



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



APPALTI PUBBLICI: È INAMMISSIBILE IL RICORSO ALL'AVVALIMENTO PER UN ELEMENTO CARATTERIZZANTE L'OFFERTA TECNICA

Il T.A.R. Toscana, con la decisione n. 185, pubblicata il 6 febbraio 2019, ferma l'applicabilità "attenuata" del principio generale di divieto di commistione tra caratteristiche oggettive dell'offerta e requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, ha definito comunque inammissibile il ricorso all'avvalimento per un elemento dell'offerta tecnica.

di **Valeria Lucia**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 13 Maggio 2019

INDICE: 1. Il fatto. 2. Brevi cenni ai principi e agli istituti rilevanti. 2.1. Il principio del divieto di commistione. 2.2. L'istituto dell'avvalimento. 3. Il ricorso proposto innanzi al T.A.R. Toscana. 4. La decisione del T.A.R. Toscana n. 185, pubblicata il 6 febbraio 2019.

1. Il fatto.

E' pubblicato un bando di gara relativo ad una procedura aperta per l'affidamento di appalto di lavori di risanamento acustico, da affidare con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Concluse le operazioni di gara, la Stazione Appaltante, ritenendo l'istituto dell'avvalimento praticabile solo per *“colmare eventuali lacune del concorrente relative al possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 83 comma 1, lettere b) e c) del codice non anche nel caso di carenza dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica di cui all'art. 95 del codice”*, ha rappresentato alla Commissione giudicatrice di aver rilevato una valutazione positiva in merito a un Consorzio concorrente, in considerazione del contratto di avvalimento, riferito ad una certificazione ISO, intercorso tra lo stesso e l'impresa ausiliaria.

La Commissione, quindi, conformandosi ai rilievi della Stazione Appaltante, ha assegnato al Consorzio concorrente, ricorrente nella decisione in esame, zero punti, in luogo dei tre inizialmente riconosciuti, ritenendo inammissibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento per un elemento dell'offerta tecnica.

2. Brevi cenni ai principi e agli istituti rilevanti.

2.1. Il principio del divieto di commistione.

Parte della giurisprudenza amministrativa ha nel tempo ribadito che nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa concorrente (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), e non già alla sola qualità dell'offerta.

La *ratio* sarebbe, infatti, quella di evitare la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare, al punto da definire tale divieto un vero e proprio “*principio generale regolatore delle gare pubbliche*” [1].

Altra giurisprudenza espressasi in merito al suddetto principio, ferma la considerazione per cui l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto costituiscono due operazioni distinte, essendo disciplinate da norme diverse, ha tuttavia esortato ad applicare tale principio “*cum grano salis*”.

Sarebbe, infatti, preferibile una interpretazione più elastica del divieto di commistione, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara^[2].

E' quindi evidente che, a fronte di una consolidata interpretazione per cui va rispettato il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e oggettivi di aggiudicazione, si sta affermando, infatti, una interpretazione “*adeguatrice*”, anche in ragione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016^[3], per cui tale principio non può dirsi assoluto e, pertanto, sarebbe più opportuna una valutazione del caso concreto, per stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra l'elemento di valutazione contestato e la qualità dell'offerta.

Del resto, anche le Linee Guida Anac n. 2, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, in attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti “*offerta economicamente più vantaggiosa*”, hanno precisato che “*si deve anche considerare che con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare*

caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali”^[4].

2.2. L'istituto dell'avvalimento.

Come ribadito dall'Anac con una Guida ad esso dedicata, “l'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che consente all'operatore economico privo dei requisiti necessari per la partecipazione ad una gara di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri operatori economici. La finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione. Tale obiettivo deve essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; ne consegue che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non meramente cartolare e astratto”.

In merito al rapporto tra avvalimento ed elementi dell'offerta tecnica, sempre l'Anac, con parere n. 108 del 17 dicembre 2014, chiamata ad esprimersi in merito alla normativa di riferimento precedente al d.lgs. n. 50/2016^[5], ha avuto modo di precisare che l'avvalimento non ha la finalità di arricchire la capacità tecnica o economica del concorrente, rilevante per la valutazione dell'offerta tecnica ai fini dell'aggiudicazione della gara, bensì di permettere a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti oggettivi di altri soggetti.

Inoltre, i requisiti di cui il concorrente decide di avvalersi da altro soggetto, devono essere integralmente e autonomamente posseduti da quest'ultimo, coerentemente con quanto previsto dalla normativa europea in tema di appalti pubblici, la cui *ratio* è proprio “il perseguimento della massima concorrenza, come condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti”^[6].

In altre parole, come efficacemente evidenziato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, “si tratterebbe di dare spazio al ricorso all'avvalimento non per l'integrazione dei requisiti di partecipazione alla gara, ma per l'attribuzione del punteggio di merito, operando cioè un'estensione dell'istituto al di là dei limiti propri della sua connotazione tipica, che non può

essere consentita (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1446; Id., Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626)^[7].

3. Il ricorso proposto innanzi al T.A.R. Toscana.

Ciò premesso, avverso il verbale della Commissione giudicatrice che ha fatto proprio l'orientamento della Stazione Appaltante nei termini premessi in fatto (*cfr.* § 1) ha proposto ricorso il Consorzio concorrente, evidenziando, ai fini che qui rilevano, che la certificazione ambientale è indicata dalla normativa comunitaria (artt. 58 e 62 della direttiva 2014/24)^[8] come possibile requisito pretendibile in sede di selezione/ammissione e, quindi, è senz'altro requisito avvalibile ai sensi dell'art. 63 della predetta direttiva, mentre la Stazione Appaltante, in linea con l'art. 95, comma 15 del d.lgs. 50/2016, nel caso di specie, ha valutato la certificazione ISO non come requisito di ammissione, certamente avvalibile, ma come elemento di valutazione dell'offerta, diventando quindi non più requisito di ammissione ma requisito di aggiudicazione, senza per questo escludere l'operatività dell'avvalimento.

4. La decisione del T.A.R. Toscana n. 185, pubblicata il 6 febbraio 2019.

Sulla base dei fatti di causa e dei rilievi proposti dal Consorzio ricorrente, il giudice amministrativo adito, prima di affrontare il tema dell'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento al caso di specie, ha affrontato la questione preliminare e dirimente, ovvero la possibilità di inquadrare una certificazione ambientale come elemento valido ai fini dell'aggiudicazione, piuttosto che come requisito di ammissione alla gara, per poi determinarsi in merito alle motivazioni a sostegno del ricorso proposto dal Consorzio.

Ebbene, per il T.A.R. Toscana, è proprio l'art. 95, comma 6 d.lgs. 50/2016^[9] ad ammettere che il possesso di una certificazione ambientale può essere considerato in una gara pubblica non già come requisito per ammettere la concorrente alla gara, ma come elemento di valutazione dell'offerta, per cui la scelta della Stazione Appaltante è legittima e, in ogni caso, non oggetto di contestazione da parte del ricorrente.

Prosegue poi il giudice adito, con la decisione in esame, affrontando i rilievi esposti dal Consorzio ricorrente, ovvero se il concorrente ammesso alla gara possa ricorrere all'istituto dell'avvalimento

per beneficiare di un determinato punteggio riconosciuto per un elemento caratterizzante dell'offerta.

Ancora una volta, è il dato normativo quello dirimente per il T.A.R. adito, nella misura in cui, con la decisione in esame, ha evidenziato che l'operato della Commissione è conforme all'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, per cui l'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, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara”*. Sulla base di tale dato letterale, peraltro, si è strutturata la giurisprudenza di riferimento, per cui nelle procedure ad evidenza pubblica l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente sornito di alcuni requisiti di ammissione alla gara, di parteciparvi ugualmente acquisendo i requisiti mancanti da altro operatore economico che li possieda, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta” (così Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692; Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422 e 18 settembre 2009, n. 5626).

Note e riferimenti bibliografici

[1] T.A.R. Lazio, sede di Latina, Sez. I, 12 febbraio 2016, n. 86.

[2] Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197; T.A.R. Liguria, sede di Genova, Sez. II, 5 gennaio 2015, n. 2.

[3] In esso, infatti, il divieto di commistione tra caratteristiche oggettive dell'offerta e requisiti soggettivi dell'impresa, grazie all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 letto in uno al principio di proporzionalità, è evidentemente attenuato.

[4] Linee Guida Anac n. 2 del 2016, pagina 5.

[5] Art. 49 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

[6] Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565; Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054; Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589.

[7] Cons. St., 30 luglio 2012, n. 4298.

[8] Art. 58, rubricato “Criteri di selezione”, per cui *“1. I criteri di selezione possono riguardare: a) abilitazione all'esercizio dell'attività professionale; b) capacità economica e finanziaria; c) capacità tecniche e professionali. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. 2. Per quanto riguarda l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale, tenuto nel loro Stato membro di stabilimento, come descritto nell'allegato XI, o*

soddisfino qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato. Nelle procedure di appalto per servizi, se gli operatori economici devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi. 3. Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono inoltre esigere un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84. Ad esempio è possibile tenere conto del rapporto tra attività e passività se l'amministrazione aggiudicatrice specifica, nei documenti di gara, i metodi e i criteri per prendere in considerazione tale rapporto. Tali metodi e criteri sono trasparenti, oggettivi e non discriminatori. Per gli appalti divisi in lotti il presente articolo si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma del presente paragrafo è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema. 4. Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre 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. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza. Un'amministrazione aggiudicatrice può ritenere che un operatore economico non possieda le capacità professionali richieste quando essa abbia accertato che l'operatore economico ha conflitti di interesse che possono influire negativamente sull'esecuzione del contratto. Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità. 5. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse.” e art. 62, rubricato “Norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale”, per cui “1. Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per i disabili, le amministrazioni aggiudicatrici si riferiscono ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme

europee in materia, certificati da organismi accreditati. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale, essi fanno riferimento al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS) o a altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'articolo 45 del regolamento (CE) n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Qualora gli operatori economici abbiano dimostrato di non avere accesso a tali certificati o di non avere la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, l'amministrazione aggiudicatrice accetta anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale, a condizione che gli operatori economici dimostrino che tali misure sono equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile. 3. Conformemente all'articolo 86, gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, le informazioni relative ai documenti presentati come prova del rispetto delle norme ambientali e di qualità di cui ai paragrafi 1 e 2."

[9] Art. 95 dlgs. 50/2016, rubricato "Criteri di aggiudicazione dell'appalto", il cui comma 6 prevede che "I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione; d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica; g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione."

APPALTI PUBBLICI: È INAMMISSIBILE IL RICORSO ALL'AVVALIMENTO PER UN ELEMENTO CARATTERIZZANTE L'OFFERTA TECNICA