

La quinta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria uno specifico quesito interpretativo diretto a chiarire la disciplina dell'avvalimento nell'ipotesi di appalto integrato (*id est*: progettazione e realizzazione di opere), meccanismo questo consentito nel sistema normativo di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006. Si chiede in particolare se sia ammessa la possibilità, per il progettista "indicato" dalla impresa concorrente (dunque ad essa "esterno"), di potersi a sua volta avvalere di altri soggetti in possesso dei requisiti tecnico-professionali in capo al medesimo assenti.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza, 9 aprile 2020, n. 2331 – Pres. Caringella, Est. Grasso

Appalti – Appalto integrato – Progettista indicato – Avvalimento – Deferimento all'Adunanza plenaria

Deve essere rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la seguente questione: 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 (1).

(1) I. – La quinta sezione del Consiglio di Stato, in relazione alla disciplina giuridica di cui al vecchio codice dei contratti pubblici, rimette all'Adunanza plenaria la questione, in ipotesi di appalto integrato di progettazione e realizzazione di opere, concernente la possibilità che il progettista "indicato" dalla impresa concorrente, qualora in difetto dei requisiti tecnico-professionali imposti dal bando di gara, possa a sua volta "avvalersi" dei requisiti di altri soggetti.

II. – 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. Più 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’avalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori”;*
- c) la suddetta 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 avalimento di secondo grado;
- d) poiché quel procedimento veniva dichiarato estinto (per rinuncia 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’avalimento”*. 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) all’indomani della richiamata pronuncia della Corte di giustizia UE riprendeva il giudizio di appello dinanzi alla stessa quinta sezione del Consiglio di Stato la quale, dopo aver puntualmente descritto la vicenda processuale, ha così adottato l’ordinanza in rassegna in cui si osserva quanto segue:
- e1) la disposizione di cui all’art. 53, comma 3, del decreto legislativo n. 163 del 2006, *ratione temporis* vigente, così disponeva: *“Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione ... gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell’offerta ... Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo*

quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione) ...”;

- e2) in siffatte ipotesi occorre coniugare l’istituto dell’avvalimento, il quale è *“strumentale alla massima partecipazione nelle gare di appalto”, con “l’esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto”;*
- e3) in questo quadro due sono i contrapposti orientamenti giurisprudenziali che si registrano sul punto specifico:
- un primo orientamento secondo il quale gli avvalimenti *“a cascata”* non sarebbero ammissibili vuoi per ragioni letterali (l’art. 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006 fa unicamente riferimento ai *“concorrenti”*, laddove i progettisti *“indicati”* ai sensi del citato art. 53 non rivestono una simile qualifica), vuoi per ragioni logico-sistematiche (la catena di avvalimenti, consistente nella possibilità di ammettere la presenza di *“ausiliari dell’ausiliario”*, indebolirebbe ulteriormente il vincolo tra stazione appaltante ed impresa concorrente, con evidenti effetti sulla responsabilità solidale che lega impresa ausiliata e soggetto ausiliario nonché sulla sfera di controllo che la stazione appaltante deve comunque essere in grado di esercitare – giova ripetere – in merito alla buona e corretta esecuzione dell’appalto);
 - un secondo orientamento, di segno sicuramente più permissivo, in base al quale *“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”;*
- e4) dalle considerazioni suesposte la decisione, dunque, di rimettere alla Adunanza plenaria la soluzione della relativa questione di diritto.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- f) come già anticipato alle lettere c) e d), diverse sono state le questioni sollevate davanti al giudice comunitario circa la compatibilità di una simile normativa interna (la quale sembra escludere, almeno per la prevalente giurisprudenza, la possibilità di ricorrere a simili avvalimenti di secondo grado). Si veda, a tale specifico riguardo:

- f1) innanzitutto Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2015, n. 2737 (in *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 544, con nota di BARBIERI). La relativa causa (n. C-287/15) venne tuttavia cancellata dal ruolo, per intervenuta rinuncia dell’appellante nella causa principale, con ordinanza Corte di giustizia UE, sez. V, 16 luglio 2016;

- f2) successivamente lo stesso Cons. Stato, sez. V, ordinanza 17 febbraio 2016, n. 636 (oggetto della News US in data 18 febbraio 2016 nonché in *Foro amm.*, 2016, 332; *L'amministravista*, 7 marzo 2016, con nota di PIETROSANTI), ha ulteriormente rimesso alla Corte di giustizia UE, in sede di rinvio pregiudiziale, la questione relativa al dubbio se sia compatibile con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18, una norma come quella sancita dall'art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione alla gara un'impresa con un progettista "indicato", il quale, secondo la giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Questo il quesito: *"se sia compatibile con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18 una norma come quella di cui al già analizzato art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista "indicato", il quale, secondo la giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all'istituto dell'avvalimento"*. Tale domanda è stata dichiarata manifestamente irricevibile da Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 8 giugno 2017, C-110/2016 (in *Foro amm.*, 2017, 1211), secondo cui: *"La domanda di pronuncia pregiudiziale alla corte di giustizia deve contenere un'illustrazione degli elementi di fatto su cui sono basate le questioni nonché del legame esistente segnatamente fra tali elementi e dette questioni; fra tali elementi rientrano quelli la cui constatazione è necessaria per valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo nel procedimento principale, tale da terminare la soggezione della procedura di gara in questione alle norme fondamentali e ai principi generali del Tfue"*;
- f3) infine, analoga domanda era contenuta in Cons. Stato, sez. V, ord. 30 ottobre 2017, n. 4982 (in *Foro amm.*, 2017, 2023), avente ad oggetto proprio la medesima controversia della decisione qui in rassegna (cfr. lett. d), in merito alla quale si veda la citata Corte di giustizia UE, sez. IX, 14 febbraio 2019, C-710/17, secondo cui: *"Nell'ipotesi di contratti pubblici il cui importo è inferiore alla soglia di EUR 5 000 000 di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18/CE, deve essere dichiarata irricevibile la questione pregiudiziale concernente norme euro-unitarie che non risultano applicabili al procedimento principale, salva tuttavia la disamina, da parte della Corte, delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE e, in particolare, degli articoli 49 e 56 di tale Trattato, ossia dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo"*. Ebbene nel caso di specie la Corte di giustizia ha ritenuto che *"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, di conseguenza, essa “non menziona e non giustifica, neppure in via subordinata, l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo”;

g) sugli avvalimenti “a cascata”:

g1) quanto all’orientamento più restrittivo si veda:

- Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251 (in *Foro amm.*, 2014, 819), secondo cui: *“L’istituto dell’avvalimento è uno strumento di derivazione comunitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, in guisa da consentire alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese; il principio generale che permea l’istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all’esecuzione dell’appalto e richiesti dal relativo bando, è abilitato a fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento”. Ed ancora che: “Nelle gare pubbliche il collegamento societario rappresenta un possibile fattore, genetico e giustificativo, dell’avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto, atteso che in tal caso l’art. 49 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 consente di provare il vincolo giuridico fra i due soggetti mediante una dichiarazione di appartenenza al gruppo societario, dispensando l’ausiliata dalla produzione di un apposito contratto di avvalimento”;*
- Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 668; *Urbanistica e appalti*, 2014, 819, con nota di MANZI), secondo cui: *“In tema di affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori pubblici, il raggruppamento di professionisti non può ricorrere all’istituto dell’avvalimento; ciò poichè tale possibilità è riservata dall’art. 49 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara che, nel caso in cui intenda far ricorso a tale istituto è tenuto a dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario”;*
- Cons. Stato, sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161 (in *Giurisdiz. amm.*, 2012, a. 420; *Arch. giur. oo. pp.*, 2012, 1232), secondo cui: *“In tema di gara pubblica e di limiti alla possibilità di ricorrere all’istituto dell’avvalimento, l’art. 49, 2° comma, d.leg. 163/06 utilizzando il termine «concorrente» si riferisce inequivocamente al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara, che è tenuto a dichiarare ed allegare, unitamente alla domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti*

che, sommati ai propri, integrano la prescrizione del bando; trattandosi di istituto di soccorso al concorrente in sede di gara ne va esclusa l'applicabilità all'impresa ausiliaria (nella fattispecie raggruppamento di progettazione, collaboratore esterno del concorrente) a sua volta priva dei requisiti, comportando una diversa interpretazione una potenziale catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria che non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti”;

- g2) quanto all'orientamento più permissivo si veda: Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929 (in *Foro amm.*, 2014, 2540), secondo cui: “Nelle gare pubbliche 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 sede di gara”;
- h) in dottrina sulla medesima questione, esaminata avuto riguardo alla vecchia e nuova disciplina, si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 879 ss. In questa peculiare sede ci si limita peraltro a rilevare: da un lato che l'attuale codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016, che ha abrogato il decreto legislativo n. 163 del 2006) ha posto il generale divieto, salvo alcune eccezioni, di ricorrere alla tipologia dell'appalto integrato (art. 59, comma 1); dall'altro lato che lo stesso codice dei contratti ha ora apertamente previsto il divieto per il soggetto ausiliario – prima non espressamente contemplato – di “avvalersi” a sua volta di altri soggetti (art. 89, comma 6);
- i) sull'istituto dell'avvalimento e, in particolare, sul *favor* al riguardo espresso dalla giurisprudenza si veda, poi:
- i1) Cons. Stato, sez. III, ord. 20 marzo 2020, n. 2005 (oggetto della News US n. 39 del 31 marzo 2020 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), il quale ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità con il diritto europeo della normativa interna, in materia di avvalimento e cause di esclusione, nella parte in cui prevede che, in caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito processionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima. Ha in particolare rilevato, il Consiglio di Stato, che secondo la giurisprudenza nazionale, in applicazione delle citate disposizioni in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è

avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione. Nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria. L'art. 89 prevede, infatti, espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale; la sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione. Tuttavia, l'art. 63 della direttiva non contiene alcuna distinzione di disciplina e, al contrario, impone la sostituzione dell'impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano in capo alla stessa motivi obbligatori di esclusione. In questa direzione, la normativa nazionale si potrebbe porre in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e potrebbe dunque confliggere con il disposto della direttiva, che non contempla eccezioni al meccanismo generalizzato della sostituzione, neppure nei casi in cui esse potrebbero astrattamente giustificarsi con la finalità di responsabilizzare gli operatori economici sulla genuinità e correttezza delle dichiarazioni svolte dalle imprese di cui si avvalgono. Ne deriva che non potrebbe ragionevolmente *“sostenersi che solo nella fattispecie della dichiarazione mendace l'operatore economico disponga di una capacità di prevenzione e di controllo dei requisiti dichiarati dall'impresa ausiliaria, tale da renderlo motivatamente corresponsabile dell'attestazione inveritiera resa da quest'ultima. ... In definitiva, all'operatore concorrente non può richiedersi una diligenza maggiore di quella richiesta ad un comune operatore negoziale, poiché nulla autorizza a ritenere il contrario”*;

- i2) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14 (in *Riv. neldiritto*, 2016, 916; *Riv. trim. appalti*, 2016, 652), secondo cui *“Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che: riconoscono il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto, e non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso; è quanto avviene, in particolare, quando le*

capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto";

- i3) Corte di giustizia UE, 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), secondo cui "Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese".