Corte di Giustizia Europea: via libera all'avvalimento plurimo e frazionato

18 Ottobre 2013

La Corte di Giustizia Europea, con sentenza del 10/10/2013 n. C 94/12, è intervenuta sul tema degli Appalti pubblici raffrontando la disciplina nazionale con i principi esposti dalla Direttiva 2004/18/CE, in tema di avvalimento della capacità economica finanziaria e delle capacità tecniche e professionali di uno o più soggetti terzi (cfr. articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3).

In particolare, punto di partenza della riflessione della Corte è quello rappresentato dalla facoltà concessa all'operatore economico di avvalersi, anche per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, di altri soggetti in possesso di idonea qualificazione (*cfr*. articolo 52 dalla Direttiva).

La normativa nazionale del Codice dei contratti pubblici impone, infatti, al concorrente la titolarità di un'attestazione di qualificazione SOA corrispondente alla categoria e all'importo dei lavori oggetto dell'appalto (cfr. articolo 40, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 163/2006).

Lo stesso Codice chiarisce, altresì, che, in assenza di idonea qualificazione, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione SOA, salvo il bando di gara non ammetta l'avvalimento di più imprese ausiliarie, in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni (art. 49, comma 6, del Codice).

Proprio quest'ultima disposizione è entrata nel mirino della Corte, che ha censurato, come in altre occasioni, una possibile limitazione all'istituto dell'avvalimento.

La previsione nazionale suddetta, infatti, secondo la Corte UE, si pone in antitesi con il principio della libera concorrenza tra le imprese da cui discende la stessa facoltà, per un operatore economico, di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi.

L'obiettivo dell'avvalimento, ossia l'apertura degli appalti pubblici alla più ampia concorrenza è, infatti, posto a vantaggio, non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici, sulle quali grava l'onere di accertarsi che il candidato o l'offerente, in avvalimento, disporrà effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

In linea teorica, sempre secondo il giudice comunitario, 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. Tuttavia, tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, che non può assurgere a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'articolo 49, sesto comma, del Codice.

E', invece, priva di rilevanza, secondo la stessa Corte, la circostanza che, nel quadro normativo italiano, 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.

Sull'utilizzo frazionato dei requisiti si ricorda che, in conformità con la giurisprudenza italiana prevalente, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nella determinazione n. 2/2012, tutta dedicata

all’avvalimento, é stata di parere totalmente opposto.

L’Autorità, nella citata occasione ha, infatti, evidenziato che «*non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria (salvo l’eccezione prevista dalla legge), ma anche che il concorrente in possesso dell’attestazione SOA per una classifica inferiore a quella richiesta dal bando di gara non può sommarla a quella posseduta da un’altra impresa, in modo da raggiungere la classifica prescritta*».

La posizione dell’Autorità evidenziava l’idea per cui il ricorso all’avvalimento dovrebbe, comunque, comportare la garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione.

Secondo il giudice comunitario, invece, è possibile, in astratto, che una sola impresa, non qualificata, possa partecipare ad una ipotetica gara in una singola categoria di importo a base d’asta pari a 10 milioni di euro, sommando la qualificazione nella prima classifica di 40 imprese ausiliarie, rispetto alle quali, la stessa stazione appaltante dovrà preoccuparsi di riscontrare l’effettivo passaggio dei mezzi necessari per eseguire l’appalto (!).

In tal caso, per la stazione appaltante non rimarrebbe che la possibilità di inserire una specifica, e ben motivata, clausola nel bando, che giustifichi l’impossibilità di frazionare il requisito di qualificazione del concorrente.

13393-Sentenza CGE 10 ottobre 2013.pdfApri