

Gare di lavori: illegittimi i limiti all'avvalimento

4 Marzo 2013

[Italia Oggi – 02/03/2013 – di Andrea Mascolini]

Conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia Ue

Gare lavori, l'avvalimento non può essere limitato

Illegittimo limitare l'avvalimento per le gare di lavori: il Codice dei contratti pubblici (dlgs 163/2006) viola la direttiva 2004/18 sugli appalti pubblici perché non consente di utilizzare i requisiti di due imprese per qualificarsi in una specifica categoria di lavori e impedisce l'accesso alle gare da parte delle piccole e medie imprese. E' questa la conclusione cui giunge l'Avvocato generale Jaaskinen nella Causa C-94/12, rimessa alla Corte di Giustizia europea dal Tar delle Marche, che – laddove confermate – porterebbero al superamento dei vincoli oggi previsti nel «Codice De Lise». La questione riguarda in particolare una specifica norma del Codice dei contratti pubblici: l'articolo 49, comma 6, del decreto legislativo n. 163, del 12 aprile 2006, che per quanto riguarda la partecipazione a gare d'appalto prevede 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». Nella fattispecie oggetto del contenzioso era accaduto che la stazione appaltante aveva provveduto ad escludere dalla gara un raggruppamento temporaneo in cui una delle imprese si era qualificata in una determinata categoria di qualificazione Soa utilizzando i requisiti di due imprese diverse, in assenza di previsione del bando. Dopo avere ricostruito la posizione della giurisprudenza comunitaria, prendendo le mosse dalla sentenza del 1994 (Ballast Noedam groep, vedi ItaliaOggi del 20 maggio 1994, pag. 25), l'Avvocato generale afferma espressamente che «l'esclusione degli offerenti sulla base del numero dei soggetti che partecipano all'esecuzione, da cui discende che sia ammessa una sola impresa ausiliaria per categoria, riduce le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice e può incidere sull'efficacia della concorrenza». Il diritto comunitario deve infatti tendere a garantire la massima apertura alla concorrenza «non solo con riguardo all'interesse alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa». Ma c'è un secondo obiettivo da perseguire: «aprire il relativo mercato a tutti gli operatori economici indipendentemente dalla loro dimensione», favorendo quindi «l'integrazione delle piccole e medie imprese (pmi)», che, nelle parole dell'Avvocato generale, «vengono considerate la spina dorsale dell'economia dell'Ue». Da ciò l'esigenza che le pmi non siano «ostacolate dalla dimensione degli appalti». Pertanto contrastano con tali esigenze i limiti alla possibilità per gli offerenti di partecipare a raggruppamenti facendo affidamento sulle capacità di imprese ausiliarie come previsto nel Codice dei contratti italiano.