

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

di Stefano Fantini

1. Premessa	17
2. Il principio eurounitario dell'avvalimento	18
3. L'avvalimento nel Codice dei contratti pubblici: contenuto e natura giuridica	19
4. La forma dell'avvalimento	23

L'AVVALIMENTO COME FORMA DI APERTURA DEL MERCATO A TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI E COME STRUMENTO CHE REALIZZA LA PARITÀ DI CONDIZIONI TRA LE IMPRESE CHE INTENDONO AGGIUDICARSI E/O PARTECIPARE AD UNA COMMESSA PUBBLICA

di Enzo Napolano

1. Introduzione	25
2. Contenuti, finalità e funzione	26
3. Nozione nazionale e comunitaria di appalto pubblico e possesso dei requisiti	28
4. Avvalimento: regola o eccezione	30
5. Rapporti con altri istituti proconcorrenziali	33
6. Apertura del mercato e rischi connessi	34
7. L'avvalimento c.d. operativo ed il suo controllo. Effetti e rischi sulla finalità dell'istituto	35

AVVALIMENTO E CONCORRENZA

di *Michele Corradino e Vito Domenico Sciancalepore*

1. Premessa	39
2. La codificazione dell'avvalimento nelle direttive del 2004: un nuovo strumento per l'apertura del mercato	41
3. Gli effetti concorrenziali dell'istituto e la disciplina nazionale	42
4. Possibili effetti anticoncorrenziali dell'avvalimento	44
5. Nuova disciplina dell'avvalimento	45
6. Le modifiche all'istituto dell'avvalimento introdotte dal d.lgs. n. 57/2017: il nodo irrisolto della tutela della concorrenza	48
7. Avvalimento sovrabbondante e avvalimento fraudolento: possibili soluzioni <i>de jure condendo</i>	50

TIPOLOGIE E CRITICITÀ DELL'AVVALIMENTO NELLA RECENTE EVOLUZIONE NORMATIVA E NELLA ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE

di *Carlo Buonauro*

1. Premessa. Complessità strutturale e funzionale dell'avvalimento	55
2. Fondamento e normogenesi: ricadute operative	67
3. Criticità e disciplina dell'istituto. L'avvalimento plurimo e frazionato	69
4. Definizione dell'istituto e ricostruzione della natura giuridica	76
5. Tipologie operative: l'avvalimento occasionale e stabile	79
6. L'avvalimento di attestazione	81
7. Novità normative e pretorie in tema di avvalimento. La miniriforma del c.d. decreto sblocca-cantieri	86
8. Rassegna giurisprudenziale del quadriennio 2018-2021	90
9. Clausole di esclusione c.d. atipiche e regole di gara che prevedono limitazioni o divieti di avvalimento: la parola all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Ancora alla Plenaria la questione relativa alla sanabilità, mediante avvalimento, della carenza di requisiti speciali nel progettista	110

pag.

**L'AVVALIMENTO DELLE CERTIFICAZIONI DI QUALITÀ
O DEI CERTIFICATI ATTESTANTI IL POSSESSO
DI ADEGUATA ORGANIZZAZIONE IMPRENDITORIALE
AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE,
ALLA LUCE DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50
E DEL SUCCESSIVO D.LGS. 19 APRILE 2017, N. 56**

di *Mariano Valente*

1. Premessa	133
2. Genesi ed evoluzione dell'istituto nell'ordinamento comunitario	134
2.1. L'approccio "sostanzialistico" dell'ordinamento europeo	136
3. L'ingresso dell'avvalimento nell'ordinamento italiano. La precedente disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006	136
3.1. Il dibattito giurisprudenziale, <i>ante</i> d.lgs. n. 50/2016, sull'avvalimento delle certificazioni di qualità: l'orientamento favorevole	140
3.2. L'orientamento contrario	144
4. La prassi interpretativa dell'AVCP e dell'ANAC	145
5. Le novità apportate dal d.lgs. n. 50/2016 così come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56	149
5.1. Il successivo quadro giurisprudenziale	155
5.2. Casistica giurisprudenziale: avvalimento delle certificazioni di qualità nel consorzio tra imprese	156
5.3. Casistica giurisprudenziale: avvalimento delle certificazioni di qualità e dichiarazione <i>ex art.</i> 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016	158
5.4. La successiva prassi interpretativa dell'ANAC	159
5.5. L'avvalimento avente ad oggetto i " <i>requisiti di qualificazione</i> " di cui all'art. 84, d.lgs. n. 50/2016 (<i>ante</i> novella del 2017)	159
6. Conclusioni	165

**LA POSSIBILITÀ NELL'AVVALIMENTO DELLA SOSTITUZIONE
DELL'AUSILIARIA: LIMITI E OPPORTUNITÀ, IN SEDE DI GARA E
DI ESECUZIONE CONTRATTUALE**

di *Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso*

1. La sostituibilità dell'ausiliaria e l'applicabilità del principio di immodificabilità con riferimento all'avvalimento	167
2. La disciplina di riferimento e principio generale del <i>tempus regit actum</i>	170
3. La nuova disciplina eurounitaria ed il recepimento nazionale sulla sostituzione dell'ausiliaria: i dubbi applicativi nella fase dell'esecuzione contrattuale	180

	<i>pag.</i>
4. Il rapporto tra l'art. 80, comma 5, lett. f <i>bis</i>), e l'art. 89, comma 3, del Codice: una difficile convivenza	187
5. Il termine entro il quale l'operatore economico concorrente è tenuto alla sostituzione dell'ausiliaria	196

AVVALIMENTO NELLA ORGANIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ DELLA P.A.

di Almerina Bove

1. L'avvalimento di uffici e di personale quale strumento di organizzazione dell'attività della pubblica Amministrazione. In particolare, l'avvalimento di uffici	199
2. <i>Segue.</i> La differenza dell'avvalimento di uffici rispetto agli istituti di mobilità temporanea del personale (comando e distacco)	204
3. L'avvalimento di personale: condizioni, qualificazione del rapporto e limiti soggettivi	210
4. <i>Segue.</i> Due applicazioni dell'avvalimento di personale: lo "scavalco condiviso" e lo "scavalco d'eccedenza"	216

L'AVVALIMENTO: CONTRATTO E DICHIARAZIONE UNILATERALE

di Fernando Bocchini

1. L'integrazione delle specificità economiche e professionali degli operatori economici	221
2. La produttività istituzionale. Requisiti dei soggetti suscettibili di avvalimento	223
3. <i>Segue.</i> Requisiti delle attività suscettibili di avvalimento	226
4. Ricostruzione del fenomeno. Il collegamento tra i due moduli negoziali nel procedimento di evidenza pubblica	231
5. La variabilità causale del contratto di avvalimento	235

LE FUNZIONI DELL'OGGETTO NEL CONTRATTO DI AVVALIMENTO

di Daniele Mantucci e Stefano Deplano

1. L'«oggetto» del contratto: un concetto dagli incerti contorni teorici e pratico-applicativi	242
--	-----

	<i>pag.</i>
2. Obiettivi ricostruttivi e metodologia dell'indagine	245
3. Disciplina, funzione e rilievo assiologico dell'avvalimento	247
4. <i>Segue</i> . Elasticità dello schema europeo. Parziale variabilità della causa in relazione agli interessi che caratterizzano la concreta operazione economica	252

SEZIONE PRIMA

5. Rilevanza “verticale” dell’oggetto del contratto di avvalimento. Distinzione tra avvalimento « <i>tecnico-operativo</i> » e « <i>di garanzia</i> ». Il problema della precisazione del contenuto delle prestazioni. Necessità di un approccio funzionale. L’interesse della Stazione appaltante alla specifica individuazione dei requisiti e delle capacità di cui l’impresa ausiliata effettivamente dispone	254
6. La posizione della giurisprudenza amministrativa. Analisi critica dell’indirizzo inaugurato dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con particolare riferimento alla novella apportata dall’art. 56, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 al Codice appalti	257
7. <i>Segue</i> . Rilievo sistematico dell’art. 89 c. app. Necessità di un’interpretazione sistematica e funzionale delle clausole del contratto. La forma quale limite all’indagine ermeneutica dell’interprete e strumento di tutela della parte debole. Limitato rilievo ricostruttivo degli artt. 75 e 76, Schema di Regolamento unico di esecuzione dei contratti pubblici	263

SEZIONE SECONDA

8. Rilevanza “orizzontale” dell’oggetto del contratto di avvalimento: tutela dell’“impresa debole”	268
9. Teorica del c.d. “terzo contratto” quale lente di indagine sulla problematica. Rilievi critici	271
10. Il divieto di abuso di dipendenza economica quale clausola generale Idoneità tanto dell’ausiliaria tanto dell’ausiliata ad essere qualificate quali imprese “deboli”. Valutazione del caso concreto. Rilievo degli elementi “indiziari”	273
11. Necessità di identificazione del “giusto rimedio” a tutela dell’interesse dell’impresa abusata nel bilanciamento con gli interessi della Stazione appaltante. Manutenzione del contratto e rimedio risarcitorio. Le possibili segnalazioni dell’ANAC all’Autorità garante della concorrenza e del mercato	279

LA FORMA DEL CONTRATTO

di *Andrea Sassi*

- | | |
|------------------------------------|-----|
| 1. Posizione del problema | 283 |
| 2. Forma e requisiti del contratto | 286 |
| 3. Forma procedimentale | 288 |

L'AVVALIMENTO INFRAGRUPPO

di *Francesco Sbordone*

- | | |
|---|-----|
| 1. Il “nuovo” Codice degli appalti pubblici e l’abrogazione dell’art. 49, comma 2, lett. g) | 291 |
| 2. L’avvalimento infragruppo nella prospettiva dell’Unione Europea | 295 |
| 3. Aspetti peculiari dell’avvalimento infragruppo e la sua differenziazione dall’avvalimento c.d. “a cascata” | 300 |

AVVALIMENTO TRA CONCORRENZA E ILLECITO ANTITRUST

di *Antonio Catricalà e Carlo Edoardo Cazzato*

- | | |
|---|-----|
| 1. Diritto antitrust e concertazione in sede di gara pubblica | 305 |
| 2. I principi generali elaborati con riguardo alle gare pubbliche e l’ <i>enforcement</i> dell’Autorità | 309 |
| 3. L’avvalimento strumento pro-competitivo e occasione di illecito | 316 |

RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE E AVVALIMENTO: RELAZIONI GIURIDICHE E PRINCIPALI CRITICITÀ

di *Mauro Renna e Stefano Vaccari*

- | | |
|--|-----|
| 1. Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: l’identità di <i>ratio</i> | 323 |
| 2. Le relazioni giuridiche tra i due istituti: i modelli dell’‘alternatività’ e del ‘cumulo’ | 331 |
| 2.1. <i>Segue. Focus</i> sul ricorso all’avvalimento da parte di imprese raggruppate: evoluzione normativa e giurisprudenziale | 335 |

	<i>pag.</i>
2.2. <i>Segue</i> . L'avvalimento esterno e interno al raggruppamento: criticità e soluzioni	340
3. Il raggruppamento temporaneo di imprese come strumento per l'operazione di avvalimento: alcune questioni di 'forma'	344
4. Brevi conclusioni e prospettive future	347

I RISCHI DI PRATICHE CORRUTTIVE LEGATE ALL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO

di *Catello Maresca*

1. Subappalto e avvalimento: le <i>white list</i>	351
2. L'avvalimento nelle direttive 92/50/CEE, 93/37/CEE e 93/39/CEE	364
3. Le direttive comunitarie 2004/17-2004/18	365
4. L'istituto dell'avvalimento e l'ordinamento nazionale: la legge Merloni	369
5. La legislazione antimafia nel settore degli interventi pubblici economici	371
6. Infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici	374
7. La corruzione e la distorsione della domanda pubblica: le relazioni tra criminalità, mercato e impresa	376

L'ARMONIZZAZIONE DEGLI ASPETTI ESISTENZIALI DEGLI OPERATORI ECONOMICI CON LE ESIGENZE NAZIONALI ED EUROPEE DEL CONTRATTO DI AVVALIMENTO

di *Roberto Dante Cogliandro e Vittorio Sabato Ambrosio*

1. Premessa	383
2. Gli interessi esistenziali nel contratto di avviamento	385
3. La segmentazione della complessiva operazione economica: primo e secondo segmento	386
4. Il terzo segmento e il problema dell'abuso del diritto	390

