

## **Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 163 del 21/09/2011 - rif. PREC 30/11/S**

Parere di Precontenzioso n. 163 del 21/09/2011 - rif. PREC 30/11/S d.lgs 163/06 Articoli 49 - Codici 49.1

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589) ha affermato che la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti. Pertanto è stata censurata la tesi secondo cui non sarebbe consentito ricorrere all'avvalimento per il requisito relativo al possesso di un determinato fatturato IVA per lavori analoghi nel triennio antecedente. Il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto sufficiente il richiamo dell'art. 49 a tutti i "requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA" tra quelli che possono essere soddisfatti avvalendosi di altre imprese, atteso che il fatturato IVA non è altro che un requisito di carattere economico-finanziario ai sensi del precedente art. 41.

Parere di Precontenzioso n. 163 del 21/09/2011 - rif. PREC 30/11/S d.lgs 163/06 Articoli 49 - Codici 49.1

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità del bando di gara nella parte in cui non prevede la possibilità di ricorrere all'avvalimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006. Come già osservato da questa Autorità (parere 7 aprile 2011, n. 61), la potestà di avvalimento - che consente a un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto - costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale, in quanto esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata 18/2004 (art. 47, par. 2, nonché art. 48, par. 3) e disciplinato nel nostro ordinamento all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Ne consegue che l'assenza di espresse previsioni al riguardo nella lex specialis di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso di tale facoltà nella sua più ampia portata (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762). Dalle caratteristiche dell'istituto emerge come la finalità perseguita dal legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, sia quella di consentire a soggetti che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che ne sia in possesso, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160). Nel citato parere di questa Autorità, si è altresì osservato che la disciplina originaria del Codice dei contratti prevedeva alcune limitazioni alla facoltà di avvalimento che sono state successivamente abrogate o sostanzialmente modificate sulla scorta dei rilievi della Commissione europea, la quale aveva aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, affermando che i limiti alla facoltà di avvalimento contrastano con la normativa comunitaria, che prevede quale unica condizione per l'esercizio della stessa quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (cfr. nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C -2208- 0108 in data 30 gennaio 2008 inviata al Ministero degli Affari esteri). La disposizione in argomento, è stata, quindi, novellata dal d.lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti), al fine di rendere la normativa nazionale conforme a quella comunitaria e limitare sostanzialmente una lettura restrittiva dell'istituto dell'avvalimento. Pertanto, grazie all'abrogazione del comma 7, dell'art. 49, in base al quale il bando di gara poteva prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici (c.d. avvalimento parziale orizzontale), ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso (c.d. avvalimento parziale verticale), gli operatori economici hanno il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti senza alcuna limitazione.