

Marco Salina

**APPALTI PUBBLICI
(AVVALIMENTO - NOZIONE DI
OPERATORE ECONOMICO -
PROGETTAZIONE - APPALTO
INTEGRATO)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE E SEGNALAZIONI (*)

(a cura di Leonardo Baroni e Stefano D'Ancona)

SEGNALAZIONI

APPALTI PUBBLICI (avvalimento - nozione di operatore economico - progettazione - appalto integrato)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 2 ottobre 2014, n. 4929.

Quando è chiamata a pronunciarsi sul tema dell'avvalimento, l'interpretazione giurisprudenziale, sia nazionale che comunitaria, pare sempre dibattuta fra una duplice tendenza: da un lato quella permissivista, conforme all'obbiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici; d'altro lato quella più cautelativa, affinché sia sempre garantita la sicura ed efficiente esecuzione degli appalti e, perciò, l'assegnazione ad imprenditori effettivamente qualificati.

Un nuovo spunto di riflessione in ordine a tale delicato equilibrio è ora offerto dalla sentenza del Consiglio di Stato che si segnala, la quale ha virato decisamente verso la prima delle due tendenze sopra ricordate, così innovando rispetto ad un precedente orientamento del medesimo Giudice che si riteneva ormai consolidato.

Il contesto è quello dell'appalto integrato, per il contestuale affidamento della progettazione e dell'esecuzione di lavori pubblici, con riferimento al quale l'art. 53 co. 3 d.lgs. n. 163/06 ammette la possibilità che l'esecutore, se privo dei requisiti per la parte progettuale, possa, alternativamente, o associarsi con un professionista qualificato, ovvero limitarsi, in fase di gara, alla relativa "indicazione". In tale seconda ipotesi, che è poi quella più frequente nella pratica, il progettista non assume la qualifica di concorrente, né assume, in caso di aggiudicazione, obblighi contrattuali o responsabilità nei confronti dell'Amministrazione, neppure secondo la formula della responsabilità solidale (Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 maggio 2014 n. 2344; TAR Liguria, Sez. I, 11 gennaio 2013 n. 69; TAR Sardegna, Sez. I, 19 luglio 2012 n. 732).

E proprio per tale ragione la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva più volte ribadito la propria rigorosa posizione per cui « *soltanto il "concorrente", e non già il "progettista indicato" — ossia un soggetto che non è concorrente ma mero collaboratore esterno — può ricorrere all'avvalimento e, pertanto, va escluso dal procedimento di scelta del contraente il soggetto che si avvale di soggetto ausiliario a*

(*) *La Rubrica ha lo scopo di fornire con le "Segnalazioni" una prima e sommaria informazione sulle principali pronunce delle Corti europee ed italiane, ritenute rilevanti per le finalità divulgative della Rivista, nonché offrire attraverso le "Rassegne" l'esplicazione di alcune riflessioni ed analisi più accurate opportunamente integrate con i relativi richiami alla dottrina e normativa di riferimento.*

Evidentemente, con l'inserimento di una pronuncia in questa rubrica, non si esclude la possibilità che la Rivista ritenga opportuno ritornare sull'argomento, in questo o in altri spazi editoriali, con ulteriori approfondimenti e commenti.

sua volta privo del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante » (Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 giugno 2014 n. 2344; analogamente Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2014 n. 1072; Sez. III, 1 orrobew 2012 n. 5161; Sez. VI, 2 maggio 2012 n.2508; nonché AVCP, det. n. 2 in data 1 agosto 2012).

Ora, però, sovvertendo tale impostazione, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'aggiudicazione di un appalto integrato in capo ad un concorrente che, in sede di gara, aveva indicato un raggruppamento di progettisti esterni, uno dei quali aveva dichiarato di ricorrere all'avvalimento presso altro progettista, poiché sprovvisto in proprio dei necessari requisiti. E ciò ha fatto sul presupposto che « *l'avvalimento, secondo quanto ribadito da ultimo da Corte giust., 10 ottobre 2013, C-94/12, 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* ».

Premesso che la decisione della C.G.U.E. in causa C-94/12 riguarda una fattispecie differente (e cioè quella relativa al c.d. "avvalimento plurimo", che nella specie non rileva), la motivazione della sentenza che ora si segnala, tutta contenuta nelle poche righe del § 8.2, sopra riportate, avrebbe forse meritato un'analisi più approfondita, anche per la rilevante operazione giuridica che si cela dietro ad essa. Il Consiglio di Stato, infatti, per giungere alla descritta conclusione, ha di fatto disapplicato l'art. 49 d.lgs. n. 163/06 (che riserva soltanto al "concorrente" la facoltà di ricorrere all'avvalimento), per applicare in via diretta l'ordinamento comunitario e, in particolare, gli artt. 47 e 48 dir. 2004/18/CE che, sempre in tema di avvalimento, menzionano la generalità degli "operatori economici" e non soltanto gli "offerenti" o i "candidati", secondo le definizioni che di essi sono date dall'art. 1 co. 8 dir. 2004/18/CE, nonché dall'art. 3 co. 22, 23 e 24 d.lgs. n. 163/06.

La decisione si regge su un'interpretazione strettamente letterale della disciplina comunitaria, che effettivamente non trova obiezioni testuali nel dato normativo; anche se, volendo spingere l'analisi più a fondo, ci si potrebbe interrogare sull'esaudività di tale criterio ermeneutico, considerando che la stessa direttiva CE, in talune occasioni, sembra avere rinunciato al rigore lessicale, mostrando di utilizzare la generica espressione di "operatore economico" qual sinonimo di "offerente" o "candidato" e, dunque, di "concorrente" (così ad esempio l'art. 45 comma 2 dir. 18/2004/CE, che elenca le ragioni per cui "l'operatore economico" può essere escluso dalla gara d'appalto, evidentemente si riferisce non già alla genericità indistinta degli imprenditori, fornitori e prestatore di servizi, secondo la definizione di "operatore economico" dell'art. 1 comma 8 dir. cit. ma, specificatamente, a quello di essi che ha preso parte alla gara e cioè, appunto, il "concorrente").

La motivazione della sentenza, nella sua sinteticità, non considera le ragioni dell'opposto orientamento, del quale neppure dà conto. In particolare nulla è detto con riferimento al rischio per cui, ammettendo che qualsiasi "operatore economico", anche se non concorrente, possa far ricorso all'avvalimento dei requisiti presso terzi, non vi sia più argine ad una potenziale successione di infiniti avvalimenti: se, infatti, ci si ferma al dato letterale, allora anche l'ausiliario è un "operatore economico", sicché anch'egli potrebbe a propria volta avvalersi di altro ausiliario, che ancora una volta, in quanto "operatore economico", potrebbe avere accesso alle prerogative degli artt. 47 e 48 dir. 18/2004/CE, in una continua progressione che, di passo in

passo, disperde sempre più il concreto legame fra l'esecutore del contratto e l'effettivo titolare dei requisiti per la partecipazione alla gara.

Il problema non è di poco conto, soprattutto se analizzato dal versante dell'amministrazione e delle garanzie alla corretta esecuzione dell'appalto. In caso di avvalimento, infatti, la garanzia è assolta dal vincolo di solidarietà che lega anche l'ausiliario, oltre ovviamente al concorrente, nei confronti della stazione appaltante (art. 49, comma 4). Ma nel caso dell'appalto integrato, come si è visto, il progettista "indicato" non è un concorrente, né assume responsabilità nei confronti della stazione appaltante, neppure in via solidale. Sicché, considerata la debolezza che ne deriva per il contraente pubblico nella fase esecutiva del rapporto, era parso corretto pretendere che il progettista indicato disponesse di tutti i requisiti in proprio, tanto più che nella specie si tratta di requisiti di esperienza e fatturato (ai sensi dell'art. 263 d.P.R. 207/10), con riferimento ai quali l'effettivo apporto dell'ausiliario è meno concreto e verificabile di quanto non avvenga nel caso di prestito di attrezzature o beni materiali. Del resto l'avvalimento rappresenta già di per sé una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara e, pertanto, dovrebbe essere consentito solo in ipotesi delineate in maniera rigorosa, onde garantire l'affidabilità, in *executivis*, del soggetto concorrente.

Allo stato non è dato di sapere se la pronuncia in commento abbia inaugurato un *revirement* giurisprudenziale o se, viceversa, resterà un caso isolato tra le pronunce del giudice d'appello (mentre la giurisprudenza di primo grado da sempre si caratterizza per una maggiore diversità di vedute). Considerata, però, la delicatezza del tema, nonché la frequenza con cui esso si ripresenta nelle gare per l'affidamento di appalti integrati, non può escludersi l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché sia ricomposto un contrasto interpretativo che si ripercuote sulla certezza degli operatori coinvolti, siano essi pubblici o privati.

MARCO SALINA