Appalti pubblici: l’Autorità conferma la legittimità dell’avvalimento frazionato

11 Aprile 2014
Il concorrente ad una gara di appalto può avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione SOA, l’amministrazione aggiudicatrice può tuttavia esigere che il livello minimo di qualificazione sia dimostrato da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

E’ quanto espresso dal Comunicato del Presidente dell’AVCP, pubblicato sul sito istituzionale dell’Autorità che ha analizzato gli effetti, a seguito della sentenza n. C 94/12, emessa dalla Corte di Giustizia Europea il 10 ottobre del 2013 sulla disciplina nazionale dell’istituto dell’avvalimento.

La suprema Corte Europea – come riportato nella news ANCE del 18 ottobre dello scorso anno – era infatti intervenuta sul tema degli appalti pubblici, evidenziando le divergenze tra la disciplina nazionale in tema di avvalimento frazionato e i principi esposti dalla Direttiva 2004/18/CE (cfr. articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3).

La precisazione dell’Autorità va però oltre il semplice recepimento delle indicazioni provenienti dalla Corte Europea poiché, nel ribadire l’indeclinabilità del principio di qualità delle prestazioni e degli altri principi contenuti nell’art. 2, comma 1 del Codice dei Contratti, d.lgs. n. 163/2006, legittima la stazione appaltante a richiedere un livello minimo di qualificazione al concorrente ausiliato.

La stazione appaltante, per ottenere una migliore prestazione, può limitare l’avvalimento frazionato. In questo caso, tale scelta deve tuttavia:
· risultare da adeguata motivazione espressa in seno alla delibera o determina a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara;
· essere specificata nel bando o nella lettera di invito, nei quali è indicato il livello minimo di capacità richieste in termini di classifica minima che deve essere posseduta dall’operatore o dagli operatori economici di cui si intenda cumulare le capacità per il raggiungimento della classifica richiesta nel bando di gara.

L’Autorità, infine, specifica che, alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea, il punto 4 della determinazione 1° agosto 2012, n. 2, in tema di avvalimento, si intende modificato in coerenza con le indicazioni contenute nel Comunicato.

A tale proposito, si segnala che, ancora prima dell’Autorità, già il Consiglio di Stato aveva dato un chiaro segnale, ammettendo la frazionabilità del requisito economico di gara, costituito dal capitale sociale (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874, sulla legittimità della condotta del concorrete che integra il proprio capitale sociale con quello della società ausiliaria).

La nuova interpretazione sull’avvalimento frazionato potrebbe, infatti, dare origine ad una più profonda ridefinizione giurisprudenziale dell’avvalimento, istituto che più di altri è diretto ad incentivare e valorizzare il principio europeo della libera concorrenza.

Tale principio, essendo espresso nel Trattato istitutivo dell’Unione Europea, è applicabile dal giudice di merito direttamente, senza che vi sia necessità di un esplicito intervento normativo.

La caduta del limite all'avvalimento frazionato potrebbe, pertanto, riportare d'attualità diverse riflessioni dell'Autorità e della giurisprudenza sull'istituto, tra cui le posizioni sui divieti di avvalersi della stessa ausiliaria e di avvalimento a cascata.

In particolare, la limitazione all'utilizzo della stessa ausiliaria (esteso in via interpretativa a carico anche dei singoli componenti lo stesso raggruppamento d'imprese) si verifica in qualsiasi procedura in cui un'ATI, non sufficiente qualificata, deve far riferimento a più ausiliarie per ogni componente il raggruppamento stesso, anche quando troverebbe più semplice avere un'unica ausiliaria (*cfr.* parere AVCP n. 150/2012).

Se, infatti, a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia europea, è possibile per un singolo concorrente ricorrere all'avvalimento frazionato, sommando la qualificazione di più ausiliarie, potrebbe essere ipotizzabile anche il processo logico inverso, ossia che i soggetti facenti parte dello stesso raggruppamento possano suddividere fra loro i requisiti di un'unica ausiliaria.

Peraltro, ad una possibile apertura in questo senso non osterebbe l'art. 49, comma 8, del codice, che facendo riferimento al divieto posto a carico di più "concorrenti", sembrerebbe, più che altro, teso ad impedire che attraverso la stessa ausiliaria più soggetti possano venire a conoscenza dell'offerta di altri operatori economici partecipanti alla stessa gara.

Più difficile, invece che l'avvalimento frazionato possa essere utilizzato come grimaldello per sfatare un altro tabù: l'avvalimento a cascata. Si potrebbe, infatti, ipotizzare che la somma dei requisiti si potrebbe ottenere avvalendosi di un soggetto che, a sua volta, ha preso in prestito da terzi, anche solo parte dei suoi requisiti.

Tuttavia, la sola sentenza del Corte di Giustizia non sembrerebbe sufficiente per sostenere una simile interpretazione, che estendendo la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, già implicita nell'avvalimento, otterrebbe al contempo due risultati negativi, già evidenziati in giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 24 maggio 2013, n. 2832 e sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161).

Da una parte si impedirebbe all'ausiliata-concorrente di avere un rapporto diretto e immediato con l'impresa che detiene *ab origine* anche solo parte dei requisiti prestati; dall'altro si indebolirebbe la garanzia della stazione appaltante, che dovrebbe fare immediatamente riferimento all'ausiliaria del concorrente per la responsabilità solidale sull'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

Al di fuori di queste possibili riflessioni sui nuovi limiti imposti dall'avvalimento frazionato, l'ausiliato dovrà sempre fornire la prova alla stazione appaltante che il prestito anche parziale dei requisiti, trova corrispondenza nell'effettiva e sufficiente messa a disposizione di attrezzature e personale dall'ausiliaria all'impresa ausiliata.

15799-COMUNICATO AVCP.pdfApri