

Giurisprudenza

Avvalimento plurimo

⇒ **Corte di Giustizia Europea, sez. V, 10 ottobre 2013, n. C-94/12**

APPALTI PUBBLICI – DIRETTIVA 2004/18/CE – CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA – CAPACITÀ TECNICHE E PROFESSIONALI – ARTICOLI 47, PARAGRAFO 2, E 48, PARAGRAFO 3 – FACOLTÀ PER UN OPERATORE ECONOMICO DI AVVALERSI DELLE CAPACITÀ DI ALTRI SOGGETTI – ARTICOLO 52 – SISTEMA DI CERTIFICAZIONE – APPALTI PUBBLICI DI LAVORI – NORMATIVA NAZIONALE CHE IMPONE LA TITOLARITÀ DI UN'ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE CORRISPONDENTE ALLA CATEGORIA E ALL'IMPORTO DEI LAVORI OGGETTO DELL'APPALTO – DIVIETO DI AVVALERSI DELLE ATTESTAZIONI DI PIÙ SOGGETTI PER LAVORI COMPRESI IN UNA STESSA CATEGORIA.

Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della 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'articolo 44, paragrafo 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.

Avvalimento plurimo e appalti di lavori: la Corte di Giustizia interviene sul codice dei contratti

di Francesco Tramontana

1. La decisione

Con la sentenza C-94/12 dello scorso 10 ottobre, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha posto un ulteriore tassello sulla portata dell'istituto dell'avvalimento, fornendo un chiaro indirizzo sulle modalità di applicazione degli articoli 47 e 48 della direttiva comunitaria 2004/18/Ce. L'intervento del giudice europeo incide fortemente su quei diritti nazionali che, nel recepire la direttiva comunitaria, avevano apportato delle mitigazioni all'applicazione dell'istituto. Tra questi vi è quello italiano che già al momento dell'emanazione del decreto legislativo di accoglimento della direttiva, il 163 del 2006 contenente il Codice dei contratti pubblici, aveva sancito che di norma il concorrente potesse avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, demandando tuttavia al bando di gara la facoltà di prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, i concorrenti potessero giovare solo dei requisiti tecnici o economici. È noto come, a seguito della procedura d'infrazione

attivata nel gennaio 2008 dalla Commissione europea nei confronti del governo italiano ⁽¹⁾, il decreto sia stato emendato ⁽²⁾, con la soppressione di tali limitazioni e la riformulazione della disposizione speciale riguardante i lavori. Contenuta al comma 6 dell'articolo 49, oggi essa prevede che "il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria". La decisione della Corte interviene proprio su tale disposizione, comportando, di fatto, la disapplicazione del primo periodo e la necessità di leggere probabilmente *a contrariis* il secondo, nel senso che il bando può limitare la facoltà di ricorrere all'avvalimento solo in quanto ciò si renda necessario in ragione della peculiarità delle prestazioni ⁽³⁾. Il pronunciamento dei giudici europei è stato provocato da un'ordinanza di rimessione emessa dal TAR Marche nel dicembre 2011, nella quale il collegio poneva ai sensi dell'articolo 267 del Trattato la questione pregiudiziale "se l'articolo 47, paragrafo 2 della direttiva [2004/18] debba essere interpretato nel senso che osti, in linea di principio, ad una [norma] di uno Stato membro, come quella (...) di cui all'articolo 49, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006, la quale vieta [agli operatori economici partecipanti ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori], tranne casi particolari, di avvalersi di più di un'impresa ausiliaria (...) per ciascuna categoria di qualificazione [, fatta salva la circostanza che il] bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni (...)".

Nell'affrontare la questione, la Corte ha operato dapprima una *mutatio libelli*, riportando l'oggetto della propria deliberazione all'articolo 48 della direttiva (riguardante i lavori) in vece del 47 (concernente i servizi) citato certo erroneamente dal giudice remittente. Posto che le due disposizioni sono identiche nei contenuti, la Corte è entrata subito nel merito della questione, facendo dipendere la propria statuizione da un argomento di carattere lessicale e da uno improntato al principio dell'effettività del diritto comunitario.

Il primo richiama la formulazione degli articoli 47 e 48 della direttiva ⁽⁴⁾ che, nel consentire il ricorso all'avvalimento, parlano espressamente di ricorso ad "altri soggetti", declinando cioè il lemma al plurale ⁽⁵⁾.

(1) Si trattava di una fitta serie di rilievi concernenti, tra l'altro: gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi; i soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici; la partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi; la verifica della capacità dei candidati; l'iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali; la possibilità di avvalersi della capacità di terzi; il dialogo competitivo; l'informazione dei candidati/offertenti; i criteri utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto; l'attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto; le disposizioni in materia di promotore; la realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire; la società pubblica di progetto; le concessioni relative alle infrastrutture strategiche; le regole applicabili alle infrastrutture strategiche nel settore dell'energia.

(2) Con l'emanazione del decreto legislativo 152 del 2008.

(3) Si tratta di una lettura che appare in linea con l'articolo 73, comma 3, della "Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE", la quale prevede che "nel caso di appalti di lavori, di servizi e di lavori di posa in opera e di installazione, nel contesto di un contratto di fornitura, gli enti aggiudicatori possono esigere che taluni compiti essenziali siano eseguiti direttamente dall'offerente stesso o, qualora l'offerta sia presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 30, da un partecipante a tale gruppo".

(4) L'articolo 47, in tema di capacità economico finanziaria prevede che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti", mentre l'articolo 48, concernente le capacità tecniche e professionali prescrive che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie".

(5) A sostegno di questa ermeneusi, la Corte cita diverse ulteriori disposizioni della direttiva che si muovono in questo senso. "L'articolo 48, paragrafo 2, lettera b), concerne infatti la possibilità di avvalersi indistintamente di tecnici o di organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico interessato, ma di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione dell'o-

Da ciò deriva, secondo la Corte, non solo che non è vietato “*in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità*”, ma a maggior ragione, che le disposizioni della direttiva “*non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un’amministrazione aggiudicatrice*”. Rispetto all’asfittica formulazione del comma 6 dell’articolo 49 del nostro codice (“*per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione*”) si tratta di un doppio salto mortale. Fino a ieri nelle gare relative a lavori, i concorrenti potevano avvalersi di un solo soggetto che mettesse loro a disposizione i requisiti richiesti dal bando per ciascuna categoria. Oggi, per ognuna di esse, i partecipanti possono non solo ricorrere a più soggetti ausiliari, ma anche cumulare le capacità di questi ultimi alle proprie. Il che sembra voler dire che per gli appalti soggetti a qualificazione SOA (quelli di importo pari o superiore a 150mila euro) è possibile raggiungere la classifica richiesta dal bando mediante la somma delle classifiche possedute dal concorrente e da *n* imprese ausiliarie. Per i lavori di importo inferiore e, come tali, non soggetti a qualificazione, invece, la conseguenza dovrebbe essere di consentire la frammentazione tra ausiliato e ausiliario dei requisiti richiesti in vece della certificazione SOA ⁽⁶⁾. L’altro argomento sostenuto dalla Corte a fondamento del proprio convincimento affonda invece le radici nel principio di effettività del diritto comunitario ⁽⁷⁾. Richiamando alcuni casi giurisprudenziali piuttosto risalenti nel tempo ⁽⁸⁾, il giudice europeo ricorda come più volte esso abbia “*espressamente fatto menzione della facoltà, per un operatore economico, di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi*” ribadendo che “*la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall’amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l’offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all’esecuzione dell’appalto*”. Questa interpretazione, prosegue la sentenza, non solo “*è conforme all’obiettivo dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici*”, ma “*è anche idonea a facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18*”, con ciò risultando coerente con importanti atti comunitari ⁽⁹⁾ quali la Carta europea delle piccole imprese ⁽¹⁰⁾ e lo *Small Business Act* ⁽¹¹⁾.

pera. Analogamente, la lettera *h*) del citato paragrafo 2 fa riferimento all’attrezzatura, al materiale e all’equipaggiamento tecnico di cui l’imprenditore disporrà per eseguire l’appalto, senza limitazioni di sorta quanto al numero dei soggetti che forniranno tali strumenti. Ancora, nel medesimo senso, l’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola autorizza i raggruppamenti di operatori economici a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici senza prevedere limitazioni relative al cumulo di capacità, così come l’articolo 25 della stessa direttiva considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito”.

(6) L’articolo 90 del regolamento (d.P.R. 207 del 2010) prevede che per detti lavori la qualificazione SOA sia surrogata dal coacervo fra tre referenze che acquistano carattere di unitarietà funzionale alla dimostrazione della qualificazione postulata dal bando: lavori analoghi svolti nel quinquennio antecedente per un importo non inferiore a quello del contratto da stipulare, costo del personale non inferiore al 15% dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione della *lex specialis*, attrezzatura tecnica adeguata.

(7) Si tratta, com’è noto, del principio cardine su cui si basa il primato del diritto comunitario su quello nazionale. La Corte di Giustizia lo ha elaborato a partire dall’articolo 10 del Trattato della Comunità europea che sancisce l’obbligo per gli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti idonei a rendere effettiva l’applicazione del diritto comunitario, omettendo tutti quei comportamenti che possano esserne di ostacolo e dall’articolo 2 del Trattato dell’Unione europea, secondo cui la ripartizione di competenze tra istituzioni comunitarie e Stati membri nel conseguire gli obiettivi dell’Unione è fondata sul principio di sussidiarietà, in forza del quale l’intervento del livello di governo comunitario ha luogo a seguito dell’impossibilità degli Stati membri di intervenire, per mezzo dei loro strumenti nazionali. Lo stesso principio di effettività governa i rapporti tra norme interne e norme comunitarie, sancendo la prevalenza delle seconde sulle prime (cfr. tra gli altri, le sentenze della Corte di Giustizia: causa 170/84 caso Granital, causa 103/88 caso Fratelli Costanzo, causa 106/77 caso Simmenthal).

(8) Sentenze del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, Racc. p. I-8607, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Racc. p. I-2549, punto 43.

(9) Tra questi, il documento di orientamento della Commissione “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle

2. La peculiarità dei lavori pubblici

Letta la sentenza e collocata la sua *ratio* in principi ormai assodati che costituiscono l'*acquis communautaire*, appare spontaneo chiedersi perché il legislatore italiano, che pure ha rimodulato l'istituto dell'avvalimento a seguito di una procedura d'infrazione comunitaria, abbia sinora mantenuto due regimi tra loro differenti a seconda che si tratti rispettivamente di servizi e forniture o di lavori. Quanto evidenziato dalla Corte aveva, infatti, già pienamente attecchito nella disciplina dell'avvalimento applicabile alle procedure di acquisizione di beni e servizi, alle quali sin dal 2010 sono applicabili solo le due limitazioni (comuni peraltro ai lavori e su cui la sentenza in commento non influisce) contenute nel comma 8 dell'articolo 49 del Codice: il divieto che, nella stessa gara, più concorrenti si avvalgano dello stesso soggetto⁽¹²⁾ e che partecipino, quali concorrenti, sia l'ausiliario che l'ausiliato. Viceversa, nella materia dei lavori pubblici l'applicazione dell'avvalimento è stata finora possibile entro il limite, disegnato in maniera apparentemente strutturale, del paradigma "una categoria/un ausiliario". Facendo scorrere la copiosa giurisprudenza, specie del Consiglio di Stato⁽¹³⁾, che ha accompagnato l'applicazione dell'istituto, è possibile rinvenire l'orientamento secondo il quale la tutela dell'esigenza del committente a che la prestazione abbia luogo in maniera corretta e con standard qualitativi di eccellenza è stata declinata, nel settore dei lavori pubblici, attraverso il principio dell'integrità della qualificazione richiesta ai concorrenti. Il divieto di frazionamento dei requisiti tra impresa principale e impresa ausiliaria scaturiva proprio dall'unitarietà del sistema di qualificazione dei lavori pubblici. Un impianto non declinabile, come avviene per beni e servizi, attraverso l'esercizio di quell'ampia discrezionalità amministrativa che permette alla stazione appaltante di attingere i requisiti della *lex specialis* nei *bouquet* degli articoli 41 e 42 del codice, assumendo a proprio limite solo il principio di proporzionalità. Un sistema, viceversa, tipizzato *ex ante* dal legislatore che, sia per lavori soggetti a qualificazione SOA che per lavori assoggettati alla disciplina semplificata dell'articolo 90 del regolamento, una volta definiti in base al progetto sia natura che importo delle opere, sottrae all'amministrazione procedente qualunque spazio discrezionale in termini di qualificazione quali/quantitativa. Ammettere la composizione del requisito quantitativo costituito dalla classifica di cui si compone ciascuna categoria attraverso la sommatoria delle classifiche possedute da concorrente e ausiliario (o da più ausiliari) avrebbe comportato, nella lettura *ante* sentenza

PMI agli appalti pubblici" raccomanda di sfruttare la possibilità offerta agli operatori economici di raggrupparsi e di fare affidamento sulle capacità economiche e finanziarie e sulle competenze tecniche congiunte nella fase selettiva delle procedure di gara. (10) Atto con cui L'UE, in occasione del Consiglio europeo di Feira del 19 e 20 giugno del 2000, ha riconosciuto la grande importanza delle piccole imprese nello sviluppo dell'Unione.

(11) Atto emanato nel 2008 e da cui derivano alcuni istituti introdotti nell'ordinamento italiano nell'ultimo decennio: Scia, Suap, Agenzia per le imprese. Per un aggiornamento sull'impatto dello SBA in Italia si rinvia al rapporto 2013 del MISE, rinvenibile su www.sviluppoeconomico.gov.it.

(12) Il comma 9 dell'articolo 49 contiene una mitigazione del divieto, ammettendo che il bando possa prevedere che "in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario".

(13) Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 5161/2012 e sez. V, 3565/2011 e, tra i TAR: Puglia, sez. III, 794/2013, Emilia-Romagna, Parma, 123/2013, Trento, 90/2012. La giurisprudenza si era comunque espressa anche in senso favorevole all'avvalimento cumulativo all'interno della stessa categoria. In particolare, il TAR Lazio, sez. II, 23768/2010 all'indomani della modifica dell'articolo 49 del codice aveva posto la questione se il vincolo mantenuto al comma 6 potesse dei limiti al frazionamento delle classifiche all'interno della categoria, affermando che "sotto tale profilo assume valore decisivo l'intervenuta abrogazione del comma 7 dell'art. 49. La possibilità – precedentemente limitata alla sola ipotesi in cui vi fosse una espressa previsione del bando – di integrare il requisito di capacità economica per mezzo dell'istituto dell'avvalimento, diviene ora fattispecie generale, con la conseguenza che – indipendentemente dalle previsioni del bando di gara – l'impresa in possesso della frazione del requisito potrà avvalersi della classifica o di parte di essa al fine di raggiungere l'importo indicato dal bando. Inequivocabilmente, infatti, il disposto del comma 7 dell'art. 49 consentiva il c.d. frazionamento del requisito disponendo che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso". In tale prospettiva, dunque, l'intervenuta abrogazione del comma 7 dell'art. 49 non può che essere interpretata quale eliminazione dei vincoli connessi all'applicazione del c.d. frazionamento all'interno dell'avvalimento e, in particolare, alla necessaria previsione della possibilità di cumulo nell'ambito del bando di gara".

in commento, la frammentazione di quel meccanismo unitario costituito dal binomio categoria/classifica che è alla base del sistema di qualificazione dei lavori pubblici. Da qui il convincimento, cementatosi attorno alla fitta opera ermeneutica cesellata soprattutto dal Consiglio di Stato, secondo cui detto sistema risulterebbe alterato se attraverso l'avvalimento si consentisse la partecipazione di soggetti sprovvisti in maniera integrale non già dei requisiti forgiati dalla stazione appaltante su misura per la commessa posta a gara (come nel caso di beni e servizi), ma di quelli precostituiti a monte dal legislatore attraverso serie combinate inscindibili quanto ai loro elementi compositivi: appunto classifica/categoria per gli appalti maggiori, lavori eseguiti/spese personale/attrezzature tecniche per quelli minori⁽¹⁴⁾. In questo senso si è mosso qualche commentatore⁽¹⁵⁾ ritenendo che la netta definizione dei limiti all'applicazione dell'avvalimento agli appalti di lavori era collegata "alla necessità di non vanificare il processo di qualificazione che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante e che non può entrare nella disponibilità dei concorrenti come avverrebbe nel caso in cui si consentisse la partecipazione alla gara a un soggetto che né direttamente né tramite l'impresa ausiliaria sia in grado di dimostrare il possesso integrale dei requisiti di qualificazione indicati dal bando". Oggi tutto questo viene meno. E non solo per ovvio dovere conformativo alla sentenza della Corte⁽¹⁶⁾, ma anche perché quest'ultima si fa carico di spazzare il fitto argomentare che aveva radicato il convincimento della legittimità della limitazione: "la circostanza che, nella fattispecie, la valutazione del livello di capacità di un operatore economico, relativamente all'importo degli appalti pubblici di lavori accessibili per tale operatore, sia predeterminata in via generale nell'ambito di un sistema nazionale di certificazione o di iscrizione in elenchi è priva di rilevanza (...). La facoltà, accordata agli Stati membri dall'articolo 52 della direttiva 2004/18, di prevedere un tale sistema può infatti essere attuata dai medesimi esclusivamente nel rispetto delle altre disposizioni di detta direttiva, segnatamente degli articoli 44, paragrafo 2, 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della stessa". Cioè, l'avvalimento declinato al plurale, come espressamente affermato dalla stessa Corte.

3. Le conseguenze

Quali gli affetti della sentenza? In primo luogo, ovviamente, la disapplicazione del primo periodo dell'articolo 49, comma 6, del codice, cui deve dar corso non solo il giudice nazionale, ma anche ciascuna amministrazione precedente⁽¹⁷⁾. Ma anche il venir meno di alcuni convincimenti che, coerentemente con il sistema sinora in essere, si erano radicati anche in forza delle persuasive argomentazioni sostenute dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione n. 2 dell'agosto 2012, dedicata monograficamente all'avvalimento. Primo tema scottante su cui la giurisprudenza si è spesso divisa⁽¹⁸⁾ è quello del rapporto tra avvalimento e certificazione di qualità. Il ricorso al primo può sopperire alla mancanza in capo al concorrente della seconda? Nei suoi pareri,

(14) Può essere interessante notare come l'Avcp, nella determinazione 2/2012, parli di "attestazione SOA come inscindibile elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti, che può essere oggetto di avvalimento nella sua totalità".

(15) R. MANGANI, *Dopo la sentenza Ue sull'avvalimento a rischio i paletti su subappalto e requisiti della capogruppo*, in "Edilizia e Territorio", Il Sole-24 Ore, 14.10.2013.

(16) Cfr. sentenza Denkavit italiana, 61/79: l'interpretazione di una norma di diritto UE data nell'esercizio della competenza ex art. 267 TFUE opera *ex tunc*, in quanto "chiarisce a precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve, essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa". Nello stesso senso, cfr. CGA Sicilia, sez. giurisd., 470/2009.

(17) "Nel contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, l'applicazione di quest'ultimo avviene in via diretta, in luogo di quello interno da disapplicare e tale disapplicazione fa carico non solo al giudice ma anche agli organi della pubblica amministrazione nello svolgimento della loro attività amministrativa, cioè anche di ufficio, indipendentemente da richieste o sollecitazioni di parte; con la conseguenza che, ove siano stati adottati atti o provvedimenti in applicazione o in conseguenza della norma da disapplicare, deve discenderne il loro annullamento" (Cons. Stato, sez. IV, 54/1996; nello stesso senso, tra gli altri: Comm. Trib. Reg. Umbria Perugia, sez. III, 28 maggio 2009, n. 21; Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1054; Cass. civ., sez. V, 15 settembre 2008, n. 23633; Cass. pen., sez. III, 3 luglio 2008, n. 38033; Corte Giustizia CE, Grande sez., 18 luglio 2007, n. 119; Corte Giustizia CE, Grande sez., 18 luglio 2007, n. 119).

(18) Cfr., tra le altre pronunce: Cons. Stato, sez. V, 5595/12, sez. V, 4318/11, sez. III, 169/11, sez. V, 5408/12, TAR Lazio, Roma, sez. II, 10080/11, TAR Abruzzo, sez. I, 291/11; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6767/11; TAR Campania, Napoli, sez. I, 4769/11, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 1024/11, TAR Lazio, Latina, 1857/10, TAR Basilicata, 224/10.

L'Avcp aveva assimilato la certificazione di qualità a un requisito soggettivo⁽¹⁹⁾ che concorre al rilascio dell'attestazione SOA, deducendone che "consentire l'avvalimento della sola certificazione di qualità disgiunta dall'avvalimento della SOA finirebbe per tradursi nella legittimazione di un frazionamento dei requisiti, in parto contrasto con la ratio che permea l'articolo 49 comma 6". Tema probabilmente più rilevante per le procedure di acquisizione di beni e servizi, vista l'eshaustività della qualificazione SOA per i lavori. Secondo tema, di fatto già risolto dalla Corte: l'avvalimento plurimo postula la possibilità di frazionare la qualificazione all'interno della categoria non solo tra più ausiliari, ma anche tra questi e l'ausiliato. Punto, anche questo, su cui l'Autorità dovrà tornare sui propri passi⁽²⁰⁾. Ciò non sembra tuttavia condurre a sostenere ammesso il c.d. avvalimento a cascata, quello in cui l'ausiliario a sua volta si avvale di altre imprese per attingere a requisiti non posseduti non solo dal concorrente, ma anche da lui stesso⁽²¹⁾. Ulteriore tema: l'aumento del quinto della classifica posseduta, ammesso ai fini della qualificazione dall'articolo 61, comma 2, del regolamento, opera anche sulla parte di classifica conseguita attraverso l'avvalimento? Ieri ammettere questa possibilità sarebbe equivalso ad aggirare il divieto del doppio ausiliario⁽²²⁾, oggi probabilmente ciò è permesso. Infine, c'è da chiedersi se la sentenza incida anche su due temi sempre molto scottanti quali il rapporto tra avvalimento e subappalto e i raggruppamenti temporanei tra imprese. Riguardo al primo punto, la norma di riferimento è il comma 10 dell'articolo 49 del codice, come novellato dal decreto legislativo 6 del 2007. Mentre la disciplina originaria prescriveva il divieto di utilizzare l'impresa ausiliaria come subappaltatrice, oggi la disposizione prevede espressamente tale facoltà, esercitabile però "nei limiti dei requisiti prestati". L'appaltatore può cioè subappaltare all'ausiliario le lavorazioni indicate in sede di offerta ai sensi dell'articolo 118 del codice, ma ciò può aver luogo entro l'ulteriore limite dei requisiti prestati al concorrente. Secondo l'Avcp⁽²³⁾, la prescrizione è coerente al principio generale per il quale "l'impresa non può eseguire, in subappalto, quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti e, in caso il subappaltatore sia anche impresa ausiliaria, portati in dote al concorrente attraverso l'avvalimento". Alla luce della nuova lettura dell'avvalimento fornita dalla Corte di Giustizia, se dunque il concorrente si qualifica attraverso la classifica posseduta da uno o più ausiliari, questi potranno assumere altresì il ruolo di subappaltatori e quindi svolgere direttamente delle lavorazioni, purché esse abbiano importo non superiore a quello della classifica portata in dote all'appaltatore per la qualificazione richiesta dal bando. Sul secondo tema, è noto come sia ormai ritenuto possibile sia l'avvalimento esterno (da parte di un'ausiliaria esterna al raggruppamento e in favore di un suo membro) che quello interno (in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento cui partecipa l'impresa ausiliata). L'Avcp ha chiarito⁽²⁴⁾ che i requisiti di partecipazione devono essere posseduti "dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in raggruppamento, sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo raggruppamento. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolge, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirle una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta". È da chiedersi come, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, ciò si coordini con le disposizioni del codice e del regolamento che, per i raggruppamenti orizzontali, prescrivono determinate percentuali minime possedute da ciascun partecipante. *Nulla quaestio* sulla possibilità per ciascun componente il raggruppamento di raggiungere la percentuale prescritta dal bando (cioè, la classifica richiesta

(19) Ciò "in quanto attinente ad uno specifico status dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità", Avcp, determinazione 2/2012.

(20) La possibilità era espressamente esclusa dal paragrafo 4 della determinazione 2 del 2012.

(21) Sul tema, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 26798/2010, Consiglio di Stato, sez. IV, 2832/2013.

(22) In tal senso, M.G. VIVARELLI, *L'avvalimento*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2/2013, Maggioli.

(23) Determinazione 2 del 2012, paragrafo 6, cui si rinvia per la disamina del coordinamento tra l'articolo 49, in tema di avvalimento, e gli articoli di codice e regolamento (rispettivamente il 118 e il 170) concernenti il subappalto.

(24) Determinazione 2 del 2012, paragrafo 7. Sul tema, cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. II, 4820/2008, Cons. Stato, sez. V, 743/09 e 8043/10, nonché Avcp, parere 34 del 2009.

per la categoria su cui verte la qualificazione) sommando la propria a quella dei propri ausiliari. Un po' più complesso il computo delle qualificazioni se un membro del raggruppamento è anche ausiliario di un altro soggetto. Su questo come sulla portata generale della sentenza, è opportuna l'espressione dell'avviso dell'Autorità di vigilanza.

Requisiti generali – Obblighi dichiarativi

⇒ TAR Toscana, sez. II, 23 ottobre 2013, n. 1451

1. APPALTO PUBBLICO – REQUISITI GENERALI – OBBLIGO DI DICHIARAZIONE DA PARTE DI TUTTI GLI AMMINISTRATORI MUNITI DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA – SUSSISTENZA DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA ANCHE PER IL VICEPRESIDENTE QUANDO LO STATUTO DELLA SOCIETÀ CONSENTE CHE EGLI POSSA SOSTITUIRE IL PRESIDENTE IN QUALSIASI MOMENTO PER QUALSIASI ATTO IN CASO DI SUA ASSENZA O IMPEDIMENTO – OCCORRE UNA VERIFICA RIGOROSA IN MERITO.
2. APPALTO PUBBLICO – REQUISITI GENERALI – OBBLIGHI DICHIARATIVI NEL CASO DI COMPLESSO AZIENDALE CEDUTO – POSSIBILE PROVA DELL'ESISTENZA NEL CASO CONCRETO DI UNA COMPLETA CENSURA FRA VECCHIA E NUOVA GESTIONE – ESCLUDE LA RILEVANZA DELLA CONDOTTA DEI PRECEDENTI AMMINISTRATORI E DIRETTORI TECNICI OPERANTI NELL'ULTIMO ANNO PRESSO IL COMPLESSO AZIENDALE CEDUTO.

1. L'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 prevede l'obbligo di dichiarazione da parte di "tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza e per tale ragione, nelle sentenze indicate dai ricorrenti, è stato affermato che tale potere di rappresentanza sussiste anche per il vicepresidente quando lo statuto della società consente che egli possa sostituire il Presidente in qualsiasi momento per qualsiasi atto in caso di sua assenza o impedimento (cfr. ad esempio Consiglio di Stato 5693/2012). Trattandosi di norma che comporta delle conseguenze negative essa non può essere interpretata in senso estensivo e quindi richiede che la verifica dei presupposti sopra indicati sia compiuta rigorosamente, cosicché, in caso di mancanza degli stessi relativamente alla società di cui al ricorso, non può essere affermato l'obbligo della dichiarazione di cui si contesta l'assenza anche per i vicepresidenti. Il mero riferimento allo statuto come fonte da cui ricavare l'esistenza di poteri di rappresentanza da parte del vicepresidente dipende dal fatto che la disciplina delle società per azioni, che si applica in quanto compatibili anche alle società cooperative ex articolo 2519 c.c., rimanda alle previsioni statutarie all'art. 2384 c.c.; lo stesso art. 2381 c.c., che descrive i poteri e le responsabilità del presidente del consiglio di amministrazione e degli amministratori delegati, non fa menzione della figura del vicepresidente. Analizzando lo statuto di [Alfa], si ricava che il presidente ha la rappresentanza e la firma sociale ed è quindi autorizzato a riscuotere da chiunque e a rilasciare quietanza liberatoria ed ha facoltà di nominare avvocati e procuratori; inoltre, previa autorizzazione del consiglio di amministrazione, può delegare in tutto in parte i propri poteri al vicepresidente e in caso di assenza od impedimento tutte le sue mansioni spettano al vicepresidente. La facoltà di delegare i propri poteri al vicepresidente non è mai stata utilizzata dal momento che il consiglio di amministrazione non ha mai autorizzato tale procedura e il fatto che spettino al vicepresidente, in caso di impedimento o assenza del Presidente, le mansioni proprie di quest'ultimo non significa che il vicepresidente sia munito di poteri di rappresentanza.

2. Nella fattispecie "non siamo di fronte a una vera e propria cessione di ramo di azienda in quanto non sono stati trasferiti contratti con fornitori o clienti nei rapporti di lavoro con dipendenti ed inoltre anche i crediti e debiti aziendali sono solo quelli riportati nella relazione di stima. In conseguenza di ciò non vi era alcun obbligo di dichiarare quali fossero gli amministratori di [Beta] poiché non siamo di fronte ad un effettivo contratto di cessione di ramo di azienda; peraltro la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 10/2012) ha precisato che "il cedente può comunque provare l'esistenza nel caso concreto di una completa censura fra vecchia e nuova gestione, tali da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo anno presso il complesso aziendale ceduto". Pertanto, anche se si volesse dare rilevanza al *nomen iuris* del contratto, ben potrebbe essere dimostrata la mancanza di qualunque continuità fra le due gestioni aziendali sulla base degli elementi illustrati in precedenza".

☞ TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 28 ottobre 2013, n. 9185

GARE PUBBLICHE D'APPALTO – DICHIARAZIONE IN ORDINE ALL'INSUSSISTENZA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DI CUI ALL'ART. 38, D.LGS. N. 163 DEL 2006 – PUÒ ESSERE RESA DA UN UNICO LEGALE RAPPRESENTANTE DELL'IMPRESA CONCORRENTE CON RIFERIMENTO ESPRESSO E ANALITICO ANCHE AGLI ALTRI SOGGETTI NEI CUI CONFRONTI IL REQUISITO VA COMPROVATO – FATTISPECIE – MANCATA INDICAZIONE DEI SUDDETTI SOGGETTI – COMPORTA L'ESCLUSIONE.

In materia di gare pubbliche d'appalto, la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 può essere resa da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato, a condizione però che dalla stessa dichiarazione sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa dei predetti altri soggetti non solo per consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche ma anche per l'assunzione di responsabilità del dichiarante per il caso di non veridicità di quanto attestato (*ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2013, n. 3544; Cons. Stato, sez. III; Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6053).

Infatti, la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante riguardo ai quali si attesta l'insussistenza di cause ostative sul piano della moralità implica anche la mancata assunzione di responsabilità per il caso di non veridicità della dichiarazione, che rappresenta il *proprium* del meccanismo dell'autocertificazione. Ne consegue che non risultando, nel caso di specie, l'analitica indicazione dei nominativi per i quali le mandanti hanno reso la specifica dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), la stessa, con riferimento a tali nominativi, deve ritenersi non prodotta, sicché la costituenda ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Né può invocarsi il c.d. dovere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto, ai sensi del successivo comma 1-bis, la stazione appaltante è tenuta ad escludere i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge e l'obbligo di rendere le dichiarazioni sull'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 11, lett. b) e c), del codice dei contratti pubblici trova nella stessa disposizione la propria fonte.

Appalto di lavori pubblici – Prezzo chiuso**☞ TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 10 ottobre 2013, n. 2424**

1. APPALTO DI LAVORI PUBBLICI – CONTROVERSIA RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DEL C.D. "PREZZO CHIUSO" – GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA.

2. APPALTO DI LAVORI PUBBLICI – PREZZO CHIUSO – MECCANISMO DI RIEQUILIBRIO DEL SINALLAGMA CONTRATTUALE, FINALIZZATO A PRESERVARE LA REMUNERATIVITÀ DELL'APPALTO.

1. Ogni controversia in ordine alla revisione dei corrispettivi dei contratti pubblici, ivi incluse quelle relative all'applicazione del c.d. prezzo chiuso, competono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia in base all'art. 244 del d.lgs. 163/2006 (nella formulazione vigente al momento in cui il ricorso è stato proposto), sia in base all'art. 133, lett. e), n. 2, del c.p.a.

2. Va ricordato che il "prezzo chiuso" consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale, da applicarsi – nel caso in cui la differenza tra il tasso d'inflazione reale ed il tasso di inflazione programmata nell'anno precedente sia superiore al 2% – all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori (v. art. 133, comma 3, Codice dei contratti pubblici). Si tratta quindi di un meccanismo di riequilibrio del sinallagma contrattuale, finalizzato a preservare la remuneratività dell'appalto. In concreto, tale obiettivo può essere realizzato o tenendo conto del lasso di tempo trascorso fra la presenta-

zione delle offerte e la consegna dei lavori, e quindi dei presumibili aumenti dei costi (soluzione sposata dall'art. 45, comma 4, della l.r. 21/1985), ovvero misurando nel corso dei lavori lo scarto fra l'inflazione programmata e quella reale (condizione per l'applicazione del meccanismo correttivo prescelta dal Codice dei contratti pubblici). Il Collegio, pur non disconoscendo il contenuto dell'art. 45 della l.r. 21/1985 e le interpretazioni date in giurisprudenza a tale norma, non può esimersi dal rilevare che il prezzo chiuso disciplinato con le modalità richiamate dalla ricorrente è stato abrogato nell'ordinamento regionale dall'art. 42 della l.r. 2 agosto 2002, n. 7, ed è stato sostituito ad opera dell'art. 26 del c.d. "testo coordinato" (introdotto dalla stessa legge regionale) con il meccanismo che tiene conto dello scarto fra l'inflazione reale e quella programmata, descritto (oggi) nell'art. 133 del d.lgs. n. 163/2006. Ne consegue che, dall'entrata in vigore della l.r. 7/2002, ai fini dell'applicazione dell'istituto del prezzo chiuso, non è più considerato rilevante il tempo (un anno) trascorso tra la presentazione delle offerte e la consegna dei lavori, quanto piuttosto le variazioni del tasso di inflazione superiori al 2 per cento registrate nel corso dell'esecuzione delle opere. Tenendo conto del mutato regime normativo, allora, si deve concludere che al momento in cui è decorso l'anno di tempo dalla presentazione dell'offerta della ricorrente (lasso temporale previsto dal già ricordato art. 45 della l.r. 21/1985) – ossia, al 31 ottobre 2002 – [Alfa]s.c.ar.l. non aveva maturato il diritto a chiedere ed ottenere, per ciò solo, l'applicazione del prezzo chiuso, atteso che pochi mesi prima (con la l.r. 2 agosto 2002, n. 7) il legislatore aveva sostanzialmente modificato i presupposti di applicazione dell'istituto medesimo.

Appalti settori speciali – Offerte anomale e utile di impresa – *Favor participationis*

⇒ TRGA, Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 ottobre 2013, n. 299

1. APPALTI PUBBLICI – SETTORI SPECIALI – APPALTI RIGUARDANTI SETTORI NON ESTRANEI ALLE ATTIVITÀ DEI SETTORI SPECIALI – CONTROVERSIE – GIURISDIZIONE G.A. – VA AFFERMATA.
2. APPALTI PUBBLICI – OFFERTE ANOMALE – GIUDIZIO NEGATIVO DI ANOMALIA – RICHIEDE MOTIVAZIONE RIGOROSA ED ANALITICA – GIUDIZIO POSITIVO – NON È RICHIESTA MOTIVAZIONE APPROFONDATA – MOTIVAZIONE *PER RELATIONEM* – AMMISSIBILITÀ.
3. APPALTI PUBBLICI – *LEX SPECIALIS* – CLAUSOLE OSCURE ED AMBIGUE – INTERPRETAZIONE – *FAVOR PARTECIPATIONIS* – TUTELA DELL'AFFIDAMENTO E INTERESSE PUBBLICO ALLA MAGGIORE CONCORRENZA.
4. APPALTI PUBBLICI – OFFERTE ANOMALE – VALUTAZIONE UTILE DI IMPRESA – NON PUÒ COMPORTARE FISSAZIONE QUOTA RIGIDA MINIMA – UTILE MODESTO – NON COMPORTA *EX SE* INAFFIDABILITÀ DELL'OFFERTA – CONSIDERAZIONE DELL'ATTUALE STRAORDINARIA CONGIUNTURA ECONOMICA.

1. Non rientrano nel *genus* degli "appalti estranei", come definito dalla adunanza plenaria, le attività riguardanti scopi non estranei alle attività dei settori speciali, bensì scopi rientranti nell'attività del settore speciale e comunque strumentali ad essa. Di conseguenza, le relative controversie non possono essere attratte nella giurisdizione del giudice ordinario.
2. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, mentre il giudizio negativo di anomalia richiede una motivazione rigorosa ed analitica, non è richiesta una motivazione approfondita nell'ipotesi di esito positivo, essendo sufficiente una motivazione *per relationem* alle (adeguate) giustificazioni del concorrente.
3. È principio che governa la materia delle gare pubbliche quello secondo cui, in presenza di prescrizioni oscure ed ambigue contenute nelle clausole del bando o di altra disposizione relativa ad una gara di appalto, deve propendersi per l'interpretazione che assicuri la massima partecipazione alla gara, rispetto a quella che la ostacoli, in ragione della duplice necessità, di tutelare l'affidamento ingenerato nelle ditte partecipanti e l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto. Quindi le prescrizioni tecniche non precise e ambigue devono essere sempre interpretate secondo un criterio di ragionevolezza, volto a salvaguardare l'interesse della pubblica amministrazione, senza comportare illegittime esclusioni dalla gara stessa (cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3843; 28 febbraio 2012, n. 1150 e 13 ottobre 2010, n. 7471).

4. Per giurisprudenza consolidata, ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere per un'impresa in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum, per essersi aggiudicata ed avere poi portato a termine un prestigioso appalto (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV 23 luglio 2012, n. 4206; *id.* sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073).

La censura relativa all'esiguità dell'utile d'impresa indicato nelle analisi prezzi (nella specie pari all'1% del prezzo complessivo offerto) appare infondata anche alla luce dell'attuale straordinaria situazione di crisi congiunturale, la quale ben può indurre gli operatori economici a partecipare a gare d'appalto con utile assai ridotto pur di realizzare fatturato, conservare il potenziale produttivo e garantire la stessa persistenza economica dell'attività.

Publicazione in G.U.R.I. e decorso effetti – Contratto di avalimento

☞ **TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 24 ottobre 2013, n. 9136**

1. APPALTI PUBBLICI – PUBBLICITÀ – AMBITO NAZIONALE – DECORSO EFFETTI GIURIDICI – VA RIFERITO ALLA PUBBLICITÀ NELLA G.U.R.I. E NON NELLA G.U.U.E.

2. APPALTI PUBBLICI – AVVALIMENTO REQUISITI SPECIALI – CONTRATTO DI AVVALIMENTO – CONTENUTO MINIMO OBBLIGATORIO – OGGETTO INDETERMINATO E INDETERMINABILE – INAMMISSIBILITÀ – RAGIONI.

1. La costante giurisprudenza (cfr. TAR Umbria, 30 gennaio 2012, n. 22) secondo cui ai sensi dell'art. 66, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, la decorrenza giuridica degli effetti che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale, decorrono dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* e non dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*.

2. Il contratto di avalimento di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati dalla società ausiliaria. Invero, l'art. 88 citato esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore con una portata ben più ampia di quella attinente al solo "prestito" dei requisiti di qualificazione in senso stretto.

Consegue che la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o di espressioni similari, risulta essenzialmente tautologica e, come tale, indeterminata, nonché inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (TAR Campania, sez. I, 4 aprile 2012, n. 1589), poiché non è idonea ad integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

Peraltro, da un contratto di avalimento che non sia in grado di precisare, per la sua indeterminatezza e indeterminabilità, l'effettività della messa a disposizione degli stessi requisiti da parte di chi ne disponga, non risulta garantita, neppure dalla regola della responsabilità solidale, l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi. E ciò a parte ogni considerazione, sul terreno civilistico, della nullità di un contratto in cui l'oggetto sia indeterminato ed indeterminabile (TAR Campania, sez. I, n. 1589/2012 cit.). Siffatti rilievi valgono anche nell'ambito degli appalti di servizio, come sottolineato dalla Circolare ministeriale 30 dicembre 2012, n. 4536, recante primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. La necessità di clausole puntuali nel contratto di avalimento è da correlare al pericolo che una generica indicazione di requisiti svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di agevole elusione ed aggiramento del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

Anche la normativa comunitaria esige che l'operatore economico che fa affidamento per i requisiti prescritti sulle capacità di altri soggetti ha l'onere di provare compiutamente alla stazione appaltante la disponibilità in maniera effettiva e continua dei mezzi e delle risorse necessarie.

A fronte di ciò, un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie non soddisfa tale esigenza, laddove l'amministrazione deve essere in grado di valutare se mediante l'avvalimento il concorrente sia effettivamente in condizione equivalente ad un soggetto autosufficiente circa il possesso dei requisiti.

Obbligo di accettazione del capitolato d'oneri – Tassatività cause di esclusione

⇒ **Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155**

1. APPALTI PUBBLICI – *LEX SPECIALIS* – INTERPRETAZIONE CLAUSOLE ONERI DICHIARATIVI – PRINCIPIO BUONA FEDE E TUTELA AFFIDAMENTO CONCORRENTI – OBBLIGO DI *CLARE LOQUI* PER LA STAZIONE APPALTANTE – VIOLAZIONE – NON PUÒ ESSERE ADDOSSATA ALLA PARTE PRIVATA.

2. APPALTI PUBBLICI – OFFERTE – INDICAZIONE ELEMENTI *EX ART. 74, COMMA 2, D.LGS. N. 163/2006* – OBBLIGO DI ACCETTAZIONE DEL CAPITOLATO D'ONERI – NECESSARIA CONFORMITÀ DELLA CLAUSOLA ESPULSIVA ALL'ART. 46, COMMA 1-BIS, D.LGS. N. 163/2006 – VIOLAZIONE – NULLITÀ DELLA CLAUSOLA.

1. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è costante nel valorizzare la buona fede e l'affidamento delle imprese nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge di gara al fine di negare che ciò possa risolversi in un danno per le stesse, attraverso la loro espulsione dalla procedura (solo per citare le più recenti pronunce, si veda sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145 e sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, relative all'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza; sez. V, 22 maggio 2012, n. 2973, relativa alle dichiarazioni sui requisiti di ordine generale; sez. V, 10 gennaio 2012, n. 31, concernente le dichiarazioni inerenti il rispetto della normativa sul lavoro dei disabili; sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029, concernente le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione).

Pacifico poi che a tali canoni comportamentali l'amministrazione è soggetta anche allorché ricorra ai moduli dell'evidenza pubblica per la stipula di contratti, ed alla quale, pertanto, è imposto un obbligo di *clare loqui*, la cui violazione non può essere addossata alla parte privata.

2. L'art. 74 del codice prescrive, al comma 2, l'indicazione del "prezzo della prestazione offerta" e non già delle sue singole componenti. È poi vero che il comma 4 della medesima disposizione impone di corredare le offerte degli elementi richiesti, tra l'altro, nel capitolato d'oneri, ma l'omessa presentazione o dichiarazione di questi ultimi può legittimare l'esclusione dalla gara, in ossequio al precetto primario di cui al comma 1-bis art. 46, solo se inquadrabili nelle ipotesi tassative in esso contemplate, pena altrimenti l'aggiramento del divieto mediante l'introduzione di ulteriori cause di esclusione in via amministrativa.

Dall'accertata contrarietà delle clausole del capitolato speciale posto a gara in contestazione rispetto al principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici consegue la nullità delle stesse e l'irrelevanza dell'accettazione del capitolato medesimo imposto dalla legge di gara.

Soluzioni migliorative e offerta economica

⇒ **Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160**

APPALTI PUBBLICI – OFFERTE TECNICHE – PROPOSTA DI SOLUZIONI MIGLIORATIVE – POSSIBILITÀ INSITA NEL CRITERIO

DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – LIMITI – RISPETTO DELLE CARATTERISTICHE FONDAMENTALI DEL PROGETTO POSTO A BASE DI GARA – ONERI ECONOMICI SOLUZIONI MIGLIORATIVE – TROVANO COMPENSAZIONE ALL'INTERNO DELL'OFFERTA ECONOMICA – SOSTENIBILITÀ OGGETTO DI VERIFICA DI ANOMALIA.

Il fatto che nell'offerta tecnica siano proposte soluzioni migliorative – e non già varianti – è insito nell'adozione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, attraverso quest'ultimo metodo di selezione del contraente si persegue proprio lo scopo di ricercare nel mercato soluzioni tecniche migliorative all'idea progettuale elaborata dall'amministrazione, e sulle quali il confronto competitivo è destinato a svolgersi, purché le soluzioni offerte restino nell'ambito delle caratteristiche fondamentali del progetto posto a base di gara (Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; 11 luglio 2008, n. 3481; 12 febbraio 2010, n. 743; 13 gennaio 2011, n. 171).

La conseguenza di quanto ora affermato è che l'offerta economica è formulata sulla base della lista di lavorazioni relativa al progetto a base di gara, al netto cioè delle proposte migliorative, con la conseguenza implicita che gli eventuali oneri economici ricollegabili ad esse trovano compensazione all'interno dell'offerta economica presentata. La relativa sostenibilità – occorre aggiungere – può eventualmente costituire oggetto di verifica di anomalia, la quale va invece condotta, per le voci relative all'offerta economica, in base alla lista delle categorie ed ai prezzi unitari in essa previsti dalla concorrente aggiudicataria.

Revoca mandato amministratore società pubblica condizioni e limiti

⇒ Corte di Cassazione civile, sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23381

SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA – AMMINISTRATORI – REVOCA DEL MANDATO PER GIUSTA CAUSA – CONDIZIONI – IRRILEVANZA DEL MERO VENIR MENO DEL RAPPORTO FIDUCIARIO.

La possibilità di revoca del mandato degli amministratori che l'art. 2383 c.c., comma 3, attribuisce all'assemblea richiede una giusta causa consistente non solo in fatti integranti un significativo inadempimento degli obblighi derivanti dall'incarico ma anche in fatti di carattere oggettivo che minino il *pactum fiduciae elidendo* l'affidamento riposto al momento della nomina sulle attitudini e capacità dei gestori. Il venir meno del rapporto fiduciario, che del resto è implicito nella delibera di revoca, non costituisce presupposto rilevante, ai fini di integrare una giusta causa di revoca del mandato. Ciò avviene, invece, solo quando i fatti che hanno determinato il venire meno dell'affidamento siano oggettivamente valutabili come fatti idonei a mettere in forse la correttezza e le attitudini gestionali dell'amministratore. Nel caso di specie, ai fatti dedotti come lesivi del *pactum fiduciae* (il rifiuto opposto dagli amministratori ad alcuni consiglieri comunali che avevano richiesto di accedere agli atti della stessa, il non aver ottemperato a direttive impartite alla società dal comune, l'aver proposto due citazioni in giudizio per crediti vantati dalla società ma contestati dal comune, l'inottemperanza agli indirizzi formulati dall'assemblea, la mancata presentazione della situazione reddituale e della relazione semestrale richieste dal bando per l'incarico di gestione del servizio affidato alla società) non è riconosciuta la qualità di indicatori di un comportamento inadempiente, o inadeguato sotto il profilo delle capacità gestionali, degli amministratori. Detti comportamenti imputati agli amministratori rappresentano una mera manifestazione dell'autonomia attribuita dall'art. 2364 c.c., agli amministratori delle società nell'impostazione dell'azione amministrativa. Peraltro, gli amministratori di società a partecipazione pubblica non sono tenuti a rispettare le direttive dell'ente pubblico o a derogare alla disciplina relativa all'accesso agli atti della società o a privilegiare l'interesse del socio pubblico nei rapporti con la società. È errato ritenere che il rapporto di fiducia che lega l'assemblea dei soci agli amministratori presenti profili di delicatezza maggiori rispetto alle società di capitali che non hanno come og-

getto sociale lo svolgimento di un servizio pubblico, imponendo quindi al giudice di merito una valutazione più ampia ai fini dell'accertamento della giusta causa di revoca, comprendendo anche il semplice logoramento dei rapporti fra amministratori e soci. Ciò infatti annullerebbe il concetto di giusta causa e imporrebbe una fedeltà degli amministratori al socio pubblico che snaturerebbe completamente la natura privata della società in danno degli interessi della società e della minoranza oltre che, in ipotesi, nel caso di società partecipata per motivi di pubblico interesse, anche degli *stakeholders* a cui vantaggio la partecipazione pubblica è prevista.

Cronoprogramma – Obbligo di accettazione in sede di gara

⇒ **Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5159**

1. APPALTO DI LAVORI – DISCIPLINA DI GARA – CLAUSOLA CHE RICHIEDE IL RISPETTO DI UN CRONOPROGRAMMA – ONERE FORMALE DI NATURA SOSTANZIALE – OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE LETTERALE E TELEOLOGICA.
2. APPALTO DI LAVORI – PROGETTAZIONE – CRONOPROGRAMMA – DOCUMENTO CHE RAPPRESENTA, SECONDO PECULIARI MODALITÀ DI RAPPRESENTAZIONE GRAFICA, L'ANDAMENTO NEL TEMPO DEGLI IMPORTI DEI LAVORI DA ESEGUIRE PRINCIPALMENTE IN CAMPO EDILIZIO.

1. Ciò che la legge di gara impone è l'indicazione dei giorni naturali e consecutivi offerti per l'esecuzione dei lavori e per questa indicazione vi è, invece, l'espressa richiesta alle imprese concorrenti di produrre un cronoprogramma, con sottoscrizione dell'impresa a pena di esclusione (...). Anche dal punto di vista teleologico, peraltro, la previsione da ultimo menzionata deve essere letta alla luce dell'esigenza (...) di fare emergere una volontà contrattuale certa e coercibile da parte della stazione appaltante". Si tratta di un "adempimento che invece non può che rispondere ad un preciso interesse sostanziale dell'amministrazione, secondo quanto ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato in ordine alle comminatorie espulsive o più in generale agli oneri formali imposti nei bandi di gara (cfr. tra le altre pronunce inquadabili in questo indirizzo giurisprudenziale: sez. III, 12 maggio 2011, n. 2851; sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334; sez. VI, 19 ottobre 2012, n. 5389). Il quale interesse sostanziale è appunto quello di fare emergere l'impegno contrattuale sui tempi dei lavori da parte delle imprese concorrenti e che qui si ritiene soddisfatto mediante la produzione del cronoprogramma sottoscritto.

2. In base agli artt. 17, All. XXI al codice dei contratti pubblici e 40 del regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207/2010, il cronoprogramma è un documento che rappresenta, secondo peculiari modalità di rappresentazione grafica, l'andamento nel tempo degli importi dei lavori da eseguire principalmente in campo edilizio. Il comma 1 dell'art. 17 ora richiamato prevede che il documento in questione ha la finalità "di stabilire in via convenzionale (nel caso di lavori compensati a prezzo chiuso) l'importo degli stessi". Il comma 1 del parimenti citato art. 40 richiama poi l'art. 171, comma 12, del medesimo regolamento, il quale disciplina le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei tempi indicati nel cronoprogramma sotto il profilo del pagamento del prezzo. Dalle citate disposizioni normative emerge quindi che il documento in questione ha rilievo negoziale e del resto è evidente che in tanto lo stesso può avere un'utilità pratica in quanto presupponga una volontà contrattuale certa e definitiva in ordine ai tempi dei lavori ivi descritti. Nel caso di specie, poi, dalle disposizioni di *lex specialis* emerge che con tale volontà la stazione appaltante ha inteso suggellare con la sottoscrizione del cronoprogramma, così rendendo chiaramente riconoscibile l'impegno al rispetto dei tempi di esecuzione dei lavori in esso rappresentati.