

TRACCE
di Roberto Garofoli

Roberto GAROFOLI – Alessandro AULETTA

**LE NUOVE
TRACCE
DI
AMMINISTRATIVO**

**Temi svolti
con analisi guidate
e focus giurisprudenziali**

**NEL DIRITTO
EDITORE**

CONCEPT E GRAPHIC DESIGN

Pantaleo MEZZINA

Aranea Internet Marketing s.r.l. - Molfetta (Ba)
www.araneamarketing.it

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GENNAIO 2016 DA:

Arti Grafiche Editoriali Srl
Via della Stazione, 41
61029 URBINO (PU)
Italy

© NELDIRITTO EDITORE srl, Piazza Galeria, 17 - Roma

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

ISBN 978-88-6657-677-8

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

I lettori che desiderano essere informati sulle novità di Neldiritto Editore possono visitare il sito web www.neldirittoeditore.it o scrivere a info@neldiritto.it

PREMESSA

La casistica giurisprudenziale impone un'inarrestabile attività di selezione delle questioni di cui occuparsi nel percorso di formazione e aggiornamento.

L'Opera – radicalmente rinnovata nei contenuti e nella stessa filosofia di fondo – identifica taluni tra i più significativi temi di recente al centro dell'attenzione pretoria, in specie quelli che, per settorialità e specificità, sfuggono ad una trattazione manualistica, ad onta della loro spiccata attualità.

Tanti i profili problematici presi in considerazione e analizzati sempre seguendo un metodo semplice che muove dall'inquadramento generale dei principi per giungere ad esaminare, in modo completo ed esaustivo, le spesso numerose correlazioni con istituti connessi oltre che le questioni applicative.

Il metodo di analisi seguito consente, in particolare, a chi si sta preparando per i più impegnativi concorsi pubblici, primo tra tutti l'imminente concorso per 350 posti di magistrato ordinario, non solo di mettere a fuoco tematiche "temibili", ma anche di far proprio un approccio "semplice" a problematiche anche esasperatamente complesse, con un ordinato e ragionato esame delle norme generali e settoriali che vengono in rilievo.

Ogni trattazione si conclude con l'estratto delle pronunce giurisprudenziali rilevanti: la lettura della motivazione delle sentenze è, invero, un ausilio essenziale per consolidare la preparazione e meglio comprendere i percorsi logico-giuridici seguiti in giurisprudenza.

Gennaio 2016

gli autori

CURATORI

GAROFOLI Roberto
AULETTA Alessandro

AUTORI

ACQUAVIVA Coppola Guido (tracce nn. 31 e 35)
APOSTOLO Cristiana (tracce nn. 6 e 7)
AULETTA Alessandro (tracce nn. 3, 19 e 36)
BRIGANTE Vinicio (tracce nn. 24 e 29)
CORBETTA Federica (tracce nn. 2 e 15)
D'ANGIÒ Adriana S.A. (tracce nn. 13 e 17)
DI NATALE Concetta (tracce nn. 33 e 34)
FOGGIA Francesco (tracce nn. 1 e 11)
FRAJOLI GUALDI Cecilia (tracce nn. 30 e 32)
GIORDANO Carlo (tracce 5 e 9)
INGENITO Chiara (tracce nn. 8 e 18)
IORIO Fabiana (traccia n. 28)
PATRONI GRIFFI Luigi (tracce nn. 23 e 27)
PERNA Ida (tracce nn.14 e 22)
RASCIO Viviana (tracce nn. 16 e 20)
ROMANO Giacomo (traccia n. 26)
SABATO Gabriele (tracce nn. 21 e 25)
SPOSATO Valeria (traccia n. 12)
TALAMONA Carla (tracce nn. 4 e 10)

SOMMARIO

Capitolo I Fonti del diritto amministrativo

TRACCIA 1

LA RILEVANZA DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO INTERNO IN RAPPORTO ALLA QUESTIONE DELLA REITERAZIONE DEI VINCOLI PREORDINATI ALL'ESPROPRIO
CONS. ST., SEZ. IV, 7 GIUGNO 2012, N. 3365 3

TRACCIA 2

IMPUGNABILITÀ DEI REGOLAMENTI ED INDIVIDUAZIONE DEI CONTROINTERESSATI
T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. II, 4 SETTEMBRE 2012, N. 7516
CONS. ST., COMMISSIONE SPECIALE, PARERE, 26 GIUGNO 2013, N. 3014 16

TRACCIA 3

PROVVEDIMENTI TARIFFARI E PROVVEDIMENTI PREZZI, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA DETERMINAZIONE DEI COSTI DEL SERVIZIO DI AUTOTRASPORTO SU STRADA NEL QUADRO DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA
C.G.U.E., 4 SETTEMBRE 2014, IN CAUSA C-124/13 27

TRACCIA 4

LA NOZIONE DI ATTO POLITICO NELLA GIURISPRUDENZA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ATTO DI INDIZIONE DELLE ELEZIONI REGIONALI ED AL RELATIVO DINIEGO OD INERZIA
CONS. ST., SEZ. V, 27 NOVEMBRE 2012, N. 6002 39

Capitolo II Organizzazione della pubblica amministrazione

TRACCIA 5

IL FUNZIONARIO DI FATTO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DELLA CADUCAZIONE, PER VIZI DI LEGITTIMITÀ, DELL'ATTO DI INVESTITURA: IL REGIME DEGLI ATTI EMANATI *MEDIO TEMPORE*
CONS. ST., SEZ. VI, 27 APRILE 2015, N. 2116 53

TRACCIA 6

IMPRESA PUBBLICA E APPALTI ESTRANEI AI SETTORI SPECIALI
CONS. ST., AD. PLEN., 1 AGOSTO 2011, N. 16 69

TRACCIA 7

LA SOCIETÀ IN HOUSE E L'INCIDENZA DELLA DIR. 24/2014: IL CASO CINECA
CONS. ST., SEZ. II, PARERE 30 GENNAIO 2015, N. 298; CONS. ST., SEZ. III, 7 MAGGIO 2015, N. 2291; CONS. ST., SEZ. VI, 26 MAGGIO 2015, N. 2660; CONS. ST., SEZ. III, 25 NOVEMBRE 2015, N. 5359 85

TRACCIA 8

ATTI SANZIONATORI PER PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL SETTORE DEL CREDITO: PROFILI DI COMPETENZA

CONS. ST., AD. PLEN., 11 MAGGIO 2012, N. 14; CONS. ST., SEZ. VI, 16 GIUGNO 2015, N. 4351/O.

101

**Capitolo III
Pubblico impiego**

TRACCIA 9

SCORRIMENTO DELLA GRADUATORIA E INDIVIDUAZIONE DEL MAGISTRATO GIUDICENTE

CONS. ST., SEZ. IV, 4 LUGLIO 2014, N. 3407

119

**Capitolo IV
Beni pubblici**

TRACCIA 10

CONCESSIONE DEL DEMANIO MARITTIMO E TUTELA DELLA CONCORRENZA, CON RIFERIMENTO ALLA (IN)CONFIGURABILITÀ DEL DIRITTO DI INSISTENZA

CONS. ST., SEZ. VI, 12 GIUGNO 2015, N. 2889

135

**Capitolo V
Azione amministrativa**

A) Il procedimento amministrativo

TRACCIA 11

INCIDENZA DELLO *IUS SUPERVENIENS* SUL PROCEDIMENTO IN CORSO

CONS. ST., AD. PLEN., 10 MAGGIO 2011, NN. 7 E 8

151

TRACCIA 12

PREAVVISO DI RIGETTO ED APPLICABILITÀ ALLE FATTISPECIE LIBERALIZZATE

CONS. ST., SEZ. IV, 19 GIUGNO 2014, N. 3112

161

TRACCIA 13

SCIA E POTERI INIBITORI E SANZIONATORI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, TRA OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI E RIFORME LEGISLATIVE

T.A.R. PIEMONTE, SEZ. II, 1° LUGLIO 2015, N. 1114 E LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA L. 7 AGOSTO 2015, N. 124

170

TRACCIA 14

REGIME GIURIDICO DEGLI ACCORDI EX ART. 11 LPA ED AZIONI ESPERIBILI

CONS. ST., AD. PLEN., 20 LUGLIO 2012, N. 28 E CASS. S.U., 9 marzo 2015, n. 4683

185

TRACCIA 15

L'ATTO PLURIMOTIVATO CONSEGNATO RIGUARDO ALLE CONDIZIONI CHE DEVONO SUSSISTERE AI FINI DELL'ANNULLAMENTO

CONS. ST., SEZ. III, 22 APRILE 2014, N. 2247

197

TRACCIA 16

NATURA GIURIDICA DELLA CONFERENZA DI SERVIZI, CON SEGNATO RIFERIMENTO ALLA INDIVIDUAZIONE DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNABILE ED ALLA INDIVIDUAZIONE DEI CONTROINTERESSATI

T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. II-B/S, 9 FEBBRAIO 2015, N. 2238, TENENDO CONTO ANCHE DELLA DELEGA CONTENUTA NELLA LEGGE MADIA

207

B) Provvedimento amministrativo e poteri di autotutela

TRACCIA 17

VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ANOMALA, CON SEGNATO RIFERIMENTO AI LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI ESPRESSIONE DI DISCREZIONALITÀ TECNICA.

CASS. S.U. 16 LUGLIO 2014, N. 16239; CONS. ST., AD. PLEN., 3 febbraio 2014, n. 8; CONS. ST., SEZ. V, 16 GENNAIO 2015, N. 89

221

TRACCIA 18

FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO E POTERI SUCCESSIVI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA QUESTIONE SE IL DINIEGO SUCCESSIVO ALLA FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO, ADOTTATO AL DI FUORI DELLO SCHEMA CHE REGOLA L'ADOZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI SECONDO GRADO, SIA NULLO O ANNULLABILE

CONS. ST., SEZ. IV, 11 APRILE 2014, N. 1767; T.A.R. SICILIA, PALERMO, SEZ. III, 12 MARZO 2015, N. 653

233

TRACCIA 19

ATTI DI RITIRO DI PROVVEDIMENTI ATTRIBUTIVI DI BENEFICI ECONOMICI: DISTINZIONI E PROFILI DI GIURISDIZIONE

CONS. ST., AD. PLEN., 29 LUGLIO 2013, N. 17; CONS. ST., AD. PLEN., 29 gennaio 2014, n. 6; INCIDENZA DELLA C.D. LEGGE MADIA.

247

C) Patologia del provvedimento amministrativo

TRACCIA 20

LA NULLITÀ PER VIOLAZIONE O ELUSIONE DEL GIUDICATO, CON SEGNATO RIFERIMENTO ALLA CUMULABILITÀ DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO RIGUARDO AI VIZI "INEDITI" DELL'ATTO ADOTTATO DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN SEDE DI RIESERCIZIO DEL POTERE

CONS. ST., SEZ. V, 28 LUGLIO 2015, N. 3713

267

TRACCIA 21

L'ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO EMANATO SULLA SCORTA DI UN DECRETO LEGGE NON CONVERTITO, CON SEGNATO RIFERIMENTO ALLA CONFIGURABILITÀ O MENO DELLA INEFFICACIA AUTOMATICA

CONS. ST., SEZ. V, 20 FEBBRAIO 2014, N. 791

279

Capitolo VI Discipline settoriali

A) Espropriazione

TRACCIA 22

ACQUISIZIONE SANANTE E GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: SULLA CONFIGURABILITÀ DEL POTERE DI ADOTTARE IL PROVVEDIMENTO DI CUI ALL'ART. 42-BIS U.ESP. IN CAPO AL COMMISSARIO AD ACTA

CONS. ST., SEZ. IV, 3 LUGLIO 2014, N. 3347 (IN ATTESA DELLA PLENARIA) **291**

B) Contratti pubblici

TRACCIA 23

AMMISSIBILITÀ DEI CONTATTI ATICIPI, CON SPECIFICO RIFERIMENTO AL CONTRATTO DI SPONSORIZZAZIONE ED AL SERVIZIO DI TESORERIA CON CLAUSOLA DI SPONSORIZZAZIONE

CONS. ST., SEZ. VI, 12 NOVEMBRE 2013, N. 5378; CONS. ST., SEZ. V, 6 GIUGNO 2011, N. 3377 **305**

TRACCIA 24

AMMISSIBILITÀ DELL'AVVALIMENTO FRAZIONATO

C.G.U.E., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94 **321**

TRACCIA 25

SORTE DEL CONTRATTO A SEGUITO DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE

T.A.R. PIEMONTE, 11 APRILE 2013, N. 452 **335**

Capitolo VII Responsabilità della pubblica amministrazione

TRACCIA 26

RISARCIBILITÀ DELLA LESIONE DI INTERESSI LEGITIMI PRETENSIVI, CON SEGNATO RIFERIMENTO ALL'ELEMENTO DELLA COLPA, ANCHE NELLA MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI

CONS. ST., SEZ. IV, 1 LUGLIO 2015, N. 3258; CONS. ST., SEZ. III, 10 APRILE 2015, N. 1839 **349**

TRACCIA 27

AZIONE RISARCITORIA AUTONOMA: IL REGIME APPLICABILE AGLI ILLECITI COMMESSI PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

CONS. ST., AD. PLEN., 6 LUGLIO 2015, N. 6; CORTE COST., 31 MARZO 2015, N. 57/0. **365**

TRACCIA 28

RAPPORTO TRA TUTELA DI ANNULLAMENTO E TUTELA RISARCITORIA CON RIFERIMENTO ALL'IPOTESI IN CUI LA DOMANDA DI ANNULLAMENTO RIGUARDI UN PROVVEDIMENTO DA CUI SCATURISCONO POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE CONSOLIDATESI NEL TEMPO: IL RILIEVO DEL PRINCIPIO DELLA DOMANDA

CONS. ST., AD. PLEN., 13 APRILE 2015, N. 4 **383**

TRACCIA 29 RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA IPOTESI DEL DANNO DA RITARDO T.A.R. MOLISE, CAMPOBASSO, 30 MAGGIO 2013, N. 357	400
--	------------

Capitolo VIII
Giustizia amministrativa

TRACCIA 30 GIUDICE AMMINISTRATIVO E DIRITTI FONDAMENTALI CONS. ST., SEZ. III, 2 SETTEMBRE 2014, N. 4460	419
---	------------

TRACCIA 31 AMMISSIBILITÀ DELLA TECNICA CAUTELARE DEL <i>REMAND</i> E SORTE DEL PROCESSO DI MERITO A FRONTE DELLA SODDISFAZIONE DELLA PRETESA DEL RICORRENTE T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I, 7 APRILE 2014, N. 911; T.A.R. LAZIO, ROMA, 27 LUGLIO 2015, N. 10245.	429
---	------------

TRACCIA 32 DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO CONS. ST., SEZ. V, 27 MARZO 2015. N. 1605; CONS. ST., SEZ. V, 9 MARZO 2015, N. 1192	438
---	------------

TRACCIA 33 DIFETTO DI GIURISDIZIONE E <i>TRANSLATIO IUDICII</i> T.A.R. PUGLIA, LECCE, 11 APRILE 2013, N. 834	447
--	------------

TRACCIA 34 CUMULO DI DOMANDE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E MUTAMENTO DEL RITO T.A.R. CALABRIA, REGGIO CALABRIA, 14 FEBBRAIO 2013, N. 102	456
--	------------

TRACCIA 35 IL RAPPORTO TRA APPELLO AVVERSO IL DISPOSITIVO ED APPELLO AVVERSO LA SENTENZA COMPLETA NEL RITO ABBREVIATO CONS. ST., AD. PLEN., 3 FEBBRAIO 2014, N. 8	467
---	------------

TRACCIA 36 GRADUAZIONE DEI MOTIVI DI RICORSO: AMMISSIBILITÀ, LIMITI E CONSEGUENZE CONS. ST., AD. PLEN., 27 APRILE 2015, N. 5	476
--	------------

AMMISSIBILITÀ DELL'AVVALIMENTO FRAZIONATO C.G.U.E., SEZ. V, 10 OTTOBRE 2013, N. 94

SOMMARIO: 1. Genesi e inquadramento giuridico - 2. L'avvalimento frazionato - 2.1 Divieto di avvalimento frazionato - 2.1.1. Divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria - 2.2 Ammissibilità dell'avvalimento frazionato - 3. Legge di adempimento degli obblighi formali derivanti dall'appartenenza all'U.E. e prospettive di recepimento

1. Genesi e inquadramento giuridico.

L'**avvalimento** è un istituto di **derivazione comunitaria**, che ha rinvenuto la propria genesi nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ed è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'istituto costituisce un **metodo di qualificazione indiretta**, in base al quale un operatore economico, privo dei requisiti minimi richiesti in una procedura di affidamento, può far valere, presso l'autorità aggiudicatrice, le **risorse di terzi**, ai quali risulta avvinto da una relazione giuridica qualificata.

Il ricorso all'avvalimento realizza il **possesso per relationem delle competenze** e configura un'**eccezione al principio generale** che impone a ogni singolo concorrente di **possedere in proprio i requisiti di qualificazione**.

La nozione di qualificazione, che informa tutta la normativa in tema di appalti, impone ai soggetti esecutori di lavori pubblici di essere qualificati e di improntare la propria attività ai principi di qualità, professionalità e correttezza.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il possesso di tali requisiti debba preesistere al momento della procedura, si contravverrebbe al principio comunitario dell'effetto utile, in quanto si richiederebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali, senza alcuna certezza in ordine all'aggiudicazione dell'appalto stesso.

L'avvalimento è espressione del suddetto principio dell'effetto utile applicato ai requisiti di gara, in ottemperanza all'obiettivo di **ampliare la platea dei potenziali concorrenti**, in quanto, ai fini della partecipazione, occorre unicamente comprovare il possesso, da parte del terzo, dei requisiti prescritti e dimostrare la futura e affidabile disponibilità dei mezzi del

soggetto di cui si spendono le competenze.

La *sedes materiae*, dell'elaborazione operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di avvalimento, è rappresentata dal rapporto tra società appartenenti allo stesso gruppo, essendo stata riconosciuta come conforme al diritto comunitario l'ipotesi in cui alla gara partecipi la *holding* che si sia avvalsa dei mezzi delle società del gruppo.

Sul piano giuridico-formale, l'alterità soggettiva tra soggetto partecipante e soggetto titolare dei requisiti e il rigore che informa tutta la fase della scelta del contraente avrebbero dovuto determinare l'esclusione del soggetto sprovvisto dei requisiti richiesti.

La giurisprudenza comunitaria, per valorizzare il dato sostanziale dello sviluppo della concorrenza, al fine di garantire l'obiettivo della libera circolazione dei servizi, attraverso il massimo ampliamento possibile della pletera dei concorrenti ai pubblici incanti, ha richiesto come **unico presupposto**, ai fini della partecipazione, **la prova dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse del soggetto ausiliario**, onere probatorio di cui è titolare il soggetto concorrente.

Le coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte di Giustizia, in tema di società appartenenti allo stesso gruppo, e l'indifferenza dell'ordinamento comunitario nei confronti della forma negoziale prescelta dalle parti per plasmare il vincolo giuridico intercorrente tra soggetto ausiliario e concorrente, hanno consentito alla giurisprudenza di **estendere l'ambito applicativo dell'istituto anche oltre le ipotesi dei rapporti infragruppo**.

L'approdo normativo dell'istituto, con la direttiva 2004/18/CE, si è posto come logico sviluppo di tale assunto pretorio, mediante una **previsione molto flessibile** che ha consentito di confermare gli ampi margini applicativi dell'istituto ed ha permesso di adattare lo stesso alle esigenze proprie dell'ordinamento di ciascun Stato membro.

La genesi dell'avvalimento vive sul filo dell'equilibrio tra concessioni fatte alla sostanza economica delle relazioni e garanzie di effettività a tutela della disciplina pubblicistica in ordine alle modalità di affidamento dei pubblici appalti (CINTIOLI).

Sulla scorta dei precedenti comunitari, la prevalente giurisprudenza interna ha riconosciuto come la potestà di avvalimento sia espressione di un principio generale valido per tutti i settori (lavori, servizi, forniture), in virtù del quale **un operatore che non soddisfi autonomamente i requisiti minimi prescritti per la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, può far valere le capacità di terzi, cui ricorrere per l'esecuzione dell'appalto** (*Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383*).

L'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, ai sensi del quale "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" delinea la disciplina interna dell'istituto, recependo le indicazioni contenute nella direttiva.

La codificazione dell'istituto dell'avvalimento consacra il definitivo superamento dei tradizionali principi interni in tema di qualificazione, in virtù dei quali il concorrente deve possedere in proprio i requisiti prescritti, sin dal momento della pubblicazione del bando (LEGGIADRO).

Il legislatore nazionale ha adottato una serie di cautele al fine di salvaguardare il carattere fiduciario e personale del rapporto intercorrente tra stazione appaltante e soggetto privato, alterato dall'anomala relazione trilaterale tra avvalente, avvalso e stazione appaltante (ILACQUA).

In tale prospettiva, la disciplina del Codice dei contratti pubblici ha posto una serie di vincoli all'ambito applicativo dell'istituto; **il ricorso all'avvalimento è circoscritto ai requisiti oggettivi di ordine speciale, economico-finanziari e tecnico-organizzativi.**

La caratteristica peculiare dell'avvalimento è rinvenibile nella circostanza che il **soggetto ausiliario rimane estraneo alla gara indetta per l'affidamento e all'esecuzione dell'opera**, in quanto il contratto è eseguito dal soggetto partecipante, cui è rilasciato il certificato di esecuzione.

Tuttavia il legislatore interno, nel recepire la formula vaga delle direttive, che adopera il termine "impegno", per delineare il rapporto intercorrente tra impresa ausiliaria e pubblica amministrazione, ha optato per una **responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante tra il concorrente e il soggetto ausiliario** "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

A tal fine, il Codice richiede l'allegazione del contratto stipulato tra l'impresa ausiliaria e il concorrente e una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, mediante la quale la stessa si obbliga, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto.

La messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo **necessario che dal contratto risulti l'impegno dell'ausiliaria a fornire tutti gli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito partecipativo**; è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo del contratto di avvalimento, della formula legislativa "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" o espressioni equivalenti (Cons. St., Sez. V, 15 ottobre **2015**, n. 4764).

Tuttavia, come rilevato da un recente arresto pretorio, in caso di avvalimento infragruppo è prevista, come misura di semplificazione, che in luogo del contratto, l'impresa concorrente possa presentare una dichiarazione sostitutiva "attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo", fermo restando la necessità dell'effettiva prova dei requisiti concretamente messi a disposizione, non essendo sufficiente a tal fine la

mera allegazione dei legami societari, non foss'altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo (Cons. St., Sez. V, 15 ottobre **2015**, n. 4764).

Il contratto e la dichiarazione si pongono su piani differenti, in quanto solo la dichiarazione è afferente al procedimento ad evidenza pubblica, e ne costituisce una sua eventuale fase sub-procedimentale.

È sufficiente che dalla suddetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata **la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.**

La genesi comunitaria dell'istituto ha determinato notevoli difficoltà di inquadramento sistematico; tuttavia l'impostazione che appare preferibile interpreta **l'avvalimento come contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda;** il contratto concluso in tal senso può essere configurato quale **contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi** (T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 novembre 2008, n. 3541).

La prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando; in sostanza, ciò che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata è il suo **valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo** (Cons. St., Sez. III, 4 novembre **2015**, n. 5038).

L'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio, sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto, ex art. 1418 c.c., l'indeterminatezza e l'indeterminabilità del relativo oggetto, **trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere l'aggiramento del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche;** l'avvalimento non può risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali e immateriali rese disponibili, atteso che **la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale impone la dimostrazione della concreta disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata**

(Cons. St., Sez. V, 28 settembre **2015**, n. 4456).

Le prime pronunce successive all'emanazione del Codice hanno rilevato che **lo scopo dell'avvalimento non è quello di arricchire la capacità del concorrente, ma quello di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti** (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486).

L'istituto in esame, esaustivamente definito come **“possesso mediato e indiretto dei requisiti”** (ZUCHELLI), funge pertanto da **meccanismo di supplenza al deficit di qualificazione** (MANGANI).

Come rilevato da un recente arresto pretorio l'avvalimento non ha solo la finalità di supplire all'assenza, in capo al concorrente ausiliato, dei requisiti di partecipazione, ma rileva anche per l'attribuzione del punteggio preferenziale eventualmente previsto dal bando: infatti, **le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte in maniera organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente** e, dunque, è illogica e contraria alla *“mens legis”* dell'istituto (teso ad **ampliare le opportunità di partecipazione alle gare pubbliche**) una considerazione dimidiata della loro rilevanza, arbitrariamente circoscritta alla verifica dei soli criteri di qualificazione e non estesa pure all'apprezzamento degli eventuali elementi preferenziali che gli stessi arrechino all'offerta dell'ausiliata (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 5 novembre **2015**, n. 2854).

Nelle more del recepimento della direttiva 24/2014 UE del 26 febbraio 2014 e nell'apprezzabile opzione del d.d.l. n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni), che ha disposto di riscrivere integralmente il Codice dei contratti pubblici, piuttosto che procedere all'ennesima interpolazione, appare opportuno analizzare l'art. 63 in tema di *“affidamento sulle capacità di altri soggetti”*.

La norma perviene a una generalizzazione dell'istituto dell'avvalimento mediante una formula generica sulla natura del contratto, presentando tuttavia rilevanti profili innovativi.

Risulta particolarmente significativa la previsione che consente all'amministrazione aggiudicatrice di **imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria, priva dei requisiti richiesti ovvero di quelli di idoneità morale, al fine di esimere il concorrente stesso dall'esclusione della gara**, mediante una **surrogazione soggettiva**.

La disposizione accorda la possibilità di operare la sostituzione del soggetto sulla cui capacità ha fatto affidamento l'operatore economico e **impedisce l'automatica estromissione dalla procedura dell'impresa concorrente**, che si è avvalsa dei requisiti dell'ausiliata, che tuttavia non li possiede; l'istituto, con **portata notevolmente innovativa, esige una compiuta e precisa disciplina interna**, necessariamente **riservata** in tutti i suoi aspetti al **legislatore nazionale**, per la coerente declinazione degli elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità, che esclude qualsiasi efficacia alla

norma comunitaria, in attesa del relativo recepimento.

Inoltre la disposizione in esame riconosce la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di esigere una **responsabilità solidale nell'esecuzione del contratto, tra soggetto ausiliario e concorrente, già contemplata nell'ordinamento italiano dall'art. 49, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.**

Come chiarito da un recente arresto pretorio, resta **inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta** nell'ordinamento interno **delle direttive in questione**, prima della scadenza del termine per il recepimento delle stesse, che pertanto non possono essere qualificate come self-executing (Cons. St., Sez. III, 25 novembre **2015**, n. 5359, che richiama in motivazione Cons. St., Sez. V, 11 settembre **2015**, n. 4253 e Cons. St., Sez. VI, 26 maggio **2015**, n. 2660, sul caso CINECA).

Nel caso di specie, la norma comunitaria in via di recepimento è invocata **per evitare l'esclusione di una impresa ausiliata che non possiede i requisiti di cui al contratto di avvalimento in modo continuativo per tutta la durata della procedura evidenziale e fino alla stipula del contratto**, nonché con riguardo al periodo occorrente alla sua esecuzione, senza soluzione di continuità (**così come richiesto da Cons. St., Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8**).

Ma, prescindendo dalla considerazione che la pubblicazione del bando è in concreto avvenuta prima della pubblicazione della direttiva in questione, il Collegio ha rilevato il carattere non self-executing della stessa, da cui discende il c.d. obbligo di standstill, vale a dire l'obbligo, per il legislatore, di non adottare normative difformi da quella comunitaria in via di recepimento e, per il giudice, quella di non seguire linee interpretative che, con le disposizioni della normativa emendata, si pongano in contrasto; pertanto, prima del formale recepimento, l'enunciazione nella direttiva di un nuovo istituto, tale dovendo intendersi quello della sostituzione del terzo ausiliario (finora sconosciuto sia alla normativa nazionale che a quella europea), previsto dalla ricordata disposizione, resta del tutto sprovvista di qualsivoglia efficacia, non solo diretta (come già chiarito), ma anche nella ridotta valenza come paradigma ermeneutico.

Il Collegio conclude affermando che "in difetto, infatti, di una disciplina nazionale che regoli condizioni e tempi di operatività del nuovo istituto della regolarizzazione del terzo ausiliario (e, ovviamente, in pendenza del termine per la sua introduzione con l'atto di recepimento della direttiva), resta del tutto inimmaginabile un'interpretazione della vigente disciplina dell'avvalimento, che, in luogo dell'esclusione dell'operatore economico che si sia avvalso dei requisiti di un'impresa ausiliaria (che, tuttavia, non li possiede), si risolva in una disapplicazione di tale regola e nella sua sostituzione, in via meramente interpretativa (ma, in realtà, creatrice di una nuova norma), con quella della surrogazione dell'ausiliario inadempiente (prima che il legislatore nazionale regoli gli elementi costitutivi della relativa fattispecie)" [cfr. Cons. St., Sez. III, 25 novembre **2015**, n. 5359].

2. L'avvalimento frazionato.

Il legislatore nazionale, con l'art. 49, comma 6, nella formulazione vigente fino alla modifica intervenuta con la l. 30 ottobre 2014, n. 161, ha stabilito che *“Per i lavori, 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.”*

Il divieto in parola, incorso nelle censure della Commissione Europea, è stato limitato alle sole categorie di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, con le modifiche introdotte dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, il cd. terzo correttivo.

Il legislatore nazionale ha consentito, nell'ipotesi di importi particolarmente elevati, nell'ipotesi di appalti aventi ad oggetto prestazioni altamente specialistiche e nel caso in cui sia previsto dal bando, la legittimità del ricorso all'avvalimento plurimo; in tali ipotesi eccezionali il concorrente può avvalersi dei requisiti di più soggetti, all'interno della medesima categoria di qualificazione.

La norma in esame ha altresì previsto il **divieto di avvalimento frazionato, ovvero l'inibizione gravante in capo al concorrente e all'ausiliaria, di cumulare i requisiti richiesti, nel caso in cui entrambi i soggetti, singolarmente, siano sprovvisti delle capacità minime ai fini dell'aggiudicazione.**

In tale ipotesi, i soggetti del contratto di avvalimento, sono, nella loro autonomia, nella loro singolarità, entrambi sprovvisti dei requisiti minimi e pervengono alla soglia di partecipazione richiesta mediante il cumulo delle rispettive capacità.

2.1 Divieto di avvalimento frazionato.

La giurisprudenza interna, coerentemente con la norma in esame, ha valorizzato la tesi secondo cui lo scopo dell'avvalimento non è quello di arricchire le capacità del concorrente, ma di consentire ad imprese, che siano prive dei titoli richiesti, di partecipare alla gara, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta, in ogni sua parte, a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

Secondo l'impostazione prevalente, **nell'ordinamento interno non ha**

cittadinanza la possibilità di cumulare, tramite l'avvalimento, due attestazioni SOA al fine di raggiungere, mediante sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando, e di conseguenza l'ausiliario, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, deve necessariamente prestargli per l'intero e per l'importo corrispondente a quanto richiesto dal bando, la qualificazione posseduta in una determinata categoria (Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

L'impostazione delineata è indice sintomatico di un bilanciamento di opposti interessi, operato in via pretoria; da un lato emerge la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare in materia di appalti, dall'altro **l'esigenza della stazione appaltante di affidare l'appalto ad un soggetto in grado di adempiere le prestazioni dedotte in contratto**.

In tale prospettiva, la *ratio* sottesa alle pronunce in esame è orientata a ritenere che **la polverizzazione del possesso dei requisiti determini seri dubbi sulla concreta possibilità che sia condotta a termine correttamente l'esecuzione del contratto**, cristallizzando il divieto di avvalimento frazionato.

Il Consiglio di Stato, ampliando la portata della disposizione, ha ritenuto che nel caso in cui il soggetto concorrente e ausiliario non siano singolarmente in possesso delle capacità per poter partecipare alla gara pubblica, ovvero le relative attestazioni non siano individualmente sufficienti a colmare i requisiti richiesti, **non è possibile cumulare le stesse, attraverso l'avvalimento, al fine di totalizzare la classifica di qualificazione SOA necessaria per l'ammissione alla procedura concorrenziale; non è frazionabile l'insieme dei requisiti, condicio sine qua non** per l'ottenimento dell'attestazione SOA vantata.

Pertanto il soggetto ausiliario, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, dovrebbe fornire, per l'intero, la qualificazione posseduta in una determinata categoria (Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Non si comprenderebbe, altrimenti, la *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari sia poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerente dimostrare all'Amministrazione che disporrà dei mezzi necessari a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto (Cons. St. Sez. V, 13 giugno 2011, n. 3565).

2.1.1. Divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria.

Il divieto di avvalimento frazionato, ontologicamente modellato per le ipotesi in cui ci siano più soggetti ausiliari, è stato esteso, in via giurisprudenziale, anche alle ipotesi in cui l'impresa ausiliaria sia una sola.

Autorevole dottrina (TARANTINO) ha analizzato la fattispecie, controvertendo il dato normativo che contrasterebbe maggiormente con l'ampliamento di tale

divieto.

L'art. 92, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici, prevede la possibilità, per il raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale, di partecipare a una gara pubblica nell'ipotesi in cui i requisiti siano posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e dalle mandanti per la restante parte, cumulativamente nella misura minima del 10%.

Tale previsione si pone in controtendenza rispetto alla previsione di cui all'art. 49, comma 6, anche se è riferibile a un ambito applicativo specifico e peculiare; tuttavia la possibilità che l'esecuzione del contratto venga frazionata tra più imprese, in presenza di limiti percentuali minimi, oggettivi e predeterminati, toglie vigore all'idea che possa essere in pericolo il corretto adempimento delle obbligazioni oggetto dell'appalto.

Il divieto di avvalimento frazionato rinviene la propria giustificazione nella tutela della garanzia dell'amministrazione affinché l'offerta sia presentata da un singolo soggetto, raggruppato o consorziato, effettivamente in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione del contratto.

Il corredo argomentativo, dottrinale e pretorio, ha generato una più ampia interpretazione logico-sistematica del divieto in esame, sia della disciplina in tema di avvalimento, sia della disciplina in tema di raggruppamento temporaneo di imprese; infatti, sulla base dei soli riferimenti letterali presenti nel Codice non è possibile utilizzare univocamente il termine "concorrente" e, quindi, riferire alla singola impresa partecipante al raggruppamento o all'intero raggruppamento, il limite di una sola impresa in avvalimento (Cons. St. Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340).

Pertanto **il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti vale sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie, sia in quello di una sola impresa ausiliaria**, essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile (Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

Corollario diretto di tale impostazione risulta l'impossibilità di poter estendere all'infinito la catena dei possibili sub ausiliari (Cons. St., Sez. III, 1 ottobre 2012, n. 5161).

2.2 Ammissibilità dell'avvalimento frazionato.

Una timida breccia ermeneutica nel quadro appena delineato si registra con un arresto pretorio (Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857), secondo cui il divieto di avvalimento frazionato va inteso non nel senso che il concorrente-raggruppamento temporaneo di imprese debba avvalersi di una sola impresa, non potendosi escludere, in linea con l'intima essenza dell'istituto, che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie, quali sono le singole imprese

che lo compongono.

La Corte di Giustizia Europea, con la pronuncia 10 ottobre 2013, n. 94, avente ad oggetto la domanda di declaratoria pregiudiziale, proposta dal TAR Marche, dirime le possibili controverse interpretazioni degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE.

La pronuncia è chiaramente ispirata ad una **finalità pro-concorrenziale**, ampliando la portata dell'istituto in esame oltre i limiti posti dal legislatore interno.

Le norme della direttiva richiamate riconoscono ad ogni operatore economico il **diritto di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti**, purché si dimostri all'amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi necessari per la corretta esecuzione dell'appalto.

La Corte evidenzia che nelle disposizioni in esame si rileva l'**uso sistematico del plurale**, indice sintomatico di una *voluntas legis* tesa a consentire ai candidati di fare affidamento sulle capacità di diversi soggetti, al fine di soddisfare il livello minimo richiesto; non sono istituiti divieti relativi alla facoltà di avvalersi delle capacità di più di un soggetto, come integrazione delle capacità del concorrente.

Tuttavia l'argomentazione decisiva riguarda i precedenti in cui la Corte ha espressamente fatto menzione della facoltà, per un operatore economico, di avvalersi, per l'esecuzione di un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri.

La direttiva 2004/18 consente espressamente il cumulo delle capacità di diversi operatori economici, per soddisfare i requisiti minimi imposti dalla stazione appaltante.

Questa interpretazione è conforme all'obiettivo della massima concorrenza, obiettivo perseguito a vantaggio delle stazioni appaltanti, oltre che a vantaggio degli operatori economici privati; in questa prospettiva tale lettura è idonea a facilitare l'accesso ai pubblici appalti delle piccole e medie imprese.

L'art. 49, comma 6, del Codice degli contratti pubblici, pone un divieto generalizzato, che invece, coerentemente con la disposizione comunitaria, dovrebbe costituire una situazione eccezionale, limitata alle ipotesi in cui le prestazioni oggetto del contratto richiedano peculiarità tali da esigere determinati standard qualitativi o quantitativi, che non sarebbero parimenti rispettati associando capacità inferiori di più operatori.

In tali eventualità, meramente residuali, l'amministrazione aggiudicatrice, in ragione di valutazioni attinenti al caso di specie, potrebbe imporre che il livello minimo dei requisiti richiesti sia raggiunto da un singolo operatore economico.

L'effetto della pronuncia è quello di **declassare il divieto di avvalimento frazionato**, di cui all'art. 49 del Codice degli contratti pubblici, **da regola avente carattere generale a ipotesi eccezionale e residuale.**

Il divieto di avvalimento frazionato, che si pone ontologicamente come limite

al massimo sviluppo della concorrenza, deve pertanto riferirsi a ipotesi peculiari e particolarmente complesse, in cui la scelta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma tale divieto non deve assumere rilievo assoluto.

La Corte di Giustizia, con la sentenza in esame, rende **preminente l'effettività del principio di concorrenza**, tramite una limitazione del divieto di avvalimento frazionato, con la conseguenza di ampliare la platea dei possibili contendenti per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche.

Le argomentazioni della Corte sono condivisibili, in quanto, le disposizioni interne in materia di appalti pubblici devono riflettere il principio dello sviluppo della concorrenza nella sua tonalità più intensa.

Il peculiare vigore delle decisioni della Corte di Giustizia, vincolanti per il giudice interno, è testimoniato dall'applicazione dei principi espressi in tema di avvalimento nell'ordinamento nazionale, in seguito alla pubblicazione della massima in esame.

A tal proposito **è ritenuto ammissibile l'avvalimento frazionato, con il quale il partecipante alla procedura comparativa raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi di più soggetti** (Cons. St., Sez V, 9 dicembre 2013, n. 5874).

Corollario diretto di tale principio è la determinazione secondo cui nessun rilievo può neppure assumere il fatto che il bando preveda un divieto di avvalimento frazionato perché, "caduto" quello posto dal Codice, la clausola della "lex specialis" deve essere considerata nulla (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 gennaio 2014, n. 191); inoltre, come rilevato di recente, l'applicazione dell'istituto deve intendersi non limitata agli appalti di lavori ma estesa anche a quelli di servizi e forniture (Cons. St., Sez.V, 27 gennaio 2015, n. 277).

La valorizzazione e l'avvenuta legittimizzazione dell'avvalimento frazionato sono indici sintomatici di una tendenza ermeneutica, di matrice comunitaria, finalizzata alla **equiparazione**, sul piano applicativo, **di tutti gli istituti aggregativi pro-competitivi** (VOLPE).

3. Legge di adempimento degli obblighi formali derivanti dall'appartenenza all'U.E. e prospettive di recepimento.

L'art. 21, l. 30 ottobre 2014, n. 161, rubricato "Disposizioni in materia di contratti pubblici, relative all'istituto dell'avvalimento. Sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea del 10 ottobre 2013 nella causa C-94/12", ha operato una interpolazione dell'art. 49, comma 6, la cui attuale formulazione statuisce che "è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, 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 riforma legislativa si pone nelle more del recepimento delle direttive del 2014 in materia di appalti; in un quadro normativo così vago e nebuloso, si pone l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 15 gennaio **2015**, n. 1, che ha sottoposto alla Corte di giustizia questione pregiudiziale.

Il Collegio rimettente ha sollevato **questione pregiudiziale**, al fine di chiarire **se l'interpretazione fornita dalla sentenza della C.G.U.E.**, Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94 e la conseguente modifica intervenuta nel Codice dei contratti pubblici, siano **conformi all'attuale quadro comunitario in materia di appalti, così come delineato nella direttiva 2014/24/UE**.

Pur trattandosi di norme non ancora recepite vige l'obbligo, in capo ai giudici nazionali, di selezionare e di prediligere, tra tutte le possibili interpretazioni del diritto interno, soltanto le esegesi conformi alle norme euro unitarie da recepire.

Secondo il giudice rimettente, la formulazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE sarebbe indice sintomatico di una tendenza legislativa comunitaria, finalizzata a limitare l'orientamento che ha condotto a un ampliamento della portata applicativa dell'istituto.


In particolare si pone in rilievo la **possibilità**, per l'amministrazione aggiudicatrice, **di esigere che l'operatore economico ausiliato e i soggetti ausiliari siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto**.

Tale previsione rappresenterebbe un **curioso caso di ripiegamento del diritto comunitario sull'esperienza legislativa italiana (SALINA); il vincolo di solidarietà**, che avvince il soggetto concorrente e i soggetti cui ricorre ai fini dell'esecuzione del contratto, è infatti **vigente nel nostro ordinamento** sin dalla formulazione originaria dell'art. 49.

L'art. 63, comma 2, inoltre, positivizzando l'orientamento della sentenza della C.G.U.E., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94, prevede che *“Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici da un partecipante al raggruppamento”*.

In attesa del recepimento delle direttive in esame pare, *prima facie*, che la nuova disposizione in tema di avalimento prediliga, al verificarsi di condizioni peculiari, la tutela della stazione appaltante ad individuare un contraente qualificato piuttosto che consentire un ricorso indiscriminato ai requisiti di diversi soggetti ausiliari, in lieve controtendenza con il percorso ermeneutico comunitario, culminato nella sentenza C.G.U.E., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94, in cui lo spazio applicativo dell'istituto ha trovato massima ampiezza.


DIVIETO DI AVVALIMENTO FRAZIONATO

 **Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439**

La massima concorrenza deve dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare un'offerta congrua e valutabile e di fornire, quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione; non si comprenderebbe, altrimenti, la ratio della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerdente "dimostrare all'amministrazione che disporrà dei mezzi necessari" a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.


La finalità dell'avvalimento non è perciò quella di arricchire la capacità tecnica o economica del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo a requisiti di altri soggetti" se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti.

Ciò è confermato dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo articolo 49, ai sensi del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, in cui era anche previsto che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risultasse espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili.

 **Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565**

Scopo della normativa comunitaria in tema di avvalimento è chiaramente quello di far concorrere alle gare anche i soggetti che non hanno i requisiti se li ha l'impresa ausiliaria, ma non quello di consentire che chi non ha i requisiti possa comunque presentare offerte, così impegnandosi ad eseguire prestazioni per cui non ha i presupposti, poiché, in questo caso, non sarebbero contestualmente assicurate la libera concorrenza e l'uso efficiente delle risorse pubbliche, ciò che costituisce, invece, la finalità ultima della stessa normativa.

AMMISSIBILITÀ DELL'AVVALIMENTO FRAZIONATO

 **C.G.U.E., Sez. V, 10 ottobre 2013, n.94**

Non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe

legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Tuttavia, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, la direttiva 2004/18 osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'articolo 49, sesto comma, del decreto legislativo n. 163/2006.

Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione sottoposta che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, 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.

⇒ **Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874**

Non può essere esclusa dalla gara pubblica d'appalto la società che, non avendo un capitale sociale pari a quello richiesto dal bando, ha raggiunto il requisito richiesto mediante avvalimento parziale con altra società, cioè sommando i capitali delle due società atteso che, essendo ammissibile la frazionabilità dell'avvalimento, deve ritenersi parimenti ammissibile che il partecipante ad una gara d'appalto possa dimostrare il possesso di un determinato capitale sociale avvalendosi anche di quello di un soggetto ausiliario, che si obblighi a tale fine.

ORDINANZA DI RIMESIONE PER LA CORRETTA INTERPRETAZIONE DELL'ISTITUTO, ALLA LUCE DELLE DIRETTIVE 2014/UE

⇒ **C. G. A. R., Sez. giurisdizionale, ordinanza, 15 gennaio 2015, n. 1**

Il Collegio reputa doveroso richiedere, sul punto, la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea, anche in considerazione del nuovo quadro normativo riviniente dalla direttiva 2014/24/UE (norme non ancora recepite in Italia, ma comunque applicabili, quanto meno sotto il profilo dell'obbligo, in capo ai giudici nazionali, di selezionare e di prediligere, tra tutte le possibili interpretazioni del diritto interno, soltanto le esegesi conformi alle norme euro unitarie da recepire). Difatti, sotto certi aspetti, l'art. 63 di detta direttiva sembra aver limitato in parte l'ampio, pregresso favor per l'istituto dell'avvalimento, quanto meno in relazione a due profili, ossia riguardo alla possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esigere, proprio nel caso di avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria (il c.d. "avvalimento di garanzia"), che l'operatore economico ausiliato e i soggetti ausiliari siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto e, in secondo luogo, con riferimento alla potestà delle amministrazioni aggiudicatrici (nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e di operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura) di pretendere discrezionalmente che talune prestazioni critiche siano direttamente svolte dall'offerente stesso (quindi, con divieto di avvalimento).