

L’Avalimento nel nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) e in particolare l’avalimento “premiaie”

1. “Storia” dell’avalimento

L’avalimento è un istituto di matrice eurounitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il principio generale che caratterizza l’istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare d’appalto, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all’esecuzione dell’appalto e richiesti dal relativo bando, ha facoltà di avvalersi delle capacità e dei mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avalimento.

L’avalimento è un istituto di matrice eurounitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Ben prima della sua codificazione, l’istituto è stato creato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea con la sentenza relativa al caso Bellast – Nedam Group C-389/94, ma soltanto con riferimento ai rapporti ai rapporti infragruppo, per cui il rapporto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria veniva concepito soltanto all’interno del gruppo imprenditoriale d’appartenenza.

La riconduzione dell’istituto entro detti limiti ha fatto sì che il carattere potenzialmente dirompente dello stesso venisse attenuato, quantomeno formalmente, poiché in tal modo – seppur derogando al tradizionale principio secondo cui ogni operatore deve possedere i requisiti necessari per l’esecuzione delle prestazioni in gara – detta deroga poteva trovar una giustificazione nell’ambito del gruppo imprenditoriale dove il “prestito” dei requisiti trovata la sua ragion d’essere nell’esistenza del collegamento societario.

Successivamente, con la pronuncia C-176/98 Holst – Italia la Corte Europea ha compiuto un ulteriore passo, riconoscendo l’ammissibilità dell’istituto non più soltanto nell’ambito infragruppo ma, in ossequio al maggior peso che il diritto europeo ha, da sempre, riconosciuto al principio della libera concorrenza, adottando un approccio sostanzialistico tramite cui, piuttosto che concentrarsi sui rapporti tra soggetto avvalente e soggetto avvalso, ha scelto di dar maggior peso alla necessità per il primo di fornire prova della effettiva disponibilità dei requisiti promessi dal secondo, per tutta la durata dell’appalto.

Tuttavia, prima di dette pronunce, il Legislatore europeo già aveva avuto modo di affrontare l’istituto con l’art. 3, par. n. 3 della Direttiva servizi 32/50/CEE che, solo per la capacità economico-finanziaria, disponeva che “qualora per giustificati motivi il prestatore non sia in grado di presentare le referenze richieste dall’amministrazione è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l’amministrazione stessa ritenga appropriato”; ancora, analogamente il successivo art. 32 prevedeva, per la dimostrazione della capacità tecnica, “l’indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità”.

L'impostazione affermata nei casi Holst Italia e Bellast Nedam Group è stata poi recepita dalle Direttive 17/2004 e 18/2004 secondo cui: i) l'avvalimento può riguardare qualsiasi requisito di natura tecnico-organizzativa o economico-finanziaria; ii) il concorrente può avvalersi anche per intero di un requisito non posseduto; la dimostrazione del possesso dei requisiti si estrinseca anzitutto nella prova che l'ausiliaria ha assunto lo specifico obbligo di porre a disposizione dell'ausiliata le risorse correlate alla dichiarazione di avvalimento; iii) l'accordo di avvalimento deve riguardare una determinata gara e può essere usato per dimostrare i requisiti necessari all'iscrizione ad un sistema di qualificazione a condizione che detto accordo intervenga tra imprese che fanno parte del medesimo gruppo societario (la limitazione ai legami infragruppo non opera, tuttavia, per i settori speciali).

2. L'introduzione dell'avvalimento nell'ordinamento nazionale

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'avvalimento è avvenuta con il d.lgs. 163/2006, con il quale il legislatore si è premurato di tutelare principalmente la posizione della stazione appaltante in caso di ricorso all'istituto in questione, rafforzando i principi di trasparenza e concorrenzialità, al fine di prevenire rischi d'inquinamento delle gare, in particolare prevedendo un divieto per l'ausiliaria di partecipare – sia a titolo individuale sia quale componente di R.T.I. o di consorzio – alla medesima gara in cui ella presti altresì i suoi requisiti. Detto divieto si estendeva anche a quelle imprese che, rispetto all'ausiliaria, si pongono con questa in un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c..

Vi era inoltre la limitazione del ricorso all'istituto dell'avvalimento rispetto ai lavori pubblici, in cui era possibile ricorrere ad una sola ausiliaria per ogni categoria di qualificazione (c.d. divieto di avvalimento plurimo). Tuttavia, detta limitazione poteva essere derogata allorché la stazione appaltante – in virtù dell'importo della procedura ovvero della specificità delle prestazioni – ammetteva il ricorso a più ausiliarie attraverso apposita previsione nel bando di gara. Restava fermo il divieto c.d. avvalimento frazionato rispetto ai singoli requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi ex art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria (cfr. Corte di Giustizia C-94/2012 con cui è stato dichiarato il contrasto della norma italiana con la disciplina europea).

Ulteriore limitazione consisteva nel fatto che l'impresa ausiliaria potesse prestare i propri requisiti solo ed esclusivamente a favore di un unico concorrente (c.d. principio di esclusività), che ha tuttavia subito delle deroghe laddove in sede di prassi applicativa laddove erano richiesti requisiti tecnici relativamente al possesso di particolari attrezzature non facilmente reperibili e pertanto, più concorrenti possono avvalersi della stessa ausiliaria fino al numero massimo previsto nella lex specialis.

Successivamente, con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, sono stati ampliati gli orizzonti applicativi dell'avvalimento. L'articolo 89, comma 1, del previgente Codice dei contratti prevedeva infatti che: "l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, 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, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto erano stati tracciati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali'). L'obiettivo era l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile: esso è perseguito dalle

direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ma allo stesso tempo delle Stazioni appaltanti, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'avvalimento poteva essere pacificamente utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che facevano riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa). Viceversa era precluso per i requisiti generali (o soggettivi), i quali sono intrinsecamente legati alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione (l'art. 49 del d.lgs. 163/2006 prevedeva già che sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata ne fossero provviste direttamente).

La messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente 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 in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.

Dal punto di vista applicativo, la problematica maggiormente dibattuta in seno alla giurisprudenza amministrativa investiva la dimostrazione del possesso dei mezzi, e dell'effettività e serietà della messa a disposizione. Era infatti onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegnava semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assumeva l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

E' stato più volte rilevato che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente 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 in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito di qualità.

In altri termini, ad avviso della consolidata giurisprudenza, risultava insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti: è stata infatti ritenuta legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di contratto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (cfr., ex multis, Cds, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

3. Le novità del nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) e l'avvalimento "premiaie"

La principale novità del d.lgs. 36/2023 consiste nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria. Si tratta, in questo ultimo caso, di un "avvalimento premiaie", con il limite del divieto di partecipazione alla medesima gara della ausiliaria e della ausiliata, e con l'obbligo per ditta ausiliaria di possedere sia i requisiti generali che quelli specifici.

La principale novità del d.lgs. 36/2023 consiste nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria (avvalimento "premier").

In particolare, l'articolo 104 del nuovo codice dei contratti descrive l'avvalimento come il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

Il comma 2 dell'art. 104 precisa che, qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

Il comma 3 puntualizza che, qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. In tal caso si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

Il comma 4 dell'art. 104 precisa che l'operatore economico debba allegare alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale;
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 (requisiti di ordine speciale) per i servizi e le forniture;
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Il comma 5 dell'articolo in esame prevede che, in caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15 (segnalazione all'ANAC), nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico.

Inoltre, l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal

fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

L'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, come anticipato, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

4. L'avvalimento "premile" tra vecchio e nuovo codice: il divieto di applicazione retroattiva

Visto al paragrafo che precede in cosa consista l'avvalimento premiale, va detto che nella vigenza del d.lgs. 50/2016, dove mancava la sua espressa previsione, tale possibilità era per lo più preclusa dalla giurisprudenza prevalente.

Secondo la giurisprudenza pronunciata in vigenza del d.lgs. 50/2016, infatti, l'avvalimento "premile" poteva essere consentito solo qualora lo scopo principale del contratto fosse quello di ottenere anche (e soprattutto) dei requisiti di "partecipazione", con possibilità che gli stessi, permettessero poi di realizzare un maggior punteggio qualitativo (ex multis Cds, Sez. V, n. 2526/2021)

Invero, la ratio della tesi giurisprudenziale contraria si fondava sul rilievo che il mero prestito dei requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara, rischiava di alterare la par condicio fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

In tale prospettiva, i limiti al ricorso all'avvalimento derivano dalla ratio dell'istituto, che consiste esclusivamente nel favor participationis per gli operatori economici sprovvisti dei requisiti di carattere economico-finanziario, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a un appalto pubblico. Pertanto, qualora il contratto di avvalimento venga utilizzato per ragioni che esulano dalla necessità di ovviare al mancato possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis, ciò si tramuta in uno sviamento della fisiologica funzione pro concorrenziale, verso una situazione patologica finalizzata al solo tentativo di ottenere una migliore valutazione dell'offerta tecnica, senza che a ciò corrisponda una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

Tale essendo la posizione della giurisprudenza assolutamente prevalente nella vigenza del D. lgs 50/2016, va rilevato come oggi il legislatore non si ponga più esclusivamente nella prospettiva di una messa a disposizione dei soli requisiti di partecipazione, avendo nell'art. 104 del d.lgs. 36/2023 contemplato anche la possibilità di un avvalimento "per migliorare la propria offerta" (cfr. art. 104, co. 4), consistente nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica, determinando il definitivo superamento del divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale.

Secondo la recente giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 04/08/2023 n. 4756), in merito all'avvalimento premiale "puro" di cui all'art. 104, co. 4, d.lgs. 36/2023, tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro

interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti.

Come correttamente evidenziato dalla recente giurisprudenza formatasi nella vigenza del previgente codice (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 04/08/2023 n. 4756), tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti.

La contraria opzione comporterebbe quantomeno una lesione della par condicio dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara con riferimento espresso nella lex specialis all'art. 89 del D. Lgs 50/2016, ed ai connessi limiti con cui lo stesso è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta.

Ancor più recentemente, la giurisprudenza ha ribadito il principio di irretroattività dell'avvalimento premiale nella vigenza del vecchio codice, affermando che <<la giurisprudenza esclude l'ammissibilità dell'avvalimento meramente premiale, utilizzato dal concorrente già in possesso dei requisiti di partecipazione, all'unico ed esclusivo fine di disporre di ulteriori elementi da spendere nell'ambito dell'offerta tecnica e di conseguire il relativo punteggio premiale; la medesima giurisprudenza ammette invece l'avvalimento premiale da parte del concorrente che non sia già in possesso dei requisiti di partecipazione, al fine di disporre sia dei citati requisiti sia dei correlati elementi utili a comporre l'offerta tecnica e a costituire oggetto di valutazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449, Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347). In tal caso il ricorso all'avvalimento risulta conforme alle caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto e alla sua logica pro concorrenziale, operando a favore non dell'operatore economico che miri esclusivamente alla maggiore valorizzazione della propria offerta ma di quello che, privo dei requisiti di partecipazione, disponga delle risorse messe a disposizione per meglio articolare la propria offerta>> (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014).

Infatti, se con l'avvalimento l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti speciali di partecipazione di cui questa risulta carente e le connesse risorse aziendali, allora non può escludersi che l'impresa ausiliata, nella formulazione della offerta tecnica, utilizzi le medesime risorse, di cui può e deve disporre nella fase di esecuzione del contratto proprio sulla base del rapporto di avvalimento, al fine di comporre una proposta tecnica che possa essere maggiormente apprezzata dalla Stazione appaltante e conseguire i punteggi premiali previsti.

Il TAR Campania ha dunque concluso affermando che <<Tale elaborazione risulta coerente con l'impostazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (espressamente richiamato dal par. 3 dell'avviso e applicabile alla procedura in questione, svoltasi nel vigore del citato decreto), tuttavia modificata dal nuovo art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 (non applicabile ratione temporis alla procedura) che, innovando e non meramente interpretando la previgente disciplina, consente l'avvalimento premiale puro ovvero l'avvalimento finalizzato non alla partecipazione ma all'esclusivo conseguimento delle risorse necessarie all'attribuzione di punteggi incrementali, sia pure con il limite partecipativo previsto dalla medesima disposizione quale opportuno temperamento a tutela dei rapporti concorrenziali>>.