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso^[4], e in tal senso si è dibattuto sulla applicabilità dell'istituto dell'avvalimento a siffatti requisiti^[5].

Tra questi particolari requisiti posti al centro del dibattito appena richiamato può annoverarsi senz'altro la certificazione di qualità. Difatti, da lungo tempo vi è contrasto tra gli operatori del settore, e anzitutto tra l'ANAC e il Giudice Amministrativo, sulla possibilità o meno di ricorrere all'avvalimento ex art. 89 del Codice per attestare in gara il possesso della certificazione di qualità aziendale prescritta ai sensi di legge.

Valga ad esempio rammentare in proposito che, nel solco dei rispettivi indirizzi formatisi sull'argomento, come accennato del tutto contrastanti tra loro, nella stessa data del 27 luglio 2017 l'Autorità e il Supremo Consesso hanno risolto la questione pronunciandosi in termini diametralmente opposti:

- l'ANAC ha ritenuto inammissibile l'avvalimento su di un requisito che, nonostante la sua collocazione sistematica al di fuori dell'art. 80 del Codice, deve ritenersi connotato da una intrinseca natura soggettiva^[6];
- il Consiglio di Stato, nell'ambito della richiesta valutazione sulla idoneità di un contratto di avvalimento relativo alla qualità aziendale prestata dall'ausiliaria, ha invece confermato l'avviso secondo cui tale requisito può essere oggetto di avvalimento, attenendo ai fattori di produzione e alle risorse dell'impresa^[7].

Va peraltro puntualizzato che la posizione espressa dal Consiglio di Stato, che, come detto, ammette il ricorso all'avvalimento per attestare la certificazione di qualità in esame a valle di una rigorosa e indispensabile verifica sulla effettiva e specifica messa a disposizione di tutti i mezzi e le risorse aziendali occorrenti allo scopo, ribadisce

un orientamento che può ritenersi maggioritario e consolidato all'attualità[8], anche perché confortato dal dettato dell'art. 1, comma 1, lett. zz), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (legge delega relativa al Codice)[9].

Il medesimo Supremo Consesso, nel solco di tale orientamento, ha poi chiarito che, trattandosi di avvalimento cd. "operativo"[10], "(...) quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; 27 luglio 2017, n. 3710; 23 febbraio 2017, n. 852)"[11].

Per completezza di disamina, giova ancora evidenziare che un caso affine e parimenti controverso concerne il certificato di iscrizione nel registro delle imprese di servizi di pulizia[12], il quale:

- secondo l'Autorità non potrebbe essere oggetto di avvalimento in quanto sarebbe da ascrivere alla categoria dei requisiti generali, inerendo all'ordine pubblico e alla moralità[13];
- secondo il TAR Lazio, diversamente, se è vero che l'iscrizione suddetta è requisito generale per operare come impresa di pulizia, è d'altro canto vero che l'iscrizione ad una delle specifiche fasce ivi previste racchiude in sé elementi economici e tecnici, costituendo uno speciale sistema di classificazione-qualificazione; sicché il requisito di iscrizione ad una di quelle fasce, in quanto requisito soggettivo di "qualità", può essere comprovato mediante ricorso all'avvalimento[14].

Sempre sul punto, occorre inoltre menzionare – oltre all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali che è espressamente sottratta all'applicazione dell'avvalimento ai sensi del predetto art. 89, comma 10, del Codice – talune autorizzazioni o licenze le quali sono state invece considerate non passibili di avvalimento, alla stregua delle suddette ragioni di ritenuta intrinsecità soggettiva che le connoterebbero, come a titolo esemplificativo:

- l'autorizzazione a esercitare attività di vigilanza privata, quale l'autorizzazione di polizia[15];
- la licenza prefettizia ex art. 28 del RD 18 giugno 1931, n. 773 (recante il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, cd. "TULPS"), attinente alla produzione, detenzione e vendita di contrassegni distintivi di Forze di Polizia[16];
- il nulla osta di sicurezza e l'autorizzazione preventiva rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Autorità Nazionale per la Sicurezza di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124 e al DPCM 22 luglio 2011[17];
- l'attestato ENAC di *handling* aeroportuale, che certifica l'idoneità e/o l'iscrizione ad albo professionale, conseguente a verifiche e prove di esame, che non possono diventare oggetto di circolazione in favore di soggetti privi dell'abilitazione medesima[18].

2.4 Fermo quanto sopra, va altresì verificato se possa darsi luogo all'avvalimento tra imprese che partecipino alla gara nell'ambito del medesimo raggruppamento e in che limiti.

Sul punto, si è già accennato dianzi come la disposizione di carattere generale tesa a precludere la partecipazione di impresa avvalente e impresa ausiliaria alla medesima gara risulti oggi temperata – a seguito delle modifiche in tal senso apportate all'art. 89 *de quo* dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. "Correttivo" al Codice) – dalla espressa previsione dell'art. 89, al comma 1, ai sensi del quale si ammette l'avvalimento tra operatori economici componenti dello stesso raggruppamento concorrente[19].

Tale approdo legislativo scaturisce peraltro dall'elaborazione ermeneutica operata, in senso sostanzialistico, della giurisprudenza consolidatasi sul punto nel tempo, nell'apprezzabile intento di rafforzare la matrice concorrenziale e di apertura al mercato che connota sin dal principio l'istituto[20].

Tanto chiarito, ai fini della presente indagine occorre verificare se, nell'ambito della peculiare fattispecie in cui si dia luogo ad un avvalimento tra imprese partecipanti allo stesso raggruppamento in gara, il requisito posto ad oggetto di avvalimento possa essere legittimamente "speso" più volte.

Orbene, la predetta giurisprudenza ha chiarito in proposito che, qualora più mandanti si avvalgano della mandataria per far valere un requisito prescritto dalla *lex specialis* (nel caso scrutinato si trattava di avvalimento di requisiti di capacità economico-finanziaria e, in particolare, di referenze bancarie), l'ammissione alla gara del RTI

è legittima se e nella misura in cui tale modalità di prestito plurimo non si risolve in una elusione dei requisiti richiesti, consentendo ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura o privando l'ausiliaria del requisito.

Segnatamente, di recente è stato acclarato dal Consiglio di Stato^[21] che “(...) il divieto sancito dall'art. 89, comma 7, del codice dei contratti pubblici – il quale recita «in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti» – pone nella prima parte un divieto che operatori economici in competizione in gara si avvalgano della stessa impresa per qualificarsi. Il divieto in questione ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento”. Il Consiglio di Stato ha puntualizzato che l'avvalimento all'interno dei partecipanti ad un RTI e l'avvalimento di più imprese ausiliarie sono espressamente consentiti dal Codice, a differenza del c.d. avvalimento “a cascata” (art. 89, commi 1 e 6) e che tale disposizione recepisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea precedente all'emanazione del Codice medesimo^[22], chiarendo che “(...) in linea con le pronunce della Corte di giustizia (...), la giurisprudenza nazionale ha affermato che in caso di avvalimento frazionato ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all'esecuzione dell'appalto (cfr., Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2200, 17 marzo 2014, n. 1327). (...) In altri termini, dai precedenti giurisprudenziali in esame si desume che le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono andare a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara”^[23].

2.5 Da ultimo, in tema di avvalimento è d'uopo precisare portata e limiti delle previsioni inerenti alla sostituzione della ausiliaria di cui al comma 3 del citato art. 89.

Come detto, in modo innovativo siffatta norma ha stabilito che, ove si rilevano motivi obbligatori di esclusione in capo alla impresa ausiliaria, la stazione appaltante impone al concorrente che intende avvalersene di sostituirla, contemplando altresì la possibilità che nel bando di gara possano prescriversi ulteriori casi di sostituzione dell'ausiliaria per motivi non obbligatori di esclusione di profilo comunque tecnico.

La giurisprudenza ha precisato al riguardo che, mentre nella previgente codificazione di cui al d.lgs. n. 163/2006 la sostituzione era consentita solo nel caso di raggruppamento per i motivi tassativamente indicati all'art. 37, comma 19, di tale decreto e solamente nella fase esecutiva^[24], l'art. 89, comma 3, del Codice attualmente vigente “(...) invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito “istituto del tutto innovativo” da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359 (...))”^[25]. È stato così osservato come “(...) la sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituito patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), ma risponde all'esigenza stimata superiore di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso. (...) l'innovazione legislativa è intesa a non penalizzare eccessivamente l'operatore economico che abbia fatto affidamento sulle capacità e i requisiti di un terzo, e che, senza colpa, si sia affidato a un soggetto poi risultato inadeguato, tuttavia, la medesima esigenza non può porsi nei confronti di quest'ultimo. A questo, insomma, necessariamente vanno riferite le conseguenze negative della sua condotta, ovvero, nel caso di specie, di non poter trarre vantaggi economici dalla partecipazione all'esecuzione di un appalto pubblico”. Il Consiglio di Stato ha quindi evidenziato il carattere derogatorio e le finalità sostanzialistiche e concorrenziali di tale disposizione, volta a contenere per quanto possibile i casi di espulsione di un concorrente per motivi non riconducibili a propria responsabilità.

Nel solco di tale indirizzo, è stata inoltre perimetrata la riferibilità soggettiva e temporale di tale incumbente, chiarendo che “l'art. 89, inoltre, non pone limiti temporali all'esercizio del potere-dovere di procedere alla sostituzione dell'ausiliaria, salvo ovviamente il limite massimo costituito dalla data di prevista stipula del contratto” e che “(...) non grava sull'impresa avvalente l'onere di sostituire spontaneamente l'ausiliaria, visto

che l'art. 89 pone a carico della stazione appaltante l'onere di imporre la sostituzione (concedendo, è ovvio, un adeguato termine)"[26].

Peraltro, va detto che la norma invero non risulta di piana interpretazione laddove opera un distinguo tra motivi "obbligatori" e "non obbligatori" di esclusione, non rinvenendosi al riguardo alcuna definizione o specificazione nel Codice (né tanto meno chiarimenti e/o indicazioni al riguardo in dottrina e giurisprudenza), e comunque stridendo tale distinzione con il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, del Codice nonché con l'obbligatorietà dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione nei termini stabiliti dagli artt. 80 e 83 succitati.

3. La modificabilità soggettiva del raggruppamento concorrente ai sensi del Codice

3.1 Come noto, in materia di contratti pubblici vige il principio generale del divieto di modificazioni soggettive della composizione dei raggruppamenti, quale stabilito all'attualità dall'art. 48, comma 9, del Codice, secondo cui "(...) è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta".

Ciò in ragione del disfavore con il quale l'ordinamento ha sempre considerato tali modifiche, nell'ottica di salvaguardare e assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendano contrarre con esse e, in tal modo, consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti dei concorrenti, evitando variazioni adattabili agli sviluppi della gara con annessa elusione – *rectius* violazione – della *par condicio* dei partecipanti alla gara[27].

Alla stregua del detto principio, in via generale il *discrimen* è dunque costituito dal momento della presentazione dell'offerta, termine ultimo entro cui è possibile perfezionare o modificare la composizione del raggruppamento[28].

In tal senso, il comma 11 dell'art. 48 specifica – con particolare riferimento a quelle procedure che contemplano una cesura tra il momento della richiesta di partecipazione cui si connette una prima fase di verifica dei requisiti di ammissione alla stessa (cd. "prequalificazione") e il momento successivo della presentazione delle offerte da parte dei concorrenti ammessi – che "*in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti*". Tale fattispecie infatti, in coerenza col *discrimen* appena ricordato, consente una modificazione del raggruppamento giacché antecedente alla formale presentazione dell'offerta[29].

3.2 Tanto chiarito, è d'uopo altresì evidenziare che la suddetta regola generale soffre talune eccezioni, espressamente e tassativamente codificate dalla legge, proprio al fine di garantire l'affidabilità del futuro contraente[30]. Tali eccezioni sono regolate dai commi 17, 18 e 19 del citato art. 48 del Codice e ammettono la possibilità di modificare il raggruppamento anche dopo la presentazione dell'offerta[31].

Le suddette ipotesi di cui ai commi 17 e 18 erano già presenti nella precedente codificazione della materia (*i.e.* art. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. n. 163/2006) e rimandano a circostanze sopraggiunte dopo la gara in cui l'operatore interessato risulti fondamentalmente "incolpevole" rispetto al verificarsi dell'evento; si tratta dunque di casi cui il legislatore ha ritenuto porre rimedio per tutelare l'interesse pubblico primario alla continuazione e al completamento del contratto, minimizzando al contempo i rischi di perdita della commessa per l'appaltatore[32].

Quanto alle disposizioni di cui al comma 19, invece, esse costituiscono una significativa novità nel quadro della disciplina normativa *de qua*, recepita dalla elaborazione giurisprudenziale e tesa a temperare il divieto di modificazioni soggettive con l'ammissione della sola ipotesi di riduzione del numero dei componenti del raggruppamento (purché gli operatori rimanenti dispongano dei requisiti occorrenti alla esecuzione del contratto), e comunque tenendo fermo il limite invalicabile della impossibilità di procedervi per sopperire alla sopravvenuta carenza di un requisito di partecipazione, per evidenti esigenze di tutela dei principi di concorrenza e *par condicio*[33].

In particolare, mette conto di ricordare che, già sotto la vigenza della precedente disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006 e con un indirizzo a tutt'oggi viepiù consolidato, la giurisprudenza aveva chiarito sul punto che "(...) il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal

raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964)"[34].

4. Considerazioni finali e indicazioni operative

4.1 Alla luce della disamina sin qui condotta sulla portata degli artt. 89 e 48 del Codice, risulta necessario ora prospettare l'applicazione pratica.

Si ipotizzi che, nell'ambito di un RTI concorrente a una procedura di gara indetta ai sensi del Codice, un componente di tale raggruppamento attesti il possesso di un requisito speciale di natura soggettiva, quale la certificazione di qualità, mediante l'avvalimento ex art. 89 del Codice delle capacità di un altro componente del RTI, e che tale requisito sia prescritto dalla *lex specialis* in capo a tutti i soggetti raggruppati. Fermi tali presupposti, ci si interroga se nella fattispecie sia ammessa la sostituzione dell'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice laddove la sostituzione risulti necessaria per il venir meno in capo all'ausiliaria di uno o più requisiti prescritti *ex lege*.

L'indagine sulla praticabilità della predetta soluzione impone una verifica sulla "tenuta" in fase di gara[35] di un RTI che intenda attestare quel requisito speciale di natura soggettiva (nel caso in esame la certificazione di qualità) prescritto in capo a ciascun operatore raggruppatto, ricorrendo a un avvalimento tra i suoi componenti e successivamente conservare tale attestazione resa tramite avvalimento, sostituendo il predetto componente ausiliario.

Come anticipato, la questione involge più di una previsione del Codice sotto peculiari profili, implicando un esame congiunto della possibilità, nell'ambito di una procedura di affidamento di contratti pubblici, di ricorrere all'avvalimento ex art. 89 del Codice:

- in relazione al predetto requisito di capacità speciale di natura soggettiva richiesto in capo a ciascun soggetto raggruppatto o meno;
- tra operatori economici componenti dello stesso RTI;
- provvedendo poi alla sostituzione del componente dell'ATI che ha assunto la veste di impresa ausiliaria per l'attestazione dei detti requisiti di natura soggettiva richiesti a ciascun membro raggruppatto;
- tenendo conto quindi anche dei limiti di modificazione soggettiva di un RTI stabiliti dall'art. 48 del Codice.

4.2 Alla luce di quanto sopra, appurato che in forza della giurisprudenza citata il requisito speciale di natura soggettiva della certificazione di qualità è passibile di avvalimento, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, è ammessa la possibilità di un avvalimento cd. "infragruppo" del citato requisito anche nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria sia parte del medesimo RTI.

Il fatto che la *lex specialis* di gara prescriva in capo a ciascun membro del RTI il possesso del requisito di che trattasi non costituisce di per sé un elemento ostativo ad un avvalimento infragruppo quale quello qui in argomento, pur dovendosi tener conto di talune indicazioni giurisprudenziali che, in ragione della specifica e concreta natura e consistenza dei requisiti medesimi, affermino comunque la necessità di verificare in concreto la consistenza e capienza di siffatte capacità ai fini della adeguata soddisfazione delle richieste della stazione appaltante, in rapporto alle diverse prestazioni oggetto di affidamento.

Tuttavia, nel caso in cui emerga l'esigenza di sostituire l'ausiliaria ex art. 89, comma 3, del Codice per intervenute cause obbligatorie di esclusione (carenza di uno o più requisiti), si ravvisano criticità legate alla sostituzione giacché, sebbene da un lato la possibilità di procedervi sia espressamente contemplata dalla norma citata qualora si accerti la carenza di un requisito generale o speciale in capo all'ausiliaria, dall'altro, tenuto conto che l'ausiliaria stessa è un operatore membro del RTI interessato, è proprio tale presupposto (la carenza di un requisito) a precludere una modificazione in tal senso del raggruppamento medesimo.

Infatti, l'art. 48, comma 19, del Codice consente una variazione dell'ATI soltanto per recesso di uno dei membri ma non per aggiunta o sostituzione di uno più degli stessi, e comunque a fini esclusivamente organizzativi e quindi, in ogni caso, giammai per sopperire alla sopravvenuta carenza di un requisito.

Sicché, in questi termini, la sostituzione dell'ausiliaria di cui sopra non risulterebbe percorribile.

[1] Si segnala che alcune disposizioni del Codice sono state recentemente modificate dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32 recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" (cd. "Sblocca Cantieri"), pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 19 aprile 2019 e che dovrà essere convertito in legge entro sessanta giorni dalla citata data. Tanto precisato, deve tuttavia rilevarsi che gli artt. 89 e 48 del Codice, oggetto di analisi nel presente contributo, non sono interessati dalle modifiche di cui allo Sblocca Cantieri, salvi eventuali emendamenti che potrebbero successivamente intervenire in fase di conversione in legge.

[2] Cfr. R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Nel Diritto Editore, Molfetta (BA), 2017, I, pp. 1521 e 1524; A. Cianflone, G. Giovannini, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, I, pp. 719 ss.

[3] L'istituto dell'avvalimento è nato nella cornice delle norme comunitarie ed è stato anzitutto delineato, nei suoi tratti essenziali, dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Successivamente, è stato recepito nell'ordinamento interno in occasione dell'attuazione delle Direttive comunitarie del 2004, ovverosia con l'avvento della (prima) codificazione unitaria della disciplina dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (recante il previgente Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, oggi abrogato e sostituito dal suddetto d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.). In particolare, giova rammentare al riguardo che già le Direttive europee nn. 93/37 (lavori), 92/50 (servizi) e 93/36 (forniture) riconoscevano all'operatore economico la possibilità di ricorrere alla capacità di terzi per attestare requisiti speciali in una gara d'appalto.

Ciò posto, la giurisprudenza comunitaria prima (cfr. Corte di Giustizia dell'UE, sentenza 14 aprile 1994 causa C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*, sentenza 18 dicembre 1997 causa C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; id., sentenza 2 dicembre 1999 causa C-176/98 *Holst Italia S.p.A.*), e quella interna poi (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194), hanno quindi progressivamente statuito e definito l'applicabilità generale dell'avvalimento negli appalti pubblici, a prescindere dai legami intercorrenti tra imprese ausiliarie ed ausiliate.

[4] Cfr. delibera ANAC 10 febbraio 2016, n. 120.

[5] Cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici – Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Zanichelli Editore, Bologna, 2017, p. 1004.

[6] Cfr. delibera 27 luglio 2017, n. 837. In tal senso si vedano anche Determinazione AVCP 1 agosto 2012, n. 2; pareri AVCP 22 giugno 2011, n. 15, 19 maggio 2011 n. 97, 5 maggio 2011 n. 80, 22 ottobre 2009 n. 117, 20 maggio 2009 n. 64, 10 dicembre 2008, n. 254.

[7] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710. In tal senso si vedano anche Consiglio di Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953; id., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225; id., sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; id., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; id., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; id., sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; id., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; TAR Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2016, n. 58; TAR Marche, 8 novembre 2010, n. 3374; TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220; TAR Piemonte, sez. I, 15 gennaio 2010, n. 224; TAR Campania, Salerno, sez. I, 29 aprile 2011, n. 813. Lo stesso Consiglio di Stato ha recentemente confermato che ai sensi dell'art. 89 del Codice è ammissibile un contratto di avvalimento avente ad oggetto la certificazione di qualità ed è "*riconducibile*

alle ipotesi di cd. avvalimento operativo” (Consiglio di Stato, sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551). In dottrina, cfr. G.F. Maiellaro, *Avvalimento della certificazione di qualità: istruzioni per l’uso*, in *Appalti & Contratti* n. 1/2-2019, Maggioli Editore.

[8] V. Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730, con riguardo all’avvalimento infragruppo tra il consorzio stabile e una delle consorziate della certificazione di qualità.

[9] In tal senso R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici – Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n.56/2017*, Zanichelli Editore, Bologna, 2017, pp. 1004 – 1005, cit. Quanto alle indicazioni espresse rese sul punto dalla legge delega, deve infatti rammentarsi che il citato art. 1, comma 1, lett. zz), prevede tra l’altro che la disciplina in materia di avvalimento è chiamata ad imporre “(...) che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l’oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara (...)”.

[10] Sulla scorta di quanto chiarito dalla giurisprudenza, può distinguersi tra avvalimento cd. “di garanzia” e avvalimento cd. “operativo” a seconda che oggetto di avvalimento siano requisiti:

- di capacità economica e finanziaria, ovverosia requisiti attinenti alla capacità dell’operatore economico di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto (avvalimento di garanzia);
- oppure di capacità tecnica e organizzativa, ovverosia attinenti alle risorse tecniche e organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto (avvalimento operativo).

Al riguardo, si veda da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917, anche in ordine alle implicazioni che discendono da tale distinzione quanto allo specifico contenuto dei contratti di avvalimento stipulati tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata.

[11] Così Consiglio di Stato, sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551.

[12] Come noto, ai fini dello svolgimento delle attività di che trattasi è previsto che le imprese debbano essere iscritte all’apposito Registro delle Imprese o Albo provinciale delle Imprese artigiane ai sensi della l. 25 gennaio 1994, n. 82 e del DM 7 luglio 1997, n. 274.

[13] Cfr. parere AVCP 16 giugno 2010, n. 119.

[14] Così TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 12 maggio 2011, n. 4145; id., sez. I ter, 2 marzo 2011, n. 1931.

[15] Cfr. deliberazione AVCP 27 giugno 2007, n. 209.

[16] Cfr. determinazione AVCP 1 agosto 2012, n. 2, cit.

[17] Cfr. determinazione AVCP 1 agosto 2012, n. 2, cit.

[18] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5805.

[19] L’art. 89, comma 1, del Codice prevede infatti espressamente, nella sua attuale formulazione, che “L’operatore economico, singolo o in raggruppamento (...) può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all’articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento (...)”.

[20] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 22 febbraio 2008, n. 4820. V. anche, in tal senso, R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici – Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n.56/2017*, Zanichelli Editore, Bologna, 2017, p. 1003, cit.

[21] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183

[22] Cfr. Corte di Giustizia dell’UE, sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 e sentenza 2 giugno 2016, C-27/15.

[23] La citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 2183/2018 conclude che *“nel caso di specie viene in rilievo un requisito di capacità economico-finanziaria, finalizzato ad assicurare la stazione appaltante circa l'idoneità del concorrente a sostenere le obbligazioni derivanti dal contratto sul piano patrimoniale, in relazione alla quale a tutela della stazione appaltante vi è la previsione di responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria di cui all'art. 89, comma 5, del codice dei contratti pubblici. Sotto questo profilo deve quindi ritenersi che l'avvalimento del requisito in questione a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo non sia di per sé ostativo alla partecipazione alla gara, se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso”*.

[24] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169.

Si rammenta al riguardo che il menzionato art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. disponeva che *“In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”*.

[25] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527.

[26] Così TAR Marche, Ancona, sez. I, 31 luglio 2017, n. 640.

[27] In tal senso si vedano Consiglio di Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8; id., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081; id., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903. In tema cfr. anche R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Nel Diritto Editore, Molfetta (BA), 2017, I, pp. 882 ss., cit.

[28] Il successivo comma 10 dell'art. 48 in esame precisa poi che *“L'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto”*.

[29] In tema si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2011, n. 3256; TAR Lazio, Latina, 14 luglio 2016, n. 514.

[30] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169.

[31] Segnatamente, nei seguenti casi e termini:

- *“(…) in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”* (comma 17);
- *“(…) in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”* (comma 18);
- *“È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le*

imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara” (comma 19).

[32] R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Nel Diritto Editore, Molfetta (BA), 2017, I, p. 884, cit.

[33] In tal senso, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 849, alla cui stregua è stato accertato che *“Consentire allora di rimuovere in questo caso la causa ostativa che colpisce l’operatore designato per l’esecuzione del contratto pubblico comporterebbe una lesione ai principi di concorrenza e par condicio vigenti in ambito sovranazionale e interno, perché si permetterebbe di sostituire il soggetto che nelle intenzioni iniziali era stato invece individuato dell’ente collettivo come quello a ciò destinato e di privare di rilevanza giuridico l’impegno assunto in sede di domanda di partecipazione alla gara, con evidente detrimento per la serietà della procedura di gara e l’affidamento che le dichiarazioni in essa rese dai concorrenti suscitano nella stazione appaltante”*.

[34] Così Consiglio di Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8, cit. In termini, v cfr. anche TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 aprile 2018, n. 2782; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 12 novembre 2015, n. 2904; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 11 ottobre 2012, n. 4058.

[35] Si è infatti illustrato dianzi che, secondo quanto accertato in giurisprudenza, il ricorso alla sostituzione di una ausiliaria ha come limite temporale la stipula del contratto (TAR Marche, Ancona, sez. I, 31 luglio 2017, n. 640, cit.).