

Compendio degli arresti giurisprudenziali in tema di avvalimento.

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 10-6-2021

L'avvalimento consente infatti ad un'impresa che non possiede i requisiti economico finanziari, ma anche tecnico e professionali necessari per partecipare ad una procedura di gara di rivolgersi ad un altro operatore economico perché meta a disposizione quanto richiesto dal bando.

Presupposto imprescindibile è che concorrente e (...) ausiliaria abbiano i requisiti di carattere generale richiesti dal Codice per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione, pertanto entrambi i soggetti devono depositare idonea documentazione a dimostrazione della propria regolarità morale, fiscale e contributiva.

Guida alla lettura

La compiuta disamina del pronunciamento in commento transita da una preliminare riflessione di carattere generale in merito ai **limiti di operatività dell'avvalimento nei recenti approdi giurisprudenziali**.

Com'è noto, tale istituto giuridico consente all'aspirante concorrente di rivolgersi ad altro operatore economico al fine di sopperire alla carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria necessari per partecipare alla procedura di gara.

Sotto il profilo della ratio, siffatta opportunità è stata introdotta nell'ordinamento nazionale in attuazione della normativa comunitaria, nell'ottica di conseguire l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, dunque, di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese negli appalti pubblici.

Sotto il profilo operativo, il meccanismo di funzionamento dell'istituto è subordinato agli adempimenti documentali indicati all'art. 89 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In primo luogo, il concorrente deve dichiarare e allegare il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti di ordine generale e delle risorse oggetto di avvalimento.

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, la regolarità morale, fiscale e contributiva è presupposto imprescindibile per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

In secondo luogo, è necessaria la produzione del contratto sottoscritto *inter partes*, con esposizione in modo compiuto ed esplicito delle dotazioni aziendali prestate che giustifichino l'attribuzione del requisito mancante.

La mancata dettagliata indicazione dei citati dati comporta la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, senza possibilità d'invocare il beneficio del soccorso istruttorio (cfr., tra le numerosissime, Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209; idem 22 ottobre 2019, n. 7188).

In terzo luogo, è richiesta la presentazione di apposita dichiarazione d'obbligo dell'impresa ausiliaria nei confronti stazione appaltante.

Tale dichiarazione consente all'ente aggiudicatore di pretendere il coinvolgimento del terzo nell'esecuzione della commessa oggetto di affidamento.

Sotto il profilo della qualificazione giuridica, l'orientamento prevalente ritiene che l'istituto in rassegna abbia natura di fattispecie negoziale atipica, con caratteri propri del contratto di mandato ex artt. 1703 e ss. c.c., aspetti dell'appalto di servizi e profili di garanzia a favore dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23).

Sotto il profilo della classificazione, è possibile distinguere le seguenti sottocategorie nell'ambito della categoria generale oggetto di approfondimento:

- avvalimento c.d. "**di garanzia**", afferente ai requisiti di capacità economico-finanziaria;
- avvalimento c.d. "**operativo**", relativo alla capacità tecnico-professionale;
- avvalimento c.d. "**frazionato**", per tale intendendosi l'avvalimento di un solo soggetto, con la particolarità la che soglia richiesta ai fini partecipativi viene raggiunta cumulando i requisiti di partecipazione tra il concorrente e l'impresa ausiliaria;
- avvalimento c.d. "**plurimo**" o "**multiplo**" ossia avvalimento da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione;
- avvalimento c.d. "**interno**", in caso di prestito dei requisiti tra operatori economici del medesimo raggruppamento;
- avvalimento c.d. "**ad abundantiam**" o "**sovrrabbondante**", integrato qualora l'impresa concorrente abbia in proprio i requisiti di partecipazione ma scelga e dichiari di fare ricorso comunque all'istituto dell'avvalimento;
- avvalimento c.d. "**a cascata**", fattispecie in cui il soggetto che presta il requisito si avvale a sua volta di altro soggetto in possesso dei requisiti di cui egli è sprovvisto.

L'attuale sistema di selezione degli operatori economici vieta l'avvalimento a cascata, consentendo quello plurimo e frazionato (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13)

La giurisprudenza propende inoltre per la non ammissibilità dell'avvalimento sovrabbondante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2020, n. 386).

Da ultimo, giova segnalare che in tempi recentissimi il Giudice della nomofilachia amministrativa ha avuto modo di precisare che è affetta da nullità la clausola del bando di gara che esclude l'operatività dell'avvalimento al di fuori dei casi tassativi previsti, ai sensi della lettura in combinato disposto degli artt. 83, comma 8 e 89 del D. Lgs. n. 50/2016.

Tale nullità è da intendersi in senso tecnico e parziale, non incidente sulla natura autoritativa del bando di gara quanto alle sue ulteriori determinazioni, in base al principio "*vitiatur sed non vitiat*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Premessi i suddetti rilievi, venendo al pronunciamento specifico oggetto di approfondimento, esso coinvolge una vicenda complessa inerente la successione nel tempo di diversi soggetti nello svolgimento di un servizio pubblico locale di rilevanza economica su immobile comunale.

Per ciò che in questa sede più rileva, l'appellante, cessionaria del ramo d'azienda, ha inteso fare ricorso alla capacità di altro soggetto in fase esecutiva, al fine di sopperire alla carenza dei requisiti tecnico-esperienziali richiesti dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante ha censurato siffatto agire poiché l'originaria affidataria aveva già a suo tempo ottenuto il prestito del requisito cui era carente mediante avvalimento e il relativo contratto era successivamente divenuto improduttivo di effetti per sopravvenuta mancanza dell'affidabilità professionale dell'ausiliaria.

Sulla scorta di tale rilievo, il Consiglio di Stato ha rigettato il gravame, valorizzando la necessità di garantire la **serietà** degli operatori economici che contrattano con la pubblica amministrazione per l'assolvimento di un servizio pubblico.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione III)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10173 del 2020, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Ermanno Bocchini, Francesco Bocchini, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Paolo Leone, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giannicola Scarciolla, Massimo Pezzullo e Quintino Rastelli, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giannicola Scarciolla in Teramo, via G. Galilei n. 118/A;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. -OMISSIS- e non notificata con cui era respinto il ricorso proposto per l'annullamento

- della nota n. -OMISSIS- di diniego dell'autorizzazione al subentro della cooperativa nella concessione per la gestione della comunità tutelare per persone non autosufficienti ubicata in -OMISSIS- alla -OMISSIS- giusto contratto -OMISSIS- con richiesta di rilascio dell'immobile di proprietà comunale per il giorno -OMISSIS-;

- e della nota n. -OMISSIS- con la quale, nelle more dell'affidamento in concessione del servizio *de quo* a nuovo operatore economico, era autorizzata una proroga tecnica a decorrere dal -OMISSIS- e sino al -OMISSIS- in modo da poter garantire la prosecuzione del servizio ed evitare di arrecare disagi agli ospiti della struttura;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 1, co. 17, d.l. 183 del 2020 che proroga quanto stabilito dall'art. 25 del d.l. n. 137/2020 con riferimento allo svolgimento con modalità telematica delle udienze pubbliche e delle camere di consiglio del Consiglio di Stato sino alla data del 30 aprile 2021;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 22 aprile 2021 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Ermanno Bocchini, Francesco Bocchini e Paolo Leone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - La controversia in esame coinvolge una vicenda assai complessa inerente la successione nel tempo di diversi soggetti nello svolgimento del servizio di gestione della -OMISSIS- per anziani su immobile comunale sita nel mandamento del Comune di -OMISSIS-, previo completamento della struttura.

A seguito dell'avvio della procedura, con delibera della Giunta comunale n. -OMISSIS-, con determina n. -OMISSIS-, il servizio veniva aggiudicato inizialmente alla -OMISSIS-

Ad essa subentrava, per effetto della scissione del ramo d'azienda, la -OMISSIS-, debitamente autorizzata con delibera area n. -OMISSIS-.

Quindi, a seguito dell'acquisto del ramo d'azienda, l'odierna appellante richiedeva la formalizzazione del nuovo subentro.

Successivamente alla richiesta di documentazione il Comune di -OMISSIS-, con riferimento al possesso dei requisiti previsti dal bando di gara e dal capitolato speciale in capo alla nuova -OMISSIS-, ed un'autorizzazione provvisoria, con la nota prot. n. -OMISSIS- l'Amministrazione osservava che l'odierna appellante, pur avendo i requisiti di ordine morale, non rispondeva al bando che, avendo qualificato il servizio da affidare in concessione quale Servizio pubblico locale di rilevanza economica ex art. 113 del d.lgs 267/2000, ammetteva alla gara le sole -OMISSIS- -OMISSIS- con esperienza nella gestione diretta di case di riposo e/o case albergo per anziani di capacità ricettiva pari almeno a quella da affidare in gestione pari a circa 64 posti letto, svolta, consecutivamente negli ultimi tre anni antecedenti la data del bando e che tali requisiti di anzianità e competenza dovevano risultare dalla presentazione dei relativi certificati di iscrizione al registro imprese e dell'autorizzazione sindacale all'esercizio delle case di riposo, con relativa iscrizione all'Albo regionale.

Di seguito veniva accertata anche la non conformità degli arredi, e che, quanto ai requisiti tecnico professionali (esperienziali), era inutile l'atto di avvalimento con il concessionario -OMISSIS-, in quanto soggetto inaffidabile perché inadempiente nei confronti degli obblighi assunti con il concedente Comune (tanto sia per mancato pagamento canoni concessori per annualità pregresse (come da decreto ingiuntivo n. -OMISSIS-, emesso dal Tribunale di -OMISSIS-, per la somma di -OMISSIS- capitale oltre interessi moratori, sia per mancata manutenzione dell'immobile comunale a seguito di danni alla struttura in corso di ufficiale accertamento tecnico, sia per mancato pagamento delle spettanze retributive ai lavoratori, come da sentenze esecutive di condanna del Tribunale di -OMISSIS-, nonché della stessa -OMISSIS-, quale responsabile in via solidale con -OMISSIS-, per le quali erano già notificate atti di pignoramenti presso terzi e pendente il procedimento legale di risoluzione contrattuale).

L'odierna appellante ricorreva – in primo grado - avverso la nota di diniego del subentro nonché avverso la nota con cui si autorizzava la proroga tecnica nelle more della nuova procedura di affidamento, ai fini di tutela per gli ospiti della struttura e che Il T.A.R. Campania, con la sentenza appellata, respingeva il ricorso, dichiarando inammissibile l'intervento *ad audiuvandum*.

Avverso la sentenza di prime cure che ha respinto il ricorso l'odierna appellante deduce in questa sede, i motivi di seguito specificati.

1 – Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, *error in iudicando ed in procedendo*, violazione dell'art. 9 c.p.a., infatti sussisterebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario e, per esso, dell'apposito collegio arbitrale ex art. 19 del capitolato speciale, per violazione dell'art. 9 c.p.a. posto che la fattispecie oggetto del presente giudizio concernerebbe diritti soggettivi e non interessi legittimi.

Ritiene, l'appellante, ammissibile la questione in secondo grado, anche da parte dell'originario ricorrente che per errore abbia individuato la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella specie, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo deriverebbe dal fatto che la controversia è relativa alla validità e all'efficacia della cessione di un ramo d'azienda conclusa tra l'aggiudicatario di un appalto pubblico ed un soggetto terzo, durante la fase di esecuzione dello stesso. L'atto con il quale pubblica amministrazione dà il suo nulla-osta al subentro del cessionario nell'esecuzione dell'appalto non avrebbe, dunque, natura autoritativa, essendo deputato a verificare, su basi di parità, che la vicenda soggettiva del rapporto integri uno dei casi in presenza dei quali, ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. n. 163 del 2006, la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto (a riguardo, la parte invoca, tra l'altro, Cass. civ., Sez. unite, ord., 31 luglio 2018, n. 20347 e id., sent. n. 20869 del 30 settembre 2020 e n. 16460 del 30 luglio 2020).

2 – In via subordinata, *error in iudicando ed in procedendo*, violazione di legge e falsa applicazione degli artt. 3 e ss., l. n. 241 del 1990 e dei principi di buona andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione e della trasparenza dell'azione amministrativa, nonché del giusto procedimento e del legittimo affidamento, eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifesta, violazione degli artt. 45, 83 e 112 d.lgs. n. 50 del 2016 ed, in particolare, del principio di massima partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti di appalto pubblici.

Quanto al merito, deduce che sarebbe erronea la sentenza del primo giudice laddove stabilisce che il requisito di anzianità e competenza nel gestire servizi simili non possa essere rinvenuto nella circostanza di aver acquistato l'intero ramo d'azienda (comprensivo di struttura fisica e forza lavoro) dal precedente gestore in quanto solo la parte relativa ai beni e non quella relativa al personale sarebbe transitato nella nuova -OMISSIS-, poiché tale circostanza sarebbe smentita dalla sentenza della Corte di Appello di -OMISSIS- (all. in appello), Da tale sentenza emergerebbe che i dipendenti di -OMISSIS- sono transitati alla -OMISSIS- -OMISSIS- senza soluzione di continuità per effetto della cessione del ramo di azienda, in quanto tutti i licenziamenti dei dipendenti della -OMISSIS- al momento della cessione del ramo di azienda sono stato dichiarati nulli dal Tribunale di -OMISSIS- e dalla -OMISSIS- poiché ritenuti in violazione del divieto di interposizione del lavoro; peraltro, il comportamento tenuto dal Comune sarebbe in violazione del principi di legittimo affidamento.

3 – *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 39 c.p.a. per violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto il

Tribunale avrebbe travalicato il limite della domanda nell'esprimersi in ordine alla invalidità della cessione del ramo di azienda, che non sarebbe stata esaminata dal Comune di -OMISSIS- e la contraddittorietà della sentenza con quanto affermato in sede cautelare dal medesimo T.A.R..

4 – *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione di legge e falsa applicazione degli art. 97 Cost. e 3 e ss. l. n. 241 del 1990e dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, nonché del giusto procedimento e del legittimo affidamento, eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifesta, poiché nel periodo decorrente tra la cessione del ramo di azienda e la richiesta dell'appellante il Comune di -OMISSIS- non avrebbe mosso alcuna contestazione alla -OMISSIS- -OMISSIS- riconoscendo, asseritamente, con un comportamento acquiescente, il concreto possesso e la concreta operatività dei requisiti previsti dal bando di gara.

Infatti, in data -OMISSIS- solo dopo sei mesi dalla cessione del ramo di azienda, l'Amministrazione, con nota -OMISSIS-, chiedeva unicamente una verifica di adeguamento dei requisiti strutturali, assegnando un termine di giorni quarantacinque giorni per dare adempimento a quanto evidenziato.

Solo successivamente il provvedimento gravato l'Amministrazione contestava la carenza dei requisiti di partecipazione.

Il Comune, asseritamente contraddittoriamente, peraltro contestava menzionava una asserita generica contestazione relativa alla "irritualità" della forma di avvalimento in relazione all'inaffidabilità della struttura ausiliaria.

5 – *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione di legge e falsa applicazione delle norme menzionate sopra e dei principi su ricordati, oltre che eccesso di potere per difetto dei presupposti, di istruttoria, travisamento, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà.

6 - *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione di legge e falsa applicazione delle norme menzionate sopra e dei principi su ricordati, oltre che eccesso di potere nelle descritte figure sintomatiche anche in relazione alla violazione degli artt. 45, 83, 112 d.lgs. n. 50 del 2016 w del principi di massima partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici.

7 - *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione di legge e falsa applicazione delle norme menzionate sopra e dei principi su ricordati, oltre che eccesso di potere nelle descritte figure sintomatiche anche in relazione alla violazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

8 - *Error in iudicando ed in procedendo*, violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 39 c.p.a..

L'Amministrazione si è costituita, e premessa la giurisdizione del giudice amministrativo anche in ragione della peculiarità della concessione in argomento, contro deduce in ordine all'impossibilità per l'appellante - in fase esecutiva - di "sopperire" alla carenza dei requisiti tecnico-esperenziali (richiesti dalla *lex specialis*), ricorrendo all'istituto dell'avvalimento;

l'impossibilità per l'appellante di godere degli effetti del contratto di avvalimento, in ragion del fatto che la -OMISSIS- (originaria affidataria del servizio) aveva già fatto ricorso all'avvalimento della -OMISSIS-, peraltro, essendo, ad oggi, il contratto di avvalimento improduttivo di effetti, tenuto conto del fatto che la -OMISSIS- (in liquidazione e morosa nei confronti del Comune di -OMISSIS-) non deterrebbe più quei requisiti di ordine morale e tecnico economico richiesti dal bando di gara.

Contesta nel merito che la -OMISSIS- avesse il requisito esperienziale, essendo stata costituita -OMISSIS- e essendosi avvalsa di una -OMISSIS- solo in ordine ai beni (e non al personale).

Contesta la produzione di nuove prove nella fase di appello

Con atto -OMISSIS- l'appellante ha depositato nota e documenti precisando di aver dedotto sin dall'inizio la tardività delle contestazioni del Comune.

In particolare, sostiene di aver provato *per tabulas* di essere in possesso dei requisiti esperienziali, al momento del subentro nella gestione del servizio.

In particolare, per quanto attiene al secondo requisito relativo all'esperienza nella gestione diretta di case di riposo e/o case albergo per anziani varrebbe quanto previsto dall'art. 175, comma 1, lettera d), punto 2, d.lgs. n. 50/2016.

Ad ulteriore dimostrazione di tale assunto deposita le Comunicazioni obbligatorie Unificato Unilav relativamente alle cessazioni dei rapporti di lavoro ed alle assunzioni.

Con memoria il Comune ha eccepito la tardività della produzione dell'appellante -OMISSIS-.

Con ulteriore memoria l'appellante ha ribadito i motivi di censura.

Con memoria di replica il Comune precisa che l'appellante avrebbe dovuto produrre le sentenze del giudice del lavoro già in sede di primo grado.

Quanto ai profili di giurisdizione, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in tal senso menziona Consiglio di Stato, -OMISSIS-).

Quanto ancora alla dedotta violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sarebbe consentito l'esame di una questione non espressamente formulata qualora in rapporto di necessaria connessione o compresa in quelle espressamente formulate. Non potrebbe dunque parlarsi di pronuncia *ultra* o *extra petita* quando rimangano inalterati il *petitum* e la *causa petendi* (*in terminis*, sarebbe la sentenza di questo Consiglio di Stato, -OMISSIS-).

Ancora sarebbe corretta la conclusione del primo giudice laddove ha evidenziato che "*il ramo d'azienda ceduto non è lo stesso che gestiva in precedenza il servizio [...] in quanto solo la parte relativa ai beni e non quella relativa al personale è transitato alla nuova -OMISSIS-*".

Infatti, i requisiti di anzianità e competenza dovevano risultare al momento della richiesta del subentro. Quanto all'ultimo motivo ribadisce che a nulla varrebbe, il richiamo al principio di diritto in base al quale: *“il trasferimento dell'azienda o di un ramo d'azienda, comporta la cessione di tutto gli inerenti rapporti giuridici compresi i contratti di lavoro e d'opera. L'art. 2112 c.c. ribadisce la regola che il rapporto di lavoro prosegue con il nuovo titolare dell'azienda”*, come precisato dalla Suprema Corte nelle sentenze 19 dicembre 1997 n. 12899 e 16 agosto 2004 n. 15934).

Il principio generale, di cui all'art. 2112 c.c., infatti, sarebbe applicabile unicamente ai rapporti di lavoro ancora in corso al momento della cessazione dell'azienda; non potendo trovare applicazione relativamente ai rapporti di lavoro cessati ed esauriti anteriormente all'attuato trasferimento.

Sul presunto comportamento acquiescente del Comune di -OMISSIS-, ribadisce che dall'-OMISSIS- al -OMISSIS- il Comune di -OMISSIS- aveva adottato plurimi provvedimenti amministrativi ed istruttori, al fine di comprendere se vi fossero le condizioni e i requisiti per concedere il subentro della cessionaria “ed aveva sempre precisato la provvisorietà dell'autorizzazione concessa, in data -OMISSIS-, sicché nessun affidamento potrebbe ritenersi consolidato.

Con memoria in replica l'appellante controdeduce avverso l'eccezione di inammissibilità della produzione effettuata in appello, precisando che la produzione in appello di nuovi documenti sarebbe permessa quando tali documenti sono indispensabili ai fini della decisione.

Insiste, poi, in ordine alla continuità dei rapporti di lavoro e sulla questione della giurisdizione, richiamando la sentenza n. -OMISSIS- di questo Consiglio di Stato.

Quanto all'avvalimento, il Comune di -OMISSIS- non avrebbe mai affermato l'inammissibilità dell'avvalimento, ma avrebbe solo affermato che nel merito l'avvalimento andasse rigettato perché la -OMISSIS- -OMISSIS-. Afferma che la questione economica non avrebbe nulla a che vedere con il profilo dell'ammissibilità dell'avvalimento.

A seguito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 22 aprile 2021.

Il – Osserva in primo luogo il Collegio che il primo motivo di appello è inammissibile.

Questo Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato che il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice amministrativo non può poi contestarne in appello la giurisdizione. Ciò in quanto sia non sussisterebbe il presupposto della soccombenza, sia si verificherebbe una condotta riconducibile ad un abuso del diritto di difesa, in violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a..

Non ignora la Sezione l'ordinanza n. -OMISSIS- di questo Consiglio di remissione all'Adunanza Plenaria della questione, tuttavia il quesito proposto attiene al caso dell'intervenuto

mutamento della situazione di diritto, suscettibile di incidere anche nei rapporti pendenti, e, pertanto, non interferisce con il caso che occupa.

III – In ogni modo, per completezza va precisato che l'art. 133 lett. c) c.p.a. specifica, altresì, che sono devolute al giudice amministrativo le controversie in materie di concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti le indennità, i canoni o gli altri corrispettivi.

A seguito della sentenza 204/2004 della Corte Cost. il criterio di verifica della sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. deve essere tuttavia individuato nella circostanza nella controversia vengano in esame profili attinenti l'esercizio del potere autoritativo da parte della p.a. ;

La fattispecie in esame, rientra, dunque, nel limite interno, rispettando i parametri di cui alla sentenza n. 204/2004 della Corte Cost., in quanto la questione controversa riguarda il rapporto concessorio e l'esercizio di potestà autoritative inerenti l'accertamento dei presupposti per l'instaurazione del rapporto stesso.

Come rilevato dall'Amministrazione appellata, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha

impresa alla precedente procedimentale finalizzato a consentire il subentro di un appalto, pur intervenendo, dal punto di vista dello sviluppo temporale, affidataria dell' nella fase esecutiva del contratto, riveste una connotazione pubblicistica ed è caratterizzato da poteri valutativi discrezionali di tipo autoritativo del tutto simili a quelli esercitati dalla stazione appaltante durante la procedura di gara [...]; la posizione di diritto soggettivo connessa alla fase esecutiva del contratto, che esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, e rinvenibile originaria aggiudicataria, mentre con riguardo solo con riferimento alla posizione dell' azienda che intende subentrare alla posizione della -OMISSIS- cessionaria del ramo d' attivo, ' conseguendo a tale cessione del ramo d' nel ' contratto una fase discrezionale finalizzata all' accertamento dei relativi presupposti, [...] a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di " paritetico

TAR Campania, Sez. I, 28 settembre 2016, n. 4480 confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 9 maggio 2017, n. 2119).

IV – Ritene il Collegio che possono essere superate le eccezioni in ordine alla ritualità della appello è infondato nel merito. produzione documentale, poiché l'

V – Con riguardo al secondo motivo di appello, esso deve essere esaminato unitamente ai motivi quinto, sesto e settimo.

azienda, Infatti, la questione della sussistenza del personale – unitamente ai beni dell' al momento della cessione e della conseguente richiesta di autorizzazione al subentro, ad esito della successiva sentenza del giudice del lavoro che ha dichiarato nulli i licenziamenti, deve ritenersi superata dalla carenza del requisito esperienziale e della non utilizzabilità affidabilità dovuta 'avvalimento dei requisiti della cessionaria – ausiliaria per mancanza dell' dell'

amministrazione ma dalla incapacità imprenditoriale/inadempimento contestato dall'non solo all dimostrate dalle stese vicende della -OMISSIS-.

impresa che non possiede i requisiti 'avvalimento consente infatti ad unL' economico finanziari, ma anche tecnico e professionali necessari per partecipare ad una procedura di gara di rivolgersi ad un altro operatore economico perché meta a disposizione quanto richiesto dal bando.

Presupposto imprescindibile è che concorrente e -OMISSIS- ausiliaria abbiano i requisiti di carattere generale richiesti dal Codice per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione, pertanto entrambi i soggetti devono depositare idonea documentazione a dimostrazione della propria regolarità morale, fiscale e contributiva (Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

avvalimento può spiegare, dunque, la sua funzione di assicurare alla stazione L' appaltante - nella specie – una solidità nella esperienza proporzionata alla consistenza affidamento, solo se rende palese la concreta disponibilità di risorse e 'oggetto dell'dell dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata.

Il limite di operatività dell'istituto è, quindi, dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nella concessione di un valore puramente astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito mancante.

Adunanza plenaria ha Seppur con riferimento a fattispecie diversa, da ultimo, l' avvalimento deve essere comunque 'istituto dell'applicazione dell'sottolineato che l' esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine 'contemperato con l' della corretta esecuzione del contratto (Ad. Pl. - sentenza n. 13 del 09-07-2020).

VI – Con riferimento ai motivi terzo e ottavo, ed in relazione alla dedotta violazione del limite della domanda, la stessa appellante ha affermato che il Comune di -OMISSIS- nel autorizzazione al subentro, perché la provvedimento impugnato aveva negato l' -OMISSIS- appellante non è una -OMISSIS- -OMISSIS- ed essendo stata costituita -OMISSIS- atto di 'non aveva i tre anni di esperienza anteriori alla data del subentro, nonché che l' avvalimento con il concessionario precedente, -OMISSIS- non poteva essere utilizzato soggetto inaffidabile" in quanto inadempiente ad una "perché la cedente -OMISSIS- era un serie di negozi giuridici.

Ne discende che risulta infondata la censura di ultra petizione, essendo il pronunciamento del primo giudice diretto ad esaminare la motivazione posta a fondamento del provvedimento gravato.

Non può ulteriormente essere ritenuta vincolante la fase cautelare.

VII – Deve, inoltre, essere superato ogni profilo di censura con riguardo al vantato legittimo

amministrazione inizialmente aveva autorizzato il affidamento, in quanto' l
subentro solo in via provvisoria, proprio al fine di esperire i dovuti accertamenti.

ordinamento alla massima VIII – Ancora non può rilevare, nella specie, il *favor* dell'
partecipazione degli operatori, perché tale principio risulta bilanciato dalla corrispondente ed
altrettanto rilevante esigenza della serietà degli operatori che contrattano con una pubblica
assolvimento di un servizio pubblico.'amministrazione per l

appello deve essere respinto.IX – Per tutto quanto sin qui ritenuto, l'

X – In ragione del principio di soccombenza, la -OMISSIS- appellante è condannata al
pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi
Amministrazione.euro 5000,00 (cinquemila/00) in favore dell'

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando
effetto, conferma la sentenza sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'
n. -OMISSIS-.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono
' 5000,00 (cinquemila/00) in favore dell
Amministrazione.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo
articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 30 giugno 2016, n. 196, e dell
del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità
della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle
generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti private.