

La tutela della concorrenza nei casi di avvalimento ex art. 89 comma 4 del D.lgs. 50/2016

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 26-8-2018

1. La facoltà di ricorrere all'avvalimento, sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le Amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto (cfr. Corte Giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, punto 35).

Pertanto, l'art. 89, comma 4, del Codice, che consente che la *lex specialis* disponga che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente, non può venire in rilievo in relazione ad un ordinario criterio di qualificazione.

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, afferma il principio secondo cui, in tema di avvalimento, l'art. 89 comma 4 del D.lgs. 50/2016 – il quale prevede che la stazione appaltante possa esigere, nei documenti di gara, che *“taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente”* – non si applica nei casi in cui venga accertato che i suddetti compiti erano in realtà privi del carattere della “essenzialità”.

Tra le Imprese che intendono partecipare ad una procedura di gara, ve ne possono essere alcune che sono nella condizione di poter eseguire alcune prestazioni anche in maniera diretta, ossia senza l'apporto di mezzi (finanziari/tecnici/organizzativi/di qualificazione) di una Impresa ausiliaria, mentre ve ne possono altre che, invece, possono eseguire le medesime prestazioni soltanto mediante il supporto fornito da una Impresa ausiliaria, ossia soltanto ricorrendo all'avvalimento.

Naturalmente, le imprese appartenenti alla seconda categoria, dinanzi ad una norma del capitolato la quale imponga una esecuzione diretta (ossia con mezzi propri) da parte dell'offerente, si guarderanno bene dal presentare domanda di partecipazione alla gara, in quanto già sanno che, nel caso di eventuale aggiudicazione in loro favore, non potranno comunque garantire alla stazione appaltante il rispetto di tale condizione.

Ci si chiede cosa accada nel caso in cui la stazione appaltante, nel bando di gara, abbia erroneamente considerato come “essenziali” talune prestazioni che invece non lo erano, e quindi abbia, sempre erroneamente, preteso che siffatte prestazioni venissero eseguite direttamente dall'offerente.

A tal riguardo appaiono essenzialmente due le soluzioni prospettabili:

1) nel caso in cui, successivamente all'aggiudicazione, venga giudizialmente accertato che nessuna delle prestazioni richieste all'appaltatore presentava in realtà – contrariamente a quanto indicato nel capitolato di gara – il requisito della “essenzialità” (ossia della “infungibilità soggettiva”), tale accertamento certificherà che la stessa stazione appaltante ha, in maniera ingiustificata, limitato la concorrenza, e ciò non potrà che comportare l'annullamento dell'aggiudicazione e l'obbligo di indire una nuova procedura di gara.

Infatti, l'accertamento (post aggiudicazione) della violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione, di cui all'art. 30 comma 1 del D.lgs. n. 50/2016, diagnostica una “violazione di legge”, il che, alla stregua dell'art. 21 nonies della Legge 241/90, non può che produrre l'annullamento, in via giurisdizionale, della determina di aggiudicazione.

La “violazione di legge” (ossia la illegittima violazione del principio di concorrenza) è derivata da un “travisamento del fatto”: la stazione appaltante ha erroneamente qualificato come “essenziali” compiti che invece non lo erano, e quindi, a seguito di tale valutazione, ha, sia pur indirettamente, escluso dalla procedura quelle Imprese le quali avrebbero potuto partecipare soltanto se “tutti” i compiti (senza distinzione alcuna) fossero stati tali da poter essere svolti mediante l'avvalimento.

Il fatto che possa essere accertata, in sede giurisdizionale, la “non essenzialità” di alcuni compiti dell'appaltatore, e quindi delle prestazioni oggetto del contratto, è un tipico caso in cui la valutazione da parte del Giudice sulla esatta qualificazione attribuita nel capitolato a tali prestazioni si sostituisce alla discrezionalità amministrativa: tale valutazione, quindi, nel caso in cui diverga da quella attribuita dalla stazione appaltante, si rivela come strumento atto a modificare l'esito della procedura di gara.

E' significativo che il Consiglio di Stato, dopo aver preso atto che i compiti richiesti in via esclusiva all'offerente non erano in realtà essenziali, come previsto dal capitolato, non aggiunga, come sovente fatto in altri casi, la seguente considerazione: *“trattasi, peraltro, di valutazioni totalmente discrezionali della stazione appaltante e come tali sottratte al sindacato del Giudice Amministrativo...”*.

Evidentemente, quindi, in materia di avvalimento, la tutela della *par condicio* tra concorrenti ed il *favor* per la massima partecipazione assurgono a canoni talmente rilevanti da prevalere sulla discrezionalità amministrativa espressa attraverso le previsioni contrattuali.

Da ciò si potrebbe ricavare un principio di ordine generale, ossia applicabile anche al di fuori dei casi di avvalimento, e cioè: quando si tratta di tutela della concorrenza, il Giudice – laddove ravvisi che la stazione appaltante sia incorsa in una erronea valutazione delle prestazioni oggetto del contratto (“travisamento del fatto”) e che per effetto di tale erronea valutazione abbia, illegittimamente, limitato la partecipazione di altri operatori economici – può sostituire la propria valutazione a quella della stessa stazione appaltante, e quindi egli, annullando l'aggiudicazione, determina in capo all'Ente l'obbligo di rinnovare la procedura di gara.

2) la illegittimità consistente nella indebita restrizione della concorrenza si manifesta non già nella determina di aggiudicazione, bensì, come prevede lo stesso art. 89 comma 4, nei “documenti di gara”, ovvero nel capitolato, il quale viene portato a conoscenza di tutte le Imprese aspiranti concorrenti fin dall’inizio della procedura, ossia fin da quando viene pubblicato il bando o notificato l’invito a partecipare.

Pertanto, trattandosi di clausole della *lex specialis* che sono immediatamente lesive dell’interesse a partecipare (infatti – come sopra segnalato – l’Impresa sa fin da subito che, pur nell’ipotesi di aggiudicazione, non potrà eseguire le prestazioni senza l’apporto dell’Impresa ausiliaria), tali clausole dovrebbero essere soggette – in base al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi al riguardo – all’onere di impugnazione immediata. In questo modo, da un lato, l’aspirante concorrente dimostrerebbe, con fatti concreti, il proprio interesse effettivo ed attuale a partecipare alla procedura, dall’altro la stazione appaltante, in mancanza di tale immediata impugnazione, sarebbe immune dal rischio di una successiva impugnazione, per lo stesso vizio, della determina di aggiudicazione e quindi dal potenziale annullamento giurisdizionale di quest’ultima.

E’ evidente che, ove fosse ritenuto prevalente questo secondo orientamento, la possibilità per il Giudice di sostituire, post aggiudicazione, il proprio apprezzamento alla valutazione delle prestazioni contrattuali fatta dalla PA nei documenti di gara, verrebbe a cadere: infatti l’onere, per gli altri aspiranti concorrenti, di impugnare fin da subito le clausole del bando immediatamente lesive del diritto di partecipare alla procedura, obbligherebbe il Giudice a verificare, prima ancora dell’aggiudicazione, l’eventuale manifesta illogicità della qualificazione operata dalla PA nei documenti di gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1258 del 2018, proposto da Consorzio Chierese per i Servizi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Sarzotti e Gianluca Contaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, n. 63;

contro

Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Casamassima, via Pietro Mascagni, n. 7;

nei confronti

San Germano S.r.l., non costituita in giudizio;
Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sez. I, n. 1/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Teknoservice S.r.l. e di Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, che ha spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Bruno Sarzotti, Angelo Giuseppe Orofino e Angelo Clarizia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza 2 gennaio 2018, n. 1, ha accolto il ricorso proposto da Teknoservice s.r.l., annullando, nella parte e nei sensi di cui in motivazione, il disciplinare di gara relativo alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, in parte a corpo ed in parte a misura, costituito principalmente dalle seguenti attività: raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di

smaltimento/recupero di rifiuti urbani e speciali assimilati agli urbani e servizi di igiene ivi elencati.

Secondo il TAR, in sintesi:

- le direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE consentono senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché a quest'ultima sia fornita dimostrazione che l'appaltatore, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari, disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto;

- non vi rientrano comunque i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione peraltro di una precisa scelta, se si pensi che non sono state riprodotte, nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza;

- l'art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, che per la sua formulazione letterale pone una regola *self-executing* direttamente rivolta alle amministrazioni aggiudicatrici, non consente di vietare il ricorso all'avvalimento per determinate prestazioni "essenziali", bensì riconosce alle amministrazioni la facoltà di esigere che, nella fase esecutiva, dette lavorazioni siano riservate al solo appaltatore ovvero ad un membro del raggruppamento d'impresa; detta norma, secondo l'interpretazione già emersa nella giurisprudenza comunitaria, si riferisce alla fase esecutiva dell'appalto;

- è illegittima la clausola del disciplinare di gara con la quale il Consorzio Chierese ha vietato, per un requisito di capacità tecnica impropriamente definito quale "compito essenziale", il ricorso all'avvalimento e l'eventuale suo frazionamento all'interno di un raggruppamento d'impresa e tale vizio è assorbente ed idoneo ad inficiare in radice la procedura, poiché ha impedito alla ricorrente di parteciparvi;

- la portata anticoncorrenziale della disciplina di gara è vieppiù confermata, nei fatti, dalla partecipazione di un concorrente, gestore uscente del servizio, rispetto al quale il requisito di qualificazione è stato evidentemente ritagliato.

2. Il Consorzio Chierese per i Servizi ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di un solo articolato motivo di appello, con cui è stata lamentata la violazione dell'art. 89, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, e dell'art. 63, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, nonché dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di avvalimento.

3. Si è costituita in giudizio la Teknoservice s.r.l., che ha chiesto il rigetto dell'appello, riproponendo le doglianze sollevate in primo grado, ma non esaminate per assorbimento.

Si è costituita anche la Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società

Cooperativa, che ha spiegato appello incidentale autonomo ex art. 333 c.p.c., affidato sostanzialmente alle stesse censure dell'appello principale.

4. All'udienza pubblica del 21 giugno 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è la legittimità delle clausole della *lexspecialis* della procedura di gara indetta dal Consorzio Chierese per i Servizi per l'affidamento per otto anni del servizio di igiene urbana nei 19 Comuni che compongono il predetto Consorzio, nella parte in cui (paragrafi 7.VI.e), 7.VIII.1) e 11.I) del disciplinare di gara) è previsto che il requisito di capacità tecnica relativo alla lettura e trasmissione dati di *transponders* (esecuzione di identico contratto nell'ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) non è frazionabile e non può essere conseguito mediante avvalimento.

2. La sentenza del TAR, che ha ricostruito il quadro giuridico di riferimento posto poi a fondamento della decisione, non merita le critiche che le sono state mosse.

2.1. In primo luogo, l'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che viene in evidenza in prima battuta nel caso in esame e che riproduce l'art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, stabilisce, nell'ipotesi di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura che "le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento".

Detta disposizione stabilisce pertanto che i bandi di gara possono richiedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente: da un lato essa fa riferimento testuale alla sola fase esecutiva ("compiti essenziali direttamente svolti"), dall'altro la sua collocazione sistematica, inserita nell'ambito dell'avvalimento, può far propendere per una lettura limitativa di tale istituto ancorché riferito a compiti essenziali, ponendo in tal modo alcune questioni problematiche e alcune tensioni applicative rispetto al *favor*, che emerge sia dalla legislazione che dalla giurisprudenza comunitaria, per la sua generale applicabilità.

Infatti l'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l'art. 49 del previgente codice, garantisce la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell'A.P. 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale "*in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE*", al fine di consentire "*l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile*", secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (da ultimo: Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz), anche con riferimento all'impossibilità di fissare *a priori* limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, punto 33).

2.2. In realtà, il caso di specie non pone al centro dell'attenzione tale questione, poiché come si è detto, nella fattispecie in esame l'avvalimento riguarda un ordinario criterio di qualificazione relativo ad un requisito speciale di carattere esperienziale (esecuzione di identico contratto nell'ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) nel quale trova piena applicazione quanto previsto dall'art. 89, comma 1, del Codice che sancisce, infatti, che *“l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*.

La facoltà di ricorrere all'avvalimento, sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le Amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto (cfr. Corte Giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, punto 35).

Pertanto, l'art. 89, comma 4, del Codice, che consente che la *lex specialis* disponga che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente, non può venire in rilievo nel caso di specie, poiché non viene vietato l'avvalimento in relazione ad attività e a compiti specifici (ancorché essenziali), riferendosi in generale ad un requisito esperienziale ricadente in pieno nella regola generale dell'avvalimento.

2.3. Peraltro, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse che la fattispecie ricada nell'ambito normativo di cui all'art. 89, comma 4, cit., si deve condividere la tesi secondo la quale la motivazione (o giustificazione), da parte della stazione appaltante, circa l'essenzialità del compito non risulta ragionevole.

La limitazione in esame, infatti, non può giustificarsi in relazione all'ipotizzata elevata competenza tecnica e specializzazione necessaria nell'esecuzione delle operazioni di lettura dei dati, atteso che risulta *ictu oculi* evidente che il servizio oggetto dell'appalto di cui discute è svolto da operatori ecologici privi di competenze professionali specifiche e gli operai preposti allo svolgimento di tali compiti non hanno alcuna peculiare qualificazione.

E' da aggiungere che in concreto in nessun punto degli atti di gara si giustifica l'avvalimento facendo riferimento alle peculiari competenze tecniche che l'aggiudicataria dovrebbe possedere, rendendo privo di consistenza l'argomento difensivo formulato, in specifico, dalla parte appellante e dall'appellante incidentale.

3. Alla luce delle predette argomentazioni l'appello principale e quello incidentale devono essere respinti, in quanto infondati, restando assorbite le censure riproposte in appello dalla parte appellata, vittoriosa in primo grado.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe indicati, li respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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