Pubblicato il 09/07/2020

N. 00013/2020REG.PROV.COLL.

N. 00008/2020 REG.RIC.A.P.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8 di A.P. del 2020, 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 legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Angelini, Teresa Billiani, con domicilio eletto presso lo studio Isabella Angelini in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

nei confronti

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

Rti - Idrotermica F.Lli Soldera e in Proprio, 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 di Comune di Tarvisio e di Incos S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Rti;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2020 il Presidente Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati Aldo Fera, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d.l. n. 28/2020;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1- Il Comune di Tarvisio ha indetto una gara avente ad oggetto la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predial. Nel bando del 10 agosto 2012 si stabiliva che l'opera era da realizzarsi entro il termine di 30 giorni per la progettazione, 365 per l'esecuzione e per l'importo complessivo di euro 3.060.200,85. Il sistema di gara prescelto era stato quello della procedura aperta da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del d.lgs. n.163 del 2006. La commissione aggiudicatrice, dopo aver espletato la procedura di gara in due sedute, ha provvisoriamente aggiudicato l'appalto al R.T.I. In.Co.S. Infrastrutture Costruzioni e Servizi. All'aggiudicazione provvisoria è seguita quella definitiva per effetto della determinazione del dirigente dell'area tecnica n. 538 del 12 ottobre 2012.

A seguito di accesso agli atti, il Consorzio cooperative costruzioni ha proposto ricorso per l'annullamento del predetto provvedimento innanzi al Tar Friuli Venezia Giulia, dove si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Tarvisio sia l'aggiudicatario R.T.I. In.Co.S Infrastrutture Costruzioni e Servizi, che ha proposto ricorso incidentale.

2- A sostegno del gravame, successivamente integrato da motivi aggiunti, il ricorrente principale 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 In.Co.S 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- L'In.Co.S S.r.l., ritualmente evocata in giudizio, nel ricorso incidentale lamentava:

a) che, in asserita violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, 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 omesso di allegare la documentazione relativa alla figura del direttore tecnico, di cui non aveva neppure richiamato 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 la ricorrente principale 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 denunziata 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, dotata di soggettività giuridica distinta da quella dei singoli professionisti; onde 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, il Consorzio contestava, per quanto di interesse, la correttezza della decisione, all'uopo criticamente reiterando le proprie disattese ragioni di doglianza ed auspicando la reiezione del ricorso incidentale di primo grado. Proponeva altresì domanda risarcitoria, sia in forma specifica sia per equivalente.

Si costituivano in giudizio il Comune di Tarvisio, per argomentare l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello, e In.Co.s. 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 al 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, sugli assunti:

a) che l'importo dell'appalto fosse inferiore alla soglia prevista;

b) che l'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 era una norma specifica ed autonoma, non analoga ad alcuna disposizione della direttiva 2004/18;

c) che non fosse neppure stata indicata alcuna altra disposizione della legislazione italiana che avrebbe reso applicabile il diritto dell'Unione sugli appalti pubblici di valore inferiore alle soglie previste dalla direttiva 2004/18 alla materia di cui all'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- Venuta meno la ragione di sospensione, alla pubblica udienza del 19 dicembre 2019, sulle 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- La sezione remittente, dopo aver rilevato che l'appellante principale ha dedotto che il R.T.I. controinteressato andava escluso per carenza di requisiti speciali nel progettista incaricato ed indicato ai sensi dell'articolo 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, e che tali requisiti non potevano essere suppliti mediante avvalimento, ha ritenuto di deferire la questione all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma. 1 cod. proc. amm. Tanto ha ritenuto, poiché sull'ammissibilità dell'avvalimento in tale situazione la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato si è pronunciata in modo difforme.

A riprova sono state richiamate le sentenze della Sezione V, 2 ottobre 2014, n. 4929, laddove si è affermato che, in ordine agli artt. 49, 53 e 90 del d.lgs. n.163 del 2006 e dell'art. 92 del 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 è stata indicata la sentenza della III sezione, 7 marzo

2014, n. 1072 , laddove 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, Sez. 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.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 24 giugno 2020 con le modalità di cui all'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18.

12- La questione sostanziale, sulla quale il collegio è chiamato a pronunciarsi, consiste nello stabilire quale sia la qualificazione giuridica del progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006, e se questi possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta la qualifica di altro professionista, singolo o associato. Pertanto solamente nell'ipotesi in cui il progettista originariamente indicato dal costituendo raggruppamento sia da qualificare come ausiliario in senso tecnico, ossia come l'effetto del meccanismo proprio dell'avvalimento (art. 49 e 53, comma 3, d.lgs. n. 163/2006), si pone l'ulteriore questione se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti.

13-In punto di fatto, il costituendo raggruppamento temporaneo che ha partecipato alla gara era composto dalla società In.Co.s S.r.l., quale mandataria, e dalla Idrotermica F.lli Soldera; non rientrando nelle loro attestazioni SOA la qualificazione per le prestazioni di progettazione, hanno congiuntamente indicato un progettista esterno, l'Ing. Gabriele Indovina, non facente parte del R.T.I.

Quest'ultimo a sua volta ha presentato un contratto di avvalimento stipulato con la Prisma Engineering S.r.l. (come soggetto ausiliario) all'evidente scopo di utilizzarne i requisiti, avendo dichiarato espressamente di essere privo di taluni di quelli richiesti dal bando, analiticamente indicati.

Più in dettaglio, il bando di gara, all'art. 12, stabilisce che: «qualora l'attestazione SOA dell'impresa concorrente non includa anche la qualificazione per prestazioni di progettazione, l'impresa potrà partecipare alla gara soltanto avvalendosi di un soggetto qualificato da indicare nell'offerta ovvero creando un raggruppamento temporaneo con soggetti qualificati per la progettazione di cui all'articolo 90, comma 1, lettere da d) a h) del D. Lgs. n. 163/2006. In tal caso il progettista associato o individuato dovrà […] essere in possesso dei requisiti di ordine generale […] nonché dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalle norme per la partecipazione alla gara». L'art. 14.1.2. del medesimo bando stabilisce: «relativamente alla progettazione esecutiva qualora l'attestazione SOA dell'impresa concorrente non includa anche la qualificazione per prestazioni di progettazione, l'impresa potrà partecipare alla presente gara soltanto avvalendosi di un soggetto qualificato da indicare nell'offerta… In tal caso il progettista associato o individuato dovrà essere in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi previsti dalle norme per la partecipazione alla gara al punto A "OFFERTA" […]». Ai sensi della lettera A) delle norme per la partecipazione alla gara (disciplinare) si stabilisce: «nella busta A…devono essere contenuti a pena di esclusione i seguenti documenti: […] 7.3 dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale (vedasi modello F) […] resa e sottoscritta: […] dal professionista singolo… in cui deve essere dichiarato pena l'esclusione: […]».

Dall'istanza di ammissione alla gara ufficiosa e dalle dichiarazioni sostitutive (in atti) presentate dall'impresa Idrotermica F.lli Soldera, mandante del costituendo raggruppamento risultato poi aggiudicatario, si evince, nella parte del modulo

relativa al possesso dei requisiti per le prestazioni di progettazione, che è stata barrata la dicitura "sono posseduti da progettisti esterni di cui all'articolo 90, comma 1 da d) a h) del D. Lgs. n. 16/2006, e a tale scopo allega apposita dichiarazione compilate sugli allegati modelli C e seguenti".

Sempre dagli atti risulta quanto sopra detto, ovvero che le società del costituendo raggruppamento hanno dichiarato di avvalersi del progettista Ing. Gabriele Indovina; più esattamente il documento è intitolato "nomina del progettista" e la dicitura adoperata nel testo è: "dichiarano di avvalersi del progettista…" (doc. 7 degli atti allegati dall'appellato).

14-Il collegio rileva ancora che dai richiamati atti di gara emerge pacificamente come la nomina del progettista sia stata semplicemente indicata dal raggruppamento aggiudicatario, senza che sia stato prodotto un contratto di avvalimento con il professionista originario. Questo è avvenuto del tutto legittimamente, in quanto la normativa generale e la "legge" della procedura consentivano di utilizzare un professionista esterno, senza la necessità di stipulare con lo stesso un formale contratto di avvalimento; ciò, nonostante nel sistema generale la semplice dichiarazione venga ritenuta sufficiente in luogo del contratto solamente quando il soggetto che fornisce i requisiti faccia parte del gruppo o del raggruppamento, a ulteriore riprova che nel caso di specie si tratti di una semplice prestazione professionale autorizzata. Tant'è che solo nel caso in cui i requisiti necessari per la parte progettuale non fossero posseduti dal soggetto legittimato a formulare l'offerta, era necessaria la nomina del progettista esterno in possesso dei requisiti richiesti; cosa che è stata regolarmente effettuata (doc. n. 7 degli atti prodotti dall'odierno appellante).

In ogni caso, quand'anche si dovesse ritenere che la nomina era da intendersi come un avvalimento in senso tecnico, la mancanza del contratto tra l'odierna appellata e il professionista indicato renderebbe l'offerta illegittima per questa ragione,

trattandosi pacificamente di soggetto estraneo al raggruppamento (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251).

Questo serve a chiarire come nel caso di specie viene in rilievo non tanto la questione generale se sia possibile un avvalimento di avvalimento (c.d. "avvalimento a cascata"), bensì se sia legittimo da parte di un professionista indicato, come tale non offerente, avvalersi, con l'esibizione di tale specifica tipologia di contratto, di altro soggetto in possesso dei requisiti di cui egli è sprovvisto.

15- Il collegio ritiene che il meccanismo posto in essere dal raggruppamento aggiudicatario (in questa sede appellato) sia illegittimo per i motivi che seguono.

L'istituto dell'avvalimento, di origine comunitaria, è stato disciplinato per la prima volta dall'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, agli artt. 49,50 e 88 del dpr. n. 207 del 2010. L'art. 49 stabiliva, al comma 1: «Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto». L'articolo 53 del medesimo codice, che è quello di cui la stazione appaltante ha fatto applicazione nel caso di specie, stabiliva, al comma 3: «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».

Dal confronto delle due norme risulta come, mentre quella generale ha individuato nel "concorrente" il soggetto legittimato ad avvalersi dell'istituto, quella speciale ha adoperato l'espressione "operatori economici", che può essere considerata come la sintesi dei soggetti così come intesi dalla prima norma riportata oppure come un'espressione polisensa, capace di allargare la legittimazione fino a ricomprendervi anche il progettista esterno alla compagine che ha formulato l'offerta.

L'espressione "concorrente" non può che avere il significato proprio di chi effettua l'offerta, che per il sistema della legge dell'evidenza pubblica e per l'art. 3, commi 19 e 22, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, non può che essere «colui che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi», ossia l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi.

Il collegio osserva che la questione non va risolta sulla base delle parole adoperate dal legislatore, che pure hanno il loro peso in sede di interpretazione, bensì sulla base della realtà giuridica. Anche perché quand'anche si dovesse optare per la lettura più larga, essa non necessariamente porta ad includere tra i concorrenti il professionista indicato per la progettazione, data la sua particolare posizione nel meccanismo dell'offerta dell'evidenza pubblica e nell'economia generale della specifica vicenda.

15.1- In ogni caso, come si ricava dalla scienza economica e dal diritto commerciale, l'operatore economico è l'imprenditore, singolo (2082 c.c.) o collettivo (2247 c. c.), che, operando professionalmente nel mercato, offre o acquista beni o servizi al fine di conseguire utili. Ad esso si contrappone il consumatore, cui manca la finalità indicata e l'organizzazione d'impresa. In questo quadro si inserisce il prestatore d'opera professionale (2229 c. c.), il cui contratto può essere concluso anche da una società di capitali, i cui soci esercitino professioni c.d. protette, che prevedono l'iscrizione ad un albo. Esso è caratterizzato dalla autonomia rispetto al committente, dalla retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, che è di

mezzi e non di risultato. Per quel che qui interessa, il professionista non partecipa agli utili del committente quando questi rivesta la qualità di imprenditore, che è tenuto comunque alla corresponsione della retribuzione, essendo il rischio del lavoro del professionista a carico del committente. Non è casuale, per rimanere alla fattispecie in esame, che all'art. 53 sia stato aggiunto il comma 3 bis, che prevede per la stazione appaltante la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione.

Il richiamo di tali nozioni si è reso necessario, avendo le difese dedotto non poco sul significato da attribuire all'espressione "operatore economico".

15.2- Tuttavia il collegio osserva come il significato da attribuire a tale espressione, nel caso di specie, ci viene dallo stesso legislatore, laddove all'art. 3, comma 22, del codice dei contratti pubblici, più volte richiamato e applicabile *ratione temporis*, stabilisce che: «Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi». Non a caso in dottrina comincia a farsi strada l'idea che l'avvalimento rientri nei contratti d'impresa.

Pertanto è naturale concludere che il professionista indicato non rientra nei soggetti legittimati ad utilizzare l'istituto dell'avvalimento, non essendo un operatore economico nel senso voluto dalla disciplina dei contratti pubblici.

La posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa, che ha formulato l'offerta con la conseguente aggiudicazione e che si ricava dalla "legge" di gara, è, come già anticipato, quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta. Rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità.

15.3- Tale situazione non muta neppure nel caso di appalto c. d. integrato, caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara; e in ogni caso la legge non configura un meccanismo diverso da quello previsto in generale.

D'altronde, anche l'impresa ausiliaria, figura propria dell'avvalimento, rimane sempre estranea alla vicenda dell'aggiudicazione e del conseguente contratto di appalto o di servizi, nonostante la legge fissi una forma di responsabilità solidale che viene assunta in adempimento del contratto di avvalimento e al tempo stesso è la riprova di una soggettività separata e distinta. Il contratto ha come contenuto la promessa dell'obbligazione (o fatto) del terzo (art. 1381 c. c.) e la dichiarazione dell'ausiliario di impegno verso la stazione appaltante ne costituisce l'esecuzione; senza tale dichiarazione non vi sarebbe nessuna possibilità per la stazione appaltante di pretendere il coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione del contratto attraverso la messa a disposizione dei mezzi e delle qualifiche e men che meno vi sarebbe la responsabilità solidale. La dichiarazione dell'ausiliaria costituisce il punto di contatto giuridico tra la fase negoziale e il subprocedimento dell'avvalimento che si apre nella fase dell'offerta di gara.

15.4- Occorre precisare che, come si vedrà oltre, per la giurisprudenza dell'Unione europea, 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 (si veda da ultimo Corte di giustizia CE, sez.X, 11 giugno 2020, C-219/19 *Parsec,* che, in linea con la nozione ampia di operatore economico, va incluso in detta categoria qualunque persona o ente collettivo che operi sul mercato << *a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha deciso di operare*>>). Il che ha talora indotto ad optare per l'orientamento più permissivo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929, cit.). A tal proposito è sufficiente osservare come, per le ragioni spiegate, anche nel

diritto dell'Unione il significato di operatore economico non è stato mai esteso alla figura del professionista, che anche in quell'ordinamento ha la stessa connotazione giuridica dell'ordinamento interno, ossia non è operatore del mercato nell'accezione tecnica indicata.

16- L'aggiudicazione è illegittima anche per un'altra doppia serie di motivi.

16.1- Dalla configurazione che il collegio ha ritenuto di dare alla figura del professionista esterno indicato dal raggruppamento che ha formulato l'offerta, discende che questi assume un rilievo tale per cui deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e, per altra via, gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato, come avvenuto nel caso di specie.

Infatti, il raggruppamento risultato aggiudicatario ha indicato solamente l'ingegner Indovina e non anche la società Prisma Engineering S.r.l. Questo esclude anche che il collegio possa eventualmente riqualificare il contratto di avvalimento intervenuto tra i due soggetti come l'espressione, sia pure anomala, di una forma di associazione temporanea tra professionisti, che complessivamente avrebbero posseduto i requisiti richiesti dal bando. Pertanto, stante il meccanismo utilizzato, l'ingegnere indicato avrebbe dovuto possedere in proprio detti requisiti. Peraltro questa è in genere la regola nel caso di incarico professionale, non avendo molto senso indicare un professionista sprovvisto dei requisiti, dato il carattere normalmente fiduciario del rapporto tra il committente e il professionista stesso. Ciò è tanto più necessario per il procedimento dell'evidenza pubblica, nel quale occorre garantire l'amministrazione circa l'affidabilità dell'appaltatore nella sua struttura complessiva anche in vista dell'esecuzione dell'opera progettata.

16.2-La soluzione che il collegio ha ritenuto di dare al caso di specie consentirebbe in astratto di escludere l'esame della questione relativa al cosiddetto avvalimento "a cascata", su cui egualmente gli scritti difensivi hanno molto indugiato.

Infatti, se il rapporto tra il professionista 'indicato' e il raggruppamento partecipante alla gara attraverso l'offerta non integra l'ipotesi dell'avvalimento, il contratto di avvalimento presentato dal professionista rimane privo di effetti, non essendoci rapporto, nemmeno indiretto, tra la società -sua- ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice.

Avendo al contrario il giudice territoriale considerato la fattispecie come rientrante nello schema dell'avvalimento e in particolare nella sottospecie cosiddetta "a cascata", ne è conseguita l'affermata legittimità dell'aggiudicazione, pur nella consapevolezza del contrasto giurisprudenziale registrabile sull'ammissibilità dell'istituto nel vigore dell'abrogato codice dei contratti pubblici. Questo giustifica l'estensione della motivazione ad aspetti non rigorosamente necessari per salvaguardarne la congruità e la sufficienza, pur rimanendo la questione dell'avvalimento "a cascata" il punto di diritto su cui il collegio è stato chiamato a pronunciarsi.

16.3- Sin dalla prima apparizione dell'istituto dell'avvalimento nel panorama ordinamentale europeo e nazionale, la giurisprudenza si è dovuta occupare – oltre a tante altre, larga parte delle quali sono state risolte dalla sentenza Ad. Plenaria n. 23 del 4 aprile 2016 – delle due questioni che vengono ora in rilievo, ossia l'applicazione generalizzata (e non come eccezione ammessa nella singola gara) e l'ammissibilità della fattispecie in cui il soggetto che 'presta' i requisiti all'impresa ausiliata possa a sua volta avvalersi dei requisiti di altra impresa ausiliaria.

In particolare, va registrato un primo contrasto tra la giurisprudenza interna e quella comunitaria addensatosi intorno al significato da attribuire all'art. 49, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, in base al quale solo in ipotesi eccezionali e solo qualora il

bando di gara lo prevedesse, era possibile l'avvalimento cosiddetto multiplo o plurimo, ossia da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione. Era invece vietato l'avvalimento frazionato, ossia la possibilità di cumulare tra concorrente e impresa ausiliaria i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Proprio in questo contesto si è affermata la differenza concettuale tra avvalimento plurimo e frazionato; dove nel primo caso ci si avvale di più di un soggetto, mentre nella seconda ipotesi il concorrente si avvale di un solo soggetto, con la particolarità che ognuno di essi da solo non possiede il requisito o i requisiti di partecipazione ed è solo cumulando i propri con quello dell'altro che viene raggiunta la soglia richiesta. Successivamente a questa iniziale distinzione si sono aggiunte altre sottospecie come gli avvalimenti interni plurimi e incrociati e l'avvalimento *ad abundantiam*, oltre alle classiche distinzioni fondate sul contenuto del contratto, ossia l'avvalimento operativo e quello di garanzia.

In quel contesto la giurisprudenza interna, diffidando del nuovo istituto, aveva dato piena applicazione alle limitazioni e ai divieti della norma indicata (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; id., 24 maggio 2013, n. 2832; Sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161; Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439). Una timida apertura era contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 8 febbraio 2011, n. 857, che mostrava un certo favore per l'affermazione del principio della più ampia partecipazione delle imprese alle gare. In realtà, già in precedenza la medesima Sezione, con sentenza del 28 settembre 2005, n. 5194, aveva affermato la portata generale del principio dell'avvalimento, ritenendolo valevole per tutti i tipi di contratti pubblici, avuto riguardo anche alle attestazioni SOA; pur precisando poi, con riferimento alla concessione di servizi, che ciò deve risultare chiaramente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice attraverso l'espresso richiamo nel bando di gara dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385).

In ogni caso, dunque, già nel vigore del più volte richiamato art. 49 del codice del 2006 la giurisprudenza riteneva che tale norma non poneva alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, estendendolo anche per la certificazione di qualità (Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911; id., 6 marzo 2013, n. 1368; Sez. IV, 1° agosto 2012, n. 4406; id., 17 ottobre 2012, n. 5340).

16.4- In quel contesto la Corte di giustizia europea, con la sentenza 10 ottobre 2013, numero C-94/12, cambia il quadro normativo interno e quindi anche il quadro giurisprudenziale, laddove afferma che gli articoli 47, par. 2 e 48, par.3 della direttiva 2004/ 18/CE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione nazionale che vieti, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, della capacità di più imprese; la pronuncia si era formata a proposito di una controversia dove il raggruppamento temporaneo di imprese era stato escluso dalla gara d'appalto in considerazione del divieto generale di avvalimento all'interno della medesima categoria di qualificazione, ai sensi dell'articolo 49, comma 6, del Codice dei contratti pubblici del 2006. Una prima applicazione dei principi contenuti nella pronuncia si è avuta con Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874.

In tale sentenza la Corte di Lussemburgo ha evocato il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti necessari, richiamando il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella considerazione che 1'ampio ricorso all'istituto dell'avvalimento è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole medie imprese agli appalti pubblici. La Corte di giustizia ha poi confermato la valenza generale dell'istituto dell'avvalimento e i limitati margini riconosciuti ai legislatori nazionali nel limitarne il campo di estensione (sentenza del 7 aprile 2016 in causa C-324/14; 14 settembre 2017 in causa

C-223/16). Tuttavia, la Corte di giustizia nelle sentenze indicate ammonisce che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione vanno sempre conciliati con l'obbligo di trasparenza, che non consente trattative fra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici.

16.5- Successivamente, come è noto, la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento (criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. zz), in attuazione dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al cosiddetto "avvalimento a cascata", sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare". Le disposizioni sono poi penetrate nell'art. 89 del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, al comma 6, vieta espressamente il cosiddetto avvalimento "a cascata", consentendo invece quello plurimo e frazionato; con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità.

Questo rende nuovamente di attualità la giurisprudenza richiamata, formatasi nel vigore del precedente codice, secondo cui nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato. Ciò, in quanto una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione è collegata alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, che non viene assicurato dalla semplice dichiarazione dell'ausiliaria in esecuzione del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliata, anche se dal meccanismo ne consegue la responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

In proposito il collegio osserva come il divieto contenuto nel Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame, ha comunque un ruolo di orientamento per l'interprete, che è tenuto a tenere nel debito conto le tendenze evolutive dell'ordinamento.

16.6- In sintesi, quanto all'articolo 53, comma 3, applicato nella vicenda in esame, nonostante non esistesse nel vecchio codice dei contratti pubblici un divieto espresso del cosiddetto "avvalimento a cascata", la giurisprudenza maggioritaria già propendeva per la non ammissibilità. Era ritenuta decisiva la considerazione che, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività della concorrenza, l'applicazione dell'istituto deve essere comunque contemperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto (cfr. *ex multis* le già citate Cons. Stato, Sez.III, 7 marzo 2014, n. 1072 e Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251).

17- Alla luce delle considerazioni svolte l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto:

il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta.

18- In conclusione il motivo d'appello va accolto; per l'effetto va annullata la sentenza di primo grado e accolto il ricorso originario.

La causa va rimessa alla sezione perché si pronunci sulla domanda risarcitoria ritualmente proposta nell'atto di appello.

Le spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il motivo dell'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario.

Dispone la restituzione degli atti alla sezione perché si pronunci sulla domanda risarcitoria.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, tenutasi con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Gianpiero Paolo Cirillo