

MARCO SALINA

**APPALTI PUBBLICI (APPALTO DI
SERVIZI - AVVALIMENTO
PLURIMO - AVVALIMENTO
FRAZIONATO - ART. 63 DIRETTIVA
2014/24/U.E.)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

APPALTI PUBBLICI (appalto di servizi - avvalimento plurimo - avvalimento frazionato - art. 63 Direttiva 2014/24/U.E.)

C.G.A., ordinanza 15 gennaio 2015 n. 1.

Con l'ordinanza n. 1 del 15 gennaio 2015 il C.G.A. ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: *“se gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, debbano essere interpretati nel senso che essi ostino a una normativa nazionale, come quella italiana sopra descritta (il riferimento è svolto all'art. 49 comma 6 d.lgs. 163/06; n.d.r.), che consente l'avvalimento frazionato, nei termini sopra indicati, nell'ambito dei servizi”*.

Si tratta di ordinanza di rilievo ed interesse non soltanto perché la questione giuridica che è stata posta all'attenzione della Corte europea ricorre frequentemente nella pratica delle gare pubbliche, ma anche — e, forse, soprattutto — perché tale provvedimento evidenzia alcune novità del quadro normativo eurounitario, rive-

niente dalla direttiva 2014/24/UE, con le quali ci si dovrà necessariamente confrontare nel prossimo futuro.

Procedendo con ordine, anzitutto si segnala che il C.G.A. era chiamato a decidere se fosse o meno legittima l'ammissione ad una gara, bandita per l'affidamento di un appalto di servizi, di un concorrente che, al fine di comprovare la capacità economica e finanziaria, aveva fatto ricorso all'avvalimento per quanto concerne una delle due referenze bancarie richieste dall'art. 41 comma 1 lett. a) del d.lvo 163/06 e dal disciplinare di gara. Era infatti accaduto che il concorrente avesse presentato soltanto una delle citate referenze, ricorrendo, per l'altra, ad un'impresa ausiliaria la quale, a sua volta, aveva presentato una referenza soltanto.

Il caso non è nuovo e, del resto, lo stesso C.G.A. ha dato conto dei numerosi precedenti giurisprudenziali che depongono per la legittimità di siffatta operazione, avendosi a che fare, nella specie, con un appalto di servizi, per il quale non si pone la *vexata quaestio* del c.d. "avvalimento plurimo o frazionato". Nel testo dell'ordinanza, infatti, si ricorda che tale ultima questione tradizionalmente ha interessato i soli appalti di lavori e che, comunque, anche con riferimento ad essi, il quadro oggi è mutato per effetto, da un lato, della sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 2013, in causa C-94/12 (che, come è noto, ha riconosciuto l'ammissibilità di tale forma di avvalimento) e, d'altro lato, della recente sostituzione del comma 6 dell'art. 49 d.lgs. 163/06, operata dall'art. 21 co. 1 della legge 30 ottobre 2014 n. 161.

Tuttavia, come sopra si accennava, il Giudice rimettente ha gettato oltre il proprio sguardo, chiedendosi — e chiedendo alla Corte di valutare — se tale interpretazione, tutto sommato consolidata, sia conforme al diritto comunitario ancora oggi, alla luce delle nuove norme della direttiva 2014/24/UE. Infatti, pur trattandosi di norme non ancora recepite in Italia, in ogni caso, come si legge nell'ordinanza, vige *"l'obbligo, in capo ai giudici nazionali, di selezionare e di prediligere, tra tutte le possibili interpretazioni del diritto interno, soltanto le esegesi conformi alle norme eurounitarie da recepire"*.

In particolare i dubbi del Collegio remittente si incentrano su due previsioni della nuova direttiva, dalle quali parrebbe evincersi una nuova tendenza del Legislatore comunitario, volta a restringere le maglie dell'avvalimento rispetto all'ampio *favor* in precedenza riconosciuto a questo istituto. A tale proposito il C.G.A. menziona, in primo luogo, l'art. 63 comma 1 dir. 2014/24/UE, nella parte (penultimo capoverso) in cui prevede la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esigere, proprio nel caso di avvalimento di requisiti di capacità economica e finanziaria, che l'operatore economico ausiliato ed i soggetti ausiliari siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto; in secondo luogo l'art. 63 comma 2 dir. cit., con riferimento alla potestà delle amministrazioni aggiudicatrici di pretendere discrezionalmente che talune prestazioni critiche siano direttamente svolte dall'offerente stesso.

Ora, a prescindere dalla rilevanza o meno che tali innovazioni possano assumere rispetto al caso concreto sottoposto al giudizio del C.G.A., l'ordinanza in commento è certamente da condividere laddove evidenzia il mutato atteggiamento del Legislatore comunitario. Il quale, in particolare, sembra avere recepito e positivizzato quanto deciso dalla C.G.U.E. nella già citata sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 che — pur censurando la normativa italiana nella parte in cui sanciva in via assoluta il divieto di avvalimento plurimo o frazionato (art. 49 co. 6 d.lgs. 163/06) — tuttavia ha riconosciuto che *"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. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici".

Addirittura nella specie sembrerebbe potersi parlare di un curioso caso di ripiegamento del diritto eurounitario sull'esperienza legislativa italiana. Infatti il vincolo di solidarietà dell'ausiliato e dell'ausiliario, nei confronti della stazione appaltante (art. 63 comma 1 dir. 2014/24/UE) è già da tempo previsto, nel nostro ordinamento, dal comma 4 dell'art. 49 d.lgs. 163/06. Mentre per quanto concerne l'ulteriore possibilità delle stazioni appaltanti di escludere l'avvalimento per alcune prestazioni (art. 63 co. 2 dir. cit.), si tratta di previsione alquanto simile a quella originariamente prevista dal Legislatore italiano al comma 7 dell'art. 49 cit., prima che tale disposizione fosse soppressa dal dall'art. 1 d.lgs. 152/08, proprio nell'ambito di un complesso di "*disposizioni di adeguamento comunitario*" (così il titolo dell'art. 1 cit.).

Pare dunque che la nuova norma comunitaria in tema di avvalimento, almeno sotto questo profilo e comunque a determinate condizioni, abbia considerato secondario l'interesse degli operatori economici alla massima concorrenza, tutelando, piuttosto, il contrapposto interesse dell'Amministrazione ad individuare un contraente effettivamente e direttamente qualificato, in ciò aderendo alla *ratio* che tradizionalmente anima gli interventi della nostra normativa e della giurisprudenza interna.

MARCO SALINA