

25 MARZO 2025

**L'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO TRA FAVOR
PARTECIPATIONIS E AZZARDO MORALE: FOCUS
SULL'AVVALIMENTO PREMIALE.**

– WEBINAR

**RELATORE
AVV. GIUSEPPE LA VERDE**

**ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali**

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



IL PROBLEMA CONOSCITIVO

- **L'AVVALIMENTO. GENESI. DEFINIZIONE. NATURA GIURIDICA. FORME. TIPI. IPOTESI PROBLEMATICHE. L'AVVALIMENTO PREMIALE. SONO AVVALIBILI IL RATING DI LEGALITA' E LA CERTIFICAZIONE DI PARITA' DI GENERE? DOVE VA INSERITA LA RELATIVA DOCUMENTAZIONE? IPOTESI DI SOLUZIONE.**

L'AVVALIMENTO. GENESI

- Emerge come istituto proconcorrenziale, nell'ambito dell'ordinamento comunitario.
- In particolare, nasce, da un lato, per effetto della progressiva valorizzazione, a livello giurisprudenziale, dei principi di libera prestazione dei servizi nei contratti pubblici, dall'altro, per effetto della positiva previsione, a livello comunitario, della possibilità per l'OE – impossibilitato a produrre le referenze economiche e tecniche richieste – di dimostrare la propria capacità tramite qualsiasi documento, ritenuto dalla SA appropriato a tal fine.
- Direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE; artt. 49 e 50 D.Lgs. 163/2006.

L'AVVALIMENTO. GENESI E STRUTTURA

- Raffronto tra l'art. 89, D.Lgs. 50/2016 e l'art. 104, D.Lgs. 36/2023 → evidente cambio di rotta: valorizzazione, sul piano strutturale e teleologico, della colorazione eminentemente contrattuale dell'avvalimento, in luogo della precedente connotazione meramente funzionale della fattispecie, congegnata sic et simpliciter sulla messa a disposizione dei requisiti necessari per partecipare alla procedura di gara.
- Art. 104, D.Lgs. 36/2023 «contratto, in forma scritta ad substantiam, normalmente oneroso, mediante il quale un determinato OE, privo dei requisiti tecnici, economici o finanziari, può comunque prendere parte alla procedura di gara tramite il prestito degli stessi da parte di altro soggetto (impresa ausiliaria), che, invece, ha i suddetti requisiti – la norma, dunque, conia il tipo contrattuale avvalimento. In che genus contrattuale rientra?

AVVALIMENTO. STRUTTURA

- Cosa deve allegare l'OE che partecipa alla procedura di gara?
 - - La dichiarazione dell'impresa ausiliaria, in originale o in copia autentica
 - - il contratto di avvalimento
- Cosa deve fare in concreto il RUP? Deve verificare che le prestazioni vengano svolte effettivamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria, sebbene adoperate dall'impresa ausiliata in forza del contratto di avvalimento

L'AVVALIMENTO. LA DIBATTUTA NATURA GIURIDICA.TESI A CONFRONTO

- E' riconducibile a uno degli schemi prefigurati nel c.c., con conseguente applicazione della relativa disciplina?
- **I tesi.** Rientra nel genus contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c.
 - ratio: favor per la SA; argomenti a favore; obiezioni
- **II tesi.** Rientra nello schema della promessa del fatto del terzo ex art. 1381 c.c.
 - argomenti a favore; obiezioni
- **III tesi.** E' accostabile al subappalto
 - species del genus subappalto; obiezioni: dato normativo, intervengono in fasi diverse, hanno oggetto diverso, hanno natura giuridica diversa, diversa responsabilità
- **IV tesi.** Rientra nel contratto di mandato (cfr. T.A.R. Veneto n. 3451/2018)
 - profili di analogia; obiezioni: diversità, in particolare, sotto il profilo effettuale
- **V tesi.** Rientra nello schema del contratto di noleggio.
 - analogie e obiezioni
- **VI tesi.** E' un'ipotesi di collegamento negoziale.
- **VII tesi.** E' un caso di contratto misto.
- **VIII tesi.** E' un'ipotesi di subprocedimento amministrativo.
- **IX tesi.** E' un contratto consensuale ad effetti obbligatori.

FORME DI AVVALIMENTO

- Criterio distintivo: oggetto → a) Avvalimento **tecnico-operativo** vs. b) Avvalimento **di garanzia**
- A) riguarda i requisiti di capacità tecnico-professionale e si ha quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative necessarie al fine di eseguire il contratto.
- B) concerne i requisiti di carattere economico-finanziario e si ha quando l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica.
- La distinzione tra a) e b) si ripercuote sul contenuto del contratto di avvalimento.

FORME DI AVVALIMENTO

- Avvalimento plurimo. E' fortemente discusso. E' quella tipologia di avvalimento che consente di integrare la mancanza dei requisiti prescritti dalla lex specialis mediante l'ausilio di più imprese, ognuna delle quali dà il proprio contributo. E' ammissibile? → Sì, lo dice l'art. 104, co. 1, D.Lgs. 36/2023.
- Avvalimento frazionato. Si ha quando l'OE si avvale di un'ausiliaria che, autonomamente considerata, non possiede i requisiti di capacità prescritti dalla lex specialis, ma riesce a raggiungere tale soglia minima attraverso il cumulo dei propri requisiti con quelli di cui l'OE è autonomamente provvisto. E' ammissibile?
- Avvalimento infragruppo. Si ha quando non c'è solo la messa a disposizione di determinati requisiti, ma anche l'appartenenza dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria al medesimo gruppo societario.
- Avvalimento a cascata. Si ha quando l'impresa ausiliaria non ha il requisito che si obbliga a prestare all'ausiliata e ricorre essa stessa all'avvalimento per ottenerne il prestito da un'altra impresa. E' ammissibile?

IPOTESI PROBLEMATICHE

- L'avvalimento può operare nei cc.dd. Appalti integrati?
- E' ammissibile l'avvalimento finalizzato per soddisfare il requisito dell'iscrizione alla c.c.i.a.a.?
- Qual è il rapporto tra avvalimento e soccorso istruttorio? E' possibile ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata allegazione del contratto di avvalimento?
- Il Contratto di avvalimento è oneroso o gratuito? Analisi dell'art. 104, co. 1, D.Lgs. 36/2023

L'AVVALIMENTO PREMIALE

- Definizione → è l'avvalimento finalizzato a migliorare l'offerta.
- Ratio → questa modalità consente all'OE non solo di soddisfare i requisiti minimi necessari per partecipare a una gara, ma anche di ottenere un punteggio più elevato in fase di valutazione dell'offerta, grazie al contributo dell'impresa ausiliaria

AVVALIMENTO PREMIALE. STRUTTURA. ONEROSITA' O GRATUITA'?

- Risoluzione della vicenda sulla base delle coordinate generali: il contratto di avvalimento è oneroso o gratuito? L'art. 104, co. 1, D.Lgs. 36/2023 recita «è normalmente oneroso» → a meno che risponda anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria → in quest'ultimo caso è gratuito.



- Con tale previsione, il Legislatore ha messo fine ad un'annosa questione circa la natura onerosa o gratuita del contratto in esame, risolta dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che il contratto di avvalimento è contratto tipicamente oneroso, ma non esclusivamente tale.

CONTRATTO DI AVVALIMENTO PREMIALE. POSSIBILI FORMULAZIONI SUL CORRISPETTIVO DEL CONTRATTO.

- Premessa: il corrispettivo può essere riportato nello stesso contratto allegato in busta tecnica e non è necessario/preferibile oscurare tale valore rendendolo visibile con una appendice in offerta economica, atteso che il corrispettivo non rappresenta una anticipazione dell'offerta economica in busta tecnica ma solo il costo, a carico del concorrente, per le risorse oggetto di avvalimento
- 1) Corrispettivo fisso (es. 5000 euro)
- 2) Corrispettivo fisso, ma solo in caso di aggiudicazione definitiva della gara
- 3) Corrispettivo fisso + una percentuale delle attività che saranno dovute in subappalto all'impresa ausiliaria, con definizione dei prezzi di tali attività con atto separato
- 4) Corrispettivo concordato con atto separato

In questi casi non si ravvede commistione tra offerta economica e profili economici del contratto di avvalimento

AVVALIMENTO PREMIALE. CASI PROBLEMATICI. LA CERTIFICAZIONE RELATIVA AL RATING DI LEGALITA'.

- La certificazione relativa al rating di legalità è un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità da parte dell'impresa destinataria della certificazione e del grado di attenzione riposto dall'impresa stessa nella corretta gestione del proprio business, in conformità a principi etici dei comportamenti aziendali;
- È rilasciata dall'AGCM, sulla base dei criteri fissati dal suo Regolamento approvato con Delibera n. 28361 del 28 luglio 2020, secondo cui possono richiedere l'attribuzione del rating le imprese (sia in forma individuale che societaria) e gli Enti che svolgono attività d'impresa che soddisfano cumulativamente i seguenti requisiti:
 - - sede operativa in Italia;
 - - fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello della domanda;
 - - iscrizione nel registro delle imprese o nel Repertorio delle notizie Economiche e Amministrative (R.E.A.);
 - - rispetto degli altri requisiti sostanziali richiesti dal Regolamento, tra cui alcuni di carattere oggettivo concernenti l'organizzazione aziendale.

AVVALIMENTO PREMIALE. LA CERTIFICAZIONE RELATIVA AL RATING DI LEGALITA': E' AVVALIBILE?

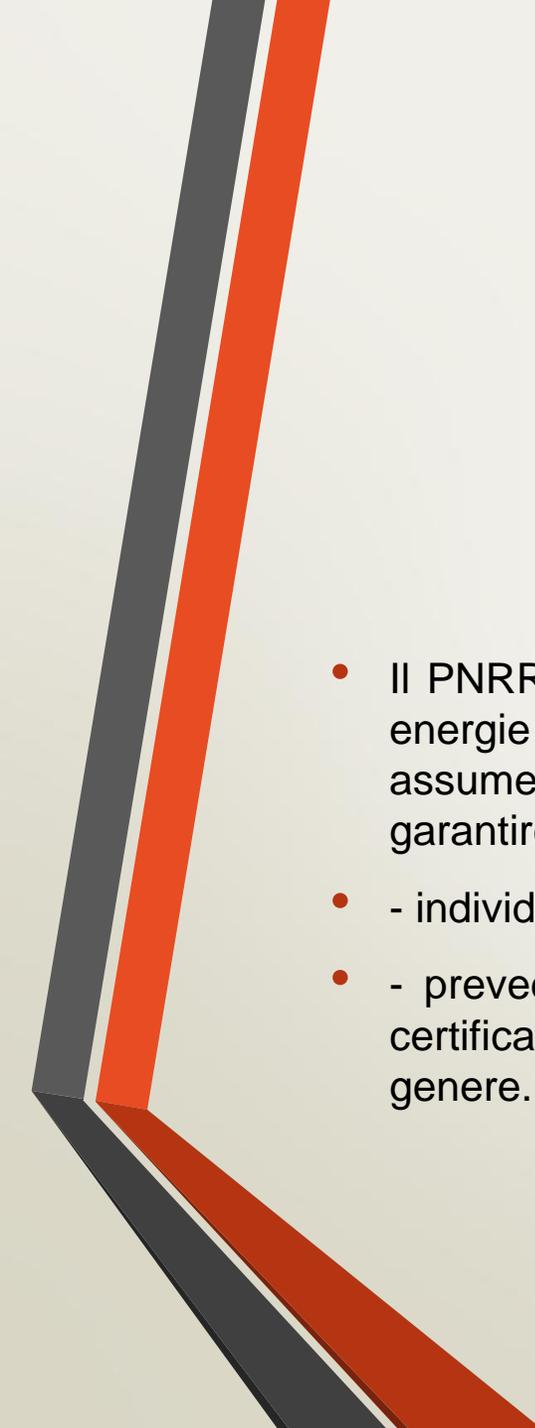
- La questione se il rating di legalità possa essere oggetto di avvalimento è stata oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali, che hanno fornito sul punto risposte non sempre univoche:
- 1) tesi favorevole. Sì, a patto che ci sia l'effettivo trasferimento/messa a disposizione dell'impresa ausiliata dell'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori di produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerata, ha permesso il conseguimento della certificazione medesima. Trattasi, infatti, di avvalimento complessivo o, meglio avente ad oggetto un requisito inscindibile nel senso che la medesima organizzazione aziendale non può contemporaneamente essere utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria. A tal fine, inoltre, l'impresa ausiliaria dovrà avere un oggetto sociale coerente con l'oggetto della procedura di gara.
- 2) tesi contraria. No, si tratta di una certificazione personale, non trasferibile, un indicatore personale dell'impresa.

AVVALIMENTO PREMIALE DELLA CERTIFICAZIONE RELATIVA AL RATING DI LEGALITA'.

- La recente posizione del **T.A.R. Campania, Sez. I, sentenza 30 gennaio 2024, n. 315**
- Il T.A.R. boccia detta possibilità: *«emerge chiaramente che tale certificazione attesta che l'impresa destinataria è dotata di adeguata organizzazione sotto il profilo del rispetto dell'etica e del contrasto alla corruzione. Premesso che la certificazione, quindi, riguarda specificamente l'organizzazione dell'impresa che ha ottenuto la certificazione, nel contratto di avvalimento in atti non è adeguatamente spiegato come tale organizzazione dell'ausiliaria, meritevole del rating di legalità, possa fornire un apporto concreto all'organizzazione dell'ausiliata tale da farle meritare un maggiore punteggio relativo all'offerta tecnica per il profilo premiale del rating di legalità».*

AVVALIMENTO PREMIALE DELLA CERTIFICAZIONE DI PARITA' DI GENERE. LA PARITA' DI GENERE. CENNI

- **Art. 108, co. 7, D.Lgs. 36/2023** → in continuità con taluni recenti interventi normativi, colloca la parità di genere tra gli obiettivi e gli interessi oggetto di tutela del D.Lgs. 36/2023.
- Si tratta di un tema oggetto di attualità e di considerazione in tutti gli ambiti del vivere sociale e in ogni contesto normativo, ma che fa parte ancor prima dell'ordinamento nazionale e sovra nazionale:
- - **art. 3 Cost.**
- - **art. 37 Cost.**
- - **art. 51 Cost.**
- - **art. 14 CEDU.**



AVVALIMENTO PREMIALE DELLA CERTIFICAZIONE DI PARITA' DI GENERE. LA PARITA' DI GENERE. CENNI

- Il PNRR ha attribuito grande importanza alla tematica. Muovendo dall'assunto che la mobilitazione delle energie femminili ed una maggiore inclusione delle donne al mercato del lavoro sono suscettibili di assumere un ruolo decisivo, per un verso, per migliorare la coesione sociale, sotto altro profilo, per garantire la ripresa economica del Paese, il PNRR
- - individua tra le proprie priorità il cd. empowerment femminile e il contrasto alle discriminazioni di genere;
- - prevede un progetto specifico, il cui obiettivo fondante è quello di definire un sistema nazionale di certificazione della parità di genere che incentivi le imprese ad adottare misure adeguate a ridurre il gap di genere.

AVVALIMENTO PREMIALE. LA CERTIFICAZIONE DI PARITA' DI GENERE. CHE COS'E'?

- - è stata inserita dalla **I. 162/2001**, che ha riformato il Codice delle pari opportunità;
- - tale legge estende l'ambito applicativo del rapporto sulla situazione del personale, abbassando a cinquanta dipendenti la soglia per l'individuazione delle imprese che devono redigerlo;
- - tale legge introduce, quale strumento di riduzione del gap di genere, la cd. certificazione di genere.

- **L'art. 46-bis, co. 2, D.Lgs. 198/2006** è stato attuato mediante il Decreto del Ministero delle Pari Opportunità del 29/04/2022 che
- - ha recepito la prassi UNI/PDR 125:2022, quale standard di riferimento per la verifica dei parametri minimi il cui raggiungimento è necessario per l'ottenimento della certificazione;
- - dispone che al rilascio della certificazione della parità di genere provvedono gli Organismi di valutazione della conformità accreditati ai sensi del Regolamento CE n. 765/2008.

AVVALIMENTO PREMIALE. LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITA' DI GENERE. COS'E'?

- La prassi UNI:PDR 125:2022 prevede l'adozione di specifici indicatori, Key Performance Indicator, tarati
- - su 4 livelli dimensionali dell'impresa (micro imprese, piccole imprese, medie imprese e grandi imprese);
- - su 6 aree di valutazione (cultura e strategia, Governance, Processi Human Resources, opportunità di crescita e inclusione delle donne nell'azienda, equità remunerativa per genere, tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro).
- La certificazione ha validità triennale ed è soggetta a monitoraggio annuale.

AVVALIMENTO PREMIALE. LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITA' DI GENERE NEL D.LGS. 36/2023

- Il Codice dei Contratti Pubblici attribuisce rilevanza al possesso della certificazione di parità:
- - sia ai fini premiali (art. 108, co. 7, D.Lgs. 36/2023);
- - sia ai fini della riduzione dell'importo della garanzia provvisoria (art. 106, co. 8, terzo periodo, D.Lgs. 36/2023);
- - prevede, inoltre, che la garanzia delle pari opportunità di genere (insieme a quella delle pari opportunità generazionali e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate) formi oggetto degli impegni assunti dall'OE ex art. 102, D.Lgs. 36/2023.
- L'art. 108, co. 7, D.Lgs. 36/2023, anche con riferimento a tale criterio premiale, non stabilisce la metodologia da utilizzare per l'attribuzione del punteggio. Tuttavia, tale criterio di valutazione è un criterio di tipo tabellare (precisamente, un criterio di tipo on/off).

AVVALIMENTO PREMIALE. E' AVVALIBILE LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITA' DI GENERE?

- Il paradosso generatosi in giurisprudenza. A distanza di pochi giorni l'una dall'altra, due pronunce del Giudice Amministrativo hanno cristallizzato un vero e proprio contrasto sul punto.
- - Il **T.R.G.A. Bolzano, 4 novembre 2024, n. 257**, afferma che la certificazione di parità di genere non può costituire oggetto di un contratto di avvalimento, ciò in quanto essa attiene ad una condizione soggettiva intrinseca dell'organizzazione aziendale non assimilabile ad una risorsa da mettere a disposizione di terzi che, poi, la potrebbero impiegare nell'esecuzione di un lavoro o di un servizio.
- - Il **T.A.R. Marche, 7 novembre 2024, n. 862**, assimila, invece, la certificazione di parità di genere alla certificazione di qualità (avallando quel filone che propende per la sua avvalibilità), attenendo all'organizzazione aziendale, e, pertanto, ammette che sia avvalibile.

AVVALIMENTO PREMIALE. E' AVVALIBILE LA CERTIFICAZIONE DI PARITA' DI GENERE?

- La posizione della dottrina.
- Occorre fare una valutazione caso per caso, alla luce delle circostanze del caso concreto. In particolare, il contributo esecutivo dev'essere effettivo e concreto.
- **L'impresa ausiliaria dovrà assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori di produzione di tutte le risorse che, complessivamente considerata, ha permesso il conseguimento della certificazione medesima.** Trattasi, infatti, di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito inscindibile, nel senso che **la medesima organizzazione aziendale non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria.**
- L'avvalimento, quindi, deve essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. prestito della sola certificazione, quale mero documento e senza quel minimo di apparato dell'ausiliaria atto a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il know how, le prassi e tutti gli elementi aziendali qualificanti. **A tal fine, inoltre, l'impresa ausiliaria dovrà avere un oggetto sociale coerente con l'oggetto dell'Appalto**

L'AVVALIMENTO PREMIALE. LE INDICAZIONI DEL BANDO TIPO N. 1/2023 E DELLA RELAZIONE ILLUSTRATIVA.

BANDO TIPO



In caso di avvalimento premiale il contratto di avvalimento va prodotto in busta tecnica

FAQ 7.1 al BT

«Nel caso di avvalimento finalizzato al miglioramento dell'offerta, i requisiti oggetto di avvalimento sono indicati esclusivamente nel contratto di avvalimento. La Stazione Appaltante indica nel bando di gara se il contratto di avvalimento deve essere presentato nella documentazione amministrativa o nell'offerta tecnica.

Le presenti indicazioni prevalgono sulle diverse previsioni del bando tipo n. 1/2023».

DOMANDA DI PARTECIPAZIONE TIPO

«Dichiara di avvalersi dell'impresa ... al fine di dimostrare il possesso dei requisiti indicati nella sezione del DGUE relativa all'avvalimento e allega il contratto di avvalimento».

«Dichiara di avvalersi dell'impresa ... al fine di migliorare l'offerta. [N.B.: i requisiti oggetto di avvalimento dovranno essere indicati esclusivamente nel contratto di avvalimento (indicare se nell'offerta tecnica o nella documentazione amministrativa)].

RELAZIONE ILLUSTRATIVA AL BT

«Nel disciplinare è stato specificato che, nel caso di avvalimento migliorativo, il contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria devono essere allegati nell'offerta tecnica al fine di evitare l'anticipazione di elementi dell'offerta nella domanda».

L'AVVALIMENTO PREMIALE. LE INDICAZIONI DEL BANDO TIPO N. 1/2023 E DELLA RELAZIONE ILLUSTRATIVA.

- Dal quadro appena delineato emerge che:
- - il bando tipo n. 1/2023 prevede che, nel caso di avvalimento premiale, il contratto di avvalimento viene prodotto in offerta tecnica. Idem la relazione illustrativa. Ratio evitare anticipazione di elementi dell'offerta tecnica. Anche se la relazione illustrativa dice, però, che la dichiarazione di avvalimento invece va inserita nella documentazione amministrativa
- - la domanda di partecipazione tipo prevede, la scelta tra offerta tecnica e documentazione amministrativa
- - discrasia tra bando tipo e relazione illustrativa, da un lato, e domanda di partecipazione tipo dall'altro. Contrasto risolto dalla FAQ 7.1, che prevede una risoluzione della vicenda affidata alla lex specialis di gara.

L'AVVALIMENTO PREMIALE. LE INDICAZIONI DEL BANDO TIPO N. 1/2023 E DELLA RELAZIONE ILLUSTRATIVA.

- Alla luce di quanto detto, si possono trarre determinate conclusioni.
- In caso di avvalimento premiale, come e dove va inserita la relativa documentazione? In busta a? in busta b?
- A rigore, occorre distinguere:
 - - nel caso di avvalimento tecnico-operativo e di garanzia la documentazione va inserita in busta a;
 - - nel caso di avvalimento premiale, evidenti criticità. In base al bando tipo la documentazione andrebbe inserita in busta b; in base alla relazione illustrativa la dichiarazione di avvalimento andrebbe inserita in busta a, mentre il contratto di avvalimento in offerta tecnica; poi, c'è la faq 7.1 che dice che occorre, giustamente, vedere quanto previsto dalla lex specialis di gara.
- Infatti, uno strumento per orientare l'OE è e resta la lex specialis di gara. Il bando di gara, il disciplinare ovvero il capitolato d'onori orientano l'OE nella corretta gestione della procedura di gara. Sarà questa, quindi, a delineare le relative modalità e a dire cosa va inserito e dove.

AVVALIMENTO PREMIALE. COSA DEVE FARE LA COMMISSIONE? IL CASO DI GARA AD INVERSIONE PROCEDIMENTALE

- Cosa deve fare la Commissione?
- 1) acquisire d'ufficio le visure delle imprese ausiliarie, al fine di verificare se le ausiliarie hanno un'iscrizione in Camera di Commercio per attività analoghe o quantomeno pertinenti a quelle oggetto di gara;
- 2) esaminare il contenuto dei contratti di avvalimento, al fine di verificare se sia adeguatamente spiegato come l'ausiliaria, meritevole del possesso delle certificazioni, possa fornire un apporto concreto all'organizzazione dell'ausiliata tale da far assegnare il relativo punteggio premiale;
- 3) verificare se l'ausiliata e l'ausiliaria hanno una dimensione organizzativa simile, come numero di dipendenti

- Perplessità
- Perché va analizzato in busta A? perché non si esamina dopo solo in busta A e solo sul primo graduato? Perché non si esamina in comprova/busta D solo sul primo?
- Che si tende a fare? La lex specialis dove lo prevede? In busta B? Allora il contratto va collocato in busta B → è necessario verificarne il contenuto per attribuire il punteggio



Grazie per l'attenzione