

**AVVALIMENTO: è legittimo affermare che l'istituto dell'avvilimento di cui all'art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 smi è di immediata operatività, pur in mancanza di espresse previsioni di richiamo nel bando di gara, al quale si riconosce soltanto**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quantomeno ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, 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; . Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza "la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale", il che, con specifico riguardo alla presente controversia, consente di trarre, come significativi corollari, che, da un lato, l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso; e che, per altro verso, dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi gli appalti per i quali la lex specialis di gara compiutamente definisca le modalità di formulazione dell'offerta.

In tema di illegittima esclusione da una procedura di un'impresa che, pur in assenza di specifica previsione nella lex specialis di gara, si avvale dei requisiti di altre imprese, merita di essere segnalata la sentenza numero 10271 del 30 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

<Trattasi di coordinante ermeneutiche pienamente confermate dalla successiva normativa comunitaria e

nazionale, atteso che l'istituto dell'avvalimento è stato dapprima generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In particolare, tale norma, nel consacrare al primo comma la massima operatività del modello in questione (consentendo al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, di 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 un altro soggetto), non solo si presenta di notevole impatto sistematico, ma fissa altresì un principio di vasta portata precettiva.

Ed, invero, a fronte di un'evidente *voluntas legis* di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento per la partecipazione alle gare (in conformità con lo spirito delle richiamate norme comunitarie che definiscono l'istituto in termini generalissimi con le sola prescrizione - in negativo - dell'irrilevanza delle qualificazioni formali ed - in positivo - dell'adeguatezza della prova della disponibilità dei requisiti prestati), **la medesima norma attribuisce alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della lex specialis della procedura, la sola possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura od all'importo dell'appalto** (cd. avvalimento parziale in senso verticale od orizzontale: art. 49, co. 7, in base al quale il bando di gara può prevedere che le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando), purché però tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti.>

Ed ancora

< Ne consegue che, quindi, in mancanza - come nel caso di specie -, di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo. Nella specie, dunque, posto che né il bando né il disciplinare prevedono alcunché in merito all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento da parte dei concorrenti, siffatta assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo (come erroneamente ritenuto dalla Commissione nell'impugnato provvedimento espulsivo), ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (beninteso nel rispetto della regolarità documentale e sostanziale, peraltro non contestata nella specie). In

conclusione, proprio sul presupposto per cui la potestà di avvalimento costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale, emerge l'erroneità della impugnata decisione di ritenere non operante nella specie l'istituto dell'avvalimento (con ciò causando l'illegittimità dell'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente), essendosi quest'ultima correttamente avvalsa dell'attestazione SOA, del certificato di qualità aziendale e delle attrezzature dell'impresa BETA Art, allegando il contratto di avvalimento, in virtù del quale quest'ultima si è impegnata a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i predetti requisiti, nonché le ulteriori dichiarazioni prescritte dalla citata previsione legislativa.>

a cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

OTTAVA SEZIONE DI NAPOLI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 937/2007 proposto da:

ALFA di \*\*\*\*\* & \*\*\*\*\*, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in NAPOLI in via Bianchini n. 10 giusta procura in calce al ricorso introduttivo

contro

COMUNE DI MADDALONI, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto in NAPOLI, in via San Pasquale 55

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

del verbale n. 1 dell'11 dicembre 2006 con cui l'impresa ricorrente veniva esclusa per il motivi di seguito riportati dalla procedura di appalto concorso per l'affidamento dei lavori di demolizione e ricostruzione del plesso scolastico S. Domenico di viale Europa;

della determina n. 14 del 18 gennaio 2007, con cui il RUP ha approvato il verbale di gara n. 1, prendendo atto della mancata aggiudicazione dell'appalto;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso, ove occorra, del disciplinare di gara;

Letto il ricorso ed i relativi allegati,;

Visti tutti gli atti di causa;

Data per letta la relazione del referendario \*\*\*\*\* nella udienza pubblica dell'8 ottobre 2007;

Uditi altresì i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto

Con ricorso notificato in data 6 febbraio 2007 e depositato il successivo 20 febbraio, parte ricorrente espone quanto segue:

Con bando di gara pubblicato nella GURI del 14.07.06, il Comune di Maddaloni ha indetto un appalto concorso per l'affidamento dei lavori di demolizione e ricostruzione del plesso scolastico S. Domenico di viale Europa per un importo complessivo pari ad € 1.084.559,49 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

L'impresa ALFA, di recente costituzione, da un lato avendo inoltrato agli enti competenti la richiesta di apertura delle posizioni previdenziali ed assicurative e, dall'altro, avendo sottoscritto un contratto di avvalimento con la BETA Art s.r.l. con conseguente impegno di quest'ultima di mettere a disposizione della ricorrente la propria attestazione SOA e le proprie attrezzature per tutta la durata elaborava e presentava tempestivamente la propria offerta tecnico-economica, la quale nella seduta dell'11 dicembre 2006 veniva esclusa per i motivi di seguito riportati;

Alla gara partecipava soltanto un'altra impresa, anch'essa esclusa dal concorso;

Con determina n. 14 del 18 gennaio 2007, il RUP ha approvato il verbale di gara n. 1, prendendo atto della mancata aggiudicazione dell'appalto.

Tanto premesso, la ricorrente impugna gli atti in epigrafe indicati chiedendone l'annullamento perché affetti dai denunciati vizi di violazione di legge e della lex specialis di gara

Si costituiva in giudizio l'amministrazione resistente, insistendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di cui chiedeva il rigetto.

All'udienza pubblica dell'8 ottobre 2007 la causa veniva trattenuta in decisione

Ritenuto in diritto

1. Il ricorso è fondato e va accolto per i motivi di seguito precisati.

2. L'offerta presentata dalla ricorrente non è stata ammessa alla gara, in quanto ritenuta dalla Commissione di gara irrualmente presentata in ragione, per un verso, dell'utilizzazione della procedura del cd. avvalimento" non prevista dal bando e, per altro verso, dell'omessa dichiarazione di cui al punto 1.16) del disciplinare di gara contenente l'attestazione di mantenere le indicate posizioni previdenziali ed assicurative e di essere in regola con i relativi versamenti (avendo la stessa dichiarato di essere in attesa di conseguire le posizioni presso gli Enti assicurativi e di essere in regola con i relativi versamenti).

3. Con il primo gruppo di censure, parte ricorrente deduce l'illegittimità di tale determinazione per violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sul presupposto dell'immediata operatività di tale istituto, pur in mancanza di espresse previsioni di richiamo nel bando di gara, al quale si riconosce soltanto una portata eventualmente restrittiva della modalità di operatività di tale innovativo istituto.

. La censura si presenta degna di accoglimento.

3.2.

In termini di principio s'osserva che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quantomeno a partire dalla pronuncia della sez. V, 2 dicembre 1999, in causa C-176/98 (\*\*\*\*\* c. Comune di Cagliari), ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, 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. Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194) "la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale", il che, con specifico riguardo alla presente controversia, consente di trarre, come significativi corollari, che, da un lato, l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso; e che, per altro verso, dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi gli appalti per i quali la lex specialis di gara compiutamente definisca le modalità di formulazione dell'offerta.

3.3. Trattasi di coordinante ermeneutiche pienamente confermate dalla successiva normativa comunitaria e nazionale, atteso che l'istituto dell'avvalimento è stato dapprima generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In particolare, tale norma, nel consacrare al primo comma la massima operatività del modello in questione (consentendo al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, di 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 un altro soggetto), non solo si presenta di notevole impatto sistematico, ma fissa altresì un principio di vasta portata precettiva. Ed, invero, a fronte di un'evidente voluntas legis di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento per la partecipazione alle gare (in conformità con lo spirito delle richiamate norme comunitarie che definiscono l'istituto in termini generalissimi con le sola prescrizione - in negativo - dell'irrilevanza delle qualificazioni formali ed - in positivo - dell'adeguatezza della prova della disponibilità dei requisiti prestati), la medesima norma attribuisce alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della lex specialis della procedura, la sola possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura od all'importo dell'appalto (cd. avvalimento parziale in senso verticale od orizzontale: art. 49, co. 7, in base al quale il bando di gara può prevedere che le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando), purché però tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti.

3.4. Ne consegue che, quindi, in mancanza - come nel caso di specie -, di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un

espesso richiamo. Nella specie, dunque, posto che né il bando né il disciplinare prevedono alcunché in merito all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento da parte dei concorrenti, siffatta assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo (come erroneamente ritenuto dalla Commissione nell'impugnato provvedimento espulsivo), ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (beninteso nel rispetto della regolarità documentale e sostanziale, peraltro non contestata nella specie). In conclusione, proprio sul presupposto per cui la potestà di avvalimento costituisce un principio, di fonte sia comunitaria che nazionale, avente portata generale, emerge l'erroneità della impugnata decisione di ritenere non operante nella specie l'istituto dell'avvalimento (con ciò causando l'illegittimità dell'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente), essendosi quest'ultima correttamente avvalsa dell'attestazione SOA, del certificato di qualità aziendale e delle attrezzature dell'impresa BETA Art, allegando il contratto di avvalimento, in virtù del quale quest'ultima si è impegnata a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i predetti requisiti, nonché le ulteriori dichiarazioni prescritte dalla citata previsione legislativa.

3.5. Sotto un complementare profilo, infine, emerge dalle precedenti osservazioni l'inconferenza delle eccezioni al riguardo sollevate dalla difesa dell'amministrazione resistente, volte a sostenere l'inapplicabilità, *ratione temporis*, della previsione di cui al citato art. 49 del D. Lgs. 163/2006, in quanto norma asseritamente non operante con riguardo alla presente procedura di gara in ragione della sua cornice temporale di riferimento e della sua subordinazione all'emanazione del successivo Regolamento di attuazione ai sensi del successivo art. 50.

In ogni caso trattasi di considerazioni infondate ove si consideri che, per un verso, essendo stato il bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 luglio 2006, la norma in questione doveva ritenersi già operativa con riferimento alla presente procedura di gara in forza del regime temporale e transitorio emergente dal combinato disposto degli artt. 253 (in base al quale le disposizioni del codice dei contratti pubblici si applicano ai contratti i cui bandi siano stati pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, e cioè dal 1° luglio 2006) e 66, co. 8, (in base al quale gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) del D. lgs. N. 163/2006. Per altro verso, evidentemente incongruo è il richiamo condizionante all'emanando Regolamento di attuazione ex art. 5 del Codice, atteso che tale rinvio concerne l'operatività del distinto (ancorché connesso) istituto del cd. avvalimento stabile od infragruppo di cui al successivo art. 50 in forza del quale il prestito dei requisiti è finalizzato al conseguimento della certificazione SOA, laddove nel caso di specie viene in rilievo esclusivamente la figura dell'avvalimento episodico od operativo concernente la partecipazione ad una determinata procedura di gara (ed in relazione al quale, anche per le ragioni sopra esposte oltre che per la diversa formulazione letterale della distinta norma di riferimento, il futuro regolamento di attuazione non svolge alcuna efficacia



condizionante).

4. Quanto all'ulteriore motivo posto a fondamento dell'impugnata esclusione (omessa dichiarazione di cui al punto 1.16) del disciplinare di gara contenente l'attestazione di mantenere le indicate posizioni previdenziali ed assicurative e di essere in regola con i relativi versamenti, avendo la stessa dichiarato di essere in attesa di conseguire le posizioni presso gli Enti assicurativi e di essere in regola con i relativi versamenti), parimenti deve ritenersi fondata la puntuale censura formulata da parte ricorrente sotto l'assorbente profilo per il quale la dichiarazione sostitutiva di certificazione in ordine alla propria regolare posizione contributiva, unitamente all'apertura presso gli enti previdenziali ed assicurativi delle relative posizioni, prodotta dalla ricorrente in sede di gara, avrebbe dovuto essere considerata dalla Stazione appaltante sufficiente ai fini dell'ammissione della \*\*\*\*\*à ricorrente, con possibilità, ove risultata aggiudicataria, di comprovare con la produzione del D.U.R.C. la regolarità contributiva già dichiarata ai fini dell'ammissione al concorso.

4.1. L'accoglimento della censura in esame discende dalle portata sostanziale della contestata dichiarazione che, in conformità con la prescrizione di gara interpretata in conformità dei criteri di ragionevolezza e logicità, inequivocabilmente attesta sia la regolarità dei versamenti, sia l'avvenuta apertura della posizione presso gli enti di riferimento di cui la ricorrente non era al momento in grado di indicare soltanto gli ordinari riferimenti numerici, essendo in attesa di prenderne conoscenza.

4.2. Né può deporre in senso contrario l'eccezione, avanzata dall'amministrazione resistente, relativa alla decisività della mancata indicazione numerica delle posizioni previdenziali ed assicurative, atteso che la stessa non può assolutamente essere equiparata ad una omessa dichiarazione, essendo solo quest'ultima, ove espressamente prevista, sanzionabile con l'esclusione dalla gara.

5. Conclusivamente, il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti gravati, cui consegue, anche in relazione alla richiesta risarcitoria in forma specifica, la riammissione alla gara e la conseguente valutazione dell'offerta presentata dalla società ricorrente.

6. Sussistono i giusti motivi per compensare interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ottava sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, , così provvede:

1. Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti in epigrafe indicati;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio dell'8 ottobre 2007.

\*\*\*\*\*

Presidente

\*\*\*\*\*

Estensore

n. 10271/07 Reg. Sent.

<https://www.diritto.it/avvalimento-e-legittimo-affermare-che-l-istituto-dell-avvilimento-di-cui-all-art-49-del-d-lgs-12-aprile-2006-n-163-smi-e-di-immediata-operativita-pur-in-mancanza-di-espresse-previsioni-di-rich/>