

Le più recenti pronunce in tema di avvalimento

Si raggruppano, in questa sezione del saggio, le più recenti e significative pronunce in tema di avvalimento, opportunamente massimate.

In materia di avvalimento parziale o frazionato

Consiglio di Stato, sez. IV, 18.01.2023 n. 620

L'avvalimento parziale e quello frazionato sono ammessi sulla base dell'orientamento della Corte di Giustizia, Sez. V, del 10 ottobre 2013, causa C94/12, e di conseguenza, a tutto concedere, non può ritenersi illegittimo il cumulo del requisito del concorrente con il requisito dell'ausiliaria ai fini del raggiungimento della "soglia" prescritta dal bando (l'avvalimento non può essere consentito solo con riferimento ai cd. requisiti di punta – cfr. Cons. Stato, sez. III, 3364/2017).

Nota: Per giurisprudenza consolidata, l'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento al cd. requisito di punta, che deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, che attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara; il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo a una singola impresa (così Tar Campania, sez. I, 603/2020).

In materia di avvalimento della certificazione di qualità

Consiglio di Stato, sez. IV, 16.01.2023 n. 502

In linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario, grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso loro conforme (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre, in relazione ad essi, vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli, che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (in omaggio ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione).

In tale contesto, è stato chiarito che nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico-professionale, assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità, accertato da un organismo a ciò preposto.

E tuttavia, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile 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.

L'avvalimento deve, quindi, essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità, quale mero documento, e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi, di mezzi, personale, know how, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

In materia di **determinatezza e determinabilità del contratto di avvalimento**

[Consiglio di Stato, sez. V, 05.12.2022 n. 10604](#)

La normativa nazionale ed eurounitaria sull'avvalimento va interpretata nel senso che si configura la nullità del relativo contratto, nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso, dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

Quindi, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, occorre distinguere tra requisiti generali (di carattere economico, tecnico-operativo; ad esempio, fatturato globale o certificazione di qualità) e risorse.

Solamente per queste ultime è giustificata l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico, in quanto solo queste possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di cose che possono formare oggetto di diritti ex art. 821 c.c.

Perciò, solo in questo caso, l'oggetto del contratto deve essere determinato; in tutti gli altri casi, essendo sufficiente la sua semplice determinabilità.

In materia di **avvalimento nel caso di gara articolata in più lotti**

TAR Napoli, 10.10.2022 n. 6214

In via preliminare, va anzitutto chiarito che costituisce principio ormai consolidato in giurisprudenza, quello per cui, di norma, la gara articolata in più lotti, non costituisce un'unica procedura, ma tante gare autonome e distinte quanti sono i lotti.

Se, pertanto, la gara non può considerarsi unitaria, ma plurima, è irrilevante, ai fini della partecipazione della ricorrente alla gara per il lotto 1, la partecipazione della sua ausiliaria, in via autonoma e con l'utilizzo dei medesimi requisiti oggetto dell'avvalimento, per il lotto 5.

Un'interpretazione diversa sarebbe, infatti, contraria ai principi di concorrenza e favor participationis.

In materia di **differenza tra subappalto necessario e avvalimento**

[Consiglio di Stato, sez. V, 23.09.2022 n. 8223](#)

L'istituto del subappalto necessario e dell'avvalimento non rispondono alla medesima ratio, perciò non si possono estendere al primo le clausole di esclusione previste per il secondo.

Infatti, l'obbligo di indicare nell'offerta la terna dei subappaltatori e i servizi, che si intendono subappaltare, non trasforma il subappalto necessario (o qualificatorio) in istituto strutturalmente diverso dal subappalto facoltativo, in modo da rendere confondibili avvalimento e subappalto.

A differenza di quanto accade nell'avvalimento, nel caso di subappalto necessario il rapporto con l'impresa subappaltatrice non è attratto nella fase di gara, ma rileva nella fase di esecuzione dell'appalto.

Perciò, il subappaltatore non “presta” o “fornisce” alcunché al concorrente subappaltante.

Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti.

In materia di **avvalimento esperienziale**

Consiglio di Stato, sez. V, 24.08.2022 n. 7438

Con la sintetica formula linguistica di “avvalimento esperienziale”,

si fa riferimento alla forma di avvalimento operativo, che concerne i titoli di studio e professionali e le esperienze professionali, propri di altri soggetti, per cui è necessario che siano proprio questi ultimi a eseguire direttamente ed effettivamente i lavori o i servizi, per cui le loro capacità siano richieste.

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

In materia di **avvalimento premiale**

TAR Palermo, 25.07.2022 n. 2378

La questione dell'impiegabilità dell'istituto dell'avvalimento ai fini del conseguimento di un maggior punteggio dell'offerta tecnica è ampiamente dibattuta in giurisprudenza, la quale, con varie pronunce, non è giunta a soluzioni univoche.

*Il Collegio intende dare continuità alle conclusioni cui recentemente è giunto il giudice d'appello – sentenza **Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526** – il quale, con una soluzione mediana tra una totale apertura e una totale chiusura, ha sottolineato che “La funzione dell'avvalimento si specifica in relazione alla sua attitudine a dotare un operatore economico dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a una procedura di gara.*

Sta in ciò il fondamento del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire una migliore valutazione dell'offerta.

Nota: Si veda quanto disposto dal nuovissimo codice dei contratti pubblici in ordine all'istituto in parola (v. paragrafo 4. del presente saggio).

In materia di **incorporazione della dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria nel contratto di avvalimento**

Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2022 n. 5497

Sebbene la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante sia atto distinto rispetto alla produzione del contratto di avvalimento, occorre, tuttavia, considerare che, nella specie, il contratto di avvalimento conteneva una specifica dichiarazione nei seguenti termini, sottoscritta (anche) dall'ausiliaria: "l'impresa ausiliaria assume, con il presente contratto, la responsabilità solidale con l'impresa avvalente nei confronti della Stazione appaltante"; poco dopo si dichiarava inoltre: "Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

Alla luce di ciò, va osservato che, se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti, muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o corpus physicum) che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte.

In materia di **avvalimento dell'iscrizione in un elenco fornitori** strumentale all'invito a una procedura negoziata senza bando

Consiglio di Stato, sez. V, 17.06.2022 n. 4968

L'art. 3 lett. uuu) del codice dei contratti definisce le procedure negoziate come "le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

L'iscrizione all'elenco fornitori è null'altro che un procedimento strumentale alla scelta dei soggetti da invitare, che avviene, poi, in maniera casuale, mediante sorteggio o altra modalità definita dall'amministrazione.

Nulla osta a che l'iscrizione a tali elenchi sia effettuata utilizzando lo strumento dell'avvalimento.

Non va dimenticato, infatti, che tutta la disciplina della direttiva 2014/24/UE ha una funzione di incentivo a supporto delle forme di cooperazione tra imprese, alla luce dei principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Se l'iscrizione all'elenco fornitori è il presupposto per partecipare alla gara, impedire l'iscrizione significherebbe tagliare ingiustificatamente fuori dal mercato tutti gli operatori economici, che intendono partecipare mediante avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

In materia di **oggetto e contenuti minimi del contratto di avvalimento**

TAR Catania, 18.05.2022 n. 1364

L'art. 89 d.lgs. 50/2016 dispone che il contratto di avvalimento contenga, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Con tale norma il Codice dei contratti pubblici ha introdotto una forma di nullità di protezione dei requisiti di forma-contenuto del contratto di avvalimento, che invece mancava nella disciplina precedente, la quale si limitava a presidiare il principio di determinabilità del contenuto del contratto di avvalimento, affermando che esso debba riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" (v. art. 88 D.P.R. 207/2010).

Tale norma viene quindi a definire in modo specifico l'oggetto del contratto di avvalimento, che consiste nei requisiti forniti e nelle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

La giurisprudenza ha in proposito chiarito che:

1. l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento deve essere svolta sulla base delle generali regole dell'ermeneutica contrattuale, in particolare in base all'interpretazione delle clausole secondo buona fede;
2. sebbene il contratto non debba necessariamente specificare la quantificazione dei mezzi d'opera o l'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni, che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione;
3. è ammissibile l'avvalimento, che abbia a oggetto l'attestazione S.O.A., purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un requisito meramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo; perché ciò avvenga è necessaria l'integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria, diversamente il contratto di avvalimento si risolverebbe in una scatola vuota, ossia in un trasferimento documentale, cui non corrisponda alcun reale intervento dell'ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto;
4. un contratto di avvalimento, che applichi formule contrattuali generiche o meramente riprodotte del dato normativo o, ancora, si limiti a parafrasare la descrizione del requisito richiesto dalla *lex specialis*, non può considerarsi valido.