

La sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana rimette alla Corte di giustizia la questione circa la compatibilità tra la disciplina nazionale in tema di r.t.i. contenuta nell'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 e quella eurounitaria sull'avvalimento, recepita con l'art. 89, comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016. Ha evidenziato l'ordinanza in rassegna che se è vero, per un verso, che l'art. 83, comma 8 e l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 si prestino in qualche misura a una lettura e interpretazione tali da rendere le due per altro verso è altrettanto vero che quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 (secondo cui *"La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*) finirebbe per determinare, pur senza violare direttamente la direttiva n. 2014/24/UE, un'interpretazione della disposizione comunitaria limitativa delle scelte effettuate dall'operatore economico con chiari effetti anti concorrenziali.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 24 novembre 2020, n. 1106 – Pres. Taormina, Est. Verde

Contratti pubblici – Raggruppamenti temporanei di imprese – Requisiti dell'impresa mandataria e disciplina dell'avvalimento – Compatibilità – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo 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 (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha sottoposto, con richiesta di procedimento accelerato, alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale circa la conformità all'ordinamento UE – con riferimento alle singole direttive di settore e ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi – della disciplina interna sulle forme di cooperazione tra le imprese contenuta nell'art. 83, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici).

Più precisamente, il giudice d'appello siciliano ha dubitato della conformità ai parametri euro unitari della su richiamata previsione nazionale (secondo cui, in presenza di un raggruppamento temporaneo di imprese, *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*), per l'ipotesi di avvalimento siccome disciplinato dall'art. 89, comma 1, del codice.

Il giudice del rinvio ha ritenuto che le due disposizioni (art. 83, comma 8 e art. 89, comma 1, cit.) siano suscettibili di una interpretazione idonea a comporre ipotetiche antinomie, nel senso che:

- a) l'operatore economico non incontra alcun limite nel ricorrere all'istituto dall'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute;
- b) il ricorso all'avvalimento non può spingersi – in tesi – fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve *“in ogni caso”* possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Ciò in considerazione che la previsione di cui all'art. 83, comma 8, citato ha lo scopo *“di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, 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. Stato, sez. III, 1° luglio 2020, n. 4206).

II. – L'iter che ha condotto alla controversia dinanzi al giudice d'appello ha avuto una complessa evoluzione e, per quanto qui di interesse, si è così articolato:

- c) la stazione appaltante (una *“S.R.R.”*, ossia una società di regolamentazione del servizio di gestione dei rifiuti disciplinata dalla legge regionale siciliana) indiceva una procedura aperta per l'affidamento, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del ciclo dei rifiuti di 33 comuni, con valore di importo superiore alla soglia europea;
- d) l'appalto, della durata di 7 anni, veniva suddiviso in tre lotti e in relazione ad ogni singolo lotto venivano specificati i richiesti requisiti di capacità economica/finanziaria e di capacità tecnica;
- e) il lotto n. 2 veniva aggiudicato ad un raggruppamento temporaneo di imprese: il raggruppamento secondo classificato impugnava il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore del r.t.i. primo graduato il quale, a sua volta, proponeva ricorso incidentale;
- f) con la sentenza di primo grado (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. IV, 31 dicembre 2019, n. 3150), il Tribunale ha:
 - f1) accolto il ricorso principale e annullato sia l'aggiudicazione, sia l'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria (sul rilievo che

“secondo quanto previsto dall’art.83 co.8 terzo periodo del d.lgs. 50/2016, «la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria». Pertanto, sebbene, sia certamente ammesso l’avvalimento, la mandataria del r.t.i. deve, comunque, soddisfare la predetta condizione, tanto più considerato che la richiamata norma pretende l’osservanza della regola ivi sancita «in ogni caso»);

- f2) accolto il ricorso incidentale e annullato il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale e seconda classificata;
- g) la contro interessata e ricorrente incidentale in primo grado ha interposto appello avverso la predetta sentenza e nell’ambito del predetto giudizio si è innestato il rinvio pregiudiziale di cui trattasi.

III. – Il sintetico ragionamento seguito dal C.g.a. – che ha preso le mosse dalla ricostruzione del quadro normativo nazionale ed europeo di riferimento (quest’ultimo anche in relazione ai presupposti per il rinvio pregiudiziale) - si sostanzia nell’affermazione secondo cui:

- h) se è vero, per un verso, che le due citate disposizioni del Codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 8 e art. 89, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016) possano essere lette in modo da superare eventuali antinomie delle stesse e ciò in considerazione anche del ruolo (all’interno del raggruppamento e nei confronti della stazione appaltante) che l’ordinamento interno e la giurisprudenza attribuiscono all’impresa mandataria (con una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell’appalto che riposa sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante);
- i) è altrettanto vero, sotto altro aspetto, che quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell’art. 83 cit. (*“La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*) finirebbe per determinare in via interpretativa, pur senza violare direttamente l’art. 63 par. 1 della direttiva n. 2014/24/UE, una applicazione della disciplina UE limitativa delle scelte effettuate dall’operatore economico di cui finirebbe per condizionare le libere determinazioni imprenditoriali, con chiari effetti anti concorrenziali.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- j) sull’avvalimento si vedano:
 - j1) Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22 (oggetto della News US in data 4 novembre 2020, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento) sui confini applicativi dell’istituto dell’avvalimento, sulla portata della regola della tassatività delle cause di esclusione (oggi fissata dall’art. 83,

comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016), oltre che del regime dell'invalidità della clausola del bando conseguente alla sua violazione, secondo cui, tra l'altro, *“La clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo;*

- j2) Consiglio di Stato, Ad. pl., 9 luglio 2020, n. 13 (oggetto della News US in data 24 luglio 2020 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- j3) Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-710/17, Soc. coop. animazione Valdocco (in *Foro amm.*, 2019, 187; oggetto della News US, n. 25 del 22 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti)
- j4) Corte di giustizia UE, sez. I, del 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni s.r.l. (in *Giur. it.*, 2017, 2458, con nota di GIUSTI; *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI; *Foro amm.*, 2017, 1780; *Riv. trim. appalti*, 2017, 1069; oggetto della News US in data 5 dicembre 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami sull'istituto dell'avvalimento e, in particolare, §§ da d) a j) per precedenti giurisprudenziali sul tema;
- j5) Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *Guida al dir.*, 2017, 2, 50, con nota di PONTE; *Foro amm.*, 2016, 2628; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA; *Appalti & Contratti*, 2017, 4, 100; *Riv. amm.*, 2017, 261; oggetto della News US, in data 10 novembre 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, specie §§ da r) a v), con riferimento alla giurisprudenza in tema di avvalimento;
- j6) sull'avvalimento in genere, sui requisiti suscettibili di avvalimento, sui divieti di avvalimento e sui rapporti tra avvalimento e SOA: R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2020, 880 ss., 901 ss., in particolare l'A. rammenta che in base all'art. 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in attesa del regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, ivi previsto per disciplinare i rapporti fra avvalimento e SOA, in virtù della disciplina transitoria sancita dagli artt. 216, comma 14, e 217, lett. u), del codice, continua ad applicarsi l'art. 88 del vecchio regolamento n. 207 del 2010 che consentiva l'avvalimento al fine della qualificazione SOA solo ai rapporti infra gruppo; C. ZUCHELLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 2019, 1103 ss., 1162 ss., specie 1367 ss., dove l'A. conclude nel senso

della permanente vigenza, nella fase transitoria, dell'art. 88 del vecchio regolamento del 2010;

- k) sui presupposti e limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale: si veda l'approfondita ricostruzione con richiami giurisprudenziali e di dottrina contenuta nella News US in data 8 ottobre 2020 avente ad oggetto Cons. Stato, sez. VI, ord. 24 settembre 2020, n. 5588;
- l) sulle ragioni che giustificano l'applicazione del procedimento accelerato nel rinvio pregiudiziale:
 - 11) quanto alla rilevanza della natura e sensibilità del settore di interpretazione oggetto di rinvio: Corte di giustizia UE, ordinanza del Presidente della Corte, 22 febbraio 2008, C-66/08, *Szymon Kozłowski*;
 - 12) sulla particolare gravità dell'incertezza giuridica oggetto di rinvio: Corte di giustizia UE, ordinanza del Presidente della Corte, 15 novembre 2018, C-619/18; 19 ottobre 2018, C-621/18, *Wightman e a.*; 26 settembre 2018, C-522/18, *D.Ś.*; 28 febbraio 2017, C-42/17 *M.A.S. e M.B.*; 15 febbraio 2017, C-646/16, *Khadija Jafari*; 15 febbraio 2017, C-670/16, *Mengesteab*; 4 ottobre 2012, C-370/12, *Thomas Pringle*;
 - 13) sul rischio di violazione dei diritti fondamentali: Corte di giustizia UE, ordinanza del Presidente della Corte, 1° febbraio 2016, C-698/15, *Davis e a.*; 5 giugno 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo*; 6 maggio 2014, C-181/14; 9 settembre 2011, C-256/11, *Dereci e a.*; 15 luglio 2010, C-296/10, *Purruker*;
 - 14) sul rischio di danni ambientali gravi: Corte di giustizia UE, ordinanza del Presidente della Corte, 11 ottobre 2017, *Commissione/Polonia*, C-441/17; 13 aprile 2016, C-78/16 e C-79/16, *Pesce e a.*