



24 settembre 2013

[Stampa l'articolo](#) | [Chiudi](#)

Avvalimento, il beneficio «dell'aumento del quinto» non vale per chi presta i requisiti

di Roberto Mangani

Il ricorso all'avvalimento nel settore dei lavori pubblici implica che l'impresa ausiliaria, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione oggetto di "prestito" a favore dell'impresa principale, non può usufruire del c.d. aumento del quinto, cioè della possibilità di incrementare di un quinto la classifica di iscrizione posseduta ai fini della partecipazione alle gare.

Sempre in tema di avvalimento, ma sotto altro profilo, la polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria non deve essere intestata anche all'impresa ausiliaria, che non può considerarsi tra i soggetti garantiti, non essendovi alcuna norma di legge che disponga in questo senso.

Questi principi sono stati affermati da un'interessante pronuncia del Tar Calabria, Sez. I, 27 agosto 2013, n. 868, che arricchisce il filone giurisprudenziale in materia di avvalimento, intervenendo su due questioni controverse e offrendo soluzioni non pacifiche. A testimonianza dell'incertezza che ancora caratterizza l'istituto e, nello specifico, della difficoltà di inquadrare con esattezza il ruolo e le responsabilità dell'impresa ausiliaria.

Il fatto. Un ente locale aveva bandito una gara per l'affidamento dei lavori di completamento di un impianto sportivo. L'aggiudicazione veniva operata a favore di un soggetto che, ai fini della dimostrazione del possesso della qualificazione Soa, aveva dichiarato di avvalersi di un'impresa ausiliaria.

A fronte di tale aggiudicazione il secondo classificato proponeva ricorso, adducendo, tra gli altri, due motivi di illegittimità attinenti al ruolo dell'impresa ausiliaria. Con il primo si contestava la mancanza in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, poiché l'impresa ausiliaria era in possesso, nella categoria di specializzazione richiesta (OG 11), della classifica II, e la classifica III – richiesta dal bando - era stata raggiunta attraverso il c.d. aumento del quinto, cioè usufruendo di un beneficio da ritenere non consentito a favore di un'impresa ausiliaria.

La seconda contestazione riguardava l'intestazione della polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria, operata solo a favore dell'impresa concorrente e non anche a favore dell'impresa ausiliaria, come invece sarebbe stato necessario in relazione alla circostanza che quest'ultima assume degli obblighi non solo nei confronti dell'impresa principale, ma anche direttamente nei confronti dell'ente appaltante.

L'aumento del quinto. La prima questione trae origine dalla previsione contenuta all'articolo 61, comma 2 del Dpr 207/2010 secondo cui «La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto». Si tratta di una disposizione di favore, che ha origini normative lontane nel tempo, e che attribuisce un beneficio generalizzato a tutti i soggetti qualificati, consentendogli di partecipare alle gare incrementando di un quinto la propria classifica di iscrizione.

Nel caso di specie l'impresa ausiliaria, ai fini di dimostrare il possesso del requisito richiesto dal bando (iscrizione nella classifica III), aveva fatto ricorso a tale beneficio, incrementando appunto di un quinto la propria iscrizione nella classifica II.

Il giudice amministrativo, accogliendo il motivo di ricorso proposto, ha ritenuto illegittima tale modalità di partecipazione alla gara, sulla base della considerazione che la disposizione che consente l'aumento del quinto non

può trovare applicazione a favore dell'impresa ausiliaria.

A fondamento di tale conclusione il Tar Calabria richiama il principio, ripetutamente affermato dalla più recente giurisprudenza, del divieto di frazionamento dei requisiti nell'ambito dell'avvalimento. In base a tale principio, è stato escluso che il ricorso all'avvalimento possa consentire il frazionamento tra l'impresa principale e l'impresa ausiliaria del requisito di qualificazione individuato dall'ente appaltante ai fini della partecipazione alla gara. Di conseguenza, deve considerarsi vietato l'avvalimento nel caso in cui l'impresa ausiliaria non sia autonomamente titolare dell'intero requisito richiesto dal bando (così Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

La sentenza in commento fa leva in particolare su quest'ultima affermazione per giustificare la sua conclusione. Secondo il giudice amministrativo il divieto di frazionamento escluderebbe la possibilità per l'impresa ausiliaria di supplire al suo deficit di qualificazione facendo ricorso al beneficio dell'aumento del quinto, in quanto verrebbe meno il principio consolidato secondo cui detta impresa ausiliaria deve essere in possesso in via autonoma e integrale del requisito richiesto dal bando di gara.

Questa soluzione, peraltro, era stata già fatta propria dall'Autorità dei contratti pubblici che, con la Determinazione n. 2 del 2012 in tema di avvalimento, aveva ritenuto non ammissibile che l'aumento del quinto potesse operare anche sulla parte di requisito Soa oggetto di avvalimento. Ciò in quanto l'avvalimento serve a colmare i requisiti di cui il concorrente è carente, con la conseguenza che «un solo avvalimento deve essere sufficiente ad integrare i requisiti che il concorrente non possiede, ai sensi dell'articolo 49, comma 6. Ammettere l'aumento del quinto anche sulla parte di requisiti "prestati" equivarrebbe ad aggirare il divieto del doppio ausiliario, godendo contemporaneamente di due benefici (quello dell'avvalimento e quello dell'aumento del quinto) per ottenere il requisito necessario per partecipare alla gara».

In verità la linea argomentativa seguita dal Tar Calabria e prima ancora dall'Autorità non appare del tutto convincente. In particolare, suscita perplessità il riferimento al divieto di frazionamento dei requisiti, che non sembra pertinente rispetto alla questione specifica dell'utilizzazione dell'aumento del quinto da parte dell'impresa ausiliaria.

Il divieto di frazionamento, infatti, riguarda l'ipotesi in cui il requisito di qualificazione richiesto sia suddiviso tra impresa principale e impresa ausiliaria, cioè tra due soggetti distinti. Nel caso in esame invece, il requisito fa capo integralmente a un solo soggetto (impresa ausiliaria), che per soddisfarlo compiutamente intende usufruire del beneficio dell'aumento del quinto, previsto dalla normativa vigente.

La soluzione negativa accolta dal giudice amministrativo, allora, più che sul richiamato divieto di frazionamento, sembra basarsi sulla particolare configurazione attribuita all'impresa ausiliaria. Quest'ultima, infatti, non sarebbe legittimata ad usufruire di una norma incentivante che l'ordinamento prefigura in realtà in termini generali, indirizzata cioè a favore di chiunque intenda partecipare alle procedure di gara per l'affidamento di lavori pubblici.

A dimostrazione di questa affermazione è sufficiente operare un esempio per paradosso. Se un'impresa partecipa in proprio a una gara è legittimata a usufruire dell'aumento del quinto. Qualora invece vi partecipi in qualità di impresa ausiliaria, tale beneficio non gli è concesso.

È evidente, quindi, che la soluzione prospettata nella sentenza in commento trova la sua ragione determinante nella qualifica di impresa ausiliaria che viene assunta dal soggetto interessato. La figura dell'impresa ausiliaria, in questa logica, subisce una discriminazione, che appare fondata, più che su stringenti argomentazioni giuridiche, su una diffidenza di fondo da cui – anche con qualche ragione – è circondato l'avvalimento, è che è alla base dei più recenti orientamenti giurisprudenziali volti a definire limiti e cautele nel ricorso a questo istituto.

La cauzione provvisoria e l'intestazione della relativa polizza fideiussoria. La seconda questione affrontata dal Tar Calabria riguarda la necessità o meno che la polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria debba essere intestata anche all'impresa ausiliaria.

Sul punto si erano manifestati in passato contrasti giurisprudenziali. La tesi affermativa è stata in particolare sviluppata in una pronuncia del Tar Campania, Sez. I, 11 ottobre 2011, n. 1634. Essa si fonda essenzialmente sulla supposta funzione della cauzione provvisoria, che non sarebbe solo quella di garantire la stazione appaltante nei confronti della mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, ma, più in generale, quella di assicurare la serietà e affidabilità dell'offerta con riferimento a tutti gli aspetti della partecipazione, ivi compresa la veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara da parte di tutti i soggetti partecipanti.

Di conseguenza, la cauzione provvisoria dovrebbe essere prestata da tutti indistintamente i soggetti che, a qualsiasi titolo, rendono dichiarazioni in sede di gara in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che la relativa polizza dovrebbe essere intestata a tutti gli indicati soggetti. In questa logica, l'intestazione dovrebbe

riguardare anche l'impresa ausiliaria che, al pari dell'impresa principale, è tenuta a rendere in sede di gara le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali.

La pronuncia in commento, pur affermando incidentalmente l'indubbia rilevanza delle argomentazioni sviluppate dalla tesi sopra riportata, non le ha in realtà sottoposte ad alcuno specifico vaglio critico, optando per la tesi opposta sulla base di un diverso tipo di ragionamento.

In primo luogo, superando ogni considerazione di tipo sistematico, il giudice amministrativo ha rilevato che non vi è alcuna disposizione normativa che esplicitamente estenda l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria all'impresa ausiliaria. Cosicché, di fronte al silenzio del legislatore, impone che la polizza fideiussoria sia intestata anche all'impresa ausiliaria significherebbe configurare un onere aggiuntivo non previsto dalle norme.

In secondo luogo – e questa appare in realtà la considerazione più significativa – le disposizioni che disciplinano l'avvalimento prevedono che il contratto di appalto sia comunque eseguito dall'impresa principale, che quindi rimane l'unico soggetto titolare dello stesso e che assume i relativi obblighi nei confronti dell'ente appaltante. A nulla rileva, sotto questo profilo, che l'impresa ausiliaria debba comunque obbligarsi anche nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione i mezzi e le risorse di cui è carente il concorrente e che costituiscono oggetto di avvalimento. Questa circostanza, infatti, configura un'obbligazione accessoria in capo all'impresa ausiliaria, ma non è certamente idonea a renderla contitolare del contratto di appalto.

Da queste premesse discende la conclusione del ragionamento: la cauzione provvisoria – e di conseguenza l'intestazione della relativa polizza fideiussoria – deve riguardare esclusivamente il soggetto che è titolare del relativo contratto di appalto, essendo indissolubilmente legata a tale qualifica in quanto diretta a garantire la stazione appaltante in merito alla stipula di detto contratto. Risulterebbe quindi illogico, in quanto contrario alla funzione tipica della cauzione provvisoria, imporre che la stessa sia prestata anche da un soggetto quale l'impresa ausiliaria, che resta formalmente estranea al contratto con l'ente appaltante e che quindi non è tenuta a fornire alcuna garanzia in merito all'effettiva stipula dello stesso.

Considerazioni conclusive. La pronuncia in commento rappresenta un'ulteriore testimonianza delle incertezze che ancora sussistono in merito a numerosi aspetti della disciplina dell'avvalimento. Nel caso specifico, le questioni affrontate portano con sé una specifica lettura del ruolo e delle responsabilità dell'impresa ausiliaria: da un lato, relativamente al tema dell'aumento del quinto, essa viene ad essere considerata in termini di minor favore rispetto a un'impresa "ordinaria". Dall'altro, in merito alla intestazione della polizza fideiussoria, ne viene circoscritto il ruolo, escludendo che essa intrattenga alcun rapporto diretto - e debba quindi assumere alcuna garanzia – nei confronti dell'ente appaltante.

Più in generale, le oscillazioni giurisprudenziali che ancora si riscontrano in relazione a numerosi profili che qualificano l'istituto, sembrano da riportarsi a un vizio di origine che ne ha accompagnato l'introduzione nel nostro ordinamento. L'avvalimento, infatti, rappresenta indubbiamente un istituto che risponde a logiche profondamente diverse da quelle che tradizionalmente hanno caratterizzano il nostro sistema dei contratti pubblici. In un certo senso, può essere definito un "corpo estraneo", poiché rompe gli schemi con cui il nostro legislatore nazionale ci ha indotto a ragionare.

Anche in questa logica si spiega la non univocità degli indirizzi della giurisprudenza, che da un lato – anche sotto la spinta dei precetti di derivazione comunitaria – è indotta a offrire il più ampio riconoscimento all'istituto e alle sue modalità applicative. Dall'altro, in una dimensione più conservativa, ha cercato - specie negli ultimi tempi - di individuare una serie di vincoli e limiti all'utilizzo dello stesso, finalizzati a perseguire una coerenza complessiva con il sistema normativo in cui si inserisce.

In questa seconda direzione sembra muoversi la sentenza in commento, almeno con riferimento alla questione dell'aumento del quinto. Ma è facile prevedere che – anche in relazione a quella che appare come una forzatura interpretativa – anche questa questione, come altre, troverà nuove occasioni di intervento da parte del giudice amministrativo.

24 settembre 2013