

Corso di alta formazione per il personale della ASL di Benevento

Lezione del 15.12.2023

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI - II PARTE

A) I requisiti di idoneità professionale e la capacità economica finanziaria.

L'art. 100 del D.Lgs. n. 36/2023 disciplina i “*requisiti di ordine speciale*”, da intendersi come criteri oggettivi mediante i quali le stazioni appaltanti procedono alla selezione dei partecipanti alla gara.

I requisiti di ordine speciale sono:

- a) l'idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali

L'elencazione della tipologia dei requisiti speciali è tassativa e la loro indicazione nella *lex specialis* deve essere proporzionata ed inerente all'oggetto dell'appalto.

I **requisiti di idoneità professionale**, sono così indicati dal Codice degli Appalti:

a) per le procedure di appalti di servizi e forniture, è richiesta l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto.

All'operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del d.P.R. 445/2000, di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato II.11.

b) Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, è richiesto che gli operatori economici siano qualificati.

L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC, che sostituiranno le SOA.

Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12.

Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto.

Come chiarito dalla giurisprudenza relativa al codice del 2016, ma astrattamente valevole anche per il nuovo Codice, *“l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria dei partecipanti alla gara; la sua utilità sostanziale è, infatti, quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Quando, dunque, il bando richiede il possesso di una determinata qualificazione dell'attività e l'indicazione nel certificato camerale dell'attività stessa, quest'ultima va intesa in senso strumentale e funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato, costituente il requisito di interesse sostanziale della Stazione appaltante; pertanto, sebbene eventuali imprecisioni della descrizione dell'attività risultanti dal certificato camerale non possono determinare l'esclusione del concorrente che ha dimostrato l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi di esperienza e di qualificazione richiesti dal bando, nondimeno non può ritenersi irragionevole o illogica la previsione della legge di gara che richieda l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, poiché tale iscrizione è finalizzata a dare atto dell'effettivo ed attuale svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, esprimendo soltanto ulteriori indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.”* (Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 8.11.2017, n. 5170; Consiglio di Stato, sez. V, 25.7.2019,

n. 5257; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 11.11.2022, n. 14748, Consiglio di Stato, sez. V, 16/01/2023, n.529).

Quanto al **requisito della capacità economica e finanziaria**, l'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 rinvia all'adozione di un regolamento per la sua precisazione.

Medio tempore, il comma 11 dello stesso art. 100, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, prevede che *“le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura”*.

In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, *“salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto”*.

Sulla prova dei requisiti di capacità economica e finanziaria è stato chiarito che la Stazione Appaltante *“può richiedere che gli operatori economici dimostrino un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto, fermo restando che tale fatturato non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate e che, comunque, in ogni caso in cui è richiesto un fatturato minimo annuo, ne siano indicate le ragioni nei documenti di gara”* (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 06/05/2019, n. 2435).

Da ultimo, il **requisito della capacità tecnica e professionale** può essere dimostrato mediante comprova *“di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”*.

Siffatto requisito deve essere dimostrato mediante l'effettivo svolgimento dell'attività necessaria per partecipare alla gara pubblica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1.6.2021, n. 4203; Consiglio di Stato, sez. V, 21.5.2018, n. 3035).

Il requisito dell'attività svolta, comprovato mediante il fatturato, può essere utilizzato anche ai fini della dimostrazione della capacità tecnico-professionale.

Ed invero, è stato rilevato che “*le disposizioni di cui agli artt. 83, commi 4 e 5, d.lg. n. 50/2016 e 86, comma 5 del medesimo d.lgs. distinguono nettamente la disciplina dei requisiti di capacità economica e finanziaria rispetto a quelli di capacità tecnica e professionale. Per i primi, l’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 prevede come parametro di riferimento il fatturato minimo annuo che non può essere di importo superiore al doppio del valore stimato dell’appalto e per la cui richiesta è previsto uno specifico onere motivazionale in capo alla Stazione appaltante. Anche per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale il Codice consente di utilizzare il fatturato, ma tale parametro deve essere rapportato non già al singolo (e magari ultimo) anno, come per la capacità economica e finanziaria, ma all’ultimo triennio con possibilità di estendere l’arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto, attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale, la Stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell’affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell’esecuzione dell’appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria. Ne consegue che l’esperienza è da qualificarsi senza dubbio come manifestazione di capacità tecnico-professionale e, d’altronde, la sua specificità è quella di attestare, attraverso precedenti esperienze, che l’operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l’esecuzione del contratto*” (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 07/01/2022, n.132).

Sul punto, è stato inoltre precisato che “*per comprovare la capacità tecnica e professionale, poi, le Stazioni Appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità. Il Codice degli Appalti distingue, pertanto, nettamente la disciplina dei requisiti di capacità economica e finanziaria rispetto a quelli di capacità tecnica e professionale. Per i primi, l’art. 83 del d.lg. n. 50/2016 prevede come parametro di riferimento il «fatturato minimo annuo» che non può essere di importo superiore al doppio del valore stimato*

dell'appalto e per la cui richiesta è previsto uno specifico onere motivazionale in capo alla Stazione Appaltante. Anche per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale il Codice consente di utilizzare il fatturato, ma tale parametro deve essere rapportato non già al singolo (e magari ultimo) anno, come per la capacità economica e finanziaria, ma all'ultimo triennio con possibilità di estendere l'arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale la Stazione Appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello a cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria” (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 06/05/2019, n. 2435).

Significativa, sul punto, è quella giurisprudenza secondo cui “il requisito del fatturato specifico, in linea di principio afferente alla solidità economica dell'impresa, può essere considerato dalla lex specialis di gara anche quale indice di capacità tecnica, se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto deriva da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto. Nello specifico si afferma che per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale, il Codice consente di utilizzare il fatturato, ma tale parametro deve essere rapportato non già al singolo (e magari ultimo) anno, come per la capacità economica e finanziaria, ma all'ultimo triennio con possibilità di estendere l'arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto, attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale, la Stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria. Ne consegue che l'esperienza è da qualificarsi senza dubbio come manifestazione di capacità tecnico-professionale e, d'altronde, la sua specificità è quella di attestare,

attraverso precedenti esperienze, che l'operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l'esecuzione del contratto" (cfr. T.A.R. Lazio - Roma, sez. V, 3.1.2023, n. 93. Analogamente, si v. Tar Campania - Napoli, sez. V, 7.1.2022 n. 132; Tar Campania - Napoli, sez. I, 19.11.2018 n. 6689).

Sui requisiti speciali, merita particolare attenzione l'art. 103 del Codice degli Appalti, relativo a "*Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo*".

Ai sensi dell'art. 103 citato, per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre ai requisiti di cui all'articolo 100, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi:

a) per verificare la capacità economico-finanziaria dell'operatore economico; in tal caso quest'ultimo fornisce i parametri economico-finanziari significativi richiesti, certificati da società di revisione ovvero da altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione, da cui emerga in modo inequivoco l'esposizione finanziaria dell'operatore economico al momento in cui partecipa a una gara di appalto; in alternativa, la stazione appaltante può richiedere un volume d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara, che l'operatore economico deve aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando;

b) per verificare la capacità professionale per gli appalti per i quali è richiesta la classifica illimitata; in tal caso l'operatore economico fornisce prova di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

B) L'avvalimento: presupposti, caratteri e natura.

Il contratto di avvalimento è il contratto con cui una o più imprese ausiliare si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico, concorrente in una procedura di gara, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata della gara.

La possibilità che un operatore economico, al fine di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici, prodromici alla partecipazione ad una gara di appalto, si avvalga della capacità di altri, deriva dalla giurisprudenza comunitaria che consente tale possibilità a condizione che l'operatore sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti, necessari all'esecuzione del contratto (cf. CGUE, 14 aprile 1994, C-389/92; CGUE, 2 dicembre 1999, C-176/98).

Gli orientamenti giurisprudenziali unionali sono confluiti nell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, recepito nell'art. 89 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successivamente, nell'art. 104 del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

L'ambito oggettivo di operatività dell'avvalimento coincide con i requisiti di capacità economico, finanziario, tecnico e professionale, restando esclusi i requisiti di idoneità professionale, appartenenti all'ambito soggettivo degli operatori economici.

Sotto il profilo causale, l'avvalimento realizza uno scambio economico-giuridico tra due operatori economici, in cui l'uno ottiene il vantaggio di partecipare alla gara, nonostante la sua consistenza tecnico-economica non glielo consentirebbe, l'altro consegue il vantaggio di non sopportare gli oneri della partecipazione, accontentandosi di assicurarsi, per tale astensione, un corrispettivo monetario o un altro vantaggio di natura economica.

Quanto al contenuto del contratto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 23 del 4.11.2016, ha precisato l'entità della forma-contenuto del contratto di avvalimento ai fini della validità, evidenziando la necessità di evitare che il prestito del requisito si riduca ad una dichiarazione di impegno meramente formale, inidonea a garantire la stazione appaltante in ordine alla solidità economico-finanziaria del concorrente ausiliato.

Più precisamente, con siffatta decisione, l'organo nomofilattico ha chiarito che *“deve ritenersi che l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare “in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”, non legittimi né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia*

stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. 'requisito della forma-contenuto'.

5.6.1. In ipotesi quale quella che qui viene in rilievo, quindi, l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto (anche ai fini dell'individuazione di eventuali forme di invalidità) deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base:

- dell'articolo 1363 cod. civ. (rubricato 'Interpretazione complessiva delle clausole'), secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e

- dell'articolo 1367 del medesimo codice (rubricato 'Conservazione del contratto'), secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno".

Si è soliti distinguere tra avvalimento riguardante i requisiti di capacità tecnica e professionale (cd. avvalimento operativo), laddove l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, e l'avvalimento riguardante la capacità economica e finanziaria (cd. avvalimento di garanzia), nel quale non è necessario specificare i beni patrimoniali, giacché è sufficiente il mero impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la solidità finanziaria.

Più precisamente, in caso di avvalimento operativo *"la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa concorrente - ausiliata deve essere concreta ed effettiva, non potendo risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Risulta, dunque, necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, con l'indicazione precisa dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto. Occorre, a tal fine, che sia fornita un'analitica e dettagliata elencazione delle risorse umane e dei beni*

strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, in modo da consentire alla S.A. di conoscere ex ante la consistenza del complesso dei fattori tecnico - organizzativi offerti in prestito dall'ausiliaria. Solo in tal modo, la S.A. è posta in grado di valutare l'idoneità in concreto delle imprese concorrenti, in ragione dell'insieme dei mezzi organizzativi e produttivi di cui dispongono, ad eseguire l'appalto in conformità alle esigenze e agli interessi che la S.A. intende soddisfare e che risultano dalla legge di gara. Va da sé che, nelle gare pubbliche, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (nel caso di specie, non vi è alcun riferimento nei contratti di avvalimento all'effettiva dotazione di persone di cui si dispone e oggetto di prestito, di modo che non può ritenersi fornita l'assicurazione circa il possesso dell'esperienza professionale richiesta in capo alla concorrente - ausiliata, non potendo considerarsi idoneo il ricorso a plurimi avvalimenti frazionati)" (cfr, ex multis, T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 08/01/2020, n.91

Diversamente, nel caso di avvalimento di garanzia *"non è necessario che la dichiarazione contrattuale si presenti specifica e analitica, riferendosi a specifici beni o indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale ed esperienziale, ma è sufficiente che emerga, con riferimento a tali profili, l'impegno contrattuale a prestarsi e a mettersi a disposizione dell'operatore economico concorrente"* (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. IV, 10.10.2022, n. 6214)

Con specifico riferimento alle differenze tra l'avvalimento operativo e quello di garanzia, la giurisprudenza è granitica nell'affermare che *"a seconda che si tratti di avvalimento di c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico e operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e*

specificatamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente, atteso che solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lg. n. 50 del 2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30/03/2023, n. 3300); “Nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'impresa ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto; diversamente, nell'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di capacità economico-finanziaria, onde è sufficiente l'impegno contrattuale a «prestare» all'ausiliata la sua solidità economica, garantendo una maggiore affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità” (cfr. T.A.R. Liguria - Genova, sez. I, 6.2.2023, n. 170); “in caso di ricorso all'avvalimento di garanzia, non è necessario che la dichiarazione contrattuale si presenti specifica e analitica, riferendosi a specifici beni o indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale ed esperenziale, ma è sufficiente che emerga, con riferimento a tali profili, l'impegno contrattuale a prestarsi e a mettersi a disposizione dell'operatore economico concorrente” (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. IV, 10.10.2022, n. 6214).

B.1.) Alcune ipotesi particolari di avvalimento: l'avvalimento della certificazione di qualità

Quando la *lex specialis* richiede il necessario possesso della certificazione di qualità per una determinata categoria di lavori o di servizi, è possibile, per l'impresa carente, ottenere siffatta certificazione in avvalimento.

La peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti gli elementi della produzione e di tutte le risorse che gli hanno consentito di acquisire la

certificazione di qualità (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 27.7.2017, n. 3710; Consiglio di Stato, Sezione V, 18.3.2019, n. 1730).

Si tratta di un avvalimento complessivo, avente ad oggetto un requisito “*inscindibile*”, nel senso che la medesima organizzazione aziendale (comprensiva, non solo del personale operativo, ma anche di quello preposto al controllo di qualità, degli audit periodici e delle procedure del Sistema di Gestione Qualità ISO 9001) non può essere contemporaneamente utilizzata dall’ausiliata e messa a disposizione dell’ausiliaria.

Tale specie di avvalimento è consentita a prescindere dal fatto che venga prestata insieme all’organizzazione aziendale anche la garanzia che sia proprio l’organizzazione aziendale dell’impresa ausiliaria ad eseguire direttamente le prestazioni oggetto di appalto.

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere ammissibile l’avvalimento delle certificazioni di qualità (*ex multis*, Ad. Plen Cons. Stato 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710; Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765; Cons. Stato, V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730; Consiglio di Stato sez. V, 13/09/2021, n.6271).

Sul punto, il Consiglio di Stato, con la sentenza non definitiva del, 17/03/2020, n. 1920, ha rimesso all’Adunanza plenaria la seguente questione: “*se rientrano nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all’art. 83, comma 8, ultimo inciso, d.lg. n. 50 del 2016, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d’invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all’avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall’art. 89, d.lg. n. 50 del 2016, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale; in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all’avvalimento dell’attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA*”.

La Plenaria, con la decisione del 16/10/2020, n. 22 ha espresso il seguente principio di diritto: *“La clausola del disciplinare di gara che subordini l’avalimento dell’attestazione Soa alla produzione, in sede di gara, dell’attestazione Soa anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, d.lg. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell’art. 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo”*.

La giurisprudenza successiva ha chiarito che *“è ammissibile l’avalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva 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 a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21.12.2021, n. 8486; Consiglio di Stato, sez. V, 10.1.2022, n. 169), nonché *“Quando oggetto dell’avalimento è un’attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell’idoneità del contratto, che l’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale - comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse - che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l’attestazione da mettere a disposizione”* (cfr. T.A.R. Piemonte - Torino, sez. II, 28.11.2019, n. 1188).

B.2) L’avalimento premiale

Secondo un orientamento giurisprudenziale, l’avalimento non può essere valutato nel computo dei punteggi dell’offerta tecnica.

Più precisamente è stato affermato che *“l’avalimento costituisce istituto eccezionale e specifico per la partecipazione alle gare, sicché la documentazione prodotta a tal fine dal concorrente non può rilevare anche per l’attribuzione del punteggio all’offerta tecnica dello stesso, ugualmente nel caso in cui si sia in presenza di un criterio che premia le caratteristiche strutturali del concorrente medesimo, anche perché quando*

elemento di valutazione dell'offerta tecnica sia un requisito soggettivo, ma richiesto per meglio apprezzare l'affidabilità dell'offerta o valorizzarne i contenuti e le caratteristiche, e non per selezionare a monte ed in astratto il singolo operatore economico, il requisito medesimo non può essere preso in prestito da un operatore economico diverso da quello cui, ai sensi dello stesso art. 89, comma 8, del Codice dei contratti pubblici sarebbe affidata l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione” (cfr. T.A.R. Emilia – Romagna sede di Parma, sez. I, 24.9.2020, n. 162).

In brevi parole, “l'avvalimento serve a consentire ad un'impresa di partecipare utilizzando in prestito i requisiti di altra impresa, non anche per conseguire un punteggio più elevato in relazione all'offerta tecnica” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27.7.2020, n. 4785).

Tuttavia, siffatto orientamento è stato superato da Consiglio di Stato, Sez. V, 25.3.2021, n.2526, laddove è stato affermato che: *“La problematica dell'avvalimento c.d. premiale (che evoca, in buona sostanza, la praticabilità del suo utilizzato anche ai fini del riconoscimento di 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) postula, alla luce della diffusa e non sempre inequivoca elaborazione giurisprudenziale, di essere ricondotta ai suoi esatti termini.*

Invero, come con puntualità evidenziato dal primo giudice, 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. CGARS, sez. I, 15 aprile 2016, n. 109), 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, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881) ed uno in certo senso intermedio, sposato dalla

sentenza appellata, 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.

2.2.- Il Collegio ritiene, alla luce delle considerazioni che seguono, che si tratti di un contrasto piuttosto apparente che reale.

Come è noto, la funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, nella prospettiva proconcorrenziale 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, operante sia sul piano interno dei "legami" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (cfr. art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata ad utrasque) - di una effettiva 'messa a disposizione' di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti al c.d. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l'ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5).

Per tal via, la (concreta) funzione dell'avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che

ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara".

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, la ricordata Cons. Stato n. 1881/2020), del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi - potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti - miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, propter tenorem rationis, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Con più lungo discorso, appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: 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.

Deve, per contro, ritenersi precluso 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 prospettica e specifica attività esecutiva): ciò che, appunto, deve segnatamente dirsi nella ipotesi in cui il concorrente posseda già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

Del resto, a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa ratio proconcorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di par condicio dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo.

In questo senso, anzi, trova piena giustificazione la genericità tipologica che connota, per espressa opzione positiva, l'avvalimento, il cui tratto essenziale (fatto palese dalla evidente labilità connotativa della relativa formula linguistica) è proprio quello della irrilevanza, per la stazione appaltante, della natura dei rapporti sottostanti tra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, in quanto ciò che occorre accertare è solo che il primo dimostri di poter disporre, a qualsiasi titolo, dei mezzi della seconda.

Se così è, non è esatto l'assunto, che dà corpo alla tesi dell'appellante, per cui l'avvalimento rilevi soli ai fini della qualificazione e non anche (alle riassunte condizioni) per la valutazione dell'offerta (come accaduto nel caso di specie).

Per l'effetto, sotto il profilo in questione, l'appello non è fondato”.

I requisiti non trasferibili.

Dall'art. 104 D. Lgs. n. 36/2023 si desume che l'avvalimento concerne esclusivamente i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, dovendosi escludere i requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94 - 98 del Codice degli Appalti. In materia, dall'analisi della giurisprudenza possono essere individuati i seguenti casi di esclusione del contratto di avvalimento:

- *“l'avvalimento è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze, avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria; fanno, quindi, eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale (c.d. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (c.d. requisiti professionali), atteso che tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore, a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la P.A. Invero, ai sensi dell'art. 89, d.lgs. n. 50/2016, l'operatore economico può soddisfare con l'avvalimento la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice dei contratti pubblici. Con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), il requisito richiesto dalle Stazioni Appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve, invece, intendersi strettamente connesso alla capacità soggettiva dell'operatore economico e, pertanto, non può formare oggetto di avvalimento”* (T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, 15.7.2020, n. 3137);

- *“è vietato impiegare l'avvalimento laddove l'operatore, in possesso di requisiti di partecipazione, decida di avvalersi (comunque) dei requisiti di un altro operatore al fine di impiegare a proprio vantaggio le capacità tecniche ed economiche dell'ausiliaria in vista della valutazione della propria offerta tecnica e/o economica.*

In presenza di queste circostanze, il ricorso all'avvalimento realizza una violazione frontale della disposizione che lo prevede” (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 18.6.2020, n. 6704);

- “Posto che l'impresa ai fini della partecipazione, deve produrre contratto di avvalimento con puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario che l'ausiliaria intende mettere a disposizione dell'offerente, non è consentito indicare come ausiliaria per i requisiti tecnico organizzativi una azienda diversa da quella per la quale viene poi prodotta documentazione riguardante la possidenza di tali requisiti e di cui in origine l'impresa non aveva dichiarato di avvalersi per tale aspetto, tanto da dover procedere ad integrazione del contratto di avvalimento. L'integrazione, dunque, viola tanto il principio della necessaria specificità dell'avvalimento ex art. 89 c.c.p. , sia quello di inammissibile integrazione di possesso di requisiti non posseduti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Deve dunque escludersi la soccorribilità dell'avvalimento riguardante requisiti per la partecipazione alla gara che devono essere posseduti e documentati alla data di presentazione dell'offerta” (cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 10/03/2020, n. 451);

- “in materia di procedure di gare pubbliche, l'iscrizione in albi professionali integra un requisito di idoneità professionale e non di capacità tecnica e, di conseguenza, non è suscettibile di avvalimento” (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22/03/2023, n. 2894);

- “L'iscrizione al registro delle imprese è requisito che non può essere prestato mediante il ricorso all'avvalimento. Infatti la norma che lo impone è diretta ad assicurare l'astratta idoneità professionale dell'operatore economico a svolgere l'attività imprenditoriale in un determinato settore, sul presupposto che si tratti di impresa che abitualmente esercita in concreto quella certa attività in quel determinato settore commerciale o economico. In particolare, l'iscrizione al registro delle imprese di pulizie, per come disciplinata, non è giuridicamente ammissibile se non collegata alla iscrizione in una delle fasce di classificazione previste dalla legge dalla legge n. 82 del 1994 e dal regolamento di esecuzione (approvato con il decreto ministeriale n.

274 del 1997), il cui art. 3 (Fasce di classificazione) dispone che «[l]e imprese di pulizia, ai fini della partecipazione secondo la normativa comunitaria alle procedure di affidamento dei servizi di cui all'articolo 1 della legge 25 gennaio 1994, n. 82, sono iscritte, a domanda, nel registro delle imprese o nell'albo delle imprese artigiane, secondo le seguenti fasce di classificazione di volume di affari [...]». Ne deriva che il divieto di avvalimento riguarda l'iscrizione nel registro delle imprese di pulizie in quanto collegata a una delle fasce di classificazione, e implica la preclusione ad avvalersi della capacità di terzi anche per la sola maggiore classifica in possesso di questi» (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 16/11/2020, n. 7037);

- “L'iscrizione ad albi (come all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico) costituisce requisito indispensabile per prestare l'attività (nella specie di gestore del servizio di trasporto scolastico) e perciò quando è richiesto dal bando di gara quale “requisito di idoneità professionale” ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, deve essere posseduto in proprio dall'operatore” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 09/03/2020, n. 1667);

- “il possesso di una certificazione ambientale, sulla base del disposto dell'art. 95, comma 6, d.lg. n. 50/2016, ben può essere considerato in una gara pubblica non già come requisito per ammettere il concorrente alla gara, ma come elemento di valutazione dell'offerta, con la conseguenza che, in tal caso, non è consentito il ricorso all'istituto dell'avvalimento al fine di beneficiare del punteggio previsto in relazione al possesso di tale certificazione che costituisce elemento caratterizzante l'offerta. Infatti, in base al dato testuale dell'art. 89, comma 1, d.lg. n. 50/2016, l'istituto dell'avvalimento è costruito sull'esigenza dell'operatore economico di “soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara”, mentre non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta” (cfr. T.A.R. Toscana - Firenze, sez. II, 6.2.2019, n. 185).

Sull'avvalimento plurimo o frazionato

Ulteriore ipotesi particolare e discussa sul contratto in esame, afferisce alla possibilità per un operatore economico di utilizzare più contratti di avvalimento ai fini della comprova di un requisito.

L'argomento, originariamente discusso in ambito nazionale, è stato affrontato dalla giurisprudenza unionale che ha affermato: *“Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese (la Corte si è così pronunciata in merito ad una controversia relativa all'esclusione di un raggruppamento temporaneo di imprese dalla procedura di aggiudicazione di appalto di lavori di ammodernamento ed ampliamento di una strada provinciale; il raggruppamento temporaneo d'impresa era stato escluso dalla gara d'appalto in considerazione del divieto generale di avvalimento plurimo all'interno della medesima categoria di qualificazione, ai sensi dell'art. 49, sesto comma, d.l.g. n. 163/2006)”* (cfr. CGUE, sez. V, 10.10.2013, n. 94).

Conseguentemente, la giurisprudenza nazionale, uniformandosi agli indirizzi di quella sovranazionale, ha ritenuto che *“secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia U.E., sez. V, nella sentenza 10 ottobre 2013 in causa C94/12, nelle gare pubbliche deve considerarsi ammissibile il c.d. avvalimento plurimo o frazionato, con il quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto di appalto raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5.12.2014, n. 5987), nonché *“non sussiste il divieto dell'utilizzo dell'avvalimento frazionato alla luce della sentenza della CGUE, 10 ottobre 2013, C-*

94/12, secondo la quale l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice può essere dimostrata, sia utilizzando l'avvalimento frazionato che l'avvalimento plurimo, poiché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17.3.2014, n. 1327).

Più recentemente è stato affermato che:

- "Alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'UE (sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12), e della conseguente riforma legislativa di cui all'art. 21 della L. 161/2014, che ha modificato l'art. 49 del codice dei contratti pubblici, occorre riconoscere cittadinanza nell'ordinamento interno - in tema di appalti per l'affidamento di lavori pubblici - agli istituti dell'avvalimento « plurimo » e « frazionato ». In particolare, il primo ricorre allorché il concorrente integra il difetto dei propri requisiti di capacità, come richiesti dal bando, avvalendosi dell'ausilio di più imprese, ciascuna delle quali supplisce integralmente una determinata tipologia di requisito mancante al concorrente (ad esempio, un'ausiliaria fornisce i requisiti tecnico operativi; un'altra fornisce quelli di capacità economica, ecc.); la seconda tipologia di avvalimento (cd. frazionato) ricorre, invece, allorché il concorrente si avvale di una impresa ausiliaria che, da sola, non possiede i requisiti di capacità richiesti dal bando, ma riesce a raggiungere tale soglia minima cumulando i propri requisiti con quelli (anch'essi, da soli, insufficienti) di cui il concorrente è autonomamente provvisto. Pertanto, il ricorso all'avvalimento frazionato non può costituire causa di esclusione del concorrente da una gara" (cfr. T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 7.4.2016, n. 984);

- "L'avvalimento plurimo è ammesso - finanche in costanza del divieto di frazionamento - alla condizione che ciascuna delle imprese ausiliarie sia in possesso autonomamente dell'integrale requisito di ordine economico e finanziario necessario al concorrente ausiliato, consistente nel fatturato specifico e nei contratti cd. «di punta»; in particolare, l'obiettivo principale dei contratti di punta è essenzialmente

quella di garantire alla stazione appaltante la qualità del servizio, ma tale finalità non sarebbe certamente conseguita con un'ipotesi di avvalimento frazionato, in cui si assiste alla scomposizione quantitativa di uno stesso requisito speciale, in modo che sue singole proporzionate parti possano essere sommate al fine di raggiungere l'unità o la dimensione minima richiesta. (Nella specie, è stato ritenuto non ammissibile l'avvalimento operato da un concorrente con due società ausiliarie ognuna delle quali aveva prestato l'unico contratto di punta di cui era in possesso al fine di consentire al concorrente ausiliato di ottenere il requisito di partecipazione di due contratti di punta di un determinato valore)” (T.A.R. Lazio - Latina, sez. I, 23.2.2017, n. 111);

- “L'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento al c.d. requisito di punta, che deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché 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 ad una singola impresa” (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 7.2.2020, n. 603)