

# CARMINE VOLPE

## La Corte di Giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo e frazionato \*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. 2. Definizione, *ratio* e funzione dell'avvalimento. 3. L'avvalimento nel diritto europeo. 4. L'avvalimento nel diritto interno. 5. La portata generale dell'avvalimento. 6. L'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006. 7. La giurisprudenza interna. 8. La sentenza della Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n. C-94/12. 9. Da uno stesso punto di partenza la giurisprudenza interna e la Corte di Giustizia arrivano a conclusioni opposte. 10. Una prima applicazione della sentenza della Corte di Giustizia: Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874. 11. Considerazioni finali.

### 1. Introduzione.

L'avvalimento rappresenta istituto emblematico delle problematiche conseguenti ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo.

I due ordinamenti si trovano in una osmosi continua. Ma il secondo si impone comunque sul primo, data la sua forza peculiare a fini di uniformazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione Europea. Così che alla fine l'ordinamento interno non può che rapportarsi a quello europeo se si vuole evitare la patologia dei provvedimenti amministrativi, i quali, se conformi al diritto interno che non si conforma al diritto europeo, e quindi – il che è lo stesso – non conformi al diritto europeo, sono illegittimi, dovendo da parte di tutti (giudice, amministrazione e operatori) disapplicarsi il diritto interno non conforme a quello europeo e applicarsi quest'ultimo. E nella nozione di diritto europeo sono compresi le norme contenute nelle direttive, qualora dettagliate e incondizionate e non recepite nel termine previsto, il diritto interno di recepimento, che in quanto tale non perde gli originari connotati di diritto europeo, i principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e i principi affermati dalle decisioni della Corte di Giustizia.

Sopra di tutto campeggiano i principi europei di libera circolazione dei servizi e delle merci, e di libertà di stabilimento. Si tratta di principi direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, senza bisogno di un loro specifico recepimento. Siffatti principi devono orientare

---

\* Il testo è quello della relazione, dal titolo "Il frazionamento plurimo dell'avvalimento", tenuta nel convegno su "Un anno di legislazione e giurisprudenza sui contratti pubblici e le società di gestione di SS.PP.LL." organizzato da Nomos Appalti e svoltosi a Roma l'11 dicembre 2013.

l'interprete nella soluzione delle problematiche relative all'applicazione delle norme nazionali su istituti di derivazione europea, tra i quali è compreso l'avvalimento.

Ulteriore principio del Trattato è quello di concorrenza, secondo cui la materia degli appalti e dei servizi pubblici, come tutta la contrattualistica pubblica, costituisce un mercato che deve essere aperto, senza barriere in ingresso, agli operatori del settore; i quali vanno posti nelle condizioni di potere concorrere liberamente al conseguimento delle commesse pubbliche. E del principio di concorrenza costituiscono corollario gli ulteriori principi di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità.

Così che l'amministrazione, la quale intende stipulare un contratto, deve manifestare la propria intenzione alla platea degli interessati consentendo la maggiore partecipazione possibile, nell'interesse pubblico (dell'amministrazione stessa e della collettività) e degli operatori del settore, stabilendo previamente le regole della competizione, che non devono essere sproporzionate rispetto all'oggetto, e rendendole pubbliche. Ciò connota il cosiddetto principio dell'evidenza pubblica.

L'avvalimento, in particolare, si pone in maniera centrale nell'ottica dell'ordinamento europeo. Esso mira, infatti, ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti.

## **2. Definizione, *ratio* e funzione dell'avvalimento.**

L'avvalimento è un istituto che rientra nella disciplina dei contratti pubblici e, in particolare, nel procedimento di selezione del contraente della pubblica amministrazione. Esso consiste nella facoltà che ha un'impresa (ausiliata), partecipante alla gara pubblica per l'affidamento di un appalto o di un servizio pubblico, di potere esibire, mediante un "prestito", i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica di un'altra impresa (ausiliaria). In tal modo all'impresa ausiliata è consentito partecipare, avvalendosi di un altro soggetto, mentre da sola non avrebbe i requisiti per farlo.

La ragione di essere dell'istituto sta nel rendere possibile il prestito dei requisiti, ponendo un'impresa nella condizione di potere più facilmente partecipare ad una gara di appalto. La sua *ratio* e la sua funzione, quindi, sono di favorire la più ampia partecipazione delle imprese alla gara.

Il punto focale dell'avvalimento è dato, in positivo, dalla messa a disposizione dei requisiti dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata e, in negativo, dalla circostanza che l'ausiliaria non è uno dei soggetti partecipanti alla gara, non intrattenendo con l'ausiliata quel tipo di rapporto giuridico che di consueto riguarda due imprese riunite in un raggruppamento temporaneo (RTI).

## **3. L'avvalimento nel diritto europeo.**

Il diritto europeo mira alla sostanza dei fenomeni; nella specie l'effetto utile consiste nella piena apertura del mercato interno, nello sviluppo dei principi di libera circolazione delle merci, servizi e capitali e della concorrenza al suo interno, nonché nell'eliminazione di barriere che non siano puntualmente giustificabili secondo le poche eccezioni ammesse. Il buon funzionamento del mercato interno sorregge, in tal caso, l'ulteriore obiettivo del favorire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di gara per l'affidamento di pubblici appalti.

I due obiettivi divengono circolari; al buon funzionamento del mercato serve la massima partecipazione alle gare, ma se il mercato non risponde bene non si realizza un'apprezzabile partecipazione alle gare.

La massima partecipazione possibile alle gare può essere minata dalla previsione di stringenti requisiti di partecipazione, lì dove non venga concesso con la necessaria elasticità alle imprese di attivare ogni mezzo giuridico volto a rafforzare la propria posizione ed a recuperare i presupposti per una fruttuosa presenza nel procedimento.

Un primo strumento, nato esattamente per raggiungere questo scopo, è l'ormai tradizionale forma del RTI. Esso tuttavia non esaurisce, secondo il giudice europeo, la gamma delle soluzioni ammesse dall'ordinamento, sicché anche una forma di circolazione dei requisiti che non impegni l'ausiliaria alla propria partecipazione alla gara deve ritenersi ammissibile, quale che sia il vincolo giuridico tra ausiliaria ed ausiliata.

La neutralità del vincolo negoziale tra ausiliata ed ausiliaria ha consentito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria di allargare l'ambito dell'istituto oltre il caso dei rapporti infragruppo, per prendere in considerazione altri legami anche tra imprese del tutto estranee sul piano della proprietà sostanziale e degli interessi economici.

L'avvalimento ha origine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale, nella costruzione dell'istituto, tiene presente due necessità:

- 1) favorire la circolazione dei requisiti per ampliare il novero dei partecipanti;
- 2) fornire la prova che tale prestito (quale che ne sia la fonte negoziale nei rapporti interni) troverà corrispondenza nell'effettiva messa a disposizione di beni e mezzi dall'ausiliaria all'ausiliata.

Dalla dimensione giurisprudenziale l'avvalimento è poi approdato ad una dimensione normativa con le direttive nn. 18 e 17 del 31 marzo 2004, le cui disposizioni introducono altresì la distinzione tra avvalimento nei sistemi di qualificazione ed avvalimento nella singola gara.

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”*.

Le due norme hanno contenuto pressoché identico e consentono l'avvalimento con riguardo ai requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnici e professionali.

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”*.

Nell'ottica europea l'avvalimento diviene, pertanto, un modulo organizzativo dell'impresa.

#### **4. L'avvalimento nel diritto interno.**

La normativa interna di riferimento è data dagli artt. 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), dall'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione e di attuazione del codice dei contratti pubblici) 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”*. Con la precisazione che quest'ultima non costituisce normativa ma, come ripetutamente affermato dal Consiglio di Stato, ha il valore di una circolare; con la conseguenza che l'amministrazione che si attiene alla determinazione stessa non evita l'illegittimità dei provvedimenti nei casi in cui il giudice accerti che essa non sia conforme a legge.

L'art. 49 riguarda l'avvalimento nelle singole gare - ed è quello che ci interessa di più - mentre l'art. 50 disciplina l'avvalimento (a regime) nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione.

L'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010 disciplina soprattutto il contenuto del contratto di avvalimento (tra ausiliaria e ausiliata) e dettaglia ulteriormente il disposto dell'art. 50 del codice dei contratti pubblici, ossia la qualificazione mediante avvalimento.

Il codice dei contratti pubblici delinea il volto dell'avvalimento nell'ordinamento interno e abbraccia una linea di equilibrio tra flessibilità nella circolazione dei requisiti e garanzie di effettiva solidità del contraente a tutela della pubblica amministrazione.

La principale caratteristica dell'avvalimento nell'ordinamento italiano sta nel fatto che il detto bilanciamento corre tra il *favor* per la circolazione dei requisiti e la responsabilità solidale; il citato 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”*.

L'avvalimento, se di regola si specifica mediante il riferimento a componenti di prestazioni e/o di risorse materiali messe a disposizione dall'ausiliaria, può assumere talvolta un contenuto più generico riferibile a requisiti anche di tipo parzialmente soggettivo, nelle forme di quel che si definisce come “avvalimento di garanzia” per distinguerlo da quello “operativo”.

## **5. La portata generale dell'avvalimento.**

Secondo Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, in sede di gara pubblica la potestà di avvalimento, che deve operare anche con riguardo alle attestazioni SOA, costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi ma di portata generale.

Nello stesso senso la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 2/2012, secondo cui, con riguardo alla concessione di servizi, l'avvalimento ha assunto valore di principio generale nella disciplina dei contratti pubblici.

Tuttavia, con riguardo ai servizi pubblici, Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385 ha statuito che l'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti pubblici deve essere espressamente resa manifesta dall'amministrazione aggiudicatrice attraverso il richiamo nella legge di gara. In particolare, in sede di gara per l'affidamento di una concessione, nel caso in cui il bando non contenga alcun richiamo all'art. 49 del detto codice, non è possibile applicare l'istituto dell'avvalimento, atteso che esso non è riconducibile ad alcuno dei principi applicabili alle concessioni di servizi, giusto il disposto dell'art. 30, comma 3, del medesimo codice.

Non è facile non sostenere la portata generale dell'avvalimento. Proprio in quanto esso mira ad incentivare la concorrenza, non può che essere espressione del medesimo principio di concorrenza (principio del Trattato) e di conseguenza applicarsi direttamente negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non solo nelle materie disciplinate dalle direttive appalti ma in tutte le gare indette per

la conclusione di un contratto pubblico. Tanto è vero che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'avvalimento è consentito anche se non espressamente previsto dalla legge di gara.

La giurisprudenza ritiene che l'art. 49 del codice dei contratti pubblici non ponga 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 del codice stesso, e che, in particolare, sia legittimo il ricorso all'avvalimento avente ad oggetto il fatturato o l'esperienza pregressa, il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo requisito di natura economica (Cons. Stato: sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911; sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340 e 1° agosto 2012, n. 4406).

Strade aperte all'avvalimento anche per la certificazione di qualità. Nelle gare pubbliche, invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, viene considerata anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto. Con la conseguenza che, afferendo essa alla capacità tecnica dell'imprenditore, può formare oggetto dell'avvalimento (Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368).

#### **6. L'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.**

Ai sensi dell'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, *“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.”*

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):

*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.

## **7. La giurisprudenza interna.**

La giurisprudenza interna dà piena applicazione alle limitazioni ed ai divieti di cui all'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.

In primo luogo divieto dell'avvalimento frazionato.

Deve essere escluso dalla gara il concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA, si sia avvalso di impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando, in quanto la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti. Ciò nella dichiarata coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti. Del resto, il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti ex art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 vale sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie, sia in quello di una sola impresa ausiliaria, essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile (Cons. Stato: sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565). Di

qui l'impossibilità di estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari (Cons. Stato: sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161).

In sostanza il Consiglio di Stato ritiene che due attestazioni non individualmente sufficienti a colmare il requisito richiesto dal bando non posano essere cumulate, attraverso l'avvalimento, per totalizzare la classifica di qualificazione SOA necessaria all'ammissione alla procedura concorrenziale. L'ausiliario, per legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, dovrebbe necessariamente prestargli, per l'intero e per l'importo corrispondente a quanto richiesto dal bando, la qualificazione posseduta in una determinata categoria (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Una certa apertura va comunque vista in Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857, secondo cui l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, allorché 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, deve essere inteso non nel senso che il concorrente-raggruppamento temporaneo di imprese debba avvalersi di una sola impresa, non potendosi escludere, in linea con la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie quali sono le singole imprese che lo compongono.

## **8. La sentenza della Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n. C-94/12.**

La sentenza della Corte di Giustizia Europea 10 ottobre 2013, n. C-94/12 è destinata a cambiare il quadro normativo interno e, conseguentemente, il quadro giurisprudenziale.

Questa la massima della sentenza:

*“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 (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 plurimo all'interno della medesima categoria di qualificazione, ai sensi dell'art. 49, sesto comma, d.lg. n. 163/2006)*".

Il giudice (italiano) del rinvio aveva chiesto se gli artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18 del 2004 dovessero 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 partecipanti ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di fare valere, per una medesima categoria di qualificazione, le 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 (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);

- 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;

- un'interpretazione del genere è 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 (sentenza del 23 dicembre 2009, *CoNISMa*, C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 33 e 37 delle sue

conclusioni, essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva n. 18 del 2004, come posto in rilievo dal considerando 32;

- non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'art. 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva n. 18 del 2004, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Tuttavia, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, la direttiva n. 18 del 2004 osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006;

- la circostanza che, nella fattispecie, la valutazione del livello di capacità di un operatore economico, relativamente all'importo degli appalti pubblici di lavori accessibili per tale operatore, sia predeterminata in via generale nell'ambito di un sistema nazionale di certificazione o di iscrizione in elenchi, è priva di rilevanza sotto questo aspetto. La facoltà, accordata agli Stati membri dall'art. 52 della direttiva n. 18 del 2004, di prevedere un tale sistema, può infatti essere attuata dai medesimi esclusivamente nel rispetto delle altre disposizioni di detta direttiva, segnatamente degli artt. 44, paragrafo 2, 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della stessa.

## **9. Da uno stesso punto di partenza la giurisprudenza interna e la Corte di Giustizia arrivano a conclusioni opposte.**

La Corte di Giustizia, come i giudici nazionali, perseguono sempre 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 persegue lo scopo di garantire la massima partecipazione alle gare. Ma l'arrivo è diverso. Da parte della giurisprudenza interna proteso a salvaguardare gli interessi dell'amministrazione; ovvero l'esigenza che almeno un soggetto posseda integralmente i requisiti di partecipazione, limitando però di fatto la partecipazione stessa. Da parte della Corte di Giustizia proteso verso gli operatori economici; nella tutela del principio di concorrenza, garantire effettivamente un suo corollario, ossia la massima partecipazione alle gare. Su di tutto, quindi, l'effettività del principio di concorrenza.

## **10. Una prima applicazione della sentenza della Corte di Giustizia: Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874.**

Una prima applicazione della sentenza della Corte di Giustizia si è avuta con Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874.

La fattispecie riguardava un ricorso incidentale, proposto in primo grado dall'impresa aggiudicataria, che veniva accolto ritenendosi dal TAR che l'avvalimento (da parte dell'impresa ricorrente), il quale aveva avuto ad oggetto il requisito del capitale sociale minimo, non potesse operare in quanto le due imprese, l'ausiliaria e l'ausiliata, raggiungevano insieme il requisito del capitale sociale minimo richiesto ma ciascuna di esse non arrivava alla soglia prescritta dal bando. Il TAR dava applicazione all'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 e si conformava alla giurisprudenza del Consiglio di Stato di cui si è detto.

Il Consiglio di Stato ha ribaltato 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, 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, aveva integrato il requisito mediante avvalimento parziale, essendo stato il requisito raggiunto sommando i capitali delle due società. Dovendosi considerare ammissibile la frazionabilità dell'avvalimento, il partecipante ad una gara d'appalto può dimostrare il possesso di un determinato capitale sociale avvalendosi anche di quello di un soggetto ausiliario, che si obblighi a tale fine.

## **11. Considerazioni finali.**

La particolare "forza" delle sentenze della Corte di Giustizia comporta che i principi dalla stessa affermati vanno applicati direttamente negli ordinamenti degli 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.

Finisce la distinzione dei lavori con i servizi e le forniture, dove il frazionamento dei requisiti era stato permesso.

Viene superata la tesi che vieta l'uso dell'avvalimento per conseguire il cosiddetto "cumulo parziale dei requisiti"; la Corte di Giustizia, infatti, considera del tutto legittimo che le capacità di terzi soggetti ausiliari (uno, o più d'uno) si aggiungano 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.

I vari istituti aggregativi pro-competitivi (avvalimento e RTI) vanno trattati alla stessa maniera, ossia deve essere riconosciuta a tutti la prerogativa di consentire il cumulo dei requisiti di qualificazione.

Qualora, in astratto, particolari lavori presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, 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 di 180 gradi. Via libera nei lavori all'avvalimento plurimo e frazionato con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, sempre che ciò venga indicato nel bando e che rispetti il principio di proporzionalità (altro dei principi del Trattato, direttamente applicabili).

A questo punto viene da considerare che appare più giustificabile una disciplina specifica e differenziata per il raggruppamento temporaneo di imprese; le differenze tra i due moduli di organizzazione, da una parte il raggruppamento e dall'altra l'avvalimento, tendono a sfumare. E forse è il caso di incominciare a meditare su di una disciplina che conduca ad uniformare i due istituti.

Un dubbio però rimane.

E' consentito avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto (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; che è 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 Stato (sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161), 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, in tal modo realizzando una fattispecie vietata di avvalimento a cascata; atteso che 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.

---