

Consiglio di Stato: “Sì all’avvalimento frazionato”.

Dott.ssa Alessandra Scutti

*Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione
per
le professioni legali dell’Università degli Studi di
Roma Tor Vergata*

“Avvalimento frazionato: è ammesso il cumulo del requisito del concorrente con il requisito dell’ausiliario ai fini del raggiungimento della soglia prescritta dal bando di gara. “

Consiglio di Stato, sez. V, n. 5874 del 9 dicembre 2013

1) Il fatto

Il fatto in oggetto presenta un ricorso incidentale, proposto dall’impresa aggiudicataria, verso la decisione del TAR riguardo l’istituto dell’avvalimento. L’impresa ricorrente, non riuscendo a raggiungere da sola il requisito del capitale sociale minimo richiesto dal bando, si è avvalsa dell’aiuto delle risorse dell’ausiliaria. Il giudice di prime cure escludeva che il possesso di un determinato capitale sociale, poteva assolvere a requisito con funzione di garanzia accessoria rispetto all’adempimento dell’obbligazione principale, costituita dalla prestazione offerta, la quale risultando insufficiente, si chiedeva l’integrazione ricorrendo all’avvalimento parziale, assicurando così la partecipazione dell’impresa ausiliata. In prima istanza veniva negato tale ricorso, in linea con l’art. 49 comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, ma successivamente è intervenuta in materia il Consiglio di Stato, ribaltando la statuizione del primo giudice sulla base del principio affermato dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza 10 ottobre 2013, n. C-94/12, ritenendo ammesso nelle gare di appalto il cosiddetto avvalimento plurimo o frazionato. L’impresa aspirante all’aggiudicazione di un contratto di appalto può raggiungere il requisito di partecipazione stabilito dal bando, avvalendosi dell’aiuto di più imprese, integrandone i requisiti e sommando i capitali delle società.

Oltretutto in tale sede è stato osservato come gli articoli 47, paragrafo 2 e 48 paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e

servizi, letti in combinato disposto con l'art. 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come l'art. 49 comma 6 del d.lgs. 163/2006, la quale in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori possono avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, della capacità di più imprese.¹

La Corte ha definitivamente chiarito l'ammissibilità dell'avvalimento plurimo o frazionato e tale orientamento è divenuto vincolante per il Giudice Nazionale, risultando inoltre conforme a quanto già espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 857 del 2011.

Ritornando al caso in oggetto, le parti resistenti contestavano che il requisito del capitale sociale di un determinato importo poteva essere frazionato fra imprese diverse, in quanto l'integrazione non diventa espressione di solidità sociale della partecipante al bando di gara. Questa impostazione non viene condivisa in quanto, il capitale sociale, ai sensi dell'art. 2325 primo comma c.c. assolve alla funzione di garanzia per il soddisfacimento delle obbligazioni contratte con i debitori della società e inoltre, alla luce del principio affermato dalla Corte di Giustizia, il partecipante ad una gara d'appalto può dimostrare di possedere un determinato capitale sociale, anche avvalendosi di quelli delle altre imprese ausiliarie, le quali si obbligano a tal fine. Per i motivi esposti, il ricorso risulta fondato e la società ausiliaria è così tenuta a fornire le prestazioni richieste dall'ausiliata, integrando le proprie. A nulla è valso il ragionamento della parte resistente nel giudizio, condiviso solo dal giudice di prime cure, non riconoscendo la possibilità di poter ricorrere all'avvalimento frazionato. Pertanto alla luce di quanto esposto il ricorso risulta essere fondato, in linea anche con il dettato della Corte di Giustizia, per cui il partecipante ad una gara d'appalto, può concorrere avvalendosi dell'aiuto del soggetto ausiliario.

2) L'avvalimento nel diritto comunitario

Il concetto di "avvalimento" nasce in ambito europeo, legato alle logiche ed alle strategie imprenditoriali, volti alla creazione di "gruppi" societari complessi e articolati².

1

¹ □ Corte di Giustizia, sez. V, sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12.

2

² □ Consiglio di Stato, sez. VI 29 dicembre 2010, n. 9576.

Successivamente , tale istituto venne finalizzato alla promozione della competizione tra le imprese, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costruzione, le quali non possedevano tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

Tale istituto favorì la piena apertura del mercato interno, in linea ai principi di libera circolazione delle merci, servizi e capitali e della concorrenza al suo interno, eliminando tutte le possibili barriere³. Tali principi si sono così collocati alla base del buon funzionamento, realizzando un'apprezzabile partecipazione alle gare da parte delle imprese che non possedevano tutti i requisiti previsti dal bando di gara, ricorrendo a quelli posseduti da altri. Sentenza innovativa su questo punto fu quella della Corte di Giustizia del 14 aprile 1994, causa C-389/92⁴, ritenendo ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione di un elenco ufficiale di imprenditori abilitati, ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto. Successivamente la Corte si è spinta oltre⁵, teorizzando il principio generale secondo cui, un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, possa partecipare alla gara, disponendo dei mezzi di cui dichiara di avvalersi , ricorrendo all'istituto dell'avvalimento frazionato⁶. Il concorrente "ausiliato", dovrà solo dimostrare di avere l'effettiva disponibilità dei mezzi. I requisiti di partecipazione sono necessari e costituiscono un elemento di garanzia in vista dell'esatto adempimento.

3

□ Corte di Giustizia comunitaria europea 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, Holst Italia, già in precedenza in materia di appalti di lavori, Giust. Com. eu. 14 aprile 1994, in causa C- 389/92, Ballast Nedam Groep I, nonché Id., 18 dicembre 1997, in causa C- 5/97, Ballast Nedam Groep II.

4

□ Causa 176/98 Holst Italia c. Comune di Cagliari, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2001, pag. 1405.

5

□ Corte di Giustizia, 2 dicembre 1999, causa C – 176/98.

6

□ F.BRUNETTI, *Referenze indirette nella gara di appalto pubblico: requisiti formali e divieto di sb-appalto*, in *La finanza locale*, 2005, pag.8

Tale principio è stato poi formalizzato negli articoli 47 e 48 della direttiva n. 2004/18/CE, riconoscendo all'operatore economico il diritto di potersi affidare sulle capacità economico – finanziarie e tecnico – organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei legami intercorrenti tra le società. Ciò significa anzitutto che, in diritto comunitario il principio generale dell'avvalimento trova applicazione prima del suo recepimento nell'ordinamento interno⁷.

Veniva considerato e definito come "possesso mediato ed indiretto dei requisiti", per cui un operatore che non raggiungeva i requisiti minimi prescritti per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un appalto, poteva ricorrere e far valere, presso l'autorità aggiudicatrice, le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto tanto per la qualificazione alla singola gara⁸.

In particolare, l'art. 47 della direttiva n. 18 del 2004 ("Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi"), dal titolo "capacità economica e finanziaria", prevede, al paragrafo 2, che *"Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti"*.

Eguale il successivo art. 48, dal titolo "Capacità tecniche e professionali", dispone, al paragrafo 3, che *"Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie"*.

7

□ Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383; sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194; sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145.

8

□ ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 562.

Più a monte si pone l'art. 44 della direttiva n. 18 del 2004 il quale, al paragrafo 2, così dispone:

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere livelli minimi di capacità, conformemente agli articoli 47 e 48, che i candidati e gli offerenti devono possedere.

La portata delle informazioni di cui agli articoli 47 e 48 nonché i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto. Detti livelli minimi sono indicati nel bando di gara”.

Così come è stata enucleata, codifica il principio del possesso *per relationem*, secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con le imprese ausiliarie.⁹

Nell'ottica europea l'avvalimento diviene, pertanto, un modulo organizzativo dell'impresa e per l'impresa partecipante unica condizione è la dimostrazione di disporre delle risorse o dei mezzi necessari per eseguire il contratto.¹⁰

A ben considerare, la prova da assolvere sembra essere duplice: da un lato occorre comprovare il possesso da parte del terzo, dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* della gara, dall'altro lato, deve, più specificatamente, essere dimostrata la disponibilità dei mezzi del soggetto di cui si spendono i requisiti.¹¹ Sotto questo profilo le norme sopranazionali prefigurano un regime probatorio atipico, non limitato a determinati mezzi, consentendo al concorrente in ogni modo la dimostrazione dell'esistenza della disponibilità aziendali altrui. L'ampiezza della previsione sembra ammettere ogni forma di collaborazione economica.¹²

9

□ Artt. 47, comma 2, 48, comma 3, della direttiva n. 2004/18/CE, ma anche art. 54 comma 6, della direttiva 2004/17/CE concernente i settori c.d. speciali.

10

□ Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2006, n. 10233.

11

□ MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Garofoli e Sandulli, Milano, 2005, 629.

12

□ MARTINELLI, *Op.ult. cit.*, 632.

3) L'avvalimento nell'ordinamento nazionale.

In recepimento della direttiva 18/2004, la disciplina relativa all'avvalimento è stata disciplinata all'art. 49 e 50 del d.lgs 12 aprile 2006 n. 163¹³ e dall'art. 88 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e dalla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 1° agosto 2012, n. 2, dal titolo "L'avvalimento nelle procedure di gara"¹⁴.

La principale caratteristica realizzata è stato il bilanciamento tra il favor per la circolazione dei requisiti e la responsabilità solidale. L' art. 49, comma 4, prevede, infatti, che "*Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*". Pur prevedendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari¹⁵, nulla stabilisce circa le relative modalità di prova, spostando così l'onere di individuarle sul legislatore.

L'avvalimento secondo il dettato nazionale quindi concerne i requisiti oggettivi di ordine speciale e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, anche nel silenzio della *lex specialis* , trattandosi di istituto di origine comunitaria, a recepimento obbligatorio ad auto esecutivo.¹⁶

Nello specifico , il codice prevede che, il concorrente deve allegare alla domanda di partecipazione una serie di documenti¹⁷, quali: l'attestazione SOA propria e dell'impresa

13

□ A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *Codice degli appalti pubblici e regolamento di esecuzione e di attuazione*, 2001, Istituto Giuridico Opere Pubbliche.

14

□ P. URBANI E L. PASSERI, *Guida al codice dei contratti pubblici*, 2008, Torino.

15

□ Tar Bari, sez. I, 5 marzo 2008, n. 498; Tar Piemonte , sez. II, 17marzo 2008, n. 430.

16

□ Tar Lazio, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4829; Tar Lecce , sez. II, 18 dicembre 2007, n. 4272.

17

□ Tar Friuli Venezia Giulia 1 settembre 2008, n. 508.

ausiliaria,¹⁸ una dichiarazione sottoscritta da un rappresentante dell'impresa concorrente in grado di impegnare la società, in virtù di opportuni poteri conferitigli, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria¹⁹.

Ciò porta con sé, in astratto, specie con riguardo al transito della SOA, il rischio che i concorrenti si trasformino in scatole vuote, meri organizzatori del lavoro altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbero limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento²⁰, o meglio ad un centro di imputazione di rapporti giuridici, privi tuttavia di quel substrato tecnico, organizzativo e finanziario,²¹ ovvero ancora ad una sorta di "holdings" dai contorni oscuri.²² In realtà sembra preferibile ritenere che la funzione dell'avvalimento non sia quella di dare corpo ad un soggetto fittizio, quanto piuttosto di integrare i requisiti di un imprenditore realmente operante nel mercato delle commesse pubbliche.

Sono configurabili in questa fattispecie complessa due momenti fondamentali, costituiti rispettivamente dalla stipulazione del contratto intercedente tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente e dalla successiva dichiarazione, introduttiva di una fase sub procedimentale, dell'impresa ausiliaria nei confronti della Stazione appaltante, con cui si obbliga verso quest'ultima a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente.²³

18

□ CARINGELLA, DE MARZO, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Giuffrè Editore.

19

□ MANGANI, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in www.giustamm.it

20

□ ZUCHELLI, *Op. cit.*, 601.

21

□ MANGANI, *Op. cit.*, in www.giustamm.it

22

□ CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it

23

Tale dichiarazione deve essere verificata ai sensi dell'art. 48 del Codice. Oltre a tale documentazione, il concorrente deve possedere i requisiti generali di cui all'art. 39 del Codice, depositare la dichiarazione sottoscritta da un rappresentante dell'impresa ausiliaria, la quale attesta i requisiti tecnici e le risorse oggetto di avvalimento, le quali vengono messe a disposizione nei confronti del concorrente.²⁴

In tale dichiarazione inoltre l'impresa ausiliaria deve dichiarare di non partecipare alla gara in proprio allegando l'originale del contratto.

Tutti questi elementi devono essere allegati alla domanda di partecipazione a pena di esclusione e il suo carattere imperativo può ricavarsi dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 49. Qualora tali dichiarazioni risultano mendaci, oltre ad applicare l'articolo 38 lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia, oltre a trasmettere gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11 del Codice.²⁵

L'avvalimento, ex art. 49, comporta responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante e l'applicazione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente, nonché l'applicazione di una serie di limiti: per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, il divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare in proprio alla stessa gara dell'impresa ausiliata e il divieto che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara, a meno che il bando preveda che si possano prestare l'avvalimento nei confronti di più concorrenti, sino ad un massimo indicato nel bando stesso.

Tali prescrizioni devono essere indicate nei documenti di gara. L'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato anche nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per effetto dell'art. 121 del Codice e detto ciò si può affermare che l'avvalimento ha assunto

□ CIRILLO, *Op.ult. cit.*

24

□ MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Garofoli e Sandulli, Milano, 2005, 629.

25

□ DIEGO SABATINO, *I partecipanti alle procedure*, in *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, a cura di Gabriele Carlotti e diretto da Garofoli, Nel Diritto Editore, II, V, 2.4

valore di principio generale, applicabile anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario di servizi.²⁶

4) Contrasti tra diritto interno e comunitario

L'istituto dell'avvalimento è caratterizzato dal seguente principio: l'impresa per partecipare ad un bando di gara, usufruisce dei requisiti posseduti da altre imprese, dette ausiliate, qualora la prima ne risulta carente.²⁷ Il contratto di avvalimento è un contratto atipico assimilabile al mandato, in linea con il principio di autonomia contrattuale presente nel nostro ordinamento, garantendo alla parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., il perseguimento degli interessi di cui si vuole raggiungere attraverso la partecipazione al bando di gara.

Nel codice l'avvalimento trova la sua disciplina negli artt. 49 e 50, i quali hanno recepito le prescrizioni contenute degli artt. 47 e 48 della Direttiva 18/2004²⁸.

Dalle disposizioni comunitarie si enucleano i seguenti aspetti fondamentali, utili per comprendere il disposto dell'art. 49 del Codice. L'avvalimento è espressione di una libera scelta dell'impresa concorrente e secondo parte della dottrina²⁹ i soggetti avvalsi possono essere più di uno solo e non devono essere obbligatoriamente collegati all'avvalente da un legame economico o giuridico preesistente, ma è possibile che essi siano in qualunque modo collegati fra loro senza che ciò impedisca l'avvalimento.³⁰

26

□ Tar Lazio, sez. II ter, 8 giugno 2012, n. 5224; Tar Molise, 23 dicembre 2011, n. 990.

27

□ Tar Milano, sez. I, 7 maggio 2008, n. 1353.

28

□ R. GAROFOLI E G. FERRARI, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, 2008, Nel Diritto Editore.

29

□ D. GALLI, *Le holdings entrano in gara anche grazie ai requisiti offerti dai terzi*, in *Edilizia e Territorio* "Le direttive europee sugli appalti", 2004/20, 15 e ss.

30

□ A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici, commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, IGOP

Mentre la normativa comunitaria enuclea solamente un limite modale nel ricorso all'avvalimento, imponendo al concorrente di fornire all'amministrazione la dimostrazione della concreta disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa avvalsa e necessari per l'espletamento dell'appalto, la disciplina codicistica, pone una serie di limitazioni.

L'istituto non può essere utilizzato per supplire alla carenza di qualsiasi requisito in capo al concorrente, essendo applicabile ai soli requisiti oggettivi di ordine speciale, economico-finanziari, ivi compresa l'attestazione SOA per i lavori pubblici, purchè in quest'ultimo caso, tra impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliata esista un rapporto di controllo. Inoltre ciascun concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Detto limite, originariamente previsto per tutti e tre i settori (lavori, servizi, forniture), è stato poi dal terzo correttivo, che ha modificato in parte il comma 6 dell'art. 49 del Codice, circoscritto ai soli lavori.³¹ Il seguente articolo stabilisce che: *“Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.”*³²

In sostanza, secondo il dato normativo di diritto interno, soltanto in ipotesi eccezionali (“importo dell'appalto” - si presume particolarmente elevato - o “peculiarità delle prestazioni”, ad esempio di tipo altamente specialistico), e solo qualora il bando di gara lo preveda, è possibile l'avvalimento cosiddetto multiplo o plurimo; ossia da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione.

Mentre, invece, è vietato l'avvalimento frazionato, ossia il potere cumulare i requisiti tra concorrente ed impresa ausiliaria per i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006, che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

Si riporta il testo del citato art. 40, comma 3, lett. b):

31

□ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, in *Nel Diritto Editore*, 2012.

32

□ A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *Op. ult. Cit.*

Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di...b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti.

Di qui una prima differenza tra avvalimento plurimo e frazionato; nel primo caso ci si avvale di più di un soggetto, nella seconda ipotesi il concorrente si avvale di un solo soggetto ma ognuno di essi da solo non possiede il requisito o i requisiti di partecipazione ed è solo cumulando i propri con quelli dell'altro che viene raggiunta la soglia richiesta.

Le limitazioni ed i divieti previsti dall'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 si riferiscono solo ai lavori, e non ai servizi e alle forniture; per i quali non si pone alcun problema in ambito di ammissibilità dell'avvalimento plurimo e frazionato.

Il sistema europeo, a differenza di quello nazionale, persegue il principio del libero mercato, senza barriere in ingresso agli operatori del settore, i quali vengono messi nelle condizioni di poter concorrere al conseguimento degli appalti pubblici. Corollari di tale principio sono la trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità e l'amministrazione che intende stipulare un contratto, deve manifestare la propria intenzione agli interessati, consentendo la maggiore partecipazione possibile, nell'interesse pubblico e degli operatori del settore, stabilendo le regole di competizione. L'avvalimento si pone così in maniera centrale nell'ordinamento europeo, incentivando la concorrenza nell'interesse delle imprese e agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti, si seleziona il contraente che partecipa alla gara pubblica per l'affidamento di un appalto o di un servizio pubblico, avente i requisiti di capacità economico – finanziaria grazie all'aiuto di altre imprese, la quale da sola questa non riuscirebbe a partecipare.³³

La giurisprudenza non pone alcuna limitazione al ricorso a tale istituto se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale³⁴. Nelle gare pubbliche la certificazione di qualità,

33

□ A. CANCRINI, V. CAPUZZA, *Lezioni di Legislazione delle Opere Pubbliche*, 2009, Roma.

34

□ Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911; sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340 e 1 agosto 2012 n.

4406.

viene considerata come requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità, affinché l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, possa essere in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto. Tale impostazione si pone in contrasto con il dettato legislativo e l'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006³⁵.

Una certa apertura per rispondere a questo contrasto tra normativa interna e comunitaria, è stato effettuato dal Consiglio di Stato³⁶, secondo cui l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, consente che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, può soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, non potendosi escludere la partecipazione delle imprese alle gare.³⁷

In linea con questa impostazione anche la sentenza successiva del Consiglio di Stato, la n. 5408 del 2012, contrastando anche la posizione dell' Avcp nella determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, ha affermato l'avvalimento di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, può riferirsi anche alla certificazione di qualità. E' stato ripreso la matrice comunitaria di tale istituto, finalizzato alla concorrenza del mercato anche ad operatori economici di per sé privi di requisiti richiesti dal bando di gara.

Secondo il Consiglio di Stato la formulazione dell'art. 49 è molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica, non rilevando, in contrario, che la certificazione di qualità è requisito immanente l'impresa. *La certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la*

35

□ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 516.

36

□ Consiglio di Stato, sez. V dell' 8 febbraio 2011 n. 857.

37

□ MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Garofoli e Sandulli, Milano, 2005, 629.

fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto. Inoltre, quand'anche, la "certificazione di qualità" riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale.

Un' interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe, peraltro, in contraddizione con la finalità dell'istituto di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti. Il tutto alla luce della sentenza della Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n. C-94/12, la quale ha aperto la strada verso un cambiamento del quadro normativo interno e conseguentemente anche del quadro giurisprudenziale. La Corte si è così pronunciata in merito ad una controversia relativa all'esclusione di un raggruppamento temporaneo di imprese dalla procedura di aggiudicazione di appalto di lavori di ammodernamento ed ampliamento di una strada provinciale; il raggruppamento temporaneo d'impresa era stato escluso dalla gara d'appalto in considerazione del divieto generale di avvalimento frazionato all'interno della medesima categoria di qualificazione, ai sensi dell'art. 49, sesto comma, d.lg. n. 163/2006 e con sentenza n. C- 94/12 stabilì che : *"Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese.*

I passi salienti della sentenza della Corte di Giustizia sono i seguenti:

- l'amministrazione aggiudicatrice deve tenere conto del diritto che gli artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18 del 2004 riconoscono ad ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per eseguire tale appalto;

- l'uso sistematico del plurale nelle succitate disposizioni indica che le stesse non vietano, in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi

per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. A fortiori, tali disposizioni non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice;

- un operatore economico ha facoltà di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi.³⁸

- è pertanto d'uopo considerare che la direttiva n. 18 del 2004 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

Tale interpretazione risulta quindi conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici, facilitando l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende la direttiva n. 18 del 2004.

Tuttavia, tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, rispetto alla disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.

Detto ciò si può evincere come, sia la giurisprudenza interna, che la Corte di Giustizia cercano di perseguire in linea di principio il medesimo obiettivo: rendere quanto più facilmente contendibili le commesse pubbliche, che è la *ratio* sottesa alla disciplina europea degli appalti.

Il punto di partenza è dichiaratamente comune: l'avvalimento ha in sé lo scopo di garantire la massima partecipazione alle gare. Ma l'arrivo è diverso. La posizione della giurisprudenza interna è meno aperta rispetto alla Corte di Giustizia, la quale è più orientata verso la tutela del principio di concorrenza, garantendo la massima partecipazione alle gare. Su di tutto vige l'effettività del principio di concorrenza stabilito dal Consiglio di Stato³⁹ il quale ritiene

38

□ Sentenze della Corte di Giustizia del 2 dicembre 1999, *Holst Italia*, C-176/98, Racc. pag. I-8607, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, C-314/01, Racc. pag. I-2549, punto 43

39

□ Consiglio di Stato, 9 dicembre 2013, n. 5874.

ammesso nelle gare di appalto il cosiddetto avvalimento plurimo o frazionato, con il quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto di appalto raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti.

Con la conseguenza che non poteva essere esclusa dalla gara una società che, non avendo un capitale sociale di consistenza pari a quella richiesta dal bando di gara, veniva comunque integrato mediante avvalimento parziale, sommando i capitali.

In sostanza, secondo il dato normativo di diritto interno, soltanto in ipotesi eccezionali e soltanto qualora il bando di gara lo preveda, è possibile l'avvalimento frazionato. Secondo la Corte di Giustizia, alla luce dell'articolo 44, paragrafo 2, primo comma della Direttiva 2004/18, ritiene che la stazione appaltante possa richiedere i requisiti richiesti dal bando, sempre però in rispetto degli articoli 47 e 48 della medesima direttiva.

5) Considerazioni finali.

Le sentenze della Corte di Giustizia hanno in sé una particolare importanza verso l'ordinamento interno, in quanto i principi vengono applicati direttamente negli Stati membri.

La Corte valorizza l'origine e la *ratio* dell'avvalimento, portando alle estreme conseguenze il *favor* della più ampia partecipazione delle imprese alle gare; ragione stessa dell'esistenza dell'istituto.

Viene superata la tesi che vieta l'uso dell'avvalimento per conseguire il cosiddetto "cumulo parziale dei requisiti"; la Corte di Giustizia, legittima così l'intervento di terzi soggetti ausiliari che si aggiungono alle capacità del concorrente, al fine di soddisfare – attraverso il cumulo di referenze singolarmente insufficienti – il livello minimo di qualificazione prescritto dalla stazione appaltante nella legge di gara.

Potrebbe però accadere che per particolari bandi si richieda una determinata capacità, la quale non si raggiunge cumulando le capacità di più operatori. In tali ipotesi l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico. Ma si tratta di situazione eccezionale e non di regola generale, che va motivata e indicata nell'atto di indizione della procedura di gara e trova la sua base normativa nell'art. 44, paragrafo 2, della direttiva n. 18 del 2004.

La regola posta dall'art. 49, comma 6, del codice dei contratti pubblici si ribalta. Si apre la strada all'avvalimento plurimo o frazionato con possibilità, in via eccezionale, di non consentirlo sempre che ciò venga indicato nel bando e che rispetti il principio di proporzionalità.

Rimangono delle questioni aperte al riguardo, ad esempio ci si domanda se un'impresa possa avvalersi di un'altra che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, facendo verificare il cosiddetto avvalimento a cascata.

La risposta al momento sembra essere negativa, anche perché i soggetti ausiliari devono essere quelli che effettivamente prestano (in tutto o in parte) i requisiti al concorrente. Altrimenti, se si consentisse che il soggetto ausiliario a sua volta si possa avvalere dei requisiti di un altro, si verrebbe a consentire delle scatole vuote e a snaturare la stessa *ratio* dell'istituto, quella di permettere la partecipazione di altri soggetti e non di consentire di potersi rendere ausiliario di altri.

Per cui appare ancora attuale la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁰, secondo cui nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, perché si realizza una fattispecie vietata.

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

Alcune puntualizzazioni sono necessarie riguardo all'avvalimento nel settore dei lavori pubblici. L'art. 49, comma 1 del Codice ammette l'avvalimento in tale settore, consentendo di ricorrere all'attestazione SOA di un'altra impresa. Nonostante l'articolo non contenga alcuna limitazione, questa emerge dal sistema e in particolare verso i requisiti che debbono essere imprescindibilmente posseduti dal concorrente, delineati nell'art. 38 e 39 del Codice. Questo implica che, un'impresa del tutto sprovvista dell'attestazione SOA possa far ricorso all'attestazione SOA di un operatore economico terzo, purchè operi abitualmente nel settore nel quale si colloca l'oggetto della gara.⁴¹

40

□ Consiglio di Stato sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161.

41

□ T.A.R., Campania, Napoli, 23 giugno 2011, n. 3326.

Inoltre in base all'articolo 49 , comma 6 del Codice si pone il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti e consegue che non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria e, nonostante ciò non arrivi alla soglia richiesta dal bando di gara, non può sommarla ulteriormente.

L'avvalimento incontra quindi dei limiti oggettivi. Consente all'impresa principale di ricorrere per i requisiti mancanti ad un'impresa ausiliaria, ma non permette che quest'ultima sia a sua volta carente, neppure parzialmente, dei suddetti requisiti.

Per quanto attengono gli appalti di servizi e forniture, secondo la nuova formulazione del comma 6 dell'articolo 49, come modificato dal terzo decreto correttivo del Codice, è stato eliminato il divieto di cumulo di più imprese, consentendo l'avvalimento di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non è ammissibile per concorrente utilizzare in maniera frazionata i requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA. Anche in base alla giurisprudenza prevalente, non può escludersi , in linea di massima , la possibilità di frazionare i singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie.⁴²

Inoltre si può evincere, anche dal contratto di avvalimento, che l'impegno non può essere generico, ma deve essere determinato in maniera specifica, quindi l'ausiliaria deve fornire un quid pluris, anche al fine di evitare che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti. Per questo diventa cruciale, come già sottolineato dalla giurisprudenza, attenta verifica da parte della stazione appaltante della "prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate".

In ogni caso spetta alla stazione appaltante valutare se il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione dello stesso.

42

□ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 29 marzo 2012 n. 3006.