

Le mobili frontiere dell'avvalimento, tra requisiti di partecipazione e offerta tecnica¹

Di Arrigo Varlaro Sinisi

La produzione normativa degli ultimi anni – si pensi alle sole novità introdotte dai decreti “sblocca cantieri” (d.l. n. 32/2019), “semplificazione e innovazione digitale” (d.l. n. 76/2020), “cura Italia (d.l. n. 18/2020), “rilancio e resilienza” (d.l. n. 77/2021), e dalle relative leggi di conversione - rende sempre meno agevole l'attività di chi quotidianamente è chiamato a confrontarsi con le norme in materia di contratti pubblici. Soprattutto con quelle sugli affidamenti.

L'abbondante produzione normativa appare legata da un comune filo conduttore: la semplificazione normativa. Semplificazione che sembrerebbe potersi raggiungere attraverso una riduzione del numero di norme applicabili ai contratti pubblici, oltre che da uno snellimento delle procedure ad essi connesse.

Assai sommessamente, ci permettiamo di rilevare che anche una formulazione più chiara delle norme agevolerebbe senz'altro l'attività di chi quotidianamente è chiamato a cimentarsi con la materia dei contratti pubblici.

Il caso dell'*avvalimento*.

Tale istituto trae la sua origine dalla giurisprudenza della Corte Giustizia dell'Unione Europea² la quale, a metà degli anni '90, affermò che le norme europee sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici dovevano essere interpretate nel senso di consentire ad un imprenditore di soddisfare i requisiti di partecipazione ad una

¹ In corso di pubblicazione sulla Rivista cartacea Appalti&Contratti, giugno 2021, ed. Maggioli.

² Corte di Giustizia Europea sentenza del 14 aprile 1994, n. 389: Ballast Nedam groep nv c. Regno Belgio.

procedura di gara, anche attraverso l'utilizzo di quelli di altro imprenditore. Unica condizione richiesta al concorrente era di dover provare, in fase di gara, di aver effettivamente a disposizione i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Tralasciando di considerare quelle che sono state le successive evoluzioni di tale istituto, esso trova oggi la sua disciplina nell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici. Tale norma prevede che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per un determinato appalto può soddisfare la richiesta del "*possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale*" necessari per partecipare ad una procedura di gara, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

La genericità con la quale è formulata la norma ha fatto sì che la giurisprudenza elaborasse diverse ipotesi di avvalimento.

➤ L' "**avvalimento operativo**".

Ai sensi dell'art. 89 comma 1 del Codice, il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, la specificazione delle risorse messe a disposizione del concorrente dall'impresa ausiliaria. Ebbene, la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che in assenza di tale indicazione, il contratto di avvalimento è nullo, perché generico³. Dal che deriverebbe la necessità di escludere il concorrente, perché privo dei requisiti di partecipazione alla gara (*ex multis*, TAR Lazio- Roma Sez. II Bis 5 maggio 2021, n. 5252).

Nel caso di contratti di "lavori", il "prestito" della sola attestazione SOA non è sufficiente a considerare valido il contratto di avvalimento. Occorre, infatti, che tale "prestito" sia accompagnato dalla specifica obbligazione dell'ausiliario di mettere a disposizione del concorrente, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualificazione (in tal senso, Ad. Pl Cons. St. 16 ottobre 2020, 22; più di recente, Cons. St SEz. III 4 gennaio 2021, n. 68; Cons. Stato Sez. V 16 gennaio 2020, n. 389).

Diversamente, il prestito della sola certificazione SOA si ridurrebbe ad un "prestito" astratto e meramente cartolare, di per sé non sufficiente a garantire l'esigenza di garanzia voluta dalla norma.

³ Per la giurisprudenza, deve ritenersi parimenti nullo il contratto di avvalimento "condizionato": Cons. St. Sez. V 13 maggio 2021 n. 3773.

In altre parole, il contratto di avvalimento può ritenersi valido ed efficace solo se sono ivi indicate le risorse, gli strumenti, i mezzi, il personale che l'ausiliario si impegna a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto (*ex multis*, TAR Lazio-Roma 21 aprile 2021, n. 4686; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

➤ L' "avvalimento premiale".

In questa seconda ipotesi, l'avvalimento è utilizzato "anche" ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica del concorrente, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite in prestito al concorrente. A ben vedere, la giurisprudenza non appare univoca sul punto. Da un lato vi è chi è sostanzialmente favorevole ad ammetterlo in modo generalizzante, muovendo dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entri organicamente a far parte della complessiva offerta presentata dalla concorrente (CGARS, sez. I, 15 aprile 2016, n. 109). A tale orientamento si contrappone altra giurisprudenza, la quale ritiene che l'avvalimento è normativamente previsto ai soli fini della partecipazione alla procedura di gara, e non è quindi idoneo a consentire l'ottenimento di un punteggio favorevole in sede di valutazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 3 gennaio 2020, n.12).

Vi è poi un terzo orientamento, che potremo definire intermedio, secondo il quale è ammissibile che l'avvalimento di requisiti speciali possa consentire al concorrente di conseguire un punteggio premiale in sede di valutazione dell'offerta, ma non anche nei casi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare (TAR Campania– Napoli, sez. II, 6 agosto 2020, n. 3531; Cons. St. Sez. IV 25 marzo 2021, n. 2526; TAR Lazio Roma 1 aprile 2021, n. 3929).

La giurisprudenza appare invece concorde nell'affermare che non è ammissibile ipotizzare un punteggio premiale nei casi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso dei requisiti per partecipare ad una determinata gara (TAR Lazio – Roma Sez. III 1 aprile 2021 n. 3929; Cons. St. Sez. V, 23 marzo 2021 n. 2526).

➤ L' "avvalimento di garanzia".

In questo ultimo caso, il requisito che l'ausiliario "presta" al concorrente riguarda la capacità economica e finanziaria del concorrente stesso e, quindi, il fatturato richiesto ai fini della partecipazione alla gara. Attraverso tale avvalimento è assicurata alla stazione appaltante la capacità del concorrente di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto. Ad avviso della giurisprudenza, in tale ipotesi di avvalimento non è richiesto che il relativo contratto indichi con precisione i beni capitali oggetto del prestito del requisito, essendo sufficiente che l'ausiliario si impegni a mettere a disposizione del concorrente la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; Cons. di Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

Laddove poi la *lex specialis* di gara richieda invece un fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, è controverso in giurisprudenza se per la dimostrazione di tale requisito si possa fare ricorso all'avvalimento. Secondo un orientamento, in tali casi si è in presenza di un avvalimento non di garanzia ma "operativo", il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (Cons. St., Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704; Sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396). Di avviso contrario appare altra giurisprudenza, secondo la quale il "fatturato specifico minimo" è da ricondurre ad una forma di "avvalimento di garanzia", per il quale non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che dalla dichiarazione stessa emerga l'impegno contrattuale a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (Cons. St. Sez. V 12 febbraio 2020, n. 1129, che in motivazione richiama Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; Id., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953).

Ben vengano norme il cui scopo sia quello di semplificare e snellire le procedure e gli adempimenti in materia di contratti pubblici, con lo scopo di accelerare la ripresa di un settore strategico nell'economia nazionale. Tuttavia, l'eccessiva proliferazione

normativa degli ultimi anni, le cui disposizioni si accavallano le une con le altre, non sembra andare nel senso auspicato. Ciò vieppiù accade quando le norme paiono di non agevole intelligibilità. Si è visto come, nel caso dell'avvalimento, la scarsa previsione della norma del Codice ha favorito il proliferare di pronunce della giurisprudenza, talvolta con contrastanti decisioni. Ne consegue che spetterà agli operatori districarsi tra norme e pronunce giurisprudenziali, per individuare la soluzione meno insidiosa.