Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, il progettista indicato ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo e, non rientrando nella figura del concorrente né in quella di operatore economico, non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici previgente ed oggi è vietato dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 9 luglio 2020, n. 13 – Pres. Patroni Griffi, Est. Cirillo

Contratti pubblici – Appalto integrato di lavori – Progettista indicato – Avvalimento – Esclusione

Il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta (1).

(1) I. – L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha formulato il principio di diritto per cui il progettista indicato ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto e non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Non può, pertanto, utilizzare l'istituto dell'avvalimento, sia perché tale istituto è riservato all'operatore economico in senso tecnico sia perché l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice previgente.

II. – La questione era stata rimessa all'attenzione dell'Adunanza plenaria da Cons. Stato, sezione V, ordinanza, 9 aprile 2020, n. 2331 (oggetto della News US, n. 49 del 22 aprile 2020, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimento, ma sulla quale si veda *amplius*, *infra*, § q), che aveva formulato il seguente quesito "*se, nell'ambito dell'appalto integrato come ammesso nel sistema normativo di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, il progettista eventualmente "indicato" dalla impresa concorrente, in caso di assenza in capo ad esso dei prescritti requisiti*

professionali ed organizzativi, possa a sua volta ricorrere all'istituto dell'avvalimento". La controversia muove da una procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto di progettazione e realizzazione di una centrale di teleriscaldamento, alimentata a biomasse, per gli abitanti della città di Tarvisio; in particolare:

a) il progettista "indicato" dalla impresa che avrebbe poi provveduto alla costruzione della centrale non era in possesso dei requisiti tecnico-professionali (appalti per un certo importo nell'ultimo decennio di attività) ed organizzativi (numero minimo di dipendenti) prescritti dal bando di gara. Di qui il ricorso all'avvalimento di altri soggetti professionali (c.d. avvalimento "a cascata"). La successiva aggiudicazione in favore di tale impresa provocava il ricorso, proprio su tale punto specifico, ad opera della seconda classificata;
b) in primo grado il T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18, respingeva il ricorso sostenendo che, in applicazione dei "*principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE*", "*l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori*";
c) la sentenza veniva appellata dinanzi al Consiglio di Stato il quale, con sentenza non definitiva n. 4849 del 22 ottobre 2015 della quinta sezione, disponeva in un primo momento la sospensione (impropria) del giudizio in quanto nell'ambito di un diverso e parallelo processo era stato sottoposto, dinanzi alla Corte di giustizia UE, un quesito circa la compatibilità comunitaria della normativa interna nella parte in cui quest'ultima non sembra consentire un simile avvalimento di secondo grado;
d) poiché quel procedimento veniva dichiarato estinto (per rinunzia della parte appellante), la causa di sospensione veniva meno. A questo punto lo stesso Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4982 del 30 ottobre 2017 della quinta sezione, sottoponeva alla stessa Corte di giustizia analogo quesito circa la compatibilità "*con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18 di una norma, come quella di cui all'art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista indicato' il quale ultimo, a sua volta, non essendo concorrente, non può ricorrere all'istituto dell'avvalimento*". Veniva dunque reiterata l'interinale sospensione del giudizio. Tale quesito era tuttavia dichiarato irricevibile, con sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 14 febbraio 2019, C-710/17 (oggetto della News US, n. 25 del 22 febbraio 2019 cui si rinvia per ogni approfondimento), dal momento che si trattava di un appalto c.d. sotto soglia peraltro privo di un "interesse transfrontaliero certo" (nel caso di specie – precisava la Corte – "*la*

domanda di pronuncia pregiudiziale è diretta unicamente all'interpretazione della direttiva 2004/18 e non delle disposizioni e dei principi fondamentali del Trattato FUE");

e) con la citata ordinanza della sezione V, 9 aprile 2020, n. 2331, la questione era quindi rimessa al vaglio dell'Adunanza plenaria.

III. – Con la sentenza in rassegna il collegio, dopo aver ricostruito la vicenda processuale, ha osservato quanto segue:

f) la questione sostanziale, sulla quale il collegio è chiamato a pronunciarsi, consiste nello stabilire quale sia la qualificazione giuridica del progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 e se questi possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua volta la qualifica di altro professionista, singolo o associato. Solo nell'ipotesi in cui il progettista originariamente indicato dal costituendo raggruppamento sia da qualificare come ausiliario in senso tecnico, ossia come l'effetto del meccanismo proprio dell'avvalimento, si pone l'ulteriore questione se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti;

g) in punto di fatto:

   g1) il costituendo raggruppamento temporaneo che ha partecipato alla gara era costituito da due soggetti, privi, nelle loro attestazioni SOA, della qualificazione per le prestazioni di progettazioni;

   g2) gli operatori hanno pertanto indicato congiuntamente un progettista esterno, non facente parte del R.T.I.;

   g3) il progettista indicato ha, a sua volta, presentato un contratto di avvalimento stipulato con altra società, allo scopo di utilizzarne i requisiti, avendo dichiarato espressamente di essere privo di taluni dei requisiti previsti dal bando, analiticamente indicati;

h) l'istituto dell'avvalimento, di origine comunitaria è stato disciplinato per la prima volta dall'abrogato codice dei contratti pubblici, il quale prevedeva che:

   h1) all'art. 49, "*Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può 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 altro soggetto*";

   h2) all'art. 53, comma 3, "*Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal Capo*

IV del presente Titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto";

i) dal confronto tra le due norme risulta come, mentre quella generale ha individuato nel concorrente il soggetto legittimato ad avvalersi dell'istituto, quella speciale ha adoperato l'espressione "operatori economici", che può essere considerata come la sintesi dei soggetti così come intesi dalla prima norma riportata oppure come una disposizione polisemica, capace di allargare la legittimazione fino a ricomprendervi anche il progettista esterno alla compagine che ha formulato l'offerta;

   i1) l'espressione "concorrente" non può che avere il significato proprio di chi effettua l'offerta;

   i2) quindi, ai sensi dell'art. 3, commi 19 e 22, d.lgs. n. 163 del 2006, è tale "*colui che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi*", ossia l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi;

   i3) pur optando per una lettura ampia delle parole adoperate dal legislatore, essa non porta necessariamente ad includere tra i concorrenti il professionista indicato per la progettazione, data la sua particolare posizione nel meccanismo dell'offerta dell'evidenza pubblica e nell'economia generale della specifica vicenda;

j) come si ricava dalla scienza economica e dal diritto commerciale, l'operatore economico:

   j1) è l'imprenditore, singolo (art. 2082 c.c.) o collettivo (art. 2247 c.c.), che, operando professionalmente nel mercato, offre o acquista beni o servizi al fine di conseguire utili;

   j2) ad esso si contrappone il consumatore, cui manca la finalità indicata e l'organizzazione d'impresa;

   j3) il prestatore d'opera professionale, di cui all'art. 2229 c.c., il cui contratto può essere concluso anche da una società di capitali, i cui soci esercitino professioni c.d. protette, che prevedono l'iscrizione ad un albo, è caratterizzato dalla autonomia rispetto al committente, dalla retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, che è di mezzi e non di risultato. Il professionista non partecipa agli utili del committente quando questi rivesta la qualità di imprenditore, che è tenuto comunque alla corresponsione della retribuzione, essendo il rischio del lavoro del professionista a carico del committente. Infatti, all'art. 53 del codice è stato aggiunto il comma 3 *bis*, che prevede per la stazione appaltante la

corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione;

k) il significato da attribuire all'espressione "operatore economico" nel caso di specie viene fornita dallo stesso legislatore, all'art. 3, comma 22, d.lgs. n. 163 del 2006, dove si prevede che "*Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi*";

l) è naturale pertanto concludere nel senso che il professionista indicato non rientri tra i soggetti legittimati ad utilizzare l'istituto dell'avvalimento, non essendo un operatore economico nel senso previsto dalla disciplina dei contratti pubblici:

   l1) la posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa, che ha formulato l'offerta con la conseguente aggiudicazione e che si ricava dalla legge di gara, è quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera e non rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta;

   l2) si tratta di due soggetti separati e distinti che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità;

   l3) tale situazione non muta neanche in caso di appalto c.d. integrato, caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è doppia gara, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara; in ogni caso, per l'appalto integrato la legge non configura un meccanismo diverso da quello previsto in generale. Anche l'impresa ausiliaria, in caso di avvalimento, rimane sempre estranea alla vicenda dell'aggiudicazione e del conseguente contratto di appalto o di servizi, nonostante la legge fissi una forma di responsabilità solidale che viene assunta in adempimento del contratto di avvalimento e, al tempo stesso, è la riprova di una soggettività separata e distinta. "*Il contratto ha come contenuto la promessa dell'obbligazione (o fatto) del terzo (art. 1381 c. c.) e la dichiarazione dell'ausiliario di impegno verso la stazione appaltante ne costituisce l'esecuzione; senza tale dichiarazione non vi sarebbe nessuna possibilità per la stazione appaltante di pretendere il coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione del contratto attraverso la messa a disposizione dei mezzi e delle qualifiche e men che meno vi sarebbe la responsabilità solidale. La dichiarazione dell'ausiliaria costituisce il punto di contatto giuridico tra la fase negoziale e il subprocedimento dell'avvalimento che si apre nella fase dell'offerta di gara*";

   l4) inoltre, secondo la giurisprudenza dell'Unione europea, l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara;

m) pertanto, il professionista esterno indicato dal raggruppamento che ha formulato l'offerta assume un rilievo tale per cui deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato. Nel caso di specie:
   m1) il raggruppamento risultato aggiudicatario ha indicato solamente un ingegnere e non anche la società di cui quest'ultimo si è avvalsa;
   m2) ne discende che il collegio non può riqualificare il contratto di avvalimento intervenuto tra i due soggetti come l'espressione, sia pure anomala, di una forma di associazione temporanea tra professionisti, che complessivamente avrebbero posseduto i requisiti richiesti dal bando;
   m3) pertanto, stante il meccanismo utilizzato, l'ingegnere indicato avrebbe dovuto possedere in proprio detti requisiti. Questa è la regola d'altro canto nel caso di incarico professionale, non avendo molto senso indicare un professionista sprovvisto dei requisiti, dato il carattere normalmente fiduciario del rapporto tra il committente e il professionista stesso, specie nel procedimento dell'evidenza pubblica, nel quale occorre garantire l'amministrazione circa l'affidabilità dell'appaltatore nella sua struttura complessiva anche in vista dell'esecuzione dell'opera progettata;
n) la soluzione indicata dal collegio consentirebbe di non affrontare il tema dell'avvalimento c.d. "a cascata". Infatti, se il rapporto tra il professionista indicato e il raggruppamento partecipante alla gara attraverso l'offerta non integra l'ipotesi dell'avvalimento, il contratto di avvalimento presentato dal professionista rimane privo di effetti, non essendoci rapporto, nemmeno indiretto, tra la società ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, si tratta di un punto di diritto sul quale il collegio è stato chiamato a pronunciarsi;
o) sull'ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento:
   o1) va registrato un primo contrasto tra la giurisprudenza interna e quella comunitaria addensatosi intorno al significato da attribuire all'art. 49, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, in base al quale solo in ipotesi eccezionali e solo qualora il bando di gara lo prevedesse, era possibile l'avvalimento multiplo o plurimo, ossia da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione;
   o2) era invece vietato l'avvalimento frazionato, ossia la possibilità di cumulare tra concorrente e impresa ausiliaria i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi;
   o3) in questo contesto si è affermata la differenza tra avvalimento: plurimo, in cui ci sia avvale di più di un soggetto; frazionato, in cui il concorrente si

avvale di un solo soggetto, con la particolarità che ognuno di essi da solo non possiede il requisito o i requisiti di partecipazione ed è solo cumulando i propri con quelli dell'altro che viene raggiunta la soglia richiesta;

o4) si sono poi aggiunte ulteriori classificazioni come gli avvalimenti interni plurimi e incrociati e l'avvalimento *ad abundantiam*, oltre alle distinzioni fondate sul contenuto del contratto, ossia l'avvalimento operativo e quello di garanzia;

o5) in questo contesto, la giurisprudenza interna: diffidando del nuovo istituto, aveva dato piena applicazione alle limitazioni e ai divieti ricavabili dal citato art. 49; però, già nel vigore della citata disposizione, aveva ritenuto che tale norma non poneva alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, estendendolo anche per la certificazione di qualità;

o6) la giurisprudenza europea (in particolare, sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12, in *Guida al dir*., 2013, fasc. 43, 94, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2630; *Appalti & Contratti*, 2013, fasc. 11, 84, con nota di TRAMONTANA; *Nuovo notiziario giur*., 2014, 275; *Urbanistica e appalti*, 2014, 147, con nota di CARANTA; *Giurisdiz. amm*., 2013, III, 746), tuttavia, ha affermato che gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2014/18/CE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione nazionale che vieti, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, della capacità di più imprese. In tale sentenza era stato in particolare evocato il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti necessari, richiamando il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella considerazione che l'ampio ricorso all'istituto dell'avvalimento è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole medie imprese agli appalti pubblici. Con ulteriori interventi, la giurisprudenza europea ha ancora confermato la valenza generale dell'istituto dell'avvalimento e i limitati margini riconosciuti ai legislatori nazionali nel limitarne il campo di estensione;

o7) la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento, all'art. 1, comma 1, lett. zz), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al c.d. avvalimento a cascata, sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare;

o8) l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, quindi, vieta al comma 6 espressamente il cosiddetto avvalimento a cascata, consentendo quello plurimo o frazionato, con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità;

o9) tale evoluzione normativa rende nuovamente di attualità la giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente codice, secondo cui nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di altro soggetto, sia pure ad esso collegato; "*una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione è collegata alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, che non viene assicurato dalla semplice dichiarazione dell'ausiliaria in esecuzione del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliata, anche se dal meccanismo ne consegue la responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare*";

o10) il divieto contenuto nel codice dei contratti pubblici del 2016, pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame, ha comunque un ruolo di orientamento per l'interprete, che deve tenere in debito conto le tendenze evolutive dell'ordinamento;

p) pertanto, con riferimento all'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, nonostante non esistesse nel precedente codice un divieto espresso di avvalimento a cascata, la giurisprudenza maggioritaria già propendeva per la sua non ammissibilità, sulla base della decisiva considerazione per cui, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento, strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività di concorrenza, l'applicazione dell'istituto deve essere comunque contemperata con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.

IV. – Per completezza si osserva quanto segue:

q) come anticipato, la questione è stata rimessa all'attenzione dell'Adunanza plenaria dalla citata Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 9 aprile 2020, n. 2331, oggetto della News US, n. 49 del 22 aprile 2020, cit., alla quale si rinvia, in particolare: §§ g) e h), sulla giurisprudenza e dottrina in tema di avvalimenti "a cascata"; § i), in generale, sul *favor* espresso dalla giurisprudenza europea sull'istituto dell'avvalimento;

r) sulla nozione di operatore economico ai fini degli appalti pubblici e dei servizi di progettazione, si veda Corte di giustizia UE, sez. IX, 30 giugno 2020, C-618/19, *Ge.Fi.L.*; Corte di giustizia UE, sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19, *Parsec* (oggetto

della News US, n. 70 del 1° luglio 2020) secondo cui "*L'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi*". In linea con la precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia UE ha affermato che, qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura nello Stato membro interessato, esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione degli stessi servizi, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro. La Corte ha, altresì, evidenziato che lo svolgimento a titolo professionale delle prestazioni di architettura e ingegneria in via continuativa e remunerata non veicola, *ex se*, una presunzione di maggiore affidabilità del soggetto e non potrebbe giustificare, dunque, le correlate limitazioni soggettive poste dalla legislazione nazionale che disciplina le procedura di affidamento: se un soggetto è abilitato a svolgere determinate prestazioni deve, in sintesi, poter rendere le stesse anche nei confronti di committenti pubblici. Alla citata News US, n. 70 del 1° luglio 2020, si rinvia, oltre che per una ricostruzione della vicenda processuale sottesa: §§ a), b), c), d) ed e), per l'analisi delle argomentazioni della Corte sulla nozione di operatore economico; § f), sul rapporto tra enti che non perseguono scopo di lucro e la nozione di operatore economico per il diritto europeo; § g), sulla nozione di operatore economico nel particolare ambito dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza; §§ h) e i), sulla nozione di operatore economico nella giurisprudenza nazionale e sul principio di "*neutralità della forma*"; §§ k) e l), per le interpretazioni dottrinali sulle singole categorie di operatori economici; § m), sulla genesi e l'evoluzione dell'art. 46 d.lgs. n. 50 del 2016, anche alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019).