

Prime osservazioni sul rinnovato dialogo tra ordinamento interno e ordinamento eurounitario, in materia di avvalimento

di Elena Demichelis

Title: First observations on the renewed dialogue between the internal legal order and the European legal system, on public procurement, on the subject of reliance on the capacities of other entities

Keywords: Public procurement, Reliance on the capacities of other entities, right of establishment, freedom to provide services

1. – La Corte di Giustizia Europea (in seguito anche la “Corte” oppure “CGUE”), con la decisione del 28-04-2022, C-642/20, *Caruter s.r.l.*, qui in commento, è intervenuta in materia di contratti pubblici, in merito alla portata applicativa dell’istituto dell’avvalimento, nell’ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Le argomentazioni della Corte forniscono l’occasione per analizzare il rinnovato dialogo tra gli ordinamenti europeo e nazionale, nell’intento di coniugare e bilanciare l’esigenza di selezionare un contraente qualificato e affidabile, da un lato, e l’interesse a massimizzare la concorrenza, favorendo la più ampia partecipazione possibile ai procedimenti di evidenza pubblica, anche in funzione antimonopolistica.

La disamina della questione pregiudiziale portata all’attenzione della Corte, è preceduta da brevi osservazioni preliminari, allo scopo di delineare i tratti essenziali degli istituti oggetto di sentenza.

2. – In materia di contratti pubblici, l’Unione Europea (di seguito anche “UE”) prevede norme minime per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione, a tutela della libertà di stabilimento, di circolazione delle merci e della prestazione di servizi, nonché della parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza nell’approvvigionamento, da parte delle amministrazioni committenti degli Stati membri, di servizi o di forniture, ovvero nell’esecuzione di opere o lavori.

Ciò per sostenere gli investimenti e l’occupazione, nell’ambito di un mercato aperto e competitivo.

L’avvalimento in materia di contratti pubblici consiste nella facoltà del concorrente a una gara pubblica, sprovvisto dei requisiti c.d. speciali,

ovvero di capacità economica finanziaria e di capacità tecniche e professionali necessari per partecipare alla procedura di selezione (impresa ausiliata), di avvalersi di capacità e/o mezzi e/o risorse di un altro operatore economico (impresa ausiliaria o avvalsa).

Si tratta, quindi, di un istituto che individua una particolare figura pro concorrenziale di partecipazione alle gare pubbliche, la cui elaborazione ha preso avvio nell'ambito della giurisprudenza del giudice comunitario (Corte giust., sent. 14-04-1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*) ed è stata recepita nella prassi contrattuale e giurisprudenziale degli Stati membri (Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1427; G. P., Cirillo, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016).

Oggi l'istituto dell'avvalimento in materia di contratti pubblici è espressamente disciplinato dalle direttive europee in materia di contratti pubblici (in particolare all'art. 63, della dir. UE 2014/24).

Nel diritto pubblico italiano, l'avvalimento ha origini risalenti nel tempo e non opera esclusivamente nell'ambito dei contratti pubblici, individuando anche uno specifico modello organizzativo dell'amministrazione pubblica che, carente di risorse al proprio interno (uffici e/o personale) adeguate all'esercizio di determinati compiti, ricorre all'apparato organizzativo di un altro ente per l'esercizio della propria funzione, i cui effetti sono imputati al soggetto pubblico ausiliato (L. Alla, *Brevi note sull'avvalimento: un istituto antico rimodellato dal diritto europeo*, in *Amm. In Cam.*, 2012, 1; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 114).

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Giustizia nella decisione in commento, l'avvalimento in materia di gare pubbliche (di cui all'art. 63, par. 2, dir. UE 2014/24) si "cumula" con un altro istituto proprio dei contratti pubblici, ossia il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) o associazione temporanea di imprese (ATI), che consiste in altrettanta forma di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, con finalità pro concorrenziale e, analogamente all'istituto dell'avvalimento, è disciplinato sia a livello nazionale, che europeo (art. 19 par. 2 dir. UE 2014/24).

Mediante il RTI, l'impresa, carente dei requisiti c.d. speciali, richiesti per la partecipazione ad una determinata gara d'appalto, si associa ad altri operatori economici in possesso dei predetti requisiti, per incrementare i propri, in vista della qualificazione alla specifica procedura ad evidenza pubblica.

Analogamente all'avvalimento, il RTI è finalizzato a consentire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, tramite la cooperazione (non stabile) tra imprese per prendere parte a un determinato procedimento per l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione di lavori, servizi o forniture.

Il RTI è sprovvisto di soggettività giuridica; un'impresa raggruppata (impresa c.d. mandataria) assume la rappresentanza del raggruppamento e diviene interlocutrice principale del committente pubblico.

Le imprese associate presentano una unica offerta congiunta e, in caso di aggiudicazione del contratto, sono tenute ad eseguire congiuntamente l'appalto o la concessione (in tema, tra i tanti, M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, in *Dir. econ.*, 2020, anno 66, n. 103, 181 e 182; G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 503).

Con l'avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria che dà in prestito i propri requisiti (in termini di capacità e/o risorse e/o mezzi) non assume il ruolo di esecutore del contratto, che, invece, rimane in capo all'impresa concorrente ausiliata.

L'impresa ausiliaria è solidamente responsabile nei confronti dell'Amministrazione committente, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, oltre che destinataria della normativa antimafia e obbligata a soddisfare i requisiti c.d. morali, dichiarando e dimostrando in gara la propria affidabilità morale e professionale (in tema, tra i tanti v. N. Durante, *L'avvalimento: il difficile equilibrio tra la logica 'economica' ed il triangolo negoziale tra concorrente ausiliata, impresa ausiliaria e stazione appaltante, alla luce delle pronunce dell'Adunanza plenaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021, 2; R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1008 ss.; V. Neri, *La causa del contratto di avvalimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015).

Può accadere che, ai fini della partecipazione a una procedura di evidenza pubblica, le imprese facenti parte di un RTI facciano ricorso all'avvalimento c.d. interno o infragruppo, per avvalersi di capacità e requisiti in possesso di operatori economici che fanno parte del medesimo raggruppamento.

In queste ipotesi – come nel caso di specie all'esame della decisione della Corte di Giustizia in commento – si configura una sovrapposizione tra l'istituto dell'avvalimento e quello del RTI che impone il coordinamento delle discipline dei due istituti, seppur nella logica antimonopolistica che li accomuna (M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 190; Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 1339 del 5-3-2018, in www.giustizia-amministrativa.it).

La logica pro concorrenziale sottesa tanto all'istituto dell'avvalimento, quanto al RTI, da un lato consente l'ingresso in un determinato mercato anche agli operatori economici di piccole dimensioni o altamente specializzati in un unico, specifico settore produttivo o merceologico, dall'altro lato, garantisce all'amministrazione committente di individuare l'offerta migliore, attraverso il confronto tra prezzi e proposte tecniche, nell'ambito di una platea di concorrenti più ampia possibile.

Tuttavia, nell'ipotesi di offerta presentata congiuntamente da RTI, la giurisprudenza amministrativa italiana – anche richiamata nell'ordinanza del giudice *a quo*, nel caso in esame (Cons. di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020) – ha prospettato l'esigenza di bilanciare la massimizzazione della partecipazione alle gare pubbliche con l'antinomico interesse dell'amministrazione committente al buon andamento, all'affidabilità dell'aggiudicatario e alla corretta esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Infatti, ad avviso della giurisprudenza interna, la partecipazione alla gara di imprese in forma associata (RTI) garantisce una minore affidabilità dell'aggiudicatario, rispetto all'ipotesi di esecutore singolo (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 801 del 15-2-2000, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 186) e l'avvalimento reca con sé il pericolo di un uso distorto degli istituti pro concorrenziali, potendo dare luogo al fenomeno del c.d. 'avvalificio', quando la messa a disposizione dei requisiti non serve ad integrare una organizzazione imprenditoriale esistente ed operante nel mercato oggetto di gara, ma dà luogo a «un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui» (Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 1772 del 20-11-2013, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato, Ad. plen., sent. n. 22 del 16-10-2020, in www.giustizia-amministrativa.it; N. Durante, *L'avvalimento: il difficile equilibrio tra la logica 'economica' ed il triangolo negoziale tra concorrente ausiliata, impresa ausiliaria e stazione appaltante, alla luce delle pronunce dell'Adunanza plenaria*, cit., 3).

Ciò giustifica vincoli e limiti "quantitativi" imposti dal legislatore nazionale (nel d.lgs. 18-04-2016, n. 50, in seguito anche Codice dei contratti pubblici) alla composizione del RTI e all'operatività dell'avvalimento, tra i quali la regola che subordina l'avvalimento infragruppo alla condizione che la mandataria possieda i requisiti ed esegua le prestazioni oggetto di contratto in misura maggioritaria (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo e art. 89, c. I) allo scopo di garantire che la capogruppo – in ragione del ruolo rivestito nell'ambito del raggruppamento e nei confronti della amministrazione committente – assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione del contratto, «quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante» (Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 4206 del 1-7-2020, in www.giustizia-amministrativa.it).

È proprio in merito a questa previsione della normativa nazionale del Codice dei contratti pubblici – letta in combinato disposto con la disciplina interna dell'avvalimento infragruppo – che la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi, in merito alla compatibilità della normativa italiana con l'ordinamento eurounitario.

3. – Il giudizio nazionale, nell'ambito del quale è stato promosso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ha ad oggetto la procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto di servizi di igiene pubblica, indetta da una amministrazione italiana della Regione Sicilia, tenuta all'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Nel giudizio *a quo*, l'aggiudicazione della gara, disposta in favore di un raggruppamento temporaneo di imprese (in seguito anche "R.T.I. aggiudicatario" oppure "associazione temporanea"), veniva impugnata dalla seconda graduata, che ne otteneva l'annullamento con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale di Catania, Sez. IV, sent. n. 3150, del 30-12-2019, poi appellata dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa

per la Regione Siciliana che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla CGUE con la citata ord. n. 1106 del 24-11-2020.

Il Giudice amministrativo di primo grado annullava l'aggiudicazione della gara, argomentando che l'impresa mandataria, carente dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando di gara, si era avvalsa «*integralmente ed esclusivamente*» delle capacità delle altre imprese dell'associazione temporanea, in violazione dei limiti posti dalla legge nazionale al c.d. avvalimento interno o infragruppo, avente ad oggetto le capacità tecniche e professionali di altre imprese del RTI concorrente.

Più in dettaglio, la decisione del Tribunale amministrativo di primo grado, statuiva che il Codice dei contratti pubblici deve essere interpretato nel senso che l'avvalimento interno o infragruppo è ammissibile a condizione che l'impresa mandataria possieda i requisiti "in misura maggioritaria" (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo e art. 89, c. I), così assicurando che la suddetta impresa sia davvero, in senso pieno e sostanziale, la capogruppo e la guida effettiva del raggruppamento di imprese concorrente alla gara, garante della corretta esecuzione del contratto, in forma congiunta, da parte delle imprese raggruppate (in tal senso anche C.G.A.R.S., sent. n. 147 del 18-2-2019, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. St., Sez. III, sent. n. 1339 del 5-3-2018, in www.giustizia-amministrativa.it).

Infatti, il diritto italiano disciplina analiticamente l'avvalimento, anche c.d. interno o infragruppo, riconoscendo l'ammissibilità del prestito dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-professionali, tra imprese del medesimo raggruppamento temporaneo (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 89, c. I).

Tuttavia, la disciplina nazionale italiana esplicita una condizione (apparentemente) ulteriore a quanto espressamente previsto dalla dir. UE 2014/24, poiché – come anticipato più sopra – dispone che «*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*» (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo).

Si tratta di una regola che ha dato luogo a non pochi contenziosi e contrasti interpretativi a livello nazionale, poiché appare in antinomia con la possibilità di ricorrere all'avvalimento anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento, limitandone l'operatività ai casi in cui la mandante che "presta" i requisiti non superi, in termini quantitativi, le capacità spese in gara dalla mandataria ausiliaria, capogruppo e guida effettiva del RTI concorrente alla gara, a garanzia della corretta esecuzione del contratto (Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 4206 del 1-7-2020, *cit.*).

La decisione di prime cure del Tribunale Amministrativo regionale di Catania veniva appellata dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, anche in merito alla riferita interpretazione della regola del possesso dei requisiti "in misura maggioritaria" da parte dell'impresa capogruppo, come limite all'avvalimento infragruppo.

Nel giudizio di appello, il RTI aggiudicatario proponeva la richiesta, poi accolta dal giudice, di sollevare la questione pregiudiziale di compatibilità delle norme nazionali sopra citate: d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo e art. 89, I, con le norme del diritto europeo relative all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito anche "TFUE").

La Corte di Giustizia, con la decisione in esame, ha ritenuto che la dir. UE 2014/24 (art. 63) deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella italiana, secondo la quale l'impresa mandataria di un RTI concorrente a una gara pubblica, deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

4. – È noto che il dibattito in tema di forme di partecipazione (a maggior ragione in casi di avvalimento c.d. infragruppo o interno a un RTI) implica – sia a livello nazionale, sia livello eurounitario – la necessità di bilanciare esigenze e interessi che possono porsi in antinomia: massimizzare la partecipazione alle gare pubbliche in funzione antimonopolistica, da un lato e garantire il buon andamento della pubblica amministrazione, assicurato dall'affidabilità dei contraenti e dalla corretta esecuzione del contratto oggetto di gara (M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 186; in tema cfr. A. Nicodemo, *Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila*, in *federalismi.it*, 4/2019, 5; L.M. Tarantino, *Il divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria*, in *Urb. app.*, 2012, 219; G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, cit., 504).

La Corte di Giustizia risulta tradizionalmente orientata nel senso di valorizzare il *favor participationis* per garantire la massima partecipazione alla gara, piuttosto che sostenere l'interesse delle amministrazioni committenti alla corretta esecuzione del contratto, al quale pare maggiormente attenta la giurisprudenza interna, in particolare quella italiana che, di recente, ha avuto più occasioni di interloquire con il giudice eurounitario, proprio in tema di avvalimento (Corte giust., sent. 2-6-2016, c-27/15, *Pippo Pizzo*, p.to 27; Corte giust., sent. 10-10-2013, c-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA*, p.to 30; Corte giust., sent. 2-12-1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, pt. 31).

Nella decisione in commento, la Corte, chiamata dal giudice *a quo* a pronunciarsi sulla portata di limiti (esterni e sistematici) all'istituto del c.d. avvalimento interno, eventualmente giustificati dall'interesse al buon andamento dell'amministrazione committente, nega la derogabilità in via generale dell'istituto, ammettendone limitazioni solo in via eccezionale, al ricorrere di presupposti da valutare caso per caso, in ragione dello specifico oggetto dell'affidamento, nel rispetto del principio di proporzionalità (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, *Caruter*, p.ti 38 - 40), ciò anche in linea con precedenti pronunce della Corte medesima (Corte giust., sent. 2-6-2016, c-27/15, *Pippo Pizzo*, p.to 27; nello stesso senso Corte giust., sent. 10-10-2013, c-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA*, p.to 30).

La CGUE ha osservato che la dir. UE 2014/24 (art. 19, par. 2, par. 2) prevede che gli Stati membri «*possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58 di tale direttiva*» (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, cit., p.ti 37 e 38).

Tuttavia, i giudici eurounitari hanno ritenuto che la disciplina italiana considerata dall'ordinanza di rinvio (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo) «*va al di là di quanto consentito da tale direttiva*», per una duplice serie di ragioni (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, *cit.*, p.to 40).

Innanzitutto, per quanto concerne la disciplina eurounitaria dei RTI, la Corte osserva che la regola del possesso dei requisiti “in misura maggioritaria” da parte dell'impresa capogruppo (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo) non si limita a specificare i modi in cui i raggruppamenti economici possono partecipare alla gara e dimostrare di possedere i requisiti di qualificazione (ai sensi e per gli effetti dell'art. 19, par. 2, dir. UE 2014/24), ma disciplina le modalità di esecuzione del contratto, richiedendo «*in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia*» che l'attuazione del contratto sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, *cit.*, p.to 38 e 40).

In secondo luogo, la Corte ha rilevato che la regola posta dalla disciplina nazionale (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo) neppure può considerarsi conforme alla disciplina eurounitaria in materia di avvalimento (art. 63, par. 2, dir. UE 2014/24), poiché ne eccede i limiti e ne pregiudica la finalità di tutela della concorrenza e massima partecipazione.

Infatti, la CGUE precisa che la dir. UE 2014/24 (art. 63, par. 2) nel consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre, «*nel bando di gara*», limiti e vincoli alla partecipazione in forma associata ai concorrenti, fissa un criterio «*qualitativo*» e non quantitativo, prevedendo che «*taluni compiti essenziali*» ovvero «*determinati compiti critici*» siano svolti da un singolo operatore di un raggruppamento. Ciò allo scopo di incentivare la partecipazione di raggruppamenti di piccole e medie imprese alle gare di pubbliche (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, *cit.*, p.ti 37 e 42).

La Corte puntualizza che questo emerge «*manifestamente*» dai termini utilizzati nelle varie versioni linguistiche della disciplina europea in materia di appalti pubblici *rationae temporis* applicabile, che confermano l'approccio qualitativo e non quantitativo del legislatore europeo, nonostante le lievi differenze sussistenti tra le formulazioni linguistiche: a titolo esemplificativo la Corte di Giustizia confronta la versione «*taluni compiti essenziali*» impiegata in parecchie traduzioni, tra cui la francese e italiana, con la dizione «*determinati compiti critici*» usata in altre traduzioni, tra cui quella inglese.

Al contrario, la legislazione italiana oggetto di scrutinio dinanzi alla Corte, nel porre la regola del possesso dei requisiti “in misura maggioritaria” da parte dell'impresa capogruppo (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo) sposa il diverso approccio quantitativo che, ad avviso dei Giudici unionali, si rivela antinomico e di ostacolo al perseguimento della finalità ultima della tutela della concorrenza e massima partecipazione delle imprese medio piccole.

Ciò a differenza della legislazione inglese (The Public Contracts Regulations 2015, art. 63, par. 7) che risulta in linea con le previsioni eurounitarie, nella misura in cui recepisce la formulazione della dir. UE 2014/24, rimettendo all'amministrazione committente la valutazione dei

profili “qualitativi” della prestazione da eseguire (direttamente) da parte del componente del raggruppamento, esclusi dal “prestito”.

L’ordinamento francese non disciplina l’istituto dell’avvalimento; pertanto, per ricorrere alle capacità di un altro operatore economico è necessario ricorrere ad altri istituti giuridici, quali il RTI.

In tal senso, la disciplina francese del RTI, prevede espressamente che «*non è richiesto che ogni componente del raggruppamento disponga di tutte le capacità necessarie per eseguire l'appalto*», in quanto la valutazione delle capacità di un gruppo di operatori economici è «*globale*» (Code de la Commande Publique, artt. R2142-26 e R2142-27).

Da ciò si ricava, implicitamente, che tramite l’impiego del RTI, il concorrente può provare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, come analogamente previsto anche dal legislatore eurounitario (dir. UE cons. 15).

Altrettanto in linea con la dir. UE è la disposizione della legislazione francese che segue l’approccio qualitativo nel fissare i criteri in forza dei quali l’amministrazione committente può riservare a un componente del RTI l’esecuzione (diretta) di alcune prestazioni oggetto di affidamento (Code de la Commande Publique, art. R2142-27).

Ne consegue che, a differenza del Codice dei contratti pubblici italiano che impone(va) l’esecuzione del contratto, in misura maggioritaria al rappresentante unico del raggruppamento, con esclusione di tutte le altre società che partecipano al raggruppamento, (v. la decisione in commento Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, *cit.*, p.to 43), sia l’ordinamento francese, che quello inglese, paiono consentire che l’attuazione di determinati compiti venga riservata all’uno o all’altro partecipante al raggruppamento di operatori economici, a prescindere dal ruolo ricoperto e della quantità di quote di esecuzione assegnata, nell’ambito del RTI.

5. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia, muovendo dall’analisi e interpretazione della disciplina eurounitaria degli istituti dell’avvalimento e del RTI, si discosta dalla prospettazione della giurisprudenza italiana, anche recepita nell’ordinanza di rinvio del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella misura in cui esclude l’esistenza di limiti o deroghe di portata generale alla facoltà di un concorrente di avvalersi di capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie (tra i primi commenti reperibili on – line, vedi: Studio Legale Scuderi Motta, *Per la Corte di Giustizia la mandataria non deve “in ogni caso” possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*, in <https://scuderimottaeeavvocati.it>, 2022, 1).

Infatti, nel «*punto di vista del giudice del rinvio*» si espone la posizione della giurisprudenza nazionale prevalente, in forza della quale i vincoli quantitativi alla composizione del RTI (in particolare la regola italiana del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria) costituiscono un legittimo limite all’operatività dell’istituto dell’avvalimento interno al RTI.

Si tratta, peraltro, di una prospettazione non univoca nell’ordinamento nazionale, dal momento che l’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC ha di recente concluso per l’insussistenza di limiti di portata generale al ricorso all’avvalimento interno (ANAC, delib. n. 1140

del 21-1-2021). Ad avviso di ANAC i vincoli quantitativi posti dal legislatore interno in materia di raggruppamenti temporanei di imprese (ossia la regola del possesso dei requisiti “in misura maggioritaria” da parte dell’impresa capogruppo di cui al d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo) non possono essere considerati un limite all’operatività dell’avvalimento, poiché l’istituto del RTI condivide lo scopo antimonopolista proprio dell’avvalimento medesimo.

La divergenza di prospettiva e soluzioni perseguite dal Giudice europeo e dal Giudice nazionale sembra inserirsi nell’ambito della continua dialettica che caratterizza il rapporto tra i due ordinamenti, chiamati ciclicamente a trovare punti di equilibrio tra esigenze contrapposte e antinomiche (sul tema M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 186).

La decisione in commento, valorizzando l’esigenza di massimizzare la partecipazione ed escludendo l’esistenza di limiti sistematici e pregiudiziali alla possibilità di ricorrere alla capacità di altre imprese, sembra “derubricare”, a evento *lato sensu* “eccezionale” e contingente, la contrapposta esigenza valorizzata dal giudice nazionale, di contrasto a situazioni di inadeguatezza dei concorrenti, celata dalla occasionale aggregazione delle imprese in gara e nella (cattiva) esecuzione del contratto.

Nello stesso senso, sembrano alcune decisioni della Corte che – ancorché nella vigenza delle precedenti direttive in materia di contratti pubblici – escludono l’esistenza di «*divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un’amministrazione aggiudicatrice*» (Corte giust., sent. 2-6-2016, c-27/15, *Pippo Pizzo*, p.to 27; nello stesso senso Corte giust., sent. 10-10-2013, c-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA*, p.to 30).

Infatti, nella decisione in commento, la Corte pare confermare che gli artt. 19, par. 2 e 63, par. 2, della dir. UE 2014/24 ammettono limitazioni al ricorso all’avvalimento non in via generale, ma esclusivamente in situazioni *lato sensu* “eccezionali”, da prevedere nel «*nel (singolo) bando di gara*», dunque non «*in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia*» (Corte giust., sent. 28-4-2022, c-642/20, cit., p.to 37 e 42, in tal senso pare anche ANAC, Atto di segnalazione n. 1 del 20 luglio 2022, 4).

Siffatte limitazioni all’operatività dell’avvalimento sembrano destinate a soddisfare esigenze non generalizzate ed immanenti a ogni ipotesi di avvalimento interno, ma piuttosto proprie di determinate fattispecie concrete o tipologie di affidamento, da verificare caso per caso e da valorizzare solo se connesse e proporzionate all’oggetto del contratto e recanti un carattere qualitativo, non essendo ammesse deroghe o limiti di natura meramente quantitativa.

In altri termini, il diritto europeo sembra non condividere la prospettiva – apparentemente sottesa al «*punto di vista*» del giudice *a quo* – secondo la quale, nella fattispecie dell’avvalimento interno, la previsione in via generale di vincoli all’operatività dell’avvalimento è giustificata dalla considerazione che «*l’affidabilità di un soggetto esecutore che si scompone in una molteplicità di realtà imprenditoriali appare complessivamente*

inferiore a quella dell'esecutore singolo» (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 801 del 15-2-2000, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 186), con il conseguente rischio di incorrere in difficoltà e inefficienze nell'esecuzione del contratto da parte di un operatore economico (eventualmente) non adeguatamente qualificato e, dunque, non in grado di eseguire la commessa a regola d'arte (in tema cfr. A. Nicodemo, *Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila*, cit., che pare sottolineare come nel dibattito in materia di avvalimento, la tutela della concorrenza assume un «*duplice volto*», poiché essa da un lato assicura l'integrazione dei mercati e la parità di trattamento tra concorrenti, dall'altro rappresenta «*(in questo caso) una insidia*» alla corretta esecuzione del contratto).

Infatti, la disciplina europea pare maggiormente incline a una sostanziale “liberalizzazione” degli istituti in esame, allo scopo di massimizzare la partecipazione delle imprese e (in tema cfr. M. Renna, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, cit., 186; G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, cit., 504; L.M. Tarantino, *Il divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria*, cit., 219). In tal senso, le direttive europee riconoscono espressamente l'esigenza di valorizzare *favor participationis* in funzione antimonopolistica, allo scopo di superare il consolidamento di posizioni di operatori economici di grandi dimensioni (si veda il considerando n. 124 della dir. UE 2014/24 dove si legge che «*Dato il potenziale delle PMI per la creazione di posti di lavoro, la crescita e l'innovazione, è importante incoraggiare la loro partecipazione agli appalti pubblici, sia tramite disposizioni appropriate nella presente direttiva che tramite iniziative a livello nazionale. Le nuove disposizioni della presente direttiva dovrebbero contribuire al miglioramento del livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati. Non è appropriato imporre percentuali obbligatorie di successo, ma occorre tenere sotto stretto controllo le iniziative nazionali volte a rafforzare la partecipazione delle PMI, data la sua importanza*»).

Ciò posto, rimane fermo che la disciplina europea non disconosce le esigenze delle amministrazioni committenti alla corretta esecuzione del contratto.

Infatti, è apparentemente a tal fine che le direttive europee condizionano – espressamente e in via generale – il ricorso all'avvalimento, alla dimostrazione da parte dell'ausiliata dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse oggetto di “prestito”, proprio allo scopo di permettere all'amministrazione committente di accertare che l'aggiudicatario possederà le capacità richieste dalla legge di gara per l'attuazione a regola d'arte del contratto oggetto di affidamento, oltre a prevedere l'esecuzione “diretta” del contratto da parte dell'impresa ausiliaria di capacità attestata da titoli di studio e professionali o da esperienze professionali pertinenti e ferma la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, in determinate ipotesi, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente (art. 63, par. 1 e par. 2, dir. UE 2014/24).

In tal senso, dapprima la giurisprudenza della Corte di giustizia e poi il legislatore comunitario (art. 63, par. 1, dir. UE 2014/24) hanno subordinato la possibilità di far affidamento sulle capacità di altri operatori economici, all'effettiva e concreta disponibilità, da parte dell'impresa ausiliata, dei mezzi e delle capacità dell'impresa ausiliaria, necessari all'esecuzione delle prestazioni oggetto di contratto (Corte giust., sent. 2-12-1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, cit.; Corte giust., sent. 18-12-1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV*, cit.; Corte giust., sent. 14-04-1994, in C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, cit.).

Ciò, nell'ambito dell'approccio sostanzialista proprio dell'ordinamento comunitario (e di parte della giurisprudenza nazionale cfr. Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 3949 del 24-7-2014, in www.giustizia-amministrativa.it) che valorizza non tanto i vincoli formali (quali, per esempio, legami giuridici formalizzati tra impresa ausiliaria e ausiliata), quanto l'accertamento del concreto atteggiarsi dei rapporti giuridici in esame (come l'utilizzabilità dei requisiti oggetto di avvalimento; sul tema cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, I, 194-195).

A fronte di quanto sopra prospettato, sembra ragionevole ritenere che, nella prospettiva suggerita dalla Corte, anche nei casi di avvalimento interno al RTI, l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile e la corretta esecuzione (congiunta) del contratto, sembra destinato ad essere assicurato dalla (sola) dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte dell'impresa ausiliata dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento e necessari per l'esecuzione della prestazione.

Ciò pare piuttosto distante e divergente dalla prospettazione dell'ordinamento interno italiano che, nelle ipotesi di avvalimento infragruppo, ha ritenuto di imporre in via generale vincoli e condizioni all'impiego dell'istituto, ulteriori alla prova della effettiva disponibilità delle capacità oggetto di prestito.

Sin dalla nascita del mercato comune dei contratti pubblici, il legislatore nazionale italiano ha dimostrato diffidenze verso gli istituti dell'avvalimento e del RTI, fissando vincoli e limiti all'operatività dei medesimi, nell'ottica di tutelare l'ente aggiudicatore, anche allo scopo di prevenire un uso distorto degli istituti pro concorrenziali, a favore di infiltrazioni della criminalità organizzata, eventualmente di stampo mafioso (L. Alla, *Brevi note sull'avvalimento: un istituto antico rimodellato dal diritto europeo*, cit., 5).

I vincoli e i limiti all'operatività dell'istituto dell'avvalimento e in materia di composizione del RTI introdotti nell'ordinamento giuridico italiano, (si v. Codice dei contratti pubblici e nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*) (in seguito anche il "Regolamento"), non sempre sono stati ritenuti compatibili con i principi eurounitari di libera concorrenza e di *favor participationis*. La normativa italiana, infatti, è stata più volte modificata su impulso e in ottemperanza alle indicazioni del legislatore eurounitario, nel senso di

ampliare l'ambito di operatività dell'istituto dell'avvalimento, che la disciplina nazionale sottoponeva a vincoli rigorosi.

Da ultimo, con lettere del 24 gennaio 2019 e del 6 aprile 2022, la Commissione dell'Unione europea ha contestato alcuni profili di contrarietà della disciplina nazionale italiana a principi e norme comunitari in materia di concessioni e appalti pubblici, di cui alle dir. UE 2014/23, dir. UE 2014/24 e dir. UE 2014/25. In merito all'avvalimento, la Commissione europea segnala che l'eccessiva restrittività della disciplina nazionale di cui al Codice dei contratti pubblici si pone in contrasto e violazione del principio del favor participationis. Ciò vale in particolare per il divieto italiano del c.d. "avvalimento a cascata", vale a dire la facoltà per l'impresa ausiliaria di avvalersi delle capacità di un altro soggetto (Commissione Europea, lettera di costituzione in mora – infrazione n. 2018/2273; ANAC, Atto di segnalazione n. 3 del 28-7-2021).

A fronte della decisione in commento è rimesso alle amministrazioni committenti di dare attuazione al principio di diritto eurounitario sancito con la decisione che si annota. Infatti, la costante giurisprudenza della Corte precisa che «*il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione*», «*ivi comprese le autorità amministrative, incaricate di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione*» (Corte giust., sent. 22-6-1989, c-103/88, *Fratelli Costanzo SpA*; Corte giust., sent. 9-11-2003, c-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*; Corte giust., sent. 14-9-2017, c-628/15, *The Trustees of the BT Pension Scheme*).

A tal fine, l'ANAC, allo scopo di fornire indicazioni non vincolanti alle stazioni appaltanti ha aggiornato il Bando tipo n. 1 nel senso della disapplicazione della norma italiana giudicata contraria alle direttive (d.lgs. 18-04-2016, n. 50, art. 83 c. VIII, terzo periodo), suggerendone una interpretazione nel senso di consentire all'amministrazione di prevedere, nei bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici (ANAC, Delib. n. 332 del 20-7-2022 e Atto di segnalazione n. 1 del 20-7-2022, 7).

Parallelamente, la medesima Autorità, con Atto di segnalazione n. 1 del 20-7-2022, indirizzato al legislatore interno, ha rilevato l'opportunità di modificare il Codice dei contratti pubblici e il Regolamento, attualmente vigenti, per superare i contrasti con la normativa comunitaria evidenziate nella sentenza in commento. In tal senso, ANAC ha sollecitato il legislatore italiano ad ampliare l'ambito applicativo dell'avvalimento interno, in occasione della prossima riforma del Codice dei contratti, da realizzare in attuazione della l. 21-6-2022 n. 78, recante delega al governo in materia di contratti pubblici.

6. – La decisione della Corte di Giustizia in esame sembra confermare l'ampio *favor* che l'ordinamento eurounitario riconosce all'istituto dell'avvalimento, anche infragruppo, funzionale, sul piano economico, al perseguimento di obiettivi antimopolistici.

Ciò, nell'ambito del diritto pubblico, che di per sé, impone all'interprete una prospettiva più ampia: le amministrazioni committenti, infatti, anche in materia di contratti pubblici sono tenute ad assicurare il

buon andamento dell'azione amministrativa, mediante l'affidabilità dell'offerente e la corretta esecuzione del contratto. Ciò impone la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa (in tema v. A. Nicodemo, *Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila*, cit., 25; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, sent. n. 695 del 5-6-2018, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 264 del 27-1-2016, in www.giustizia-amministrativa.it).

Il legislatore è chiamato ad individuare le misure funzionali ad evitare che siano distorte le finalità a cui si ispira il sistema dei requisiti di ammissione degli offerenti/candidati alle procedure di scelta del contraente, nel bilanciamento tra le due prospettate esigenze.

Nella sentenza in commento, la Corte di Giustizia pare confermare il favor europeo per la tutela del corretto funzionamento del mercato (rispetto all'utilizzo di condotte lesive della concorrenza) sottese al dibattito in questione. L'esclusione di limiti esterni o sistematici al ricorso all'avvalimento interno o infragruppo (diversi da eccezionali divieti all'ambito di applicazione dell'istituto) sono rimesse alle valutazioni delle amministrazioni contraenti.

Tale approccio pare limitare (o financo escludere del tutto), la discrezionalità regolatoria degli Stati membri nel porre, in via generale, vincoli e condizioni al ricorso all'avvalimento, eventualmente dedotti in via sistematica dalla disciplina di altri istituti che vanno a interferire con l'avvalimento.

Elena Demichelis

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Torino

Avvocato in Torino

demichelis.elena@gmail.com