



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

L'orientamento giurisprudenziale e le linee guida fornite dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC) sull'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire l'istituto dell'avvalimento nella lex specialis di gara per gli appalti aventi ad oggetto i servizi di cui all'allegato IIB del D.Lgs. 163/2006.

di **Mariateresa Armenise**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Venerdì 18 Dicembre 2015

L'istituto dell'avvalimento trova riscontro normativo all'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 che, al comma 1, dispone testualmente:

“Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 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 un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

La definizione normativamente presente nel Codice dei Contratti Pubblici è frutto del naturale adeguamento della legislazione nazionale alla normativa Europea, secondo cui:

“Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” (articoli 47 e 48 della direttiva 2000/18/CE relativa a "lavori, servizi e forniture"; norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali).

Le richiamate disposizioni normative hanno dunque sancito l'operatività ex lege dell'istituto dell'avvalimento nel nostro ordinamento giuridico, tuttavia, dubbi e perplessità sono sorti in merito all'applicazione dell'istituto in commento nei bandi di gara di cui all'allegato IIB del Codice dei Contratti Pubblici, in seguito alla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia Europea:

“Dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, Direttiva n. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non discende l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare l'art. 47 n.2 di detta direttiva anche agli appalti aventi ad oggetto i servizi menzionati all'allegato II B della direttiva medesima. Tuttavia, tale direttiva non impedisce che gli Stati membri e, eventualmente, le amministrazioni aggiudicatrici prevedano tale applicazione, rispettivamente, nella loro normativa e nei documenti relativi all'appalto”^[1].

Tuttavia, come è di certo noto “La potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale alla quale, **pure in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara**, si può sempre ricorrere, ai sensi dell' art. 49, comma 1, del dlgs. n. 163/2006 ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione a gara pubblica”^[2].

Dunque, la portata generale ed imperativa dell'istituto in commento, non dovrebbe consentire in alcun modo la facoltà per le stazioni appaltanti di introdurre limitazioni – all'interno della *lex specialis* di gara- circa l'utilizzo dello strumento in parola; nè può immaginarsi che la natura peculiare dei servizi oggetto di gara possa comportare un ostacolo nel impiego dell'istituto.

Difatti, proprio in fattispecie aventi ad oggetto appalti rientranti nel cd. "Allegato II B" la giurisprudenza lapidariamente ha espresso incontrovertibili principi:

“Occorre ricordare che l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, ha un ambito applicativo generale e consente al concorrente di servirsi, per partecipare alla gara, dei requisiti prestati da altri soggetti, distinti dal concorrente, ma allo stesso legati da una relazione giuridica qualificata. E' vero che il ricorso a tale istituto è riconosciuto dalla giurisprudenza secondo uno spettro amplissimo, poiché la ratio dello stesso è quella di consentire la massima partecipazione alle gare, permettendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando per concorrere, di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese. Questa è la ratio dell'istituto, questa è la ragione della sua introduzione e così la giurisprudenza, anche di questa Sezione, lo ha sempre applicato.”^[3]

La stessa impostazione è stata rimarcata dall'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC) che, sempre con riguardo ad un appalto rientrante nell'allegato IIB D.Lgs. 163/2006, ha avuto modo di chiarire che:

“In un appalto di servizi di cui all'allegato B del D. Lgs. n. 163/2006, è illegittima la clausola del bando che escluda il ricorso all'istituto dell'avvalimento, in quanto contrastante con la normativa nazionale e comunitaria, (cfr. AVCP Determinazione n. 2/2012, Parere n. 174/2012 e n. 22/2011, cfr. anche ex multis C. di S. Sez. III, n. 6040/2011).”^[4]

L'avvalimento, dunque, consistendo nella possibilità - riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento - di soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, realizza i principi cardine dell'ordinamento comunitario: liberalizzazione del mercato, par condicio e leale concorrenza fra la pluralità degli operatori economici partecipanti.

Il recepimento nel nostro ordinamento giuridico dell'istituto in commento – non soltanto a

livello normativo, ma come principio cardine che regola e garantisce la concorrenza nelle gare ad evidenza pubblica- impone dunque alle stazioni appaltanti la previsione ex lege del medesimo all'interno della documentazione di gara (applicando tutte le prescrizioni imposte dalla normative di settore, ex art. 49 D.Lgs. 163/2006), al fine di consentire a tutti gli operatori economici la più assoluta partecipazione (senza distinzione alcuna fra appalti di lavori, servizi, forniture o servizi di cui all'allegato IIB).

Infine, occorre evidenziare che in virtù delle imminenti modifiche che caratterizzeranno nei prossimi mesi la normativa interna in materia di appalti pubblici (adeguamento alla Direttiva 2014/24/UE), le stazioni appaltanti dovrebbero considerare prassi, nella stesura della documentazione di gara, l'utilizzo di strumenti consolidati e affermati a livello comunitario come l'avvalimento.

Note e riferimenti bibliografici ^[1] Corte di Giustizia dell'Unione Europea Sez. III sent. del 17-03-2011, n. 95. ^[2] T.A.R. Marche Ancona Sez. I, Sent., 08/11/2010, n. 3374. ^[3] T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, Sent., 30/05/2015, n. 832. ^[4] Cfr. Parere n.197 del 20/11/2013 -reso in appalto relativo al Centro antiviolenza per donne e minori vittime di violenza dell'Ambito Territoriale di Putignano-
