

N. 04982/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00621/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

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, Lungotevere Marzio, 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 Isabella Angelini in Roma, via Bocca di Leone, 78;

nei confronti di

Incos s.r.l., in proprio e quale Capogruppo Mandataria RTI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Stefania Lago e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

RTI - Idrotermica F.lli Soldera anche in proprio e 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 Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria RTI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Fera, Mangazzo per delega di Angelini, e Manzi;

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Friuli - Venezia Giulia, Sez. I, con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18 ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione n. 538 del 12 ottobre 2012 del dirigente dell'area tecnica di approvazione dei verbali di gara per la realizzazione di centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predil, respingendo altresì il ricorso incidentale.

2. La sentenza ha rilevato che:

- risulta dagli atti che la nomina del Direttore tecnico era stata revocata con delibera del Consiglio di amministrazione del 12 aprile 2010; non vi è ragione di dubitare di tale dato di fatto, né la circostanza che il registro non risulti aggiornato modifica tale dato e la prima censura del ricorso incidentale va di conseguenza rigettata, per la mancanza di un direttore tecnico;

- il Consorzio ha indicato quale progettista la società di professionisti Cooproggetti, società cooperativa a responsabilità limitata e dotata di soggettività giuridica distinta da quella dei singoli professionisti: ne consegue che la prova dei requisiti riguarda la società e non i singoli professionisti che ne fanno parte;

- in merito al ricorso principale, il progettista associato alla ditta vincitrice potrebbe utilizzare l'*avvalimento*, quindi il raggruppamento ha i requisiti di qualificazione per partecipare alla gara, pur consapevole della giurisprudenza contraria, applicandone i principi europei e nazionali, possono avvalersi anche i progettisti indicati, che rientrano tra i soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara:

- quindi, l'*avvalimento* è ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori;

- la legge speciale della gara, cioè il disciplinare, stabilisce che nella busta recante la documentazione va introdotta la dichiarazione resa e sottoscritta dal legale rappresentante della società che riguarda anche la posizione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando; la ditta ha compilato correttamente i modelli previsti dal bando di gara.

3. L'appellante contestava la sentenza, riproponendo, in sostanza, i motivi del ricorso di primo grado. Con l'appello chiedeva, quindi, la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'appellata chiedendo la reiezione dell'appello e proponendo appello incidentale per, in sostanza, i motivi del ricorso incidentale di primo grado.

Si costituiva anche il Comune chiedendo il rigetto dell'appello.

4. La sentenza parziale di questa V Sezione 22 ottobre 2015, n. 4849, respingeva l'appello incidentale e il secondo motivo dell'appello principale.

In merito al primo motivo dell'appello principale, veniva sospeso il giudizio ai sensi dell'art. 79 Cod. proc. amm., in attesa che la Corte di Giustizia UE definisca la questione pregiudiziale, sollevata da questa V Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737.

All'udienza pubblica del 28 settembre 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

5. La vicenda oggetto del giudizio concerne una gara, indetta dal Comune di Tarvisio con bando del 10 agosto 2012, per la *"realizzazione di centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predil"*, da realizzarsi entro i termini di trenta giorni per la progettazione e trecentosessantacinque per l'esecuzione, per l'importo complessivo di € 3.060.200,85, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Alla procedura partecipavano sei concorrenti, tra cui il Consorzio appellante ed il RTI Incos: Questo è stato dichiarato aggiudicatario definitivo con determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica n. 538 del 12 ottobre 2012.

Il Consorzio impugnava l'aggiudicazione definitiva e i verbali della commissione di gara, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dalla gara dello stesso RTI; con successivi motivi aggiunti impugnava anche il diniego tacito del Comune formatosi in relazione alla richiesta di informativa.

La s.r.l. Incos, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Idrotermica F.Ili Soldera e con ing. Gabriele Indovina in proprio, si costituiva chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo ricorso incidentale.

6. Con sentenza parziale di questa V Sezione 22 ottobre 2015, n. 4849 veniva respinto l'appello incidentale e respinto il secondo motivo dell'appello principale.

Residua, dunque, il primo motivo dell'appello principale, che la detta sentenza ha differito all'esito del giudizio della Corte di Giustizia sulla questione pregiudiziale sollevata da questa V Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737.

7. Con istanza di fissazione udienza, l'odierno appellante ha rilevato che la causa pendente davanti alla Corte di Giustizia (C287-2015) è stata cancellata dal ruolo con ordinanza del Presidente della quarta V Sezione del 12 luglio 2016 con la motivazione che *"Con decisione del 5 maggio 2016, pervenuta presso la Cancelleria della Corte il 4 luglio 2016, il Consiglio di Stato ha informato la Corte che esso intendeva ritirare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale"*, atteso che la causa nazionale è stata estinta per rinuncia all'appello.

Pertanto, cessata la ragione a base della sospensione giudiziale anche del giudizio R.G. n. 621 del 2013, non persistono impedimenti a decidere anche, per la parte residua (primo motivo) l'appello principale di C.C.C. — Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa.

8. 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, secondo da ultimo 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.

Invece per Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. 1072 il raggruppamento di professionisti non può 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 far ricorso dell'avvalimento, deve dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario; e per 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 con «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.

9. 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, cioè l'Ing. Gabriele Indovina, non facente parte del RTI.

Tuttavia, costui ha presentato un contratto di avvalimento stipulato con la Prisma Engineering s.r.l. (come soggetto ausiliario) che afferma: *"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 essere illegittimo perché stipulato da un soggetto esterno al vero concorrente RTI INCOS, contro le norme sull'appalto integrato.

10. Ne viene che il professionista indicato dall'aggiudicataria non possiede autonomamente i requisiti richiesti dal disciplinare di gara.

Per consolidata giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. n. 1072), pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento - servente alla massima partecipazione nelle gare di appalto e all'effettività della concorrenza per i principi di comunitari - si tratta di un istituto deve va 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.

Il citato art. 53, comma 3, lgs. n. 163-2006 stabilisce: «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 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: tant'è 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 solo 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 avvalente (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 quanto sopra 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 assume 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).

11. Tuttavia, 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.

Sorge il dubbio che un soggetto, come è il progettista nella presente gara, per cui vi è contestazione, che è qualificabile come mero "*collaboratore dell'offerente*", pur essendo tenuto a dimostrare i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando, in base al citato art. 53, comma 3, possa non essere qualificabile come *operatore economico* e, per questo fatto, non possa fare ricorso all'avvalimento: trattandosi di prestazione professionale, l'attività è incentrata sull'*intuitus personae* per cui la personalità della prestazione ha un particolare rilievo.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza amministrativa (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 è 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. Ne deriva che la fattispecie di *avvalimento a cascata* è non 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.

12. Questa V Sezione del Consiglio di Stato stima dunque di dover sottoporre al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione, già oggetto dell'ordinanza di questa V Sezione, 4 giugno 2015, n. 2737, se sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria (art. 48

Della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) una previsione come quella del 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, a sua volta, per prevalente giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non può ricorrere all'avvalimento.

13. Sotto il profilo dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale, la giurisprudenza comunitaria ha precisato che il dovere di rinvio a carico dei giudici nazionali di ultima istanza non trovi applicazione esclusivamente in tre ipotesi – che non si riscontrano nel caso di specie - (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, Cilfit, C-283/81; 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C-495/03), ovvero:

1) quando la sollevata questione di diritto dell'Unione non sia influente sulla causa di merito;

2) quando la risposta al quesito da sottoporre risulti da una giurisprudenza costante, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta;

3) quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da apprestare alla questione;

14. Si deve ritenere, pertanto, rilevante la seguente questione pregiudiziale dinnanzi 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, dell'art. 3 l. 13 marzo 1958, n. 204, della Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di Giustizia e pubblicata sulla G.U.C.E. del 28 maggio 2011:

*- "se sia compatibile con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18 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".*

Ai sensi della *"nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali"* 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia gli atti del giudizio, comprensivi: della presente ordinanza, nonché tutte le memorie di parte e gli atti prodotti da parte appellante e dalla controinteressata.

15. Si deve, quindi, disporre la sospensione del presente giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia, cui l'affare deve essere rimesso, restando impregiudicata ogni altra questione, anche sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolò Lotti

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO