



Dipartimento di Diritto Pubblico e dell'Unione Europea

[Avvalimento e concorrenza](#)

[Affidamento in house e partecipazione minoritaria](#)

NEWS

La Corte di Giustizia sui requisiti di partecipazione alle gare pubbliche

Accesso per le "reti di imprese" alle gare pubbliche

Concorrenza e mercato nel settore degli appalti pubblici

Avvalimento e concorrenza

Recenti casi gettano nuova luce sull'istituto dell'avvalimento e, in particolare, sui rapporti fra questo istituto, che ha origine nel diritto degli appalti, e i principi di libertà di concorrenza. È noto come l'istituto dell'avvalimento, secondo cui un operatore economico, singolo o raggruppato, in possesso di parte dei requisiti per la partecipazione alla gara, si avvalga, per i requisiti mancanti, di un'altra impresa, sia disciplinato dagli articoli 46 e 47 della direttiva 2004/18/CEE (**relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi**) e dagli articoli 49 e 50 del D.Lgs. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici).

La direttiva 2004/18/CEE prevede che *"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. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici ... può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti"*.

Una considerazione dell'istituto dell'avvalimento da una prospettiva concorrenziale consente di distinguere due situazioni:

- In taluni casi, l'avvalimento ha effetti pro-concorrenziali. Appaiono quindi ingiustificate talune restrizioni poste a tale istituto dalla legislazione nazionale.

- In altri casi, il ricorso all'avvalimento potrebbe invece avere effetti anticoncorrenziali.

1. Gli effetti concorrenziali dell'avvalimento e la disciplina italiana

La disciplina dell'Unione europea sembra quindi definire in termini assai ampi la possibilità per un operatore di avvalersi di capacità di altri soggetti al fine di partecipare a gare di appalto. Alcuni limiti applicativi dell'istituto sono invece dettati dall'ordinamento interno al fine di evitare fenomeni distorsivi e garantire alle stazioni appaltanti pubbliche la verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti generali e speciali tanto in capo al concorrente che all'impresa ausiliaria. Non sempre, peraltro, i limiti introdotti dal legislatore nazionale sono compatibili con la disciplina dell'Unione. In particolare, un problema di compatibilità potrebbe sorgere dall'art. 49 comma 8 del Codice, secondo cui, nella stessa gara, della medesima impresa ausiliaria non può avvalersi più di un concorrente.

Per un verso, la *ratio* di tale divieto potrebbe rinvenirsi nell'esigenza di evitare che le offerte formulate siano in qualche modo frutto di scelte congiunte di più imprese concorrenti sì da falsare la concorrenza, oltre che nell'attribuire alla stazione appaltante maggiore certezza del contraente con cui andrà a stipulare il contratto oggetto di gara. Per altro verso, però, tale disposizione potrebbe avere l'effetto di limitare la massima partecipazione. È ovvio infatti che il divieto di prestare requisiti a più di un concorrente costituisce una formidabile limitazione alla partecipazione da parte di altri concorrenti in situazioni nelle quali i requisiti in questione siano posseduti da pochissime o, al limite, da una sola impresa. Proprio non si vede perché, in situazioni di questo tipo, l'impresa ausiliaria non possa porre a disposizione le proprie capacità a più imprese, magari a condizioni non discriminatorie, al solo fine di partecipare alla gara. Né l'impresa ausiliaria finirebbe con il fare il "servitore di più padroni" con conseguenti conflitti di interesse. È ovvio, infatti, che della sua capacità, astrattamente posta a disposizione di più partecipanti in gara, si avvarrebbe solo l'unica impresa che ne esca vincitrice. Seppur la norma preveda un temperamento a tale previsione (al comma 9 dell'art. 49: *"Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario"*), essendo lo stesso limitato all'ipotesi relativa al possesso di "particolari attrezzature" potrebbe non essere sufficiente ad eliminarne del tutto la portata limitativa della concorrenza.

Un ulteriore possibile restrizione nell'applicazione dell'avvalimento emerge dalla Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici n. 2 del primo agosto 2012 che ha ribadito la propria posizione nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità in quanto essa concreterebbe *"l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità"* rendendo la certificazione *"un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazione se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità"*.

Detta restrittiva interpretazione appare, tuttavia, limitativa della portata pro-concorrenziale dell'istituto. Proprio per tali ragioni, infatti, parte della Giurisprudenza ritiene ammissibile l'avvalimento della certificazione di qualità aziendale, purché il concorrente dimostri che l'impresa ausiliaria assuma l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079; e Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Anche il divieto di avvalimento parziale, ovvero l'utilizzo dei requisiti di più imprese ausiliarie, previsto dal Codice per gli appalti di lavori, potrebbe presentare profili di incompatibilità con la finalità pro-concorrenziale dell'istituto. A stemperare la restrittiva previsione della norma è stato quindi chiarito dalla Giurisprudenza che, quanto meno negli appalti di servizi e forniture, sia ammessa la frazionabilità dei requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie, in quanto *"il divieto di avvalimento parziale non si estende agli appalti diversi da quelli di lavoro"*, interpretando detta norma in modo quanto più vicina alla finalità della direttiva 2004/18, volta ad ampliare e a dare concretezza al principio di libertà e concorrenza nei pubblici appalti (Tar Lazio, Roma, Sez. 3-Quater, 29 marzo 2012, n. 3006).

2. Gli effetti anti-concorrenziali

Se è vero che, come detto, l'istituto dell'avvalimento, così come il raggruppamento di operatori economici, ha la finalità di ampliare il novero dei soggetti potenzialmente capaci di soddisfare le condizioni del contratto pubblico, è altrettanto vero che esso potrebbe potenzialmente avere anche effetti anticoncorrenziali. In principio, concretandosi in un accordo tra imprese, l'avvalimento pone comunque problemi di compatibilità con la disciplina della concorrenza.

Attraverso tale istituto, infatti, gli operatori economici potrebbero accordarsi su una spartizione del mercato oggetto del contratto. Ciò potrebbe essere fatto in maniera esplicita, allorché le imprese stabiliscano prima della gara una ripartizione delle capacità che sono oggetto di avvalimento, falsando quindi, *ex ante*, le condizioni di partecipazione alla gara. Ciò può essere altresì fatto in maniera implicita attraverso un coordinamento delle imprese che sulla base delle loro caratteristiche e di quelle della fornitura/servizio/lavoro, si accordano per non competere su quella o altre gare del settore.

È evidente che ogni deviazione, rispetto alla funzione pro-concorrenziale dell'istituto, risulterà vietata.

Un classico utilizzo anticoncorrenziale dell'avvalimento si verifica allorché il singolo operatore economico, ovvero uno degli operatori facenti parte del raggruppamento temporaneo, pur in possesso di tutti i requisiti per partecipare alla gara dichiara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, vuoi attraverso l'istituto dell'avvalimento, vuoi attraverso l'istituto del raggruppamento temporaneo tra imprese (RTI). È chiaro infatti che l'avvalimento prestato all'impresa che già possiede le capacità non potrà, in virtù del divieto indicato sopra, essere prestato ad altra impresa, la quale potrebbe, perciò, vedersi preclusa la possibilità di partecipare alla gara.

Sul corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, si è espressa con particolare riferimento agli RTI, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella nota segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, auspicando che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. Ciò perché il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse.

Simili deduzioni ben possono valere per l'istituto dell'avvalimento che, laddove sia utilizzato da soggetti già in possesso di tutti i requisiti per partecipare alla specifica gara, può effettivamente falsare la concorrenza.

In particolare, in un caso in cui un raggruppamento di imprese in possesso di tutti i requisiti per partecipare ad una gara aveva dichiarato di avvalersi di una terza impresa ausiliaria e, pur tuttavia, in corso di gara dichiarava di "rinunciare" all'avvalimento (in quanto l'ausiliaria era risultata priva di alcuni requisiti di cui all'art. 38 del Codice), ma di avere i requisiti per partecipare alla gara, la Giurisprudenza ha affermato che "*... non potrebbe neanche ammettersi una modifica riduttiva della compagine organizzativa dell'a.t.i. ... o una rinuncia all'avvalimento, in corso di gara, nel caso di a.t.i. ab origine sovrabbondante e dichiaratamente tale (...)*". (Cons. Stato, Sezione VI, ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351, con cui è stata rimessa all'Adunanza Plenaria la risoluzione, tra le altre, delle questioni inerenti "*i limiti di ammissibilità di un'a.t.i. sovrabbondante*" e della "*modificabilità o meno "per riduzione" della compagine organizzativa di a.t.i. e consorzi in corso di gara*").

In taluni casi l'Autorità garante e la Giurisprudenza hanno ritenuto illecita, sul piano del diritto di concorrenza, la costituzione *ex ante* di RTI a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, inserendosi in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni" aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese per fini anticoncorrenziali più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2009 n. 2203).

Si rende, dunque, necessario un approfondimento, giurisprudenziale o normativo, per valutare se sia il caso di pervenire ad un divieto generalizzato, ovvero di riconoscere in capo alla stazione appaltante, eventualmente previa espressa previsione in tal senso nel bando di gara, il potere di escludere dalla gara un RTI "sovrabbondante", ovvero un concorrente singolo che pur in possesso di tutti i requisiti per partecipare alla gara dichiara di avvalersi di un'impresa ausiliaria, ciò concretando un artificio in danno della concorrenza.

Si può dunque concludere che l'istituto dell'avvalimento, se utilizzato con le "giuste" finalità, ha certamente una portata positiva vuoi per le imprese, anche più piccole, di aggiudicarsi gare da cui altrimenti sarebbero escluse, vuoi per le stazioni appaltanti pubbliche che vedendo ampliato il novero dei concorrenti, possono effettivamente selezionare la miglior offerta che il mercato presenta.

Affidamento *in house* e partecipazione minoritaria

Le interessanti conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea Pedro Cruz Villalón, presentate il 19 luglio 2012 in relazione alle cause riunite C-182/11 e C-183/11, tra la società Econord S.p.A. e i comuni di Cagno, di Varese e di Solbiate, prospettano l'adozione di un nuovo criterio relativo all'affidamento diretto (***in house providing***) della **gestione di servizi pubblici ad una società** controllata congiuntamente da più enti pubblici. La questione era stata rimessa alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato italiano, il quale ha chiesto di chiarire se un comune che partecipa in misura assai ridotta, se non addirittura simbolica, al capitale di una società pubblica, possa nondimeno affidare un servizio pubblico a tale società **nell'ambito dell'istituto dell'*in house providing***.

Come noto, la Corte di giustizia ha stabilito, a partire dalla **sentenza *Teckal*** del 1999, le **condizioni** per le quali è concesso ad un ente pubblico di affidare la prestazione di un servizio pubblico senza l'esperimento di una gara. Per la precisione, (i) l'ente pubblico deve esercitare sull'affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; inoltre, (ii) l'affidatario deve svolgere la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico che lo controlla.

Nella successiva giurisprudenza (v. sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen* del 2005; sentenza *Carbotermo* del 2006) la Corte ha quindi approfondito il **concetto di controllo analogo**, chiarendo che sussiste tale condizione allorché l'ente pubblico abbia la possibilità di esercitare sulla società una "influenza determinante" sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti. Tale influenza determinante può essere desunta da vari indicatori, tra i quali vi è la misura della vocazione commerciale della società e il suo grado di autonomia: tanto più tali caratteri sono marcati, quanto minore è la possibilità per l'ente pubblico di esercitare una influenza determinante sulla società.

Per quanto concerne invece la **suddivisione delle quote sociali tra diversi soggetti**, la Corte di giustizia ha affermato chiaramente che la partecipazione anche minima di un'impresa privata al capitale sociale basta ad escludere il requisito del controllo analogo (sentenze *Stadt Halle* del 2005, *Carbotermo* del 2006 e *Coditel* del 2008). Non è quindi possibile ricorrere all'affidamento diretto in caso di società miste, salvo il caso in cui ricorrano alcune condizioni: (i) la società mista abbia quale oggetto sociale esclusivo la fornitura del servizio; (ii) il socio privato sia selezionato mediante procedura di evidenza pubblica; (iii) tale procedura di gara rispetti i principi della libertà di concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento (sentenza *Acoset* del 2009). È invece possibile che più enti pubblici detengano il capitale della società, esercitando congiuntamente su di essa un controllo analogo. L'evoluzione della giurisprudenza (sentenze *Asemfo* del 2007 e *Coditel* del 2008) ha portato a ritenere che la detenzione dell'intero capitale sociale da parte di un ente pubblico, anche insieme ad altri soggetti pubblici, permetta di presumere – in assenza di circostanze che inducano a ritenere l'opposto – che esso eserciti un controllo analogo sulla società.

Ciò chiarito, la Corte ha analizzato la **"misura" della partecipazione dell'ente pubblico affidante alla società affidataria**, al fine di valutare se la partecipazione minoritaria del primo al capitale sociale della seconda potesse valere ad escludere il requisito del controllo analogo. Essa si è chiesta, cioè, se l'esiguità della quota di partecipazione di un ente pubblico al capitale di un soggetto strumentale valga come circostanza che possa escludere l'esistenza del controllo analogo del primo sul secondo.

In materia, la giurisprudenza ha subito più di qualche oscillazione.

Nel caso *Teckal* in presenza di un affidamento diretto ad un consorzio comunale (italiano) in cui l'ente affidatario disponeva di una quota molto ridotta (lo 0,9%), la Corte ha lasciato al giudice nazionale la possibilità di valutare se la misura della partecipazione potesse determinare nel caso specifico l'esclusione del controllo analogo. Diversamente, nella sentenza *Coname* del 2005 il giudice europeo ha stabilito che una partecipazione dello 0,97% ad un consorzio comunale (anche in questo caso italiano) fosse troppo esigua per determinare un controllo analogo. Una diversa soluzione è stata adottata nel caso *Asemfo* del 2007, in presenza di una partecipazione di una comunità autonoma alla società aggiudicataria del 0,25%.

Infine, nella sentenza *Coditel* del 2008 la Corte è giunta alla conclusione che non è necessario che l'ente pubblico eserciti un controllo pieno ed individuale sull'affidatario; ciò che conta, infatti, **al fine di soddisfare la condizione del "controllo analogo" è che esso sia effettivo**. Si è successivamente precisato che **il controllo deve essere però esercitato congiuntamente** dai vari enti pubblici – ad esempio a maggioranza per mezzo degli organi sociali – così da rendere effettivo il controllo dell'amministrazione affidante che disponga di una partecipazione solamente di minoranza (sentenza *Sea* del 2009).

È alla luce di queste considerazioni che va letta la **questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato italiano nel caso *Econord***. Il supremo organo della giurisdizione

amministrativa ha domandato cioè alla Corte di giustizia se il principio di irrilevanza della posizione giuridica del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale, che come visto si basa sulla possibilità di esercitare congiuntamente il controllo analogo, possa essere applicato anche qualora l'ente (nel caso di specie un comune) possieda una quota assolutamente marginale del capitale e i patti parasociali non permettano allo stesso alcun controllo effettivo sulla società partecipata.

La soluzione prospettata dall'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón è di particolare interesse poiché, sulla base della lettura della precedente giurisprudenza in materia, prospetta un criterio di valutazione del controllo analogo, rappresentato dalla mancanza di autonomia della società strumentale rispetto all'amministrazione pubblica affidante.

L'Avvocato generale ha preliminarmente chiarito la **portata del c.d. principio di irrilevanza**, accogliendo la formulazione data dal Consiglio di Stato, ma delimitandone il contenuto. Secondo l'Avvocato generale, infatti, ciò che è irrilevante al fine della condizione del controllo analogo è la "posizione o la partecipazione" dell'ente nel capitale del soggetto affidatario e non, invece, la "posizione o la partecipazione" del primo nel controllo effettivo della società strumentale. Sebbene sia la partecipazione alla gestione che la partecipazione al capitale possono essere minoritarie – ma non inesistenti – , il principio di irrilevanza non è tale da escludere che l'ente pubblico affidatario debba essere in grado di influire, anche congiuntamente ad altri enti pubblici, sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società strumentale.

È opinione dell'Avvocato generale che **a fondamento dell'eccezione alla regola della gara pubblica, costituita dall'istituto dell'in house providing, vi sia l'assenza di una relazione contrattuale tra l'ente pubblico affidante e la società strumentale affidataria.** È quindi l'assenza di una posizione di volontà autonoma della società strumentale, e quindi di terzietà rispetto all'amministrazione pubblica, a giustificare il ricorso all'istituto dell'affidamento diretto.

In conclusione, l'Avvocato generale ha interpretato la precedente giurisprudenza nel senso che è la mancanza di autonomia a costituire il parametro di valutazione del controllo analogo. Indizi di tale mancanza di autonomia sono (i) la mancanza di vocazione commerciale della società strumentale e (ii) il potere fornito dallo statuto della società all'ente pubblico di influire sulle scelte dell'organo gestionale della stessa.

In particolare, sebbene l'influenza sulle scelte della società strumentale possa essere esercitata congiuntamente in caso di partecipazione di diverse amministrazioni, le facoltà di controllo di cui dispone l'ente pubblico a partecipazione minoritaria non possono essere così ridotte da rendere la loro influenza non determinante.

Tuttavia, non si deve dimenticare che le pubbliche amministrazioni che non esercitano alcun controllo che sia possibile qualificare come analogo su di una società pubblica sono legittimate a stipulare appositi **contratti di cooperazione tra enti locali, finalizzati a garantire l'adempimento di una comune funzione di servizio pubblico.** In base a tale contratto, un ente locale può infatti impegnarsi a mettere a disposizione di altre amministrazioni una società pubblica sulla quale solo il primo esercita il controllo analogo (sentenza *Commissione c. Germania* del 2009).

Enzo Cannizzaro
Of Counsel
enzo.cannizzaro@cms-aacs.com

Marco Iannacci
Senior Associate
marco.iannacci@cms-aacs.com

Luciana Caroli
Associate
luciana.caroli@cms-aacs.com

Simone Ventura
Associate
simone.ventura@cms-aacs.com

Le opinioni ed informazioni contenute nella presente Newsletter hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. La Newsletter è proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

Gli studi di CMS sono:

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia);
CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S. L. P. (Spagna);
CMS Bureau Francis Lefebvre S. E. L. A. F. A. (Francia);
CMS Cameron McKenna LLP (Regno Unito);

CMS DeBacker SCRL / CVBA (Belgio);

CMS Derks Star Busmann N. V. (Paesi Bassi);

CMS von Erlach Henrici Ltd (Svizzera);

CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern (Germania);

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) e

CMS Rui Pena, Arnaut & Associados RL (Portogallo).

Uffici di CMS ed associati CMS nel mondo: Amsterdam, Berlino, Bruxelles, Lisbona, Londra, Madrid, Parigi, Roma, Vienna, Zurigo, Aberdeen, Algeri, Amburgo, Anversa, Barcellona, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Casablanca, Colonia, Dresda, Duesseldorf, Edimburgo, Francoforte, Kiev, Lione, Lipsia, Lubiana, Lussemburgo, Milano, Monaco, Mosca, Pechino, Praga, Rio de Janeiro, Sarajevo, Siviglia, Shanghai, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Tirana, Utrecht, Varsavia e Zagabria.

www.cms-aacs.com

www.cmslegal.com

Questa comunicazione è stata inviata a marketing@cms-aacs.com da marketing@cms-aacs.com, per non riceverla più [clicca qui](#).

Per inviare questa email ad un amico [clicca qui](#).