

# Il ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito del capitale sociale, previsto in un importo predeterminato dal bando di gara

*Emanuela Rizzi*

**T.A.R. PUGLIA**, Lecce, sez. III, 8 aprile 2013, n. 794

*Pres. Costantini; Est. Caprini - Monteco s.r.l. (Avv. Mastrolia e Massa) c. Consorzio Ato Le 1 (Avv. Angelelli) e Ecotecnica s.r.l. e Axa s.r.l. (Avv. P. e L. Quinto, Mariano e Sanapo).*

**Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Gara - Avvalimento - Requisito riferito al possesso di capitale sociale - Frazionamento - Illegittimo.**

*La finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità tecnico-economica del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, volta a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti. Questo scopo non può essere utilmente perseguito se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara. Il requisito del capitale sociale, fornendo la garanzia in termini di solidità e solvibilità dell'impresa deve essere integralmente posseduto quantomeno dall'impresa avvalsa (1).*

DIRITTO

*Omissis*

V.1. Con riferimento alla posizione della ricorrente principale, Monteco Srl, la controinteressata ricorrente incidentale deduce la violazione dell'art. 15, lett. c) del bando concernente il possesso, da parte dei concorrenti, di un capitale sociale ovvero di un patrimonio o di fondo patrimoniale non inferiore a un quinto del costo netto del servizio relativo al primo anno di appalto (pari a € 2.746.481,52) nonché, più in generale, di principi in materia di avvalimento.

V.2. In particolare, la Monteco avrebbe dichiarato di soddisfare tale requisito di partecipazione ricorrendo all'istituto dell'avvalimento ma procedendo, improprio-

priamente, alla sommatoria del proprio capitale sociale (€ 2.105.664,00) con quello dell'ausiliaria, Sud Gas srl (€ 1.310.400,00).

Invero, sia la società ausiliaria che la società ausiliata sarebbero in possesso di un capitale sociale inferiore a quello minimo richiesto dal bando di gara.

Sostiene, infatti, la ricorrente incidentale che almeno l'ausiliaria avrebbe dovuto possedere e prestare il requisito per l'intero, e non, come fatto, per quota parte, atteso che l'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 - applicabile, in quanto compatibile, agli appalti di servizi e forniture -, vieta l'utilizzo frazionato dei requisiti di carattere economico, finanziari e tecnico-organizzativi.

V.3. Il motivo di censura è fondato nei limiti di seguito esposti.

V.4. Il Collegio, pur prendendo atto delle oscillazioni giurisprudenziali registrate in materia, aderisce a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale:

A) deve preliminarmente ribadirsi che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale nel diritto comunitario al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza: se ciascun soggetto può avvalersi dei requisiti di altri viene così posto in grado di concorrere il più vasto numero di soggetti; non sono perciò consentite limitazioni nell'applicazione dell'istituto che possano inficiare tale scopo.

Conseguentemente, "la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. di Stato, sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa e il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica" (Cons. di Stato, sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496);

B) ciò posto, la massima concorrenza deve però dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare un'offerta congrua e valutabile e di fornire, quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione.

Non si comprenderebbe, altrimenti, la *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerdente dimostrare all'Amministrazione che disporrà dei mezzi necessari a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (Cons. di Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 luglio 2012, n. 808);

C) se l'avvalimento è un mero istituto di soccorso al concorrente in sede di gara nei termini anzidetti, di conseguenza, va escluso chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente a integrare il proprio requisito di qualificazione.

La possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone, pertanto, che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti: la finalità dell'avvalimento non è, infatti, quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara purché in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, volta, nelle specie, a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (Cons. di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340, sez. III, 1 ottobre 2012, n. 5161, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810 e sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 aprile 2012, n. 708);

D) ciò posto, l'istituto dell'avvalimento - istituto di derivazione comunitaria - per come disciplinato dall'ordinamento italiano dall'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006, ha por-

tata generale ed è applicabile, ai sensi del successivo art. 50, anche ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture (Cons. di Stato, sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 12 settembre 2012, n. 794).

A tal proposito, il citato art. 50, rubricato proprio "Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione", al comma 4, dispone che: "le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture".

Ora, la compatibilità, che implica anche stesse condizioni di ammissibilità, va ravvisata proprio nell'identità di *ratio* sottesa all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento tanto negli appalti di lavori che in quelli di servizi e forniture: assicurare, oltre alla più ampia partecipazione, l'esatta esecuzione della prestazione, ove il requisito del capitale sociale, fornendo la garanzia in termini di solidità e solvibilità dell'impresa e, dunque, di serietà e affidabilità del contraente, deve essere integralmente posseduto quantomeno dall'impresa avvalsa.

V.5.1. Deve, pertanto, escludersi, a parere del Collegio, che il possesso di un determinato capitale sociale sia un mero requisito di natura contabile con funzione di garanzia accessoria rispetto all'adempimento dell'obbligazione principale costituita dalla prestazione offerta, e che, per tale aspetto, tale funzione, essenzialmente fideiussoria, possa essere, quindi, assicurata anche con avvalimento parziale, rilevando, invece, come detto, quale requisito soggettivo di partecipazione che deve essere, comunque, integralmente e autonomamente posseduto almeno dall'impresa ausiliaria proprio in quanto esprimente la effettiva capacità di esecuzione del servizio.

V.5.2. Va considerato, inoltre, che, pur ammettendo che solo il concorrente assuma obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante - tanto che l'ausiliario si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione (art. 49, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 163/2006) -, l'ausiliario diventa *ex lege* responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto e, come tale, deve avere una capacità patrimoniale e finanziaria adeguata (Cons. Stato, sez. III, 1 ottobre 2012, n. 5161).

*Omissis*

---

## Commento

La sentenza in commento, partendo dalla ricostruzione dell'istituto dell'avvalimento, enucleato originariamente dalla giurisprudenza comunitaria <sup>(1)</sup>, ne esamina la normativa <sup>(2)</sup>, analizzandone presupposti ed effetti.

.....

(1) V. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 14 aprile 1994, n. 389 che ha ammesso la partecipazione ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici di una *holding* che, non possedendo in proprio i requisiti dell'impresa di costruzioni, si avvalga delle sue consociate per l'esecuzione e dimostri di disporre effettivamente di personale, mezzi e qualifiche delle consociate medesime. Con successiva sentenza 18 dicembre 1997, n. 97, la stessa Corte ha affermato l'obbligatorietà applicativa di detto principio e non la sua semplice facoltatività. L'evoluzione interpretativa ha condotto la Corte a riconoscere la possibilità di utilizzare i requisiti posseduti da soggetti terzi anche indipendentemente dall'esistenza di un vincolo di gruppo, con la sentenza 2 dicembre 1999, n. 176, purché il concorrente sia in grado di comprovare che dispone effettivamente dei mezzi.

(2) L'istituto di derivazione pretoria, condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa italiana (v. Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383) si è poi trasfuso nelle disposizioni comunitarie delle direttive 2004/17/CE (artt. 53 e 54) e 2004/18/CE (artt. 47, 48 e 52).

È appena il caso di ricordare che l'avvalimento consente ad un concorrente di provare il possesso di alcuni requisiti previsti per la partecipazione ad una gara d'appalto, ricorrendo alla capacità di imprenditori diversi, qualunque sia la natura del vincolo che lega i due soggetti.

Con rappresentazione quanto mai efficace, l'avvalimento è stato anche definito come "*possesso mediato ed indiretto dei requisiti*" per consentire "*ad un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice la capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto*" (3).

L'unica condizione, prevista anche dalla giurisprudenza comunitaria e poi trasfusa nella codificazione normativa (4), consiste nella necessità di dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, tramite il perfezionamento di appropriati rapporti giuridici, per contemperare l'esigenza di favorire la concorrenza e la libera circolazione di merci e servizi, con l'interesse del committente ad una corretta e qualitativamente adeguata esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

Nel panorama legislativo nazionale, l'avvalimento è disciplinato dagli artt. 49 e 50 del Codice dei contratti pubblici (5).

Poiché l'art. 50 riguarda l'avvalimento volto a conseguire l'attestato di qualificazione, la presente indagine verterà unicamente sulla disposizione di cui all'art. 49 cit., attinente alla fattispecie in predicato, ossia il ricorso all'avvalimento per la partecipazione ad una singola gara.

Preliminarmente deve sottolinearsi che è ammesso l'avvalimento solo per quanto concerne i requisiti economici, tecnici, finanziari ed organizzativi, mai per comprovare il possesso di requisiti di ordine generale che, in quanto riferiti a *status* personali, debbono essere posseduti e dimostrati anche dal concorrente in proprio.

In aderenza allo sviluppo giurisprudenziale che ha connotato l'istituto, la normativa nazionale ha previsto che l'avvalimento possa intervenire sia con la stipula di un apposito contratto tra l'ausiliario e l'ausiliato, nel caso in cui il primo si configuri come terzo estraneo, sia per l'appartenenza ad un medesimo gruppo.

Non sono individuati tutti gli specifici elementi del negozio giuridico, il cui contenuto è lasciato all'autonoma determinazione delle parti, ad eccezione dell'oggetto, che deve consistere nell'individuazione delle

.....  
(3) ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di DE NICTOLIS, Milano, 2007, 562.

(4) Cfr. artt. 47, comma 2 e 48, comma 3, della direttiva n. 2004/18/CE; art. 54, comma 6, della direttiva n. 2004/17/CE riferita ai settori c.d. speciali.

(5) Approvato con il d.lgs. n. 163/2006.

risorse e dei mezzi prestati, i quali devono essere liberamente utilizzabili dall'ausiliato, e della durata, ovviamente correlata a quella dell'appalto, secondo la previsione dell'art. 88 del Regolamento di esecuzione (6).

È sufficiente che al momento della gara sia prodotto l'impegno a mettere a disposizione l'organizzazione da parte dell'impresa ausiliaria, non essendo richiesto che la disponibilità sia in atto, purché l'ausiliato, in caso di aggiudicazione, possa vantare un legittimo titolo a pretendere l'adempimento dell'obbligazione assunta dall'ausiliario.

Tra i requisiti che devono essere posseduti dall'ausiliario rientrano anche i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 e quelli di cui alla normativa antimafia.

La disposizione, tra le altre, che si è rilevata utile per risolvere la questione in indagine è il comma 6 del citato art. 49 del codice, a mente del quale è vietato l'utilizzo frazionato dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione nella specifica categoria.

La questione oggetto del contendere riguarda la possibilità di ricorrere all'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito riferito ad un capitale sociale, predefinito in un determinato importo.

Deve sottolinearsi che proprio con riferimento alla problematica in indagine non si registra un univoco orientamento per quanto riguarda la qualificazione di detto requisito.

È necessario ricordare anche autorevoli arresti che hanno sostenuto come *"l'affermata generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento (anche in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato 3762/2009) trova un limite - come nel caso di specie - laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante"* (7).

Registrato, quindi, il contrastato orientamento sull'oggetto del contendere, anche se si stigmatizza la superficiale e tautologica giustificazione esposta a sostegno del riferito indirizzo negativo, non si sarebbe evidenziato alcun problema se il predetto requisito fosse stato integralmente posseduto, e dimostrato, da parte dell'impresa ausiliaria. Nel caso di specie, invece, il raggiungimento dell'importo previsto dal bando, come requisito di partecipazione, era garantito solo dalla sommatoria del capitale sociale vantato dal concorrente e da quello messo a disposizione dell'ausiliario.

.....

(6) Approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

(7) In tal senso T.A.R. Lazio, Latina, 21 ottobre 2010, n. 1865; detta pronuncia è stata riformata da Cons. Stato, 8 ottobre 2011, n. 5496.

Indipendentemente dal tenore letterale della disposizione <sup>(8)</sup> che vieta l'utilizzo frazionato di singoli requisiti tecnico-economici, argomentazione che pure viene invocata a sostegno delle conclusioni raggiunte, la motivazione principale che sostiene il ragionamento del Collegio risiede nella considerazione che il requisito del capitale sociale, indice di solidità dell'impresa "e, dunque, di serietà e affidabilità del contraente, deve essere integralmente posseduto quantomeno dall'impresa avvalsa".

Infatti, sulla scorta del presupposto che il possesso di un determinato capitale sociale non costituisce un mero requisito di natura contabile, ma al contrario determina l'effettiva capacità dell'impresa di garantire l'idonea esecuzione del servizio da affidare, pare ineccepibile la conclusione cui perviene il T.A.R. che non ammette il frazionamento di detto requisito.

Pur condividendo il percorso argomentativo, approfondito anche dalla considerazione che il capitale sociale non costituisce una sorta di garanzia fideiussoria che possa utilizzarsi con un "avvalimento parziale", trattandosi invece di un elemento che esprime l'effettiva capacità dell'impresa, costituita dai conferimenti dei soci, di eseguire un servizio individuato, non può escludersi che la questione possa prestarsi ad interpretazioni contrarie che valorizzino l'integrabilità di un requisito parzialmente sussistente, come nel caso di concorrenti in raggruppamento, salvo ritenere insuperabile il divieto di frazionamento normativamente previsto.

Un ulteriore sostegno alla tesi propugnata nella decisione in esame pare rinvenirsi nella determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici <sup>(9)</sup>, secondo cui "negli appalti di servizi e forniture, sulla base della citata normativa, non può escludersi, in linea di massima, la possibilità di frazionare i singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie" purché, "il requisito oggetto di avvalimento risulti giuridicamente e materialmente frazionabile, senza svilirne la tipicità e la connotazione".

È proprio l'individuazione del capitale sociale come parametro complesso ed articolato che evidenzia la capacità dell'impresa, globalmente intesa, che consente l'affermazione della non frazionabilità del requisito.

Peraltro, le aperture dell'Autorità di vigilanza, da ultimo riferite, inducono ad una certa prudenza nell'affermare il prevalere di orientamenti che troppo spesso si prestano a personali interpretazioni e qua-

.....  
(8) Art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.

(9) V. Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012 recante *L'avvalimento nelle procedure di gara*.

lificazioni soggettive e che fanno derivare la soluzione delle questioni esaminate proprio dalla configurazione delle caratteristiche riconosciute ad un determinato elemento.

È indubbio che la definizione del capitale sociale che si rinviene nella sentenza in commento non lascia spazio alcuno ad una conclusione difforme da quella raggiunta dal Collegio, però è sufficiente inquadrare diversamente il concetto in parola, ed in pratica ritenere il capitale sociale come un insieme di elementi funzionali ed integrabili quantitativamente, per pervenire a soluzioni contrapposte ed ammettere la frazionabilità del requisito.