



Rassegna giurisprudenziale SULL'AVVALIMENTO

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

Formez  **PA**

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. I, 14 settembre 2017 (causa C-223/16)

Sulla possibilità di sostituire l'ausiliaria in corso di gara

L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I QUATER – sentenza 13 ottobre 2017 n. 10345

Sul divieto di avvalimento a cascata

1. Il divieto di avvalimento “a cascata” previsto dall'art. 89, comma 6, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 è finalizzato a rendere effettivo il ricorso all'istituto, evitando la circolazione meramente cartolare dei requisiti, che impedirebbe la puntuale individuazione del ruolo di ciascun soggetto coinvolto nell'esecuzione dell'appalto e delle connesse responsabilità, compromettendo la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

2. E' legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di una riunione temporanea d'impresе perchè, nella presentazione dell'offerta, al fine di integrare i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dalla lex specialis di gara, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. 8 aprile 2016, n. 50, la mandante, avendo prestato il proprio fatturato all'altra mandante ed essendosi poi avvalsa dei requisiti di un soggetto terzo, ha contravvenuto al divieto di avvalimento “a cascata” di cui allo stesso art. 89, comma 6, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016.

TAR MARCHE – SEZ. I, 31 luglio 2017, n. 640

Sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria non in regola

L'art. 89, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 ha espressamente accolto il principio di cui al predetto art. 63 della direttiva appalti del 2014, stabilendo che: “La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione ...”. L'attuale normativa prevede che la stazione appaltante, laddove rilevi che l'impresa

ausiliaria non è in possesso di uno o più requisiti di ammissione (fra i quali è ricompresa la correntezza contributiva), “impone” - e non “può imporre” - al concorrente di sostituire l’ausiliaria. L’art. 89, inoltre, non pone limiti temporali all’esercizio del potere-dovere di procedere alla sostituzione dell’ausiliaria, salvo il limite massimo costituito dalla data di stipula del contratto

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 13 settembre 2017, n. 4336

Sull’avvalimento infragruppo

Nel caso di **avvalimento infragruppo** sussiste un onere probatorio e documentale semplificato, non sussistendo neppure l’obbligo di stipulare con l’impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l’impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (art. 49, comma 2, lett. g).

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 6 ottobre 2017 n. 2338

Sull’inammissibilità dell’avvalimento generico e sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio

1. E’ illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto ad una ditta che ha fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento, nel caso in cui il relativo contratto non riporti in modo compiuto, esplicito ed esauriente, quanto all’oggetto, le risorse e i mezzi prestati – di cui è carente il concorrente – in modo determinato e specifico; infatti, 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 e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all’attestazione SOA per le categorie in questione.

2. Le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 23 febbraio 2017, n. 852

Sull’avvalimento della SOA e sul possesso dei requisiti sino alla stipula del contratto

1. Poichè l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parte dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica, deve ritenersi che il contratto di avvalimento finalizzato a munire l'impresa ausiliata dell'attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell'insieme delle dette risorse e tale oggetto, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010, dev'essere puntualmente determinato dal contratto, ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento.

2. Nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle partecipanti non solo alla data di scadenza del termine di partecipazione, ma anche fino all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione, senza soluzione di continuità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 19 giugno 2017, n. 2977

Sul contenuto del contratto di avvalimento

Ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento occorre distinguere fra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo) e risorse; soltanto per queste ultime, infatti, si giustifica l'esigenza di una messa "a disposizione" in modo specifico, con la conseguenza che il contratto di avvalimento dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.

TAR VENETO – SEZ. I, 8 febbraio 2017, n. 141

Sul contenuto del contratto in caso di avvalimento di garanzia

Quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione. Pertanto, è sufficiente che dalla dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 27 luglio 2017, n. 3710

Sull'avvalimento della certificazione di qualità

Quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità 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 la certificazione di qualità da mettere a disposizione. La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 12 settembre 2017, n. 4301

Sull'avvalimento sovrabbondante e non necessario

Nel caso di avvalimento "*ad abundantiam*", l'eventuale inadeguatezza o invalidità dell'avvalimento non configura un mutamento della domanda di partecipazione, ove il concorrente provi di essere comunque in possesso dei requisiti in relazione ai quali aveva dichiarato di far ricorso all'avvalimento.