

Avvalimento

Avvalimento di impresa cinese: primi dubbi sull'istituto

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 2 luglio 2007, n. 5896 – Pres. Orciuolo – Est- Morabito – Soc. Simiani S.p.a.
c. Ministero della difesa

Ai sensi dell'articolo 47 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sono ammesse alla partecipazione ad appalti pubblici le ditte extracomunitarie stabilite in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentono la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità. La Repubblica popolare cinese, pur avendo aderito nel 2001 al WTO, non ha, a tutt'oggi, sottoscritto anche l'accordo sugli appalti pubblici che risulta nell'allegato 4 del citato Accordo istitutivo del WTO. Mentre esiste per lo Stato comunitario un vincolo giuridicamente necessitato di conformazione alla direttiva CEE ed esiste, nei riguardi dell'operatore comunitario, un diritto di avvalersi della norma (*self executing*) che tale facoltà gli conferisce (e di pretenderne l'applicazione), tale diritto (che si concreta, di fatto, nella pretesa della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella comunitaria e nella pretesa dell'applicazione diretta della norma comunitaria *self executing*) certamente non sussiste (né se ne può pretendere l'applicazione) nei confronti di impresa non destinataria del comma 1 dell'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, la quale, peraltro, non detiene titolo alcuno che gli consenta di pretendere la partecipazione agli appalti comunitari.

Tale postulato deve ritenersi operativo sia nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ad appalti comunitari che nell'ipotesi di partecipazione indiretta che, chiaramente, si realizza col ricorso all'istituto dell'avvalimento: e ciò in quanto l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione; l'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione.

IL COMMENTO

di Massimo Gentile

Il TAR Lazio esclude la possibilità per concorrenti a gare di appalto di avvalersi, ai fini della dimostrazione della capacità richiesta nel bando, dei requisiti posseduti da imprese con sede nella Repubblica popolare cinese. Tale assunto è diretta conseguenza del disposto di cui all'art. 47 del codice dei contratti. A ben

vedere la richiamata previsione sembra presentare un ambito ben più limitato rispetto a quello attribuito dal TAR nella sentenza in esame.

Il caso di specie

Oggetto della contesa giudiziaria è il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di fornitura, comminato nei confronti di una ditta italiana la quale, in riferimento ai requisiti "tecnico operativi" richiesti ai fini della partecipazione al procedimento concorsuale, aveva dichiarato di volersi avvalere di una ditta insediata nella Repubblica popolare cinese e non avente sede o filiali in ambito comunitario.

Il provvedimento di esclusione è motivato dalla circostanza che la *lex specialis* di gara consentiva il ricorso all'istituto dell'avvalimento per i soli requisiti economico finanziari, nonché dalla circostanza che la domanda di partecipazione alla gara sarebbe risultata incompleta in quanto priva della indicazione, prescritta dalla documentazione di gara nel caso di imprese extracomunitarie, dell'accordo internazionale di riferimento ovvero di altro titolo di partecipazione.

La ricorrente impugnava il provvedimento di esclusione ed il bando di gara, rilevando che la Repubblica popolare cinese ha aderito all'Accordo istitutivo del WTO e chiedendo la disapplicazione della norma del bando che consentiva alla ditta partecipante di avvalersi dei soli requisiti economico finanziari, per contrasto con le prevalenti disposizioni della direttiva comunitaria n. 2004/18/CEE, i cui artt. 47 e 48 autorizzano l'operatore economico partecipante a gara di appalto di avvalersi, se del caso, di tutti i requisiti (sia economico finanziari, che tecnico operativi) posseduti da ditta terza e non partecipante direttamente alla gara.

La partecipazione alle gare di appalto delle ditte extracomunitarie: la decisione del TAR

Il TAR capitolino, pur sottolineando come l'applicazione dell'avvalimento nel nostro ordinamento abbia suscitato una serie di problematiche - posto che la disciplina nazionale dei contratti pubblici, oltre che la tutela della concorrenza e del mercato, considera gli interessi pubblici all'effettività del controllo, da parte delle stazioni appaltanti, sulla corretta esecuzione del contratto ed al contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata¹ - evidenzia che la questione afferente la legittimità o meno della limitazione posta dal bando di gara in capo al concorrente di avvalersi dei soli requisiti economico finanziari, va posposta alla dirimente problematica concernente la possibilità, da parte di un'impresa extracomunitaria, di assumere il ruolo di "ausiliaria" di un concorrente ad una gara di appalto nazionale.

In ordine a tale punto, nella sentenza è asserito che per gli Stati membri dell'U.E. l'applicazione delle disposizioni della direttiva n. 2004/18/CEE non ha carattere vincolante nei confronti delle ditte appartenenti a Paesi firmatari dell'Accordo istitutivo

¹ In effetti la questione della compatibilità dell'avvalimento con le norme contrastanti l'infiltrazione della criminalità organizzata può, sotto certi aspetti, considerarsi superata, atteso che l'art. 49 comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. prescrive che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara

dell'Organizzazione mondiale del commercio²; ciò in quanto "tale Accordo, come inequivocamente si evince dal settimo "Considerando" della direttiva³, non ha effetti diretti nell'Ordinamento comunitario essendone demandata alle amministrazioni aggiudicatrici che si conformano alla direttiva *de qua* la sola opportunità e non l'obbligo di applicarne le relative disposizioni anche agli operatori economici dei Paesi firmatari dell'Accordo istitutivo del WTO".

In tal senso - sottolinea il Tribunale laziale - l'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006 "ammette la partecipazione ad appalti pubblici" delle ditte extracomunitarie stabilite:

- in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità;

- in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici di cui all'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO)⁴.

La Repubblica popolare cinese, pur avendo aderito nel 2001 al WTO, non ha, a tutt'oggi, sottoscritto anche il predetto accordo sugli appalti pubblici⁵. Invero,

² Giova rammentare che l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), meglio conosciuta con il nome inglese *World Trade Organization* (WTO), è un'organizzazione internazionale creata allo scopo di supervisionare numerosi accordi commerciali tra i 150 stati membri. Il WTO è stato istituito il 1° gennaio 1995, alla conclusione dell'Uruguay Round, i negoziati che tra il 1986 e il 1994 hanno impegnato i paesi aderenti al GATT ed i cui risultati sono stati sanciti nell'"Accordo di Marrakech" del 15 aprile 1994. Il WTO ha assunto, nell'ambito della regolamentazione del commercio mondiale, il ruolo precedentemente detenuto dal GATT: di quest'ultimo ha infatti recepito gli accordi e le convenzioni adottati (tra i più importanti il GATT, il GATS ed il TRIPS) con l'incarico di amministrarli ed estenderli; a differenza del GATT, che non aveva una vera e propria struttura organizzativa istituzionalizzata, il WTO prevede invece una struttura comparabile a quella di analoghi organismi internazionali. Obiettivo generale del WTO è quello dell'abolizione o della riduzione delle barriere tariffarie al commercio internazionale; a differenza di quanto avveniva in ambito GATT, oggetto della normativa del WTO sono, però, non solo i beni commerciali, ma anche i servizi e le proprietà intellettuali. Tutti i membri del WTO sono tenuti a garantire verso gli altri membri dell'organizzazione lo *status* di "nazione più favorita" (*most favoured nation*): le condizioni applicate al paese più favorito (vale a dire quello cui vengono applicate il minor numero di restrizioni) sono applicate (salvo alcune eccezioni minori) a tutti gli altri stati.

³ Il settimo Considerando della direttiva 2004/18/CE così recita: "la decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) ha approvato in particolare l'accordo sugli appalti pubblici, di seguito denominato "l'Accordo", al fine di istituire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale".

⁴ Nella sentenza è rimarcato che l'Accordo istitutivo del WTO si compone di quattro allegati, l'ultimo dei quali, che include l'accordo sugli appalti pubblici, concerne accordi commerciali plurilaterali che risultano firmati solo da alcuni dei Paesi aderenti all'Organizzazione mondiale del commercio.

⁵ Peraltro tale accordo plurilaterale è attualmente in fase di rinegoziazione, anche al fine di eliminare il trattamento disparitario tra le piccole e medie imprese comunitarie e le analoghe imprese di quattro grandi Paesi firmatari dell'Accordo: Canada, Giappone, Usa e

tale Stato – il cui mercato degli appalti pubblici, sottolinea il TAR, rimane chiuso o con requisiti inaccettabili per le imprese comunitarie – si è impegnato ad avviare solo nel 2008 negoziati di adesione.

Pertanto, concludono i giudici romani, mentre esiste per lo Stato comunitario un vincolo giuridicamente necessitato di conformazione alla direttiva comunitaria ed esiste, nei riguardi dell'operatore comunitario, un diritto di avvalersi della norma (*self executing*) che una facoltà gli conferisce (e di pretenderne l'applicazione), tale diritto (che si concreta, di fatto, nella pretesa della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella comunitaria e nella pretesa dell'applicazione diretta della norma comunitaria *self executing*)⁶, certamente non sussiste nei confronti di impresa non destinataria del comma 1 dell'art. 47 del codice dei contratti, la quale, peraltro, non detiene titolo alcuno che gli consenta di pretendere la partecipazione agli appalti comunitari.

Tale postulato - secondo quanto riportato in sentenza - deve ritenersi operativo sia nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ad appalti comunitari, sia nell'ipotesi di partecipazione indiretta che si realizza col ricorso all'istituto dell'avvalimento; l'impresa ausiliaria non è difatti semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare - non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice - a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

L'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione.

Quanto sopra - conclude sul punto la pronuncia in esame - è pienamente congruente con i principi comunitari posti a presidio del valore della libera concorrenza, atteso che tale valore trova il suo diretto equipollente in quello della *par condicio* degli operatori eco-

nomici e non in un allargamento acritico della base di partecipazione a favore di ditte i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie.

L'articolo 47 del Codice: partecipazione o qualificazione?

Come visto, la decisione del TAR prende l'abbrivio dalla circostanza che l'art. 47 del codice dei contratti costituisce un punto fermo in tema di regolamentazione della partecipazione delle imprese extracomunitarie alle gare di appalto.

A ben vedere, una lettura asettica di detta norma impone una riflessione.

La disposizione contenuta al comma 1 dell'articolo in parola non reca alcun riferimento alla partecipazione alle gare di appalto da parte di imprese straniere, piuttosto alla "qualificazione" delle stesse che, solo in presenza di determinati presupposti, "è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane".

In tal caso - secondo quanto precisato al comma 2 - la qualificazione "non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara" atteso che è possibile qualificarsi "alla singola gara producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione delle imprese italiane alle gare".

In buona sostanza, il legislatore, attraverso tale previsione, si è preoccupato di disciplinare l'aspetto afferente le modalità di qualificazione delle imprese extracomunitarie, mettendo queste ultime sullo stesso piano di quelle italiane solo se stabilite in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici di cui all'allegato 4 all'accordo istitutivo della Organizzazione mondiale del commercio, ovvero in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità.

Nulla è invece detto circa la "partecipazione" alle gare, la quale, in linea astratta, non sarebbe preclusa alle imprese non stabilite in alcuno dei Paesi di cui sopra.

Del resto la norma ricalca fedelmente l'art. 20-septies del D.Lgs. n. 190/2002 - oggi abrogato dall'art. 256 del codice dei contratti - il quale limitava la possibilità di ottenere la qualificazione alle sole imprese comunitarie ovvero a quelle extracomunitarie rientranti nell'ambito di cui sopra.

È evidente che nel contesto della legge obiettivo e del relativo regolamento di attuazione, la limitazione in tema di qualificazione delle imprese aveva quale naturale conseguenza la restrizione della partecipazione alle relative gare. Infatti, ai fini dell'assunzione dei lavori rientranti in tale ambito, la "qualificazione" costituiva condizione necessaria e imprescindibile.

Calata nel contesto del codice, la norma non può assumere la medesima valenza, in quanto il riferimento alla qualificazione non può che essere ricondotto alla

Corea che, pur potendo partecipare senza restrizioni agli appalti comunitari, hanno riservato un accesso preferenziale alle imprese nazionali negli appalti pubblici banditi nei relativi Paesi (cfr. il testo - reperibile sul sito www.Europol.Europa.eu - delle interrogazioni presso la competente Commissione CEE effettuate da alcuni euro-parlamentari nella giornata del 1° febbraio 2007).

⁶ L'applicazione diretta delle direttive comunitarie negli ordinamenti degli stati membri postula che sia inutilmente scaduto il termine per il loro recepimento o che l'atto europeo contenga prescrizioni dettagliate e, come tali, applicabili senza bisogno di ulteriore intermediazione normativa (*self executing*); ovvero se una disposizione (successiva) risulti contrastante con i principi enunciati nella direttiva (anteriore) e che la prima vada, quindi, disapplicata al fine di assicurare l'attuazione della seconda in ragione della preminenza del diritto comunitario nell'ipotesi di conflitto con atti nazionali difformi (Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1270).

previsione di cui all'art. 40 del codice, rubricata per l'appunto *Qualificazione per eseguire lavori pubblici*.

Ciò significa che l'art. 47 non può esplicare effetti in relazione ai contratti di servizi e forniture per i quali la capacità (economica, finanziaria, tecnica e professionale) non è attestata tramite la "qualificazione", bensì attraverso la dimostrazione in sede di gara del possesso dei requisiti di cui agli artt. 41 e 42 del codice.

Non solo, ma anche in relazione agli appalti di lavori, l'art. 47 non troverebbe rilievo con riferimento ai requisiti ulteriori rispetto a quelli di qualificazione, in *primis* il requisito della cifra d'affari di cui all'art. 3 comma 6 del D.P.R. n. 34/2000⁷.

Peraltro, l'art. 47 del codice deve essere messo in diretta correlazione con la previsione di cui all'art. 3 comma 6 del D.P.R. n. 34/2000 - tuttora vigente - in virtù della quale, per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione Europea, la qualificazione non è condizione obbligatoria per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, nonché per l'affidamento dei relativi subappalti. Per tali imprese l'esistenza dei requisiti prescritti per la partecipazione delle ditte italiane alle gare di appalto è accertata in base alla documentazione prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi. La qualificazione è comunque consentita, alle stesse condizioni richieste per le imprese italiane, anche alle imprese stabilite negli Stati aderenti all'Unione Europea.

Ebbene, mettendo a raffronto l'art. 47 del D.Lgs. n. 163/2006 con il richiamato art. 3 del D.P.R. n. 34/2000, può agevolmente evincersi che con il codice dei contratti c'è stato un allargamento dei soggetti che possono ottenere la qualificazione alle medesime condizioni delle ditte italiane, includendo oltre alle imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione Europea anche quelle aventi sede in uno dei paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici di cui all'allegato 4 dell'accordo istitutivo del WTO. Ad ogni buon conto, entrambe le norme si riferiscono esclusivamente alla "qualificazione" per gli appalti di lavoro, senza opera-

⁷ L'art. 1, comma 3, del D.P.R. n. 34/2000 stabilisce che l'attestazione di qualificazione "costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici". Il successivo comma 4 dispone, inoltre, che "le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV". Ne consegue, a stretto rigore, che le stazioni appaltanti non possono legittimamente richiedere ai fini dell'affidamento di lavori pubblici requisiti aggiuntivi rispetto alla attestazione di qualificazione per categorie e classifiche adeguate ai lavori oggetto dell'appalto. Tuttavia, a fronte di tale rigorosa interpretazione seguita dall'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2003, n. 4671 e Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2005, n. 8292, Autorità per la vigilanza CC.LL, determinazioni 27 settembre 2001, n. 19 e 5 giugno 2002, n. 11), non sono mancate alcune pronunce che hanno riconosciuto la facoltà per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente fissati in ragione della specificità tecnica dei lavori da appaltare (Cons. Stato, 11 aprile 2006, n. 206; T.A.R. Toscana, 23 maggio 2007, n. 782).

re alcun accenno alle modalità di attestazione del possesso dei requisiti per l'assunzione di appalti di servizi e forniture.

In considerazione di quanto sopra, la posizione assunta dal TAR Lazio nella sentenza in esame desta talune perplessità atteso che il solo disposto di cui al richiamato art. 47 del D.Lgs. n. 163/2006 non appare sufficiente a legittimare l'esclusione di un'impresa insediata nella Repubblica popolare cinese dalla partecipazione ad una gara di forniture; **l'ambito di applicazione della menzionata norma sembra essere infatti limitato agli appalti di lavori e, più precisamente, alle modalità per l'ottenimento della qualificazione abilitante all'assunzione degli stessi ovvero alle modalità alternative di dimostrazione del possesso dei requisiti necessari per detto ottenimento.**

L'impresa ausiliaria

Le considerazioni di cui sopra non possono che valere anche con riferimento all'istituto dell'avvalimento, attraverso il quale è permesso ai candidati di provare il possesso dei requisiti tecnici, economici e finanziari, nonché quello di attestazione SOA⁸ avvalendosi di quelli posseduti da altra impresa,

⁸ S. Cacace, *La potestà di avvilimento*, in *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del "Codice" Unificato degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale afferma che il comma 1 dell'art. 49 del codice dei contratti dispone che "il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di altro soggetto"; in tale norma non viene posta alcuna facoltà di scelta, in capo alla società "avvalentesi", tra i "requisiti di un altro soggetto" e "l'attestazione SOA di altro soggetto", tale alternativa essendo semplicemente riferita ai due possibili termini della richiesta, cui l'"avvalentesi" intende così soddisfare (da un lato quella, generica e riferita ai contratti aventi oggetto diverso dai lavori pubblici, del "possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo", dall'altra quella, esclusivamente riferita al mondo dei lavori pubblici, della "attestazione della certificazione SOA"). Ogni diversa interpretazione comporterebbe l'evidente elusione ed abbattimento del "sistema SOA", concretando una evidente disparità di trattamento tra imprese che partecipino a tali gare in ogni altra forma singola o associata (cui è sempre richiesta la dimostrazione del possesso del complesso dei requisiti richiesti mediante l'attestazione SOA) e l'impresa che ricorra all'istituto in discorso che, priva dell'attestazione SOA e mediante il ricorso al singolo requisito di altra impresa non in possesso di siffatta attestazione, fuoriuscirebbe da tale sistema obbligatorio di accertamento dei requisiti e di relativa certificazione non solo con riguardo al soggetto, cui una tale funzione l'ordinamento ha in via esclusiva affidato (la Società Organismo Attestazione), ma anche con riguardo all'oggetto dell'accertamento stesso, che verrebbe per tale fattispecie indebitamente spezzettato, senza, peraltro, alcun nesso con le norme di gara, che, nel nostro attuale ordinamento, fanno riferimento esclusivamente alle "categorie", quale elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti. La disposizione di cui all'art. 49 pare idonea ad evidenziare l'incompatibilità dello stesso con l'ordinamento comunitario, che, anche laddove certamente consente "una certificazione da parte di organismi pubblici e privati", la configura come "una presunzione di idoneità" a determinati fini, la scelta in favore della quale è lasciata alla libera determinazione del partecipante alla gara, che ben potrebbe dunque scegliere invece di sottoporre le proprie "referenze" alla valutazione dell'Amministrazione, che ne e-

non partecipante alla medesima procedura, che li mette a disposizione della prima⁹.

Si osserva che, sulla scorta dell'opzione ermeneutica dell'art. 47 del codice esposta al precedente paragrafo, sembrerebbe possibile da parte di un concorrente dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione ad una gara - eccezion fatta per il certificato SOA - avvalendosi di un'impresa "ausiliaria", ancorché non rientrante nell'ambito di cui al comma 1 del medesimo articolo 47.

In buona sostanza, una volta acclarato che l'art. 47 non può ritenersi preclusivo alla partecipazione di imprese extracomunitarie diverse da quelle ivi contemplate a gare di appalto indette nel nostro paese - fatti salvi i limiti in tema di qualificazione dianzi segnalati - va da sé che, diversamente da quanto ritenuto nella sentenza in commento, alcun ostacolo sembrerebbe porsi per l'utilizzo di dette imprese anche in veste di "ausiliarie" ex art. 49 del codice.

L'avvalimento "ridotto"

Il secondo profilo di contestazione portato all'attenzione del TAR Lazio verteva sulla mancata esplicitazione nella *lex specialis* delle ragioni che limitavano il ricorso all'avvalimento per i soli requisiti economico finanziari.

I giudici romani non affrontano la questione in conseguenza della ritenuta improcedibilità del ricorso alla luce del rigetto del primo motivo di gravame.

Vale la pena comunque sottolineare che, stando il tenore dell'art. 49 del codice, il concorrente che intende utilizzare la potestà di avvalimento potrebbe anche essere del tutto privo dei requisiti fissati dalla *lex specialis* di gara, utilizzando (*rectius*, avvalendosi), ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale, i requisiti posseduti dal soggetto "ausiliario", siano essi riferiti alla capacità economica e finanziaria, che a quella tecnica e professionale¹⁰.

saminerà la sufficienza alla luce di quelle dalla stessa precisate nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte. **In tema si veda anche M. Concetta Rosati, *Brevi considerazioni sull'avvalimento nei contratti pubblici* in www.LexItalia.it, n. 7-8 agosto 2007.**

⁹ In giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1796 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 ottobre 2006, n. 10233) è stato affermato che non "si può ritenere sussistente un principio per cui le imprese che partecipano alle gare pubbliche debbano essere proprietarie dei beni da utilizzare per la gestione del servizio (nella fattispecie, centro cottura per refezione scolastica). Esiste, piuttosto un principio contrario, secondo cui il soggetto che partecipa ad un appalto di servizi, può avvalersi, al fine di comprovare i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti, purché sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti"

¹⁰ Secondo l'Autorità, la disciplina dell'istituto dell'avvalimento richiede l'effettiva disponibilità dei mezzi dei quali ci si avvale e la relativa prova della disponibilità delle capacità altrui deve essere necessariamente resa in fase antecedente alla presentazione dell'offerta, al fine di evitare ricostruzioni *ex post*, suscettibili di poter essere interpretate come lesive della garanzia della serietà dell'offerta nonché del rispetto della *par condicio* fra concorrenti. Quanto sopra trova conferma nel comma 2, lett. a), dell'art. 49 citato secondo il quale la dichiarazione del concorrente attestante

Unico potenziale limite alla predetta facoltà è rinvenibile nel disposto di cui al comma 7 dell'art. 49, secondo cui il bando di gara può prevedere, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, che i concorrenti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici. Tale limite sembrerebbe maggiormente confacente agli appalti di forniture e servizi, visto che per gli appalti di lavori pubblici la certificazione SOA è contestualmente indice di capacità sia tecnica che economica, senza, dunque, possibilità di scorporo dei relativi requisiti.

Inoltre, sempre in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, è possibile prevedere in sede di bando che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso.

Come è agevolmente intuibile, tali disposizioni lasciano alle stazioni appaltanti un sensibile margine di manovra, atteso che le stesse hanno facoltà di limitare l'utilizzo dell'avvalimento, prevedendo che alcune tipologie di requisiti debbano essere posseduti totalmente o parzialmente dal concorrente¹¹.

Ciò costituisce un «giro di vite»¹² rispetto a quanto previsto dal legislatore comunitario, ove tutto è lasciato più libero, e, pertanto, l'applicazione concreta di tale disposizione nei bandi non può che essere circondata da estrema cautela.

Si rileva infatti che, in termini del tutto astratti, in assenza di un tetto massimo stabilito dalla legge, la percentuale minima potrebbe anche assumere una significativa rilevanza, circoscrivendo sensibilmente la possibilità di ricorso all'avvalimento. **Tuttavia, in considerazione della circostanza che la disciplina**

l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, è verificabile ai sensi dell'art. 48 del medesimo decreto legislativo e cioè con il controllo del possesso dei requisiti prima di procedere all'apertura delle offerte (del. Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 28 giugno 2007 n. 220). La stessa Autorità ha altresì chiarito che "l'assunto in base al quale non sussisterebbe la possibilità di ricorrere all'avvalimento nei confronti di studi professionali, sulla base di una interpretazione letterale dell'art. 49 del D.Lgs. 163/06, per cui i soggetti ausiliari devono avere natura ed organizzazione di impresa, non sembra condivisibile. L'art. 49 del D.Lgs. 163/06 prevede, infatti, limiti e condizioni all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento che, tuttavia, non riguardano la natura imprenditoriale del soggetto avvalso. Peraltro, si rileva che, qualora si adottasse l'interpretazione avanzata, verrebbe meno totalmente in alcuni settori la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento" (del. Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 12 luglio 2007, n. 238).

¹¹ Cfr F. Leggiadro, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, op. cit., 878., 881, che parla, in tal caso di "avvalimento ridotto". Inoltre, prosegue, affermando che «l'attribuzione di tale facoltà potrebbe giustificarsi in termini di superamento di quella posizione deteriore che l'istituto sembra determinare in capo alle stesse e, tuttavia, si rileva, le direttive comunitarie di riferimento non fanno alcun cenno in merito. In entrambi i casi, tuttavia, va sottolineata una non perfetta aderenza al dato normativo delle direttive. Pertanto, lascia perplessi la scelta codicistica di consentire interventi limitativi da parte delle stazioni appaltanti».

¹² Cfr A. Ponti, *L'avvalimento dei requisiti per la partecipazione alle gare d'appalto*, in *Nuova Rass.*, 2006, 2267.

comunitaria non pone alcuna limitazione alla potestà di avvalimento, deve ritenersi che l'eventuale decisione della stazione appaltante di stabilire un requisito minimo che l'impresa concorrente **ad una gara deve dimostrare** di possedere in proprio, non può essere strutturata nel senso di rendere del tutto residuale l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento.

Sotto tale profilo si ritiene indispensabile una motivazione illustrativa delle ragioni che hanno indotto ad operare la scelta.

L'utilizzo di tale disposizione, correttamente motivata in ragione della natura o dell'importo dell'appalto, potrebbe consentire alla stazione appaltante di evitare che parti delicate di un contratto possano essere assunte da soggetti privi di capacità. Ad esempio, nel caso di un appalto di lavori, in sede di bando di gara la stazione appaltante potrebbe ammettere l'avvalimento solo da parte di quei concorrenti che risultino in possesso della occorrente qualificazione in relazione alla categoria prevalente e, in ipotesi, alle categorie concernenti strutture, impianti ed opere speciali di importo superiore al 15% dell'appalto, le quali costituiscono indubbiamente prestazioni di particolare complessità tecnica. In tal caso, l'utilizzo dell'avvalimento sarebbe possibile solo per "integrare" detti requisiti minimi posseduti dall'impresa avvalente e, dunque, solo in relazione alle ulteriori categorie formanti oggetto dell'appalto, le quali sarebbero gioco forza tutte subappaltabili all'impresa ausiliaria.

È in ogni caso opinione di chi scrive che sarebbe stato opportuno da parte del legislatore quantomeno chiarire le ipotesi in presenza delle quali le amministrazioni sono legittimate a limitare il ricorso all'avvalimento. Il sintetico richiamo all'importo ed alla natura dell'appalto non fornisce infatti alcun aiuto ed espone le stazioni appaltanti al rischio di censure.

Un ulteriore "paletto" all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento è rivenibile nella previsione contenuta al comma 6, prima parte, dell'art. 49, la quale precisa che la possibilità di avvalimento è limitata ad una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria.

Ciò sta a significare che non è possibile il frazionamento tra più imprese "ausiliarie" del possesso dei singoli requisiti di partecipazione ovvero della certificazione relativa ad una specifica categoria di lavori.

Non è ben chiaro se con "ciascun requisito" debba intendersi ogni singolo componente dei requisiti di capacità economica e finanziaria (ad esempio, il fatturato globale) e di capacità tecnica e professionale (ad esempio, le attrezzature) ovvero il complesso di essi. In mancanza di specifiche indicazioni, sembrerebbe preferibile la prima opzione interpretativa. Pertanto, appare possibile avvalersi di più imprese ausiliarie con riferimento sia al complesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, sia ai requisiti di capacità tecnica e professionale, ferma restando l'impossibilità di frazionare il possesso di ogni singolo componente di detti requisiti.

La seconda parte del comma 6 prevede che il bando di gara possa ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie "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.

Il riferimento all'importo dell'appalto e alla peculiarità delle prestazioni appare, anche in questo caso, eccessivamente generico e come tale suscettibile di determinare inconvenienti in sede applicativa. Inoltre, il tenore letterale della previsione da ultimo richiamata non appare felicissimo, atteso che la possibilità di avvalersi di "più imprese ausiliarie" deve considerarsi sempre ammessa, ferma restando la regola che impone una sola impresa per ciascun requisito o categoria.

Ne deriva che, da una lettura coordinata della prima e della seconda parte del comma 6, "in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni", per gli appalti di servizi e forniture può essere consentito anche il frazionamento di singoli requisiti tra più soggetti, mentre per gli appalti di lavori pubblici, può essere consentito l'utilizzo di più imprese ausiliarie in relazione ad una singola categoria; in tale ultimo caso non è comunque possibile cumulare le attestazioni SOA relative alla stessa categoria e, quindi, almeno uno dei due soggetti ausiliari deve possedere una certificazione idonea per l'assunzione dei lavori di detta categoria¹³.

¹³ La norma peraltro non chiarisce se il divieto di cumulo previsto in relazione alle attestazioni SOA valga anche con riferimento al requisito di cui all'art. 3, comma 6, del D.P.R. n. 34/2000 applicabile agli appalti di importo superiore a euro 20.658.276. In considerazione della *ratio* della previsione, ossia evitare il frazionamento dei requisiti relativi ad una categoria di lavori tra più soggetti "ausiliari", nel silenzio della norma, appare preferibile l'opzione interpretativa più rigida, in base alla quale, in caso di avvalimento, anche il requisito della cifra d'affari deve essere posseduto da un'unica impresa ausiliaria. (cfr. M. Gentile, *Il Codice dei Contratti di lavori, servizi e forniture* a cura di M. Gentile e A. Varlaro Sinisi, Rimini, 2007, 243).