

Legge n. 161/2014: ennesima puntata della *telenovela* <<l'avvalimento frazionato>>

di Arrigo Varlaro Sinisi¹

1.- Premessa

La nuova puntata della *telenovella* su “l'avvalimento frazionato” è costituita dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161, recante “*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis*”², la quale ha modificato - per l'ennesima volta - l'art. 49 del D.Lgs n.163/2006 e s.m.i. - Codice dei contratti pubblici - nella parte in cui disciplina le ipotesi di avvalimento frazionato (comma 6).

La primitiva versione (D.Lgs n.163/2006) di tale disposizione prevedeva che “*il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliare in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; ma in tale ipotesi, per i lavori, non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria*”.

Tale disposizione è apparsa fin da subito in contrasto con le previsioni comunitarie, poiché non consentiva al concorrente di una gara per l'affidamento di un contratto di lavori, servizi o forniture di potersi avvalere di più imprese ausiliarie, anche in relazione ad uno solo requisito. Con la precisazione, per i lavori, che non era consentito il cumulo di attestazioni SOA relative alla stessa categoria.

E' accaduto così che il terzo correttivo (D.Lgs n. 152/2008) al Codice dei contratti ha riscritto il comma 6 in commento, nel senso 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*

¹ In www.appaltiecontratti.it del 13/11/2014.

² In Gazzetta Ufficiale del 10 novembre 2014, n. 261.

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”.

La “nuova “ formulazione del comma 6 in commento consentiva, dunque, ai concorrenti dei soli servizi e forniture, di poter far ricorso liberamente all’istituto dell’avvalimento, senza alcuna particolare preclusione. Non altrettanto per i lavori.

2.- La giurisprudenza nazionale prima della sentenza della Corte di Giustizia europea.

La giurisprudenza di merito formatasi prima della nota pronuncia della Corte di Giustizia Europea - di cui si dirà oltre - aveva affermato (*ex pluribus*, TAR Emilia Romagna - Parma 3 aprile 2013 n. 123) che andava escluso dalla gara il concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA, si fosse avvalso di un’impresa ausiliaria a sua volta priva dell’intero requisito richiesto dal bando. Infatti, secondo la richiamata giurisprudenza “*la finalità dell’avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 dicembre 2012, n. 10624; id. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 aprile 2012, n. 708).*

Il giudice di legittimità, aveva inoltre affermato che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti *ex art. 49, comma 6, del D.lgs. n. 163/2006* valeva sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie, sia in quello di una sola impresa ausiliaria, essendo evidente che il legislatore si era occupato di vietare espressamente l’utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile (Cons. St. Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

In sostanza, sempre secondo l'autorevole Consesso, due attestazioni non individualmente sufficienti a colmare il requisito richiesto dal bando non possono 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).

E' poi giunta la nota pronuncia della Corte di Giustizia.

3. La sentenza della Corte di Giustizia Europea

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 10 ottobre 2013, emessa nella causa C-94/12 (altra significativa puntata del *serial* di cui si discute) ha affermato che la previsione in commento (comma 6) dell'art. 49 del Codice dei contratti, si pone in contrasto con i principi stabiliti nelle direttive europee in tema di avvalimento.

In particolare, la predetta pronuncia ha asserito 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”*.

Più nel dettaglio, il giudice (italiano) che aveva sollevato la questione innanzi al Giudice europeo, aveva chiesto a quest'ultimo se gli artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18/2004 dovessero essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale (ossia, l'art. 49 comma 6 del Codice dei contratti pubblici), 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.

Ebbene, secondo la Corte Europea i richiamati artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18/2004 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.

La Corte osserva, inoltre, come 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.

Per le considerazioni che precedono - sempre ad avviso del giudice europeo - 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, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, punto 43). Infatti, la direttiva n. 18/2004 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.

Tutto ciò - sempre ad avviso della Giudice europeo - 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, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Peraltro, questa disposizione dovrebbe agevolare l'accesso delle **piccole e medie imprese agli appalti pubblici**, cui tende altresì la direttiva n. 18/2004, come posto in rilievo dal considerando 32.

La stessa Corte precisa, tuttavia, che 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. 18/2004, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Tuttavia – chiarisce ulteriormente la sentenza in commento - tale ipotesi costituisce una **situazione eccezionale**, poiché la direttiva n. 18/2004 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.

4.- La giurisprudenza nazionale dopo la sentenza della Corte di Giustizia europea

La giurisprudenza più recente, formatasi dopo la sopra richiamata pronuncia della Corte Europea ha, di fatto, disapplicato il comma 6 dell'art. 49, poiché ritenuto in contrasto con la previsioni comunitarie in tema di avvalimento.

Tra le altre, **Consiglio di Stato sez. V 28/4/2014 n. 2200**, ha stabilito che *“Dopo la sentenza della Corte di giustizia UE, 10 ottobre 2013, n. C-94/12, e le prime applicazioni da parte di questo Consiglio (cfr. sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874, cui si rinvia a mente degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.), deve ritenersi definitivamente superata la tesi che vieta l'uso dell'avvalimento per conseguire il cosiddetto "cumulo parziale dei requisiti"; la Corte di Giustizia, infatti, ha considerato 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.*

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito, secondo la quale, proprio alla luce della richiamata pronuncia della Corte di Giustizia europea, deve essere disapplicato il comma 6 dell'art. 49, e non può essere attribuito alcun rilievo al **bando di gara che ponga un divieto di avvalimento**

frazionato, perché, "caduto" quello posto dal codice, tale clausola va considerata nulla *ex art. 46, comma 1 bis, c.p.a.* (TAR Sicilia Palermo sez. III 21 gennaio 2014 n. 191)

In ultimo, è arrivata la legge n. 161/2014, che detta le nuove regole in tema di avvalimento frazionato.

5.- La legge europea n. 161/2014

L'art. 21 di detta legge della legge n.261/2014, come evidenziato in precedenza, ha nuovamente riscritto il comma 6 dell'art. 49 del Codice dei contratti, sostituendo il testo con la seguente previsione: «**6. E' ammesso l'avvalimento di piu' imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, 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**».

Applicando il criterio ermeneutico letterale, se ne deduce che, nei servizi e nelle forniture, il concorrente non incontra alcun limite nel ricorso all'avvalimento. Per i lavori, invece, vi è il divieto, per il concorrente, di utilizzare l'avvalimento per integrare la categoria per la quale ha ottenuto l'attestazione SOA, allo scopo di consentirgli di coprire il requisito richiesto dalla *lex specialis* di gara.

In altre parole, delle due l'una: o il concorrente partecipa alla gara con la propria attestazione SOA, che, da sola considerata, deve essere idonea a coprire integralmente la categoria richiesta dalla stazione appaltante; oppure, qualora la sua classifica non sia sufficiente, non potendo egli integrarla parzialmente, la potrà coprire per intero attraverso l'avvalimento. In quest'ultimo caso, la norma non esclude che più ausiliari possano coprire il requisito richiesto.

A questo punto viene da domandarsi se anche la formulazione del nuovo testo del comma 6 sia in linea con i sopra ricordati principi della direttiva comunitaria, nonché con quelli affermati nella richiamata pronuncia della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, ha affermato che la direttiva n. 18/2004 osta a che gli ordinamenti nazionali contengano una regola di carattere generale che vieta la possibilità di avvalimento frazionato, come invece sembrerebbe essere prevede la nuova formulazione del comma 6 dell'art. 49, seppure solo con riferimento ai lavori.

Insomma, il timore è che la novella introdotta con la legge n. 161/2014 non costituisca l'ultimo episodio della *telenovella* in tema di “avvalimento frazionato”, ma altre ne seguiranno.