

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

Identità del legale rappresentante di due società e il concetto di “abuso di posizione giuridica soggettiva”

Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1518

ABUSO DI POSIZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA – ILLECITO PROFESSIONALE – SOGGETTO DIVERSO DA QUELLO CHE HA PARTECIPATO ALLA PROCEDURA



Un'Amministrazione, su istanza della seconda graduata in una procedura di affidamento di lavori, disponeva la revoca dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della società che aveva ottenuto il migliore punteggio; la stazione appaltante riteneva infatti sussistente, in capo all'aggiudicataria iniziale, *“un grave illecito professionale riferito a significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, non dichiarate in sede di gara”* dunque in base all'art. 80, c. 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016; illecito tuttavia compiuto da un **diverso soggetto giuridico rispetto a quello che partecipò alla procedura**, ma ritenuto riconducibile al **legale rappresentante** dell'originaria aggiudicataria. Ciò sulla base di alcuni **indizi fattuali**: in primo luogo che la medesima persona fisica rivestiva la qualità di legale rappresentante *pro tempore* e di direttore tecnico delle due diverse società, le cui sedi legali sono ubicate al medesimo indirizzo; in secondo luogo che tra le due società, inoltre, sarebbe stato stipulato in tempi recenti un contratto di cessione d'azienda.

Il giudice di prime cure accoglieva in maniera estensiva l'interpretazione fornita dalla ricorrente: si sarebbe infatti trattato di *“uno schermo delle due diverse persone giuridiche dietro il quale si sarebbe celato un unico centro di imputazione di interessi”*; dunque, l'Amministrazione ha ritenuto che gli inadempimenti di un'impresa si riverberassero anche sull'altra, pur trattandosi di due soggetti giuridici diversi.

Contro tale sentenza insorgeva, proponendo appello, l'originaria aggiudicataria. L'appello si concentrava su due questioni in particolare: non solo l'**“abuso di personalità giuridica”** non era presente all'interno del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, ma oltretutto ciò si poneva in contrasto con il divieto di introdurre ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle tipizzate dalla legge, in spregio all'art. 83, c. 8, del Codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato, ribaltando le conclusioni cui era giunto il giudice di primo grado, ha ritenuto insussistenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 80, c. 5, lett. c), del Codice. Tale disposizione è fortemente **limitativa del principio di libera partecipazione alle gare** e, pertanto, deve essere di **stretta interpretazione**. Inoltre, l'espressione “operatore economico” va riferita al soggetto che partecipa alla gara e non anche alla persona fisica che ricopre più ruoli in diverse società. Ciò premesso, per il Collegio **manca** proprio, da

parte dell'Amministrazione, la **prova inequivocabile** – anche mediante indizi gravi, precisi e concordanti – che la società aggiudicataria avesse *“appositamente frapposto il proprio schermo societario al fine di eludere, nel caso di specie, l'applicazione delle norme sui requisiti di partecipazione alle gare”*. Le mere circostanze di fatto addotte sono di per sé **neutre** da un punto di vista civilistico, mancando quell'*“imprescindibile quid pluris rappresentato dalla (dolosa) preordinazione di un tale stato di cose”* al fine di **eludere vincoli imperativi** in materia di gare pubbliche. Infine, anche volendo ragionare *a contrario*, si introdurrebbe illegittimamente proprio una causa di esclusione non tipizzata, in violazione di quanto previsto dal citato art. 83, c. 8, d.lgs. 50/2016.

Il requisito di fatturato come indice di capacità tecnica: presupposti e caratteristiche
Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2021, n. 2048

REQUISITO DI FATTURATO – CAPACITÀ TECNICO-PROFESSIONALE – RISORSE UMANE E TECNICHE – RICHIESTA – AVVALIMENTO OPERATIVO



Il Consiglio di Stato, in questa sentenza, ricorda che – mentre esso di norma viene trattato come requisito di capacità tecnico-professionale – la stazione appaltante può considerare *“il volume del **fatturato in servizio analogo** come **indice di capacità tecnica** se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore sia derivante da una **dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto**”*. Tuttavia, in tal caso, non è sufficiente che il bando di gara richieda meramente il requisito del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale, dovendo esservi anche la specificazione della *“richiesta di una dimostrazione di possesso **“di risorse umane e tecniche”** e, più in generale, dell’**“esperienza”** necessaria ad eseguire la prestazione”*.

Da tale ragionamento, quindi, discende la necessità che se l'operatore economico intende avvalersi della capacità di altri soggetti, il contratto di **avvalimento**, ai sensi dell'art. **89, c. 1, d.lgs. 50/2016**, deve riportare l'impegno della società ausiliaria a eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste. In altre parole, in tale ipotesi è necessario considerare l'avvalimento come avente **natura “tecnico-professionale”**, con necessaria indicazione dei mezzi aziendali e delle risorse messe a disposizione, non potendosi invece interpretarlo come mero “avvalimento di garanzia”, nel quale l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il proprio valore aggiunto in termini di solidità finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulla capacità del concorrente di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto.

Nel caso portato all'esame del Collegio, il contratto di avvalimento prodotto dall'originaria aggiudicataria riportava **in concreto** tali requisiti, prevedendo la tangibile **assunzione di un ruolo esecutivo** nel contratto (nella fattispecie, l'esecuzione del servizio di ristorazione scolastica nel territorio comunale) da parte dell'ausiliaria; e, aggiungono i giudici, *“anche in quella accezione più profonda che ha riguardo al **possesso dell'esperienza, riferibile al personale avvalso**”*. Pertanto, veniva accolto l'appello dell'originaria aggiudi-

cataria e, per l'effetto, respinto il ricorso di primo grado dell'operatore economico secondo graduato.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla questione dell'equiparazione tra l'impresa socia di un consorzio stabile, non designata all'esecuzione dei lavori, e l'impresa ausiliaria nell'avvalimento e sulla deroga al "principio di continuità"

Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5

PRINCIPIO DI CONTINUITÀ – PERDITA REQUISITO DI QUALIFICAZIONE – CONSORZIO STABILE – CONSORZIATA NON ESECUTRICE – RIMESIONE ADUNANZA PLENARIA – AVVALIMENTO

Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia in merito alle seguenti due questioni sottoposte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con l'ordinanza n. 1211 del 29 dicembre 2020, commentata nel numero della Rassegna di gennaio u.s. (qui il [link](#)):

- se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un **consorzio stabile**, l'impresa consorziata NON designata ai fini dell'esecuzione (in virtù della quale però il consorzio possiede il requisito di qualificazione) vada considerata come **soggetto terzo** rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento e perciò **sostituibile** in applicazione dell'art. 89, c. 3, del Codice degli appalti, in **deroga** al principio dell'obbligo del **possesso continuativo dei requisiti** nel corso della gara e fino all'affidamento;
- se, in caso di risposta negativa al precedente quesito, qualora l'impresa consorziata NON designata alla fine dell'esecuzione possieda il requisito di qualificazione grazie ad **un contratto di avvalimento** con altra impresa, trovino comunque applicazione la norma e la conseguente deroga sopracitate.

Nel caso che ha dato origine alla controversia, una stazione appaltante aveva **annullato** il provvedimento di aggiudicazione di un appalto di lavori a favore di un consorzio stabile, dopo aver accertato, nella fase delle verifiche dei requisiti, che il consorzio stabile aveva **perduto** durante la procedura di gara (n.d.r. ma successivamente riacquistato prima del termine), **il requisito di qualificazione** richiesto (nello specifico il possesso della attestazione SOA nella categoria OS35) che il consorzio possedeva in base al principio del cd. "cumulo alla rinfusa", tramite una propria consorziata, **non** designata per l'esecuzione, la quale a sua volta lo derivava da un rapporto di avvalimento con un'impresa terza: tale contratto era però venuto meno durante la procedura di gara, per fatto dell'impresa avvalsa.

Secondo i giudici dell'Alto consesso, il nocciolo della questione è accertare se nel caso di consorzio stabile la **consorziata non designata** ai fini dell'esecuzione, da cui il consorzio deriva la propria qualificazione, debba essere considerata **soggetto terzo** rispetto all'organismo consortile e, di conseguenza, se essa possa essere equiparata all'impresa ausiliaria nell'avvalimento.

Se così fosse, ne deriverebbe che – anche nel caso in cui la consorziata perdesse il requisito di qualificazione in corso di gara – potrebbe e dovrebbe applicarsi **l'art. 89, c. 3, d.lgs. n. 50/2016**, con conseguente possibilità per il consorzio stabile di procedere alla **sostituzione della stessa, in deroga al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti** nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori.

È proprio questa la strada scelta dall'Adunanza plenaria, in forza di una interpretazione dell'art. 89, c. 3, del Codice dei contratti pubblici orientata alla corretta applicazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, secondo la quale, nel caso di consorziate non designate all'esecuzione, ma per le quali il consorzio si limita a mutuare i requisiti oggettivi (senza peraltro che da ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per la mancata o erronea esecuzione dell'appalto) si è dinanzi ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento. Questa constatazione *“è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti”*, e quindi permette all'operatore economico di **sostituire** i soggetti di cui si avvale **“che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”**.

Tale interpretazione pare avvalorata anche dal citato art. 63 della direttiva 2014/24/UE che, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende **tutti i casi** nei quali un operatore economico fa affidamento sulle capacità di altri soggetti *“a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi”*.

Secondo l'Adunanza plenaria, quindi, l'art. 63 della suddetta direttiva **“pacificamente impone che il soggetto avvalso che nelle more del procedimento di gara o durante l'esecuzione del contratto perda i requisiti, venga sostituito”**: pertanto *“la consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione”*.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- M.S. BONOMI e altri, ***Il processo amministrativo e il diritto di accesso alla prova dell'emergenza sanitaria***, 2021, 1, 128;
- E. CAVALIERI, ***Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria***, 2021, 1, 30;
- N. POSTERARO, ***Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni***, 2021, 1, 111.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- E. AMANTE, *La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del d.l. n. 76 del 2020*, 2021, 1, 63;
- M. CERUTI, *L’istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia tra autorizzazione e concessione (parte II)*, 2021, 1, 5;
- S. FATA, *Le sanzioni dell’Antitrust nelle gare di appalti pubblici*, 2021, 1, 25.

La discrezionalità della stazione appaltante nella definizione dei requisiti tecnici e professionali dei concorrenti

Con apposito parere precontenzioso ([cfr. delibera 3 marzo 2021, n. 191](#)), l’ANAC affronta il tema dei **requisiti di partecipazione** ex **art. 83** del Codice degli appalti e dei margini di **discrezionalità** della stazione appaltante nella previsione, all’interno delle procedure di gara, di criteri **ulteriori** e più **stringenti** di quanto normativamente previsto.

Nel merito la stazione appaltante aveva escluso da una procedura di gara per l’affidamento di un servizio di vigilanza alcuni operatori economici che non avevano dimostrato il possesso di una **certificazione di qualità** (specificamente la UNI EN ISO 9001:2015) richiesta dal disciplinare di gara, a pena di esclusione, quale requisito di capacità tecnica e professionale.

L’Autorità evidenzia innanzitutto come la giurisprudenza in altre occasioni abbia ribadito l’esistenza di un certo **marginale di discrezionalità** della stazione appaltante nel definire i **requisiti tecnici e professionali** dei concorrenti ulteriori e più rigorosi rispetto a quelli normativamente previsti, tuttavia nel rispetto del **limite** della **proporzionalità** e della **ragionevolezza**, oltre che della **pertinenza** e della **congruità** dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara.

L’esercizio di tale discrezionalità da parte della stazione appaltante corrisponde in punto di **adeguatezza** ad un corretto uso del principio di proporzionalità nell’azione amministrativa: le **certificazioni e qualificazioni pregresse**, richieste come particolari requisiti di partecipazione, devono infatti essere attentamente **congrue** all’oggetto complessivo del contratto e riferite alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta.

Con riferimento al caso di specie è stato evidenziato come *“le certificazioni di qualità possono illustrare anche caratteristiche oggettive del processo produttivo aziendale del concorrente e quindi possono anche concorrere all’assegnazione dei punteggi previsti per la valutazione dell’offerta tecnica”*.

D’altra parte, rileva l’ANAC come la tutela dell’**interesse pubblico** e delle fondamentali esigenze che quell’esecuzione contrattuale è chiamata a soddisfare siano tali da giustificare una maggiore **rigorosità** nella definizione di alcuni requisiti di partecipazione, al fine di garantire un determinato **standard qualitativo** nella selezione dell’operatore economico affidatario del contratto e che, per l’effetto, il mancato possesso di tali requisiti possa costituire **legittima causa di esclusione**.

In forza delle sopra richiamate argomentazioni, pertanto, l’Autorità ritiene, in conclusione, legittimamente rientrante nella **discrezionalità amministrativa** della stazione ap-

paltante la previsione di requisiti di partecipazione più rigorosi, quali le **certificazioni di qualità** richieste, essendo adeguatamente motivate dalle esigenze dalla stessa Amministrazione perseguite nell'ambito dell'aggiudicazione dell'appalto in oggetto e **non** apparendo **illogiche** e **sproporzionate, incongrue** o **non pertinenti** rispetto alle caratteristiche specifiche dell'oggetto contrattuale.

* * * * *

Disegno di legge per la concorrenza: le proposte dell'AGCM

L'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha segnalato al Governo le proprie [proposte per il disegno di legge in materia di concorrenza](#), come da richiesta pervenuta dallo stesso Presidente del Consiglio dei ministri.

Il nodo principale riguarda la **semplificazione delle regole nazionali** che vertono sulla concorrenza. Come è noto, infatti, l'attuale Codice dei contratti pubblici rinvia, per la sua compiuta esecuzione, a circa 50 provvedimenti attuativi di varia natura, destinati a sostituire il regolamento (emanato con d.P.R. n. 207 del 2010) del Codice previgente. Questo **"labirinto di norme"** genera, secondo l'AGCM, inefficienze nel settore dei contratti pubblici e impone di definire regole più semplici. Due sono gli interventi proposti:

1) **sospendere l'applicazione del Codice** degli appalti (applicando le sole disposizioni delle direttive europee in materia del 2014) nelle procedure interessate dall'erogazione dei fondi europei del **next generation EU** e in quelle aventi ad oggetto **opere strategiche** (con ciò rimuovendo i vincoli che attualmente esistenti: tra quelli citati, il subappalto, l'avvalimento, l'appalto integrato, i criteri di valutazione delle offerte, la nomina di commissari esterni);

2) **rivedere l'attuale Codice** del 2016 semplificando le procedure e lasciando più discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Ulteriori proposte riguardano la **specializzazione delle stazioni appaltanti** e la **digitalizzazione delle procedure**. Poichè il riconoscimento di maggiore autonomia alle amministrazioni aggiudicatrici sia veramente efficace, è infatti necessaria una loro riqualificazione. Le stazioni appaltanti, in altre parole, una volta individuati i propri bisogni, devono essere in grado di utilizzare in modo appropriato le diverse procedure e i diversi criteri di aggiudicazione, senza dover per forza ricorrere a schemi rigidi preimpostati.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie cui hanno collaborato, in questo numero:

Vincenzo Castello, Federica Migliore,
Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agazia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.