

Pubblicato il 09/04/2020

**N. 02331/2020 REG.PROV.COLL.**

**N. 00621/2013 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA DI RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA**

sul ricorso numero di registro generale 621 del 2013, proposto da

CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni soc. Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Fera, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, al Lungotevere Marzio, n. 3;

***contro***

Comune di Tarvisio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Angelini e Teresa Billiani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Isabella Angelini in Roma, al Viale di Villa Grazioli, n. 20;

***nei confronti***

Incos S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, alla via Federico Confalonieri, n. 5;  
Rti - Idrotermica F.lli Soldera, Gabriele Indovina, non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, n. 18/2013, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tarvisio e di Incos S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Aldo Fera, Teresa Billiana e Andrea Manzi;

1.- Con rituale ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Friul – Venezia Giulia, il Consorzio cooperative costruzioni impugnava la determinazione n. 538 del 12 ottobre 2012, con la quale il Dirigente dell'area tecnica del Comune di Tarvisio aveva approvato i verbali della gara indetta per l'affidamento della realizzazione di centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predil, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'importo complessivo di € 3.060.200,85.

2.- A sostegno del gravame, successivamente integrato da motivi aggiunti, lamentava:

a) che – in asserita violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006, degli artt. 12, 14 e 15 della *lex specialis* della procedura e dei principi generali sulla partecipazione alle gare – il raggruppamento temporaneo aggiudicatario capeggiato da Incos S.r.l. si fosse avvalso di progettista e di impresa ausiliaria privi dei requisiti richiesti, a pena di esclusione, per l'accesso alla competizione;

b) che – in asserita violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 – la ditta risultata vincitrice non avesse fornito la prescritta documentazione relativa al

proprio rappresentante cessato nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

3.- Ritualmente evocata in giudizio, Incos S.r.l., nel resistere al gravame, formalizzava ricorso incidentale, con il quale lamentava:

*a)* che – in asserita violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 cit. – la ricorrente principale (che aveva dichiarato di avvalersi, per la propria partecipazione, non già di una società tra professionisti, ma di una società di ingegneria) avesse ommesso di allegare la documentazione relativa alla figura del direttore tecnico, di cui non aveva neppure dichiarato l'esistenza;

*b)* che i professionisti indicati come prestatori di servizio fossero carenti delle competenze specificamente richieste dalla documentazione di gara, non avendo la ricorrente principale allegato le relative certificazioni.

4.- Con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18, resa nel rituale contraddittorio delle parti e nella resistenza della stazione appaltante, il Tribunale adito respingeva entrambi i ricorsi, sul complessivo ed argomentato assunto:

*a)* che – quanto al primo motivo del ricorso incidentale – dagli atti versati in giudizio risultava che, con delibera del consiglio di amministrazione del 12 aprile 2010, la società ausiliaria, di cui l'aggiudicataria aveva inteso avvalersi, aveva, in realtà, revocato la nomina del direttore tecnico: dovendosene inferire la attuale inesistenza, in fatto, della relativa figura professionale all'interno della compagine societaria, con conseguente insussistenza della denunciata omissione dichiarativa;

*b)* che – quanto al secondo motivo del ricorso incidentale – il Consorzio aveva indicato quale progettista la società di professionisti Cooprogetti, società cooperativa a responsabilità limitata e dotata di soggettività giuridica distinta da quella dei singoli professionisti: onde che la prova dei requisiti riguardava, in realtà, la società e non i singoli professionisti che ne facevano parte;

c) che – quanto al primo motivo del ricorso principale – la facoltà di ricorrere all'avvalimento doveva riconoscersi, pur nella consapevolezza di difformi orientamenti pretori, anche relativamente alla figura del progettista, che rientrava tra i soggetti esecutori delle prestazioni poste in gara;

d) che – quanto al secondo motivo del ricorso principale – il disciplinare di gara aveva stabilito che nella busta recante la documentazione andasse inserita la dichiarazione, resa e sottoscritta dal legale rappresentante della società, riguardante anche la posizione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando: con il che doveva ritenersi che la ditta avesse compilato correttamente i relativi modelli.

5.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Consorzio contestava, per quanto di interesse, la correttezza della decisione, all'uopo criticamente reiterando le proprie disattese ragioni di doglianza ed auspicando, di conserva, la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituivano in giudizio il Comune di Tarvisio, per argomentare l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello, e Incos S.r.l., che proponeva, per parte sua, appello incidentale, relativamente alla contestata reiezione del ricorso incidentale di primo grado.

6.- Con sentenza parziale n. 4849 del 22 ottobre 2015, la Sezione respingeva integralmente l'appello incidentale ed il secondo motivo dell'appello principale, contestualmente disponendo – avuto riguardo la primo motivo dell'appello principale – la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 79 Cod. proc. amm., in attesa che la Corte di Giustizia UE definisse la questione pregiudiziale, già sollevata con distinta ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737.

7.- Peraltro – a presa d'atto del ritiro della domanda di pronunzia pregiudiziale, in conseguenza della sopravvenuta estinzione per rinunzia del relativo giudizio – la Corte di Giustizia, con ordinanza in data 16 luglio 2016, disponeva la

cancellazione della causa dal ruolo (C287-2015), con conseguente venir meno della causa di sospensione.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2017, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva nuovamente riservata per la decisione.

8.- Con ordinanza n. 4982 del 30 ottobre 2017, il Collegio – ritenutane la perdurante rilevanza – sottoponeva nuovamente alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE e in relazione all'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia, la questione della 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”*, reiterando l'interinale sospensione del giudizio.

9.- Con sentenza in data 14 febbraio 2019 (C-710/17), la Corte di Giustizia dichiarava irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, sull'argomentato assunto:

a) che l'importo dell'appalto, pari ad € 3 060 200,85, fosse inferiore alla soglia di € 5.000.000 di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, applicabile in materia di lavori pubblici alla data della pubblicazione del bando di gara per cui è causa (10 agosto 2012), con conseguente inapplicabilità delle disposizioni della direttiva al procedimento principale;

b) che la normativa nazionale (segnatamente, l'art. 53, comma 3 del d. lgs. n. 163/2006) costituisse disposizione specifica ed autonoma, non analoga ad alcuna disposizione della direttiva 2004/18, non potendo, per tal via, essere considerata una trasposizione dell'articolo 48 di quest'ultima;

c) che non fosse neppure stata indicata alcuna altra disposizione della legislazione italiana che avrebbe reso applicabile il diritto dell'Unione in

materia di appalti pubblici di valore inferiore alle soglie previste dalla direttiva 2004/18 alle questioni cui si fosse applicabile l'articolo 53, comma 3 cit.;

d) che, per tal via, non si potesse ritenere che la disposizione in questione, quando applicabile ad appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, operasse un rinvio diretto e incondizionato alla stessa.

10.- Cessata la causa di sospensione, alla pubblica udienza del 19 dicembre 2019, sulle rassegnate conclusioni delle parti costituite, la causa veniva nuovamente riservata per la decisione, per la parte residua (primo motivo) dell'appello principale del Consorzio Cooperative Costruzioni.

11.- Osserva il Collegio che l'appellante deduce che l'ATI controinteressata andava esclusa per carenza di requisiti speciali nel progettista incaricato ed indicato ai sensi dell'articolo 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, e tali requisiti non potevano essere suppliti mediante avvalimento.

Sull'ammissibilità dell'avvalimento in tale situazione, la giurisprudenza questo Consiglio di Stato si è pronunciato in modo difforme.

La sentenza di questa V Sezione, 2 ottobre 2014, n. 4929, ha affermato che, in ordine agli artt. 49, 53 e 90 d.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010, l'avvalimento, in conformità alla sentenza CGUE, 10 ottobre 2013, in C-94-2012, 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.

Per contro, Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. 1072 ha ritenuto che il raggruppamento di professionisti non possa ricorrere all'avvalimento, poiché tale possibilità è riservata dall'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 *al solo operatore economico che domanda di partecipare alla gara* e questo, se intende farvi ricorso, deve dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario; inoltre, secondo Cons. Stato, V, 1 ottobre 2012, n. 5161, per il ricorso all'avvalimento, l'art. 49, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce, facendo parola di «concorrente», al solo operatore economico che domanda di

partecipare alla gara, il quale deve dichiarare e allegare il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai suoi, integrano la prescrizione del bando.

11.1.- Nel caso di specie, le società In.Co.s s.r.l. e Idrotermica F.lli Soldera hanno partecipato alla gara in forma di costituendo raggruppamento temporaneo; e – non rientrando nelle loro attestazioni SOA la qualificazione per le prestazioni di progettazione – si sono avvalsi di un progettista esterno, l'Ing. Gabriele Indovina, non facente parte del RTI.

Tuttavia, quest'ultimo ha presentato un contratto di avvalimento stipulato con la Prisma Engineering s.r.l. (come soggetto ausiliario), a tenore del quale: *“ai fini della partecipazione alla gara, il progettista indicato Ing. Gabriele Indovina è carente dei seguenti requisiti tecnici:*

*- di aver svolto negli ultimi dieci anni anteriori alla data di pubblicazione del bando, servizi di cui all'art. 252 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria come di seguito riportato: (servizi per un importo globale pari almeno ad euro 2.107.790,44 di lavori, relativi alla classe e categoria IIIb; servizi per un importo globale pari almeno ad euro 1.351.500,74 di lavori relativi alla classe e categoria Ig);*

*- di aver realizzato negli ultimi dieci anni anteriori alla data di pubblicazione del bando, n. 2 servizi di cui all'art. 252 d.P.R 5 ottobre 2010, n. 207 relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore a 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, individuate con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie*

*di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento come di seguito riportato: (n. 2 servizi ciascuno per un importo lavori pari almeno ad E 843.116,18 di lavori ... relativi alla classe e categoria IIIb; n. 2 servizi ciascuno per un importo pari almeno ad E 540.600,30 di lavori ... relativi alla classe e categoria Ig);*

*- di aver un numero medio annuo del personale tecnico impiegato negli ultimi tre anni anteriori alla data di pubblicazione del bando, in misura di almeno dodici (12) unità".*

Il contratto di avvalimento con detto ausiliario è figurato come illegittimo, perché stipulato da un soggetto esterno al vero concorrente (il raggruppamento Incos S.r.l.), contro le norme sull'appalto integrato. Ne discende che il professionista indicato dall'aggiudicataria non possiede autonomamente i requisiti richiesti dal disciplinare di gara.

11.3.- Per consolidata giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. 1072 cit.), pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento – strumentale alla massima partecipazione nelle gare di appalto e all'effettività della concorrenza per i principi eurocomuni – si tratta di un istituto deve essere comunque temperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.

Perciò, la questione sostanziale consiste nello stabilire se il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3, possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta l'avvalimento. In sostanza, se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti.

11.4.- Il citato art. 53, comma 3, lgs. n. 163-2006 stabilisce che «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».*

La giurisprudenza, sopra richiamata, del Consiglio di Stato ha negato che il progettista “*indicato*” ai sensi di quella previsione possa a sua volta fare uso di avvalimento, regolato dall'art. 49. Infatti:

a) vi osta la lettera dell'art. 49, per il quale solo «*il concorrente*» singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all'avvalimento quale istituto di soccorso al concorrente in gara; sicché va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando;

b) il fatto che, se già il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non ne è legato il suo ausiliario, il quale è un terzo che per la sua posizione non può offrire garanzie all'Amministrazione: invero, solo il concorrente che va a stipulare il contratto va ad assumere obblighi contrattuali con l'amministrazione appaltante: e l'ausiliario, per l'art. 49, comma 2, lett. d), si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie che mancano al concorrente, mediante apposita dichiarazione; inoltre l'ausiliario diviene *ex lege* responsabile in solido con il concorrente per le prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4) e la responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo sulla base che l'impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente, al segno che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già con la domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento.

Inoltre, dall'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 si evince che la norma statuisce che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda “avvalersi” in alternativa alla costituzione di un'A.T.I., va solo indicato, senza

prescrivere che debbano anche prodursi le dichiarazioni dell'art. 49 per l'avvalimento, e imposte all'impresa ausiliaria (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo *ex art.* 34, comma 2 con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, ecc.) o all'impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente).

Da ciò sembra discendere che, nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato, il progettista prescelto dall'impresa partecipante e indicato alla stazione appaltante non assuma la qualità di concorrente: questa spetta solo all'impresa concorrente, e il primo resta solo un collaboratore esterno, la cui posizione non ha diretto rilievo con l'Amministrazione appaltante.

Se poi è lo stesso progettista indicato a ricorrere a sua volta a requisiti posseduti da terzi, si avrebbe in sostanza una catena di avvalimenti di "*ausiliari dell'ausiliario*": il che non solo amplifica la carenza di rapporto diretto verso l'amministrazione appaltante: ma è anche è di ostacolo, a tutto concedere, a un agevole controllo da parte della stazione appaltante sul possesso dei requisiti dei partecipanti (cfr. la citata Cons. Stato, III, 1° ottobre 2012, n. 5161, che rileva che, trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in gara, è da escluderne l'applicabilità all'impresa ausiliaria a sua volta priva dei requisiti, altrimenti si avrebbe una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria tale da ostacolare quel controllo agevole sul possesso dei requisiti).

Nella stessa prospettiva, la giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1251) ha affermato che l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, *in*

*executivis*, del soggetto concorrente. Ne segue che sarebbe irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione dedotta nel contratto.

La fattispecie di avvalimento a cascata non sarebbe, perciò, permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che legai vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere.

11.5- . Nondimeno, in generale, per la giurisprudenza eurounitaria 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. Il che ha talora indotto ad optare per orientamento più permissivo (cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2014, n. 4929 cit.).

12.- Sulle esposte considerazioni, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, il presente ricorso viene deferito all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma. 1 cod. proc. amm.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO