

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

I recenti confini dell'avvalimento "premiale"

Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526

AVVALIMENTO PURO – AVVALIMENTO PREMIALE – UTILIZZO ABUSIVO
DELL'AVVALIMENTO – *RATIO* PROCONCORRENZIALE – *PAR CONDICIO* DEI
CONCORRENTI – APPORTO EFFETTIVO DI RISORSE



La sentenza in commento trae origine da un ricorso in cui l'appellante lamenta un *error in iudicando* del giudice di prime cure, consistente nell'aver illegittimamente avallato un **indebito ed abusivo utilizzo dell'istituto dell'avvalimento**, al quale l'aggiudicataria avrebbe fatto ricorso non solo ai (fisiologici) fini del soddisfacimento dei requisiti partecipativi di cui non era concretamente in possesso, ma anche allo scopo, avulso dalla funzione tipica dell'istituto, di conseguire una migliore valutazione della propria offerta tecnica (**cd. avvalimento premiale**).

La problematica dell'avvalimento cd. premiale attiene alla possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato.

A fronte di un **orientamento** sostanzialmente **favorevole** e 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 (CGARS, sez. I, 15 aprile 2016, n. 109), ve ne è **uno più rigido e preclusivo** (da ultimo ribadito da Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881 con riferimento ad una fattispecie in cui l'ausiliata era già in possesso, in proprio, dei requisiti di partecipazione) **ed uno intermedio**, sposato dalla sentenza appellata e, successivamente, dal Consiglio di Stato in commento, che **lo esclude** nei casi in cui l'**elemento di valutazione** dell'offerta consista in **un requisito soggettivo o curricolare**, ammettendolo per i requisiti speciali.

Per il Collegio si tratterebbe di un contrasto più apparente che reale.

La **funzione essenziale** dell'istituto è quella di legittimare, in una 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, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la effettiva messa a disposizione per la durata del contratto.

La necessaria effettiva messa a disposizione di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti ai requisiti speciali, di ordine oggettivo) da parte dell'ausiliaria giustifica la sua **responsabilità solidale** per l'esatto adempimento

(art. 89, c. 5, del Codice dei contratti pubblici), anche laddove non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice.

La funzione dell'avvalimento, quale l'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, rappresenta **il fondamento**, diffusamente ribadito in giurisprudenza (da ultimo Cons. Stato n. 1881/2020), **del divieto dell'avvalimento "meramente" premiale**, il cui scopo sia esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse, possedendo l'operatore in proprio i requisiti di partecipazione) una migliore valutazione dell'offerta. Conseguentemente risulta **dirimente** la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente **privo** dei requisiti di partecipazione ovvero di chi avendoli miri esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale.

In quest'ultimo caso vi sarebbe **l'abuso dell'avvalimento**, trasformato in uno strumento di alterazione (e non di implementazione) della logica concorrenziale, quale mero *escamotage* per incrementare il punteggio ad una offerta a cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Invece, sostiene il Collegio, sarebbe **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, contempra nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: ciò in virtù di un **apporto concreto effettivo** da parte dell'ausiliaria dei mezzi e delle risorse messi a disposizione all'ausiliata per tutta la durata del contratto.

Il Collegio, tuttavia, precisa altresì che, per contro, deve ritenersi **precluso** ai fini dell'avvalimento premiale che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle **esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi** spettanti a quest'ultima (che, in quanto tali, non qualificano operativamente ed integrativamente il tenore dell'offerta e non siano, perciò, oggetto di una prospettiva e specifica attività esecutiva).

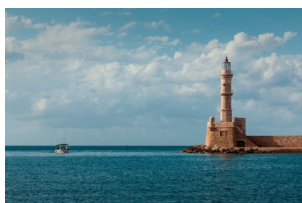
Appare **decisiva**, per riconoscere all'avvalimento cd. premiale lo spazio definito attraverso la presente pronuncia, la **considerazione** che il risultato suindicato potrebbe essere raggiunto anche mediante altre **forme contrattuali**, la cui **legittimità** è indubbia. Infatti, diversamente opinando rispetto alla presente tesi intermedia, 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.

* * * * *

Giudizio di anomalia dell'offerta: limiti ed esclusione "implicita"

Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2594

ANOMALIA OFFERTA – DISCREZIONALITÀ TECNICA – NON SINDACABILE DAL GA – ESITO SFAVOREVOLE – PROVVEDIMENTO ESCLUSIONE – IMPLICITO



Un'autorità portuale indiceva una procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di manutenzione stradale, segnaletica e pronto intervento nelle aree del porto. L'offerta del concorrente che aveva proposto il ribasso maggiore, risultando superiore alla soglia di anomalia, veniva sottoposta a **verifica di congruità**. La stazione appaltante, valutate le prime **giustificazioni** fornite, chiedeva **ulteriori chiarimenti** e infine anche un **contraddittorio** orale su alcuni punti che mostravano criticità. All'esito del giudizio, la stazione appaltante trasmetteva la valutazione effettuata dal RUP, nella quale emergevano **specifici indici di incongruità** relativamente ad alcuni aspetti concreti dell'offerta proposta.

La società impugnava quindi innanzi al TAR competente la valutazione di anomalia dell'offerta, nonché l'aggiudicazione disposta nei confronti del secondo graduato, vedendo tuttavia rigettato il proprio ricorso. Il concorrente proponeva quindi appello innanzi al Consiglio di Stato, che confermava le statuizioni del giudice di prime cure.

Nel primo motivo di appello, la società contestava che il **giudizio di anomalia** fosse inficiato da **errori gravi e manifesti**, ognuno dei quali idonei a invalidare il relativo giudizio. Nel secondo motivo, il concorrente si lamentava del fatto che la stazione appaltante non avesse adottato un **provvedimento formale di esclusione**.

Con riferimento al primo motivo, il Collegio ha ricordato che, per consolidata giurisprudenza, il giudizio di anomalia dell'offerta è connotato da **ampia discrezionalità tecnica**; il giudice può sindacare l'operato dell'Amministrazione solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, pena un'indebita invasione nelle prerogative riservate all'Amministrazione stessa. Nel caso di specie, le incongruenze del giudizio di anomalia segnalate dal ricorrente/appellante non erano affette da macroscopica illogicità o irragionevolezza, finendo per costituire delle **mere contro-valutazioni** rispetto a quelle svolte dall'Amministrazione nell'ambito della propria discrezionalità tecnica.

Con riferimento al secondo motivo, i giudici dell'appello hanno confermato che il provvedimento di **esclusione** deve *"intendersi **implicitamente ricompreso** nell'esito **sfavorevole** all'impresa del giudizio di anomalia effettuato, dal momento che quest'ultimo impedisce ogni valorizzazione dell'offerta, ai fini della successiva aggiudicazione"*. Pertanto nemmeno questa censura ha trovato accoglimento.

* * * * *

CGA Sicilia: assenza di dichiarazione degli oneri di sicurezza per le prestazioni di natura intellettuale a carattere prevalente

C.G.A. Sicilia, sent., 31 marzo 2021, n. 278

APPALTI PUBBLICI – CGA SICILIA – ONERI PER LA SICUREZZA – SERVIZI DI NATURA INTELLETTUALE – PRESTAZIONE PREVALENTE – SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA



Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (in seguito CGA Sicilia) ritiene che gli appalti relativi ai **servizi di architettura e di ingegneria** unitamente alla **progettazione** definitiva ed esecutiva, allo **studio di impatto ambientale** e ad

eventuale **esecuzione di indagini geologiche e geotecniche** siano appalti nei quali l'operatore economico è **esonero** dall'obbligo di indicazione specifica degli **oneri della sicurezza** ex art. 95, c. 10 D.Lgs. 50/2016 poichè, in tali appalti, la **prestazione prevalente** ha ad oggetto **servizi di natura intellettuale**.

La richiamata pronuncia trae origine da una procedura indetta dal Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Sicilia, per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria relativi agli "Interventi di consolidamento delle pareti rocciose di Monte Pellegrino sovrastanti le aree urbane di Vergine Maria e Addaura".

L'**odierna appellante** era stata **esclusa** dalla gara, unitamente ad altri partecipanti, per avere omesso *"qualunque indicazione relativa agli oneri per la sicurezza dicui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii."*

Il seggio di gara, tuttavia, con successivo verbale riammetteva alla gara le imprese escluse emanando a favore di quella risultata prima in graduatoria, per effetto della riammissione di cui sopra, il provvedimento di aggiudicazione.

Su ricorso presentato dai controinteressati, tuttavia, il CGA Sicilia annullava i provvedimenti di ammissione alla gara dei concorrenti inizialmente esclusi e i provvedimenti conseguenti, tra cui l'aggiudicazione, per quanto di interesse.

Veniva, pertanto, successivamente, proposto appello dall'aggiudicataria, che trovava **accoglimento** con la **sentenza** in esame; in applicazione del disposto normativo, il collegio ha confermato la correttezza dell'assenza di dichiarazioni degli oneri di sicurezza per le prestazioni di natura intellettuale, anche nel caso in cui entrino in gioco particolari **forme di rischio** della prestazione.

Secondo i Giudici del Consiglio, infatti, l'esecuzione di eventuali indagini geologiche e geotecniche sarebbe infatti **complementare** e **subvalente** all'appalto e, quindi, **accessoria** rispetto all'**attività principale** di natura intellettuale.

Essi hanno infatti ricordato che l'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che, nell'offerta economica, l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad **esclusione** delle forniture senza posa in opera, dei **servizi di natura intellettuale** e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. a).

Il Consiglio di Giustizia amministrativa ha anche precisato che la disposizione non ha carattere innovativo, ma **ricognitivo** di un precedente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui gli oneri di sicurezza interna **non sono congruabili** negli appalti concernenti **servizi di natura intellettuale** (Cons. Stato, sez. V, n. 3163 del 2018). In proposito, la giurisprudenza ha già avuto modo dichiarare che, laddove qualificato in termini intellettuali, non sussiste l'obbligo di indicazione specifica degli **oneri della sicurezza**, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio (Cons. Stato, sez. V, n. 4688 del 2020).

Il Consiglio ha anche aggiunto che, anche in considerazione della *ratio* cui è ispirata la normativa sulle procedure ad evidenza pubblica, debba ritenersi che i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50 del 2016 siano quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono **carattere prevalente**, ancorché non

esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, **rispetto alle attività materiali**. La *ratio* dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al **migliore utilizzo** possibile del **danaro** e degli altri beni della collettività e alla tutela della **libertà di concorrenza** tra le imprese.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- M. MAZZARELLA, ***L'inerzia della Pubblica Amministrazione: il silenzio inadempimento e le tutele riconosciute al terzo***, 2021, 2, 252;
- M.P. MONACO, ***Legge 30 dicembre 2020, n. 178. Le assunzioni nelle Pubbliche amministrazioni e i contratti pubblici***, 2021, 2, 190;
- G. NAPOLITANO, ***Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza***, 2021, 2, 145.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- R. ARTARIA, ***L'acquisizione sanante disposta dal commissario ad acta nell'evoluzione del sistema di tutela del privato***, 2021, 2, 208;
- L. CIONI, F. CIONI, ***La Corte di giustizia dell'Unione europea conferma le norme proconcorrenziali in materia di concessioni autostradali***, 2021, 2, 190;
- V. NERI, ***Il giudizio di ottemperanza***, 2021, 2, 170.

Partenariato Pubblico Privato: risultanze dell'attività di vigilanza dell'ANAC e suggerimenti per le stazioni appaltanti

In data 16 marzo 2021 l'ANAC ha approvato la delibera n. 219 con la quale intende proseguire la propria **azione di impulso all'utilizzo del Partenariato Pubblico Privato**, considerato un istituto strategico per il settore pubblico e dalle indubbie ricadute positive sulla collettività.

Al termine dell'attività di vigilanza svolta nel corso del 2020 con riferimento ai contratti di PPP, la casistica acquisita ha consentito all'Autorità di individuare, nella delibera citata, i settori in cui il PPP si è maggiormente affermato, le tipologie contrattuali più diffuse e, soprattutto, le criticità più frequenti derivanti dall'applicazione dell'istituto nelle sue diverse fasi.

L'obiettivo della delibera è quello di **fornire alle Amministrazioni pubbliche suggerimenti utili per la sua applicazione**, sulla base di una descrizione ragionata delle

problematiche ad oggi riscontrate e delle principali difficoltà che lo caratterizzano. A tal proposito, l'ANAC ha avuto modo di rilevare un **ampio ricorso a tutte le forme contrattuali** in cui si configura il Partenariato Pubblico Privato, ossia quelle elencate all'art. 180, c. 8, del d.lgs. 50/2016, a conferma del forte interesse per lo strumento anche da parte degli enti locali di piccole dimensioni.

Sulla base dei dati raccolti, i **settori** in cui questo modello di affidamento **si è affermato maggiormente** sono i seguenti:

- realizzazione e gestione di cimiteri;
- realizzazione e gestione di impianti sportivi;
- realizzazione e/o messa in funzione di immobili per servizi pubblici, sociali anche mediante la locazione finanziaria;
- realizzazione e gestione di parcheggi;
- servizi di illuminazione pubblica e teleriscaldamento.

Le **opere dal maggior impatto economico**, invece, sono state realizzate nell'ambito dei trasporti, della realizzazione di nuove infrastrutture stradali e nel settore sanitario.

Quanto al focus principale dell'analisi, ossia le **criticità connesse alle operazioni di PPP**, l'Autorità individua problematiche di tipo soggettivo e di tipo oggettivo, da cui derivano elementi di attenzione riconducibili sostanzialmente a tre macro aree:

- **fase di predisposizione della documentazione di gara**: tra gli aspetti di primaria importanza vi è la necessità di una corretta individuazione ed allocazione, già in fase di redazione degli atti di gara, dei rischi insiti nella realizzazione e gestione dell'opera, nonché l'utilizzo dello strumento del dibattito pubblico ai sensi dell'art. 22 del Codice degli appalti;
- **fase di esecuzione**: in questa fase sono fondamentali un'adeguata progettazione a monte basata su una corretta individuazione delle esigenze, il rispetto dell'allocazione originaria dei rischi anche al manifestarsi di eventuali difficoltà in fase di esecuzione, il rispetto delle previsioni normative e contrattuali in tema di modifiche soggettive dell'aggiudicatario ed il mantenimento dei requisiti generali e speciali richiesti per le singole fasi della concessione.
- **utilizzo del project financing**: elementi di attenzione in questo ambito sono il fatto che spesso il promotore risulta l'unico partecipante alla gara a discapito di un reale confronto concorrenziale, la necessità di un'adeguata competenza della stazione appaltante in ambito tecnico, giuridico ed economico-finanziario e i rapporti tra concedente e promotore, che devono necessariamente essere ispirati ai principi di buona fede e correttezza, vista la complessità delle procedure in esame.

Ciò ha consentito all'Autorità indipendente di **formulare opportune considerazioni** in merito alla qualificazione delle stazioni appaltanti, all'utilizzo del dibattito pubblico, ai possibili strumenti da impiegare per la sollecitazione della concorrenza e della qualità nel *project financing*, nonché alla corretta allocazione dei rischi e al rispetto delle tempistiche.

Dal PNRR le prossime misure in materia di appalti e contratti

“La **semplificazione** delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio

dell'attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19. Tale semplificazione deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione programmazione e progettazione". Inizia così il paragrafo relativo ai contratti pubblici della versione del [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#) (PNRR) che l'Esecutivo ha trasmesso lo scorso 25 aprile alle Camere.

Le modalità di attuazione comprendono, **in via d'urgenza**, l'introduzione di una normativa speciale sui contratti pubblici – da adottare con decreto legge entro maggio 2021 – volta a rafforzare le semplificazioni introdotte con il decreto legge n. 76/2020, prorogandone l'efficacia fino al 2023, con particolare riguardo a **verifiche antimafia** e protocolli di legalità, conferenza di servizi veloce, limitazione della responsabilità per danno erariale, istituzione del collegio consultivo tecnico (con funzioni di assistenza e risoluzione stragiudiziale delle controversie), individuazione di un termine massimo per l'aggiudicazione dei contratti e di misure per il **contenimento dei tempi** di esecuzione del contratto.

Sono inoltre previste **misure a regime**, da varare con legge delega (il cui disegno di legge andrà inviato al Parlamento entro la fine del 2021), allo scopo di recepire *in toto* le tre direttive europee in materia di procedure ad evidenza pubblica (nn. 23, 24 e 25 del 2014), integrando solo le parti che non siano sufficientemente precise e incondizionate e creando una nuova disciplina più snella rispetto a quella in vigore, anche sulla base delle esperienze degli altri Stati membri dell'Unione europea: tutto ciò per rimediare alla complessità dell'attuale Codice dei contratti pubblici. Tra i principi e i criteri direttivi contenuti nella legge di delega al Governo si evidenziano, in particolare, la **riduzione degli oneri documentali ed economici** a carico dei concorrenti, l'individuazione nominativa dei casi in cui si può ricorrere alla procedura negoziata senza bando, la previsione di misure di sostenibilità energetica e ambientale, l'indicazione espressa delle fattispecie di ricorso al criterio del prezzo più basso, la **revisione dell'istituto del subappalto**.

Infine saranno adottate, **senza necessità di un provvedimento legislativo** espresso, le seguenti misure urgenti: l'avvio dei lavori della cabina di regia per il coordinamento della contrattualistica pubblica (già istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in attuazione dell'art. 212 del Codice); la riduzione del numero e la connessa **qualificazione delle stazioni appaltanti**; il potenziamento della banca dati di tutti i contratti tenuto dall'ANAC (come da atti organizzativi della medesima Autorità), la **semplificazione e la digitalizzazione delle procedure** delle centrali di committenza, assicurando altresì l'interoperabilità dei relativi dati.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie cui hanno collaborato, in questo numero:

Stefania Federici, Federica Fiore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agenda provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenda potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.