

APPALTI: Pubblica Amministrazione - Procedure di gara -Requisiti - Avvalimento - Art. 83 d.l.gs. 50/2016 - Rinvio alla Corte di Giustizia.

Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., ordinanza 24 novembre 2020, n. 1106

- in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 678, con commento di Lidia Consonni, *Alla Corte di Giustizia la parola su requisiti e limiti dell'avvalimento da parte della mandataria*;

- in *Rivista giur. dell'edilizia*, 1, 2021, pag. 29.

“[...] il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito:

Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di “criteri di selezione e soccorso istruttorio” di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria” [...].

I. PREMESSE IN FATTO E NORMATIVA NAZIONALE

1. La soc. S.R.R. MESSINA PROVINCIA S.c.P.A. (d'ora in poi anche solo “SRR”) indicava una “procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica in 33 comuni della SRR Messina Provincia”.

La gara d'appalto, svoltasi in modalità interamente telematica, veniva gestita dall'Ufficio Regionale Espletamento Gare di Appalto Sezione Territoriale di Messina (d'ora in poi “Urega”), ai sensi dell'art. 9, L.R. 12/2011 (mod. art.1, comma 3, L.R. 1/2017).

L'appalto prevede lo svolgimento del servizio presso 33 Comuni.

L'importo complessivo del servizio è pari a € 42.005.042,16, Iva esclusa, di cui € 823.628,28 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

L'appalto, della durata di 7 anni, veniva stato suddiviso in tre lotti (il “lotto n. 1”, CIG 7739237C66, relativo a 16 Comuni, prevedeva l'importo complessivo di € 18.859.760,95, di cui € 369.799,23 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; il “lotto n. 2”, CIG 7739240EDF, relativo

ad 11 Comuni, prevedeva l'importo complessivo di € 19.087.724,73, di cui € 374.269,11 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; il "lotto n. 3", CIG 7739244230, relativo a 6 Comuni, prevedeva l'importo complessivo di € 4.057.556,49, di cui € 79.559,93 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso).

In relazione ad ogni singolo lotto venivano specificati i requisiti di capacità economica/finanziaria e di capacità tecnica richiesti.

Ai fini dell'aggiudicazione veniva prevista l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuarsi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (max 70 punti per l'offerta tecnica, max 30 punti per l'offerta economica).

2. Il "lotto n. 1" veniva aggiudicato all'Ati Gilma s.r.l. – Caruter s.r.l. (d'ora in poi anche solo "Ati Gilma") la quale otteneva 85,96 punti su 100 (55,96 per la parte tecnica, 30 per la parte economica) ed ha offerto un ribasso d'asta del 16,328%.

Risultava seconda classificata l'ATI Eco Burgus s.r.l. – Loveral s.r.l. la quale otteneva complessivi 74,180 punti su 100 (68,246 per la parte tecnica, 5,934 per la parte economica) ed ha offerto un ribasso d'asta del 5,934%

Si classificava al terzo posto l'RTI Onofaro Antonino s.r.l. – Gial Plast s.r.l. – LTS (d'ora in poi anche solo "ATI Onofaro") la quale aveva ottenuto appena 66,028 punti su 100 (40,672 per l'offerta tecnica, 25,356 per l'offerta economica), avendo offerto un ribasso del 13,800% (cfr. verbale di gara del 26.6.2019, seduta pubblica n. 06).

In data 5.8.2019, con nota prot. 1203, veniva comunicato ai concorrenti l'adozione del provvedimento di aggiudicazione nei confronti dell'Ati Gilma.

Il provvedimento di aggiudicazione nei confronti dell'Ati ed i verbali di gara venivano impugnati dall'Ati Onofaro.

2.1. Rispetto al conseguente contenzioso instauratosi dinanzi al Giudice di primo grado l'Ati Gilma a sua volta depositava un ricorso incidentale.

2.2. Il Tar (sentenza n. 3149 del 2019)

- ha ritenuto di dover esaminare entrambi i ricorsi;
- ha ritenuto fondato il I motivo del ricorso incidentale;
- ha ritenuto fondato il I motivo del ricorso principale;
- ha accolto il ricorso principale e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria (Ati Gilma);
- ha accolto il ricorso incidentale e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale (Ati Onofaro);
- ha compensato fra le parti le spese del giudizio di primo grado.

2.3. La sentenza del Tar n. 3149 del 2019 è stata impugnata dinanzi a questo Consiglio (n.r.g. 254 del 2020)

dall'Ati Gilma (ricorso principale) e dall'Ati Onorafo (ricorso incidentale).

2.3.1. Questo Consiglio con la sentenza n. 663 del 2020

- ha respinto il ricorso principale;
- ha respinto il ricorso incidentale;
- ha compensato le spese del grado del giudizio;
- ha confermato la sentenza del Tar n. 3149 del 2019.

3. Il "lotto n. 2" veniva aggiudicato all'Ati Pizzo Pippo – Onofaro Antonino s.r.l. – Gial Past s.r.l. (d'ora in poi anche solo "Ati Pippo Pippo") la quale otteneva 91,899 punti su 100 (64,599 per la parte tecnica, 27,30 per la parte economica) ed ha offerto un ribasso d'asta del 13,27%.

Risultava seconda classificata Ati Caruter s.r.l. - Gilma s.r.l. (d'ora in poi anche solo "Ati Caruter") la quale otteneva complessivi 88,835 punti su 100 (58,835 per la parte tecnica, 30 per la parte economica) ed ha offerto un ribasso d'asta del 14,582 %.

In data 5.8.2019, con nota prot. 1203, veniva comunicato ai concorrenti l'adozione del provvedimento di aggiudicazione nei confronti dell'Ati Pippo Pippo.

Il provvedimento di aggiudicazione nei confronti dell'Ati Pippo Pippo ed i verbali di gara venivano impugnati dalla Ati Caruter.

3.1. Rispetto al conseguente contenzioso instauratosi dinanzi al Giudice di primo grado l'Ati Caruter a sua volta depositava un ricorso incidentale.

3.2. Il Tar (sentenza n. 3150 del 2019)

- ha ritenuto di dover esaminare entrambi i ricorsi;
- ha ritenuto fondato il I motivo del ricorso incidentale;
- ha ritenuto fondato il I motivo del ricorso principale;
- ha accolto il ricorso principale e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria (Ati Pippo Pippo);
- ha accolto il ricorso incidentale e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale (Ati Caruter);
- ha compensato fra le parti le spese del giudizio di primo grado.

3.3. Rispetto alla sentenza del Tar n. 3150 del 2019 è bene mettere in evidenza che i primi giudici hanno ritenuto fondato il I motivo del ricorso principale con cui l'Ati Caruter si doleva dell'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione per *eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4. del disciplinare di gara, violazione di legge con riferimento agli articoli 48, 83, e 89, del decreto lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., e agli artt. 1344, 1339 e 1374 del codice civile* –

perché la Pippo Pizzo avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti prescritti dal punto 7.3 del disciplinare di gara integralmente ed esclusivamente mediante avvalimento.

3.4. Rispetto al I motivo del ricorso principale il Tar si è così determinato:

Il Collegio osserva che, secondo quanto previsto dall'art.83 co.8 terzo periodo del d.lgs. 50/2016, "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria". Pertanto, sebbene, sia certamente ammesso l'avvalimento, la mandataria del R.T.I. deve, comunque, soddisfare la predetta condizione, tanto più considerato che la richiamata norma pretende l'osservanza della regola ivi sancita "in ogni caso". In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, affermando che «è innegabile come dall'insieme degli articoli appena citati – del diritto italiano dei contratti pubblici - si ricava una regola per cui "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria" (art. 83, co. 8, per come peraltro modificato con il decreto correttivo 56/2017, segno di un'attenzione mirata e recente del legislatore per l'argomento); e che la mandataria, tanto di un raggruppamento orizzontale quanto di uno verticale, debba assumere un ruolo predominante, spendendo i requisiti in misura maggioritaria, perché appunto maggioritarie sono le prestazioni che deve eseguire, se ne ha conferma anche leggendo l'art. 92 del citato regolamento, ai commi 2 e 3. Se dunque il Codice ed il regolamento richiedono che la mandataria sia davvero, in senso pieno ovvero anche sostanziale, la capogruppo e la guida effettiva dell'ATI, si tratta di valutare il rapporto tra la regola di fondo appena individuata e la possibilità, oramai pacificamente ammessa, di ricorrere all'avvalimento ad amplissimo spettro, permettendo che il prestito dei requisiti avvenga anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento (art. 89, co. 1). Ebbene, a differenza di quanto ha ritenuto il Giudice di primo grado, questo Collegio ritiene che vada ricercata una formula, e dunque una soluzione, che renda compatibili le due regole, altrimenti in apparente contraddizione, in antinomia, l'una con l'altra (da un lato l'art. 83, co. 8; dall'altro l'art. 89, co. 1). E questa compatibilità non può che essere trovata riconoscendo che l'avvalimento infragruppo o interno è (certamente) possibile (ma) a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (i precedenti del Cons. St., III, n. 1339/2018 e IV, n. 5687/2017, concernenti il prestito dalla mandataria alla mandante esprimono un principio che deve valere, a maggior ragione, nell'ipotesi inversa). Con la precisazione che una simile regola è destinata ad integrare i bandi e i capitolati di gara, quand'anche non sia espressamente riprodotta (nel caso di specie l'art. 6 del disciplinare richiama l'art. 48 e nulla dice sull'art. 83 del Codice)» (C.G.A.R.S. 18 febbraio 2019 n.147).

Che, peraltro, questa la regola fosse nota alle imprese concorrenti lo si evince chiaramente anche dall'art.7.4 del disciplinare di gara nella parte in cui espressamente afferma che "il requisito di cui al punto 7.3 deve essere posseduto per intero dalla mandataria, il requisito non è frazionabile". Trattasi di una previsione legittima, sia perché conforme al dettato imperativo del richiamato art.83 co.8 terzo periodo d.lgs. 50/2016, sia perché ragionevole sul piano pratico, in quanto preordinata ad evitare che la mandataria del R.T.I. possa essere una società priva dei requisiti essenziali richiesti e delle capacità economico-finanziarie e/o tecnico-professionali necessarie per assicurare la corretta esecuzione dell'appalto.

Con riguardo al caso in esame, la Pippo Pizzo non poteva avvalersi delle altre imprese del R.T.I. di cui era mandataria per la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al punto 7.3 del bando. E poiché ha, invece, così operato, la Pippo Pizzo ha violato sia l'art.83 co.8 d.lgs. 50/2016, sia il disciplinare di gara. Di conseguenza, il R.T.I. aggiudicatario dell'appalto doveva essere escluso.

4. La sentenza del Tar n. 3150 del 2019 è stata impugnata dinanzi a questo Consiglio (n. r. g. 260 del 2020) dall'Ati Caretur (ricorso principale) e dall'Ati Pippo Pizzo (ricorso incidentale).

5. Il Contenzioso instauratosi dinanzi a questo Consiglio (iscritto al n. r. g. 260/2020) ha avuto uno svolgimento solo in parte diverso rispetto alla vicenda processuale conclusasi con la sentenza n. 663 del 2020 adottata a conclusione del giudizio avente ad oggetto il lotto 1 della gara (giudizio iscritto al n. r. g. 254/2020).

6. Con il ricorso principale l'Ati Caretur ha avverso la sentenza del Tar n. 3150 del 2019 per i seguenti motivi:

- I motivo: *erroneità del primo capo della sentenza oggi impugnata, con il quale è stato accolto il primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Ditta Pizzo Pippo, rubricato "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 5bis, d.lgs. n. 50/16 – violazione del par. IV3.4 del bando e del Par. 12 del disciplinare – Violazione dei principi di par condicio, imparzialità e buon andamento".* Il suddetto motivo è stato articolato in sette diversi profili di censura;

- II motivo: si ripropongono nel giudizio di appello i motivi già dedotti in primo grado con il ricorso introduttivo del giudizio (motivi II, III, e IV) non trattati dal Giudice di primo grado in quanto ritenuto assorbiti.

7. Con il ricorso incidentale l'Ati Pippo Pizzo ha avverso la sentenza del Tar n. 3150 del 2019 per i seguenti motivi:

I - *Erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto tempestivo il ricorso principale;*

II - *Erroneità della sentenza nella parte in cui ha esaminato il ricorso principale dopo avere accolto quello incidentale;*

III - Erroneità della sentenza, nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale.

7.1. Con l'appello incidentale la ditta Pippo Pizzo ha riproposto - ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.- nel giudizio di appello le censure dichiarate assorbite dal Tar in ragione della fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale.

8. Il ricorso in appello (n. r. g. 260/2020) è stato posto in decisione nel corso dell'udienza pubblica del 18 giugno 2020 (svoltasi da remoto in videoconferenza).

9. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana - con l'ordinanza n.660 del 2020 - adottata in esito alle camere di consiglio del 18 giugno e del 7 luglio 2020 - ha evidenziato che la censura di cui al I motivo dell'appello incidentale (tempestività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado con eventuale conseguente irricevibilità dello stesso perché tardivo) attiene ad una questione rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha preso posizione sul punto con la sentenza n. 12 del 2020.

9.1. Con la citata ordinanza n. 660 del 2020 il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

- considerato che la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria è stata depositata in data successiva all'avvenuta trattazione della lite;

- considerato che, conseguentemente, le parti non hanno avuto modo di prendere posizione su quanto deciso dall'Adunanza Plenaria;

- considerato necessario assicurare il pieno rispetto del principio del contraddittorio;

- ha ritenuto che lo scrutinio del I motivo dell'appello incidentale debba avvenire solo dopo che le parti abbiano preso posizione su quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 12 del 2020);

- ha quindi assegnato alle parti un termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione e/o notifica della suddetta ordinanza per prendere posizione solo sul punto in precedenza richiamato;

- ha poi fissare per la prosecuzione della lite l'udienza pubblica del 14 ottobre 2020.

9.2. L'Ati Caruter e l'Ati Pippo Pizzo hanno – con le memorie depositate il 22 settembre 2020 – esposto le rispettive tesi sul I motivo dell'appello incidentale in ragione delle conclusioni alle quali è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12 del 2020.

10. L'Ati Pippo Pizzo con la memoria di replica depositata in vista dell'approssimarsi dell'udienza pubblica per la trattazione della lite, è tornata sul III motivo del ricorso in appello in quanto *in relazione alla gara "gemella" (id est, un altro lotto della medesima gara) Codesto Ecc.mo Consiglio ha respinto analogo motivo (sent. n. 663/20), ciò detto ci si permette rispettosamente di insistere, anche ai fini della remissione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE ex art. 267, terso paragrafo, TFUE, nei termini appresso indicati.*

10.1. Più precisamente si sostiene che nel caso di specie

- si discorre di un avvalimento operativo, e non certo di garanzia. Un avvalimento, cioè, nel quale non si assiste al mero “prestito cartolare”, ma alla concreta messa a disposizione delle risorse umane e materiali che costituiscono il sostrato materiale del requisito stesso;

- sarebbe “chiaro” il tenore delle norme europee, nel senso della indiscriminata possibilità, espressamente estesa alla possibilità di “fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti” (art. 63 direttiva 2014/24/UE, paragrafo 1, comma 3);

- ove, peraltro, residuassero dubbi di sorta, si ritiene che ricorrano i presupposti di cui all’art. 267, paragrafo 3, TFUE [...] tenuto conto che Codesto Consiglio è, a quei fini, giudice di ultima istanza (ex plurimis, CGUE, sez. IV, 18/7/13, causa C-136/12;

10.2. In considerazione del ragionamento svolto con la memoria di replica dell’Ati Pippo Pizzo andrebbe posta alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa:

“se l’art. 63 direttiva 2014/24/UE, paragrafo 1, commi 1 e 3, ai sensi dei quali, rispettivamente, “un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” e “Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all’ articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”, ostino ad una normativa nazionale, come l’art. 83, comma 8, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ai sensi della quale “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”, tenuto conto che tale ultima disposizione va interpretata nel senso di vietare alla mandataria di ricorrere all’avvalimento da parte della mandante (impresa ausiliaria)”.

11. Nel corso dell’udienza pubblica del 14 ottobre 2020 la causa è stata posta in decisione.

12. Il Consiglio ha adottato la sentenza non definitiva n. 1103 del 2020 con la quale ha respinto tutte le censure dedotte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale eccezione fatta per la doglianza di cui al III motivo del ricorso incidentale che dovrà essere ancora scrutinata.

12.1. Questo Giudice ritiene, per le ragioni che seguono, di accogliere la richiesta dell’Ati Pippo Pizzo nel senso di sollevare la questione pregiudiziale di compatibilità con le norme del diritto europeo delle norme nazionali fin qui descritte, e di seguito meglio precisate, nei termini di cui si dirà.

13. In primo luogo e in termini generali, ai sensi dell’art. 267 comma 3 TFUE, questo Consiglio è “giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, e quindi è in linea di principio obbligato a sollevare la questione stessa nel momento in cui essa venga proposta; ciò salvo che ricorrano le condizioni – che, si anticipa, nel

caso di specie non si ravvisano, ad avviso del Collegio - perimetrata da consolidata giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V, 07/11/2012, n. 5650 “l’obbligo di *rinvio pregiudiziale*, secondo la stessa Corte di giustizia, non è assoluto allorché la questione non può influire sull’esito della causa, o è identica ad altra già decisa in via *pregiudiziale*, o ancora se la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare in concreto alla vicenda oggetto di controversia.”).

II. NORMATIVA DELL’UNIONE EUROPEA

La direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 (in Gazzetta ufficiale dell’Unione europea del 28.3.2014 - L 94/65) dispone:

Articolo 63 - Affidamento sulle capacità di altri soggetti:

1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell’articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell’articolo 58, paragrafo 4, *un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all’indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all’allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all’amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell’impegno assunto da detti soggetti a tal fine.*

L’amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l’operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell’articolo 57. L’amministrazione aggiudicatrice impone che l’operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L’amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l’operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l’amministrazione aggiudicatrice può esigere che l’operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell’esecuzione del contratto.

Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

2. 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 di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento.*

Articolo 19 - Operatori economici, paragrafo 2:

2. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici.

Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate.

La disciplina della direttiva sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49, 56, 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

III. NORMATIVA NAZIONALE

1. Il diritto interno ha ritenuto opportuno procedere all'adozione di un unico decreto (Decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 91 del 19 aprile 2016, Supplemento ordinario n. 10).per assicurare il corretto recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e, contestualmente, introdurre nell'ordinamento un sistema di regolazione nella materia degli appalti di lavori, forniture e servizi, coerente, semplificato, unitario, trasparente ed armonizzato alla disciplina europea.

2. Il successivo Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 103 del 5 maggio 2017, Supplemento ordinario n. 22) reca "Disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" ed in particolare l'art. 52 comma 1 lettera c)

è intervenuto sull'art. 83 comma 8 di detto Decreto legislativo n. 50 del 2016 (ora denominato "Codice dei contratti pubblici") la cui formulazione ora è la seguente:

"Criteri di selezione e soccorso istruttorio: 8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. *La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.* I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

3. L'art. 89 comma 1 del Decreto legislativo n. 50 del 2016 (nel testo risultante dalle modifiche disposte dall'art. 56 comma 1 lettera a) del Decreto legislativo n. 56 del 2017) recita:

"Avvalimento: 1. 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, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche 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. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di

partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtu' del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”.

4. Il Disciplinare di gara dopo aver indicato al punto 7.3. i requisiti di capacità tecnica e professionale del lotto n. 2 dispone - al punto 7.4.- “Il requisito di cui al precedente punto 7.3 deve essere posseduto per intero dalla mandataria, il requisito non è frazionabile”.

IV ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

È noto che l’istituto dell’avvalimento ha una forte valenza nel diritto eurounitario in quanto esso ha una valenza pro-concorrenza e non sono mancate le contestazioni mosse allo Stato Italiano per non aver valorizzato a pieno le potenzialità dell’istituto la cui disciplina (art. 89 comma 1 del decreto legislativo n. 50 del 2016) reca ancora resistenze ben evidenziate nella procedura di infrazione avviata nel 2019 dalla Commissione europea dove un paragrafo è proprio dedicato all’avvalimento. Su questi presupposti si prospetta l’eventualità che la disciplina di cui al penultimo periodo del comma 8 dell’art. 83 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) potrebbe incidere e condizionare il ricorso all’avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che all’art. 63 paragrafo 1 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l’operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all’avvalimento.

Il rinvio pregiudiziale investe quindi un punto decisivo della controversia in quanto riguarda il III motivo del ricorso incidentale dell’Ati Pippo Pizzo che se fondato comporterebbe l’accoglimento delle ragioni dell’appellante incidentale con conseguenze circa l’aggiudicazione di una gara rilevante socialmente ed economicamente.

L’articolo 267 TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi, in via pregiudiziale, tanto sull’interpretazione dei Trattati e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione (lettera *a*)), quanto sulla validità di tali atti (lettera *b*)). Detto articolo dispone, al suo secondo comma, che un organo giurisdizionale nazionale può sottoporre alla Corte siffatte questioni qualora reputi necessaria, per emanare la sua sentenza, una decisione su tale punto, e, al suo terzo comma, che tale organo giurisdizionale è tenuto a farlo se avverso le sue decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno (Corte giustizia UE sez. V, 11 settembre 2014, n.112).

Questo Giudice di appello (contro le cui decisioni non sono ordinariamente proponibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno) ritiene opportuno precisare che le questioni poste dall’appellante e

dall'interveniente attengono all'applicazioni di disposizioni rilevanti ai fini della presente controversia che pertanto, per essere decisa, necessita della decisione della Corte di Giustizia in quanto compete solo alla Corte risolvere la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24/UE nel senso che detto paragrafo osterebbe in caso si ricorresse all'avvalimento, ad una normativa esterna che esige che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

A tal proposito, secondo costante giurisprudenza, il procedimento ai sensi dell'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (v., segnatamente, sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punto 18; sentenza del 10 dicembre 2018, Wightman e a., C-621/18, EU:C:2018:999, punto 26 e giurisprudenza ivi citata). Da tale giurisprudenza emerge altresì che spetta soltanto al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte.

Il presente rinvio pregiudiziale si rende necessario, in assenza di precedenti specifici della Corte di Giustizia sulla medesima questione in quanto:

a) la questione è rilevante ai fini della controversia in quanto nel caso di specie l'Ati Pippo Pizzo nel ricorrere all'avvalimento come mandataria dovrebbe essere esclusa dalla gara in ragione di quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del Codice dei contratti d.lgs. 50 del 2016 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*);

b) quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del Codice dei contratti d.lgs. 50 del 2016 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) finirebbe per determinare in via interpretativa e senza violare direttamente l'art.63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24/UE, un'interpretazione della disposizione comunitaria limitativa delle scelte effettuate dall'operatore economico che finisce per condizionarne le libere determinazioni dell'impresa con chiari effetti anti concorrenziali.

V. PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO

Il punto di vista del giudice del rinvio è nel senso che le due disposizioni in precedenza richiamate (art. 89 comma 1 e art. 83 comma 8 del d.lgs. 50 del 2016) non darebbero vita ad alcuna antinomia e possono essere interpretate nel senso che

a- l'operatore economico non incontra alcun limite nel ricorrere all'istituto dall'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute;

b - il ricorso all'avvalimento non può spingersi fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Il Consiglio di Stato (sez. III, I° luglio 2020, n.4206) ha chiarito che la regola di cui al comma 8 dell'art. 83 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) ha lo scopo "di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante".

VI. FORMULAZIONE DEI QUESITI E RINVIO ALLA CORTE

1. In conclusione, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito:

Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

VII RICHIESTA DI APPLICAZIONE DEL PROCEDIMENTO ACCELERATO.

Il Consiglio chiede alla Corte l'applicazione del procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, considerando che, alla luce della enucleazione di un profilo di nitido contrasto tra fonti:

a) la questione ha natura di principio, incide sulle determinazioni assunte dagli operatori economici che intendano ricorrere all'avvalimento al fine di partecipare a bandi di gara ed è motivo di diffuso contenzioso;

b) la specifica procedura di appalto oggetto della controversia è condizionata solo dalla decisione della Corte di Giustizia, avendo il giudice rimettente già deciso su ogni altro motivo di ricorso;

ci) l'appalto in oggetto riguarda l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica per undici comuni della Regione Siciliana, ed in quanto tale è urgente che la procedura di gara si definisca senza ulteriori ritardi o sospensioni. Il lotto 2 della suddetta gara è di rilevante valore (importo a base di gara pari ad €19.087.724,73).

VIII SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO E DISPOSIZIONI PER LA SEGRETERIA

1. Ai sensi delle “*Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*” (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell’Unione europea, la Segreteria della Sezione trasmetterà copia integrale del fascicolo di causa mediante plico raccomandato alla Cancelleria della Corte di giustizia dell’Unione europea, all’ *indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo*.

2. In applicazione dell’art. 79 del codice del processo amministrativo e del punto 23 delle citate *Raccomandazioni*, il presente giudizio è sospeso sino alla definizione del procedimento incidentale di rinvio.

Il Consiglio riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto (ricorso n.260/2020), e vista la propria sentenza parziale n. 1103 del 2020 così provvede:

- 1) dispone a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 267 TFUE, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;
- 2) dispone la sospensione del presente giudizio;
- 3) riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere