

2021: un anno di giurisprudenza sull'avvalimento

4 Novembre 2021

Profili generali

Nell'ultimo anno, la giurisprudenza amministrativa (ed in particolar modo il Consiglio di Stato) è stata investita più volte di controversie legate alla corretta applicazione della disciplina sull'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Questo ha fornito l'opportunità di chiarire alcuni dubbi e problematiche relative alla corretta declinazione della norma nel caso concreto.

In particolare, nel definire con maggiore dettaglio la natura dell'istituto, sono state fornite indicazioni ermeneutiche sul contenuto che necessariamente deve connotare il contratto stipulato tra l'impresa concorrente e l'ausiliaria, sul corrispettivo e su altri aspetti di preminente rilevanza pratica.

Orbene, in via preliminare, si ricorda che la funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, in prospettiva pro-concorrenziale e del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.

La complessiva logica "economica" sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano giuridico, nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale – di una effettiva "messa a disposizione" di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5).

Il corrispettivo

La giurisprudenza prevalente è ferma nel ritenere che l'avvalimento costituisca un negozio giuridico tipicamente oneroso. Infatti, la non remuneratività del contratto di avvalimento viene intesa quale indice sintomatico della scarsa attendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'ausiliaria (TAR Catania, n. 2276/21 - TAR Lazio (Roma), n. 155/2921).

A riguardo, è stato ritenuto che *"Deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento; invero o tale contratto è a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità"* (C.G.A.R.S., n. 52/2016).

Ciò posto, per quanto riguarda il corrispettivo dovuto dall'ausiliata in favore dell'ausiliaria, il Consiglio di Stato ha recentemente dichiarato che la determinazione del corrispettivo debba essere ancorata all'effettiva entità della prestazione resa dall'impresa ausiliaria, quale potrà delinearsi solo all'esito - o comunque nel corso - dell'esecuzione dell'appalto, alla luce delle specifiche esigenze di "soccorso" manifestate dall'impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria (cfr. Cons. Stato, III, n. 6655/21).

Peraltro, nella medesima sentenza, il Supremo Consesso ha specificato che *"l'eventuale lacuna derivante dalla mancata espressa determinazione del (così inteso) corrispettivo può essere colmata in forza della norma suppletiva, analogicamente applicabile, di cui all'art. 1657 c.c., concernente il contratto di appalto, a mente della quale, se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice"*.

Pur a fronte di tali indirizzi ermeneutici, altra Sezione del Supremo Tribunale aveva in passato sostenuto che *"Nelle gare pubbliche d'appalto il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli"*

obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità” (Cons. Stato, V, n. 242/2016).

Ebbene, tale pronuncia non sembrerebbe porsi in termini antinomici rispetto a quanto sopra riportato, posto che l'onerosità di un contratto non deve necessariamente ricavarsi dal mero dato patrimoniale, potendo essa essere rappresentata da qualunque vantaggio – diretto ed indiretto – che potrebbe conseguire la parte che si obbliga a prestare i propri strumenti all'altra.

A conferma della bontà di questa interpretazione sovviene la recente pronuncia del TAR Lazio sopra menzionata, il quale ha espressamente affermato che *“Il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità, per cui ove in sede negoziale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, il contratto potrà dirsi valido a condizione che dal relativo tenore sia comunque possibile individuare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale ovvero anche non patrimoniale, che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, le proprie obbligazioni”* (TAR Lazio (Roma), n. 155/2021, cit.).

Il contenuto del contratto ed indicazione delle risorse

Altra criticità che attanaglia la disciplina sull'avvalimento è quella che riguarda, da un lato, l'oggetto del contratto ovvero il suo contenuto; dall'altro, il livello di dettaglio con cui debbono essere indicati, all'interno del contratto, i requisiti e le risorse messi concretamente a disposizione dall'impresa ausiliaria alla concorrente per la partecipazione alla gara d'appalto.

Per quanto concerne l'oggetto del contratto, dal chiaro tenore dell'art. 89, comma 1 del Codice, esso coincide con i 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. Sul punto, la norma specifica che, in ogni caso, è esclusa la possibilità di avvalersi dei requisiti di cui all'articolo 80 che, come noto, devono essere posseduti a pena di esclusione da tutti gli operatori coinvolti nella procedura, autonomamente.

Ciò posto, un profilo interessante recentemente scandagliato in alcune sentenze riguarda l'ammissibilità dell'avvalimento delle certificazioni di qualità.

Sul punto, di recente il Consiglio di Stato si è espresso in termini possibilistici, sostenendo che *“I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE (“requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità”), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento”* (Cons. Stato, V, n. 6271/21). Secondo il Supremo Consesso, la peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consisterebbe nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata *“tutta la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità”* (Cons. Stato, V, n. 5799/21).

Per quanto attiene **l'esecuzione dei lavori in caso di avvalimento di certificazione di qualità**, pur trattandosi di un requisito “inscindibile” in possesso dell'impresa ausiliaria, il medesimo Collegio sopra citato ha escluso che i lavori oggetto dell'appalto debbano essere eseguiti direttamente dall'ausiliaria in sostituzione della concorrente applicandosi alla fase esecutiva le regole generali dei commi 8 e 9 dell'art. 89.

Sul punto, è stato affermato, infatti, che *“L'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale. La regola è quella desumibile dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale “il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara”, cui fa da pendant la regola del successivo comma 9, per la quale l'impresa ausiliata esegue il contratto mediante “l'effettivo impiego (...) nell'esecuzione dell'appalto” dei requisiti e delle risorse “oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria”, vale a dire utilizzando le risorse, materiali e immateriali, che l'ausiliaria ha messo a sua disposizione”* (Cons. Stato, III, n. 5286/21).

A tali regole farebbe eccezione solamente la previsione dell'art. 89, comma 1, del Codice, riguardante i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali equivalenti (cfr. Cons. Stato, V, n. 3374/2021). In tali ipotesi, infatti, è necessario che i lavori vengano eseguiti direttamente dall'ausiliaria (Cons. Stato, III, n. 5286/21, cit.). A riguardo, prevale ora nella giurisprudenza amministrativa un'interpretazione per la quale per “esperienze professionali pertinenti” vanno intese *“quelle esperienze maturate in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, in qualche modo equiparabili, dunque, a quelle per le quali sono richiesti “titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f”* (cfr. Cons. Stato,

Altro profilo interessante relativo all'oggetto del contratto di avvalimento, di cui si è occupata la giustizia amministrativa di recente, riguarda **l'ammissibilità del c.d. avvalimento condizionato**, per tal intendendosi quello contenente clausole che ancorano la prestazione dell'ausiliaria – di fornire all'ausiliata le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto – ad un evento futuro ed incerto.

Ebbene, sempre il Consiglio di Stato (richiamando alcune pronunce passate - Cons. Stato, V, n. 4630/2016 e n. 2365/2014) ha escluso l'idoneità, ai fini della partecipazione ad una procedura di gara, di un contratto di avvalimento condizionato. Secondo il Collegio, *“l'unica forma di condizionamento consentita è quella che subordina l'efficacia del contratto all'avvenuta aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6578; III, 25 febbraio 2014, n. 895), operando il provvedimento di aggiudicazione – o meglio la mancata aggiudicazione del contratto d'appalto – come condizione risolutiva dello stesso, poiché se essa non si verifica non v'è più ragione che possa giustificare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'operatore economico concorrente risorse umane e mezzi materiali per l'esecuzione della prestazione”* (Cons. Stato, V, n. 3773/2021)

Sul punto, il Collegio ha sottolineato come i requisiti mancanti – nel caso di avvalimento c.d. operativo, di cui si dirà *infra* - debbano essere esattamente individuati al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria per consentire di presentarsi alla stazione appaltante in possesso di tutti requisiti richiesti. Di talché, non risulterebbe in alcun modo ipotizzabile *“una forma di avvalimento (...) per il contratto stipulato con l'appellante, che sia, per così dire, “a geometria variabile”, tale per cui, a seconda delle esigenze emergenti in corso di esecuzione del contratto di appalto, maggiore (ma potrebbe essere anche minore) sarà l'entità delle risorse trasferite”* (Cons. stato, ult. cit.).

Per quanto concerne, invece, il profilo **attinente all'indicazione delle risorse oggetto del contratto**, si segnala che ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

A riguardo, la giurisprudenza amministrativa consolidata ritiene che la specificazione dei mezzi oggetto del negozio non debba spingersi sino alla loro rigida quantificazione, ovvero all'esatta indicazione delle qualifiche e del numero del personale avvalso, bastando quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, corredata dai parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (cfr. Cons. Stato, III, n. 4935/2021 e IV, n. 3682/2017).

Tanto premesso, i Giudici di Palazzo Spada hanno a più riprese segnalato che diverso sia il contenuto necessario del contratto concluso - e diversamente si atteggi l'onere indicativo - a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo.

Infatti, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente, solo in tal caso sussisterebbe un onere di dettagliata indicazione all'interno del contratto (cfr., in termini, Cons. Stato, V, n. 6619/21).

Di contro, l'avvalimento di garanzia non richiederebbe di essere riferito a beni descritti ed individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali (cfr. Cons. Stato, IV, n. 6711/2021).

L'avvalimento di certificazione di qualità all'interno del medesimo RTI

Interessante risulta essere anche un'altra recentissima pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 6271/2021), in cui è stata presa in considerazione l'ipotesi del “prestito”, all'interno del medesimo raggruppamento temporaneo, del certificato di qualità ISO 9001.

In primis, il Collegio ha ricordato che un'impresa partecipante al raggruppamento può, in linea di principio, cedere un proprio requisito ad altra impresa dello stesso raggruppamento, mandataria o mandante.

Tuttavia, qualora il requisito oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità ISO 9001, il ricorso all'istituto comporta, come detto, che l'ausiliata utilizzi per l'esecuzione dei lavori il sistema organizzativo dell'ausiliaria, avvalendosi del medesimo complessivamente ed in modo continuativo, per tutta la durata dell'esecuzione dei lavori

Di talché, secondo i Giudici, se il requisito venisse fatto oggetto di avvalimento interno al raggruppamento, l'impresa ausiliaria se ne priverebbe a favore dell'impresa ausiliata, con la conseguenza che il requisito richiesto dalla *lex specialis* verrebbe a mancare

per almeno una delle imprese raggruppate - essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici.

In sintesi, stando a quanto evincibile dalla sentenza menzionata, il medesimo certificato di qualità non potrebbe essere “speso” contemporaneamente da due imprese facenti parte del medesimo RTI, quando entrambe necessitano del suo possesso ai fini della qualificazione, in quanto:

- *“o l’ausiliaria si priverebbe del requisito ceduto/prestato all’altro raggruppato, divenendo così a sua volta carente del requisito richiesto dalla disciplina di gara in capo a tutti i componenti del r.t.i.;*
- *o il requisito soggettivo verrebbe inopinatamente duplicato da parte dei medesimi raggruppati, in violazione della disciplina euro-unitaria ed interna sull’avvalimento”.*

La problematica dell’avvalimento c.d. premiale

Per avvalimento “premile” deve intendersi la prassi di utilizzare l’istituto dell’avvalimento non tanto per colmare la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara, bensì per ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell’offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all’operatore economico ausiliato. Sulla questione, si sono registrati orientamenti giurisprudenziali contrastanti: a fronte di un orientamento sostanzialmente favorevole e *prima facie* generalizzante (che muove dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entri a fare organicamente parte della complessiva offerta presentata dalla concorrente: cfr. C.G.A.R.S., I, n. 109/2016), si trova affermato un avviso apparentemente preclusivo (da ultimo ribadito – peraltro, con riferimento ad una fattispecie in cui l’ausiliata era già in possesso, in proprio, dei requisiti di partecipazione – da Cons. Stato, V, n. 1881/2020, nonché da n. 1916/2020) ed uno in certo senso intermedio (cfr. TAR Lazio (Roma), III, n. 3884/2019), che lo esclude nei casi in cui l’elemento di valutazione dell’offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare, ammettendolo per i requisiti speciali.

La questione è stata da ultimo esaminata dal Consiglio di Stato (Sez. V, n. 2526/2021), il quale ha dichiarato che, oltre a conseguire i requisiti di partecipazione di cui è carente, l’ausiliato è legittimato, nella presentazione della propria offerta, a contemplare anche beni prodotti o forniti dall’impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest’ultima.

A riguardo, il Collegio ha sottolineato che *“nel qual caso è evidente che i termini dell’offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l’attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all’esito dell’aggiudicazione e dell’affidamento del contratto”.*

Di contro, però, il Supremo Consesso ha ritenuto illegittimo *“che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell’ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest’ultima (che, in quanto tali, non qualificano operativamente ed integrativamente il tenore dell’offerta e non siano, perciò, oggetto di una prospettiva e specifica attività esecutiva)”.*

Pertanto, dovrebbe ritenersi precluso al concorrente che possieda già, in proprio, le risorse necessarie per l’esecuzione della commessa, ricorrere all’avvalimento all’esclusivo fine di conseguire un mero punteggio incrementale, perché a tale punteggio non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta (sul presupposto che i lavori verrebbero eseguiti, in concreto, dal concorrente – come detto, in possesso dei requisiti necessari - e non dall’ausiliaria).