

Conoscenza piena degli atti e onere di immediata impugnazione ex art. 120 bis C.p.a., raggruppamenti verticali e avvalimento della certificazione di qualità

Autore: Alessandro Biamonte

In: Diritto amministrativo

Secondo recente orientamento (cfr. Cons. St., V sez., capo 16 sentenza 27/03/2018, n. 1902):

i) l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal **comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a.**, è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (cfr. Cons. Stato Sez. III, 26-01-2018, n. 565);

ii) in questa specifica materia, l'applicabilità del **principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione**, presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito;

iii) occorre tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall'**art. 120, comma 2 bis, c.p.a.**; sia dei presupposti in base ai quali lo stesso legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l'impugnazione: in base al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, **ex art. 29 del codice degli appalti, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara;**

iv) da ciò consegue che il **principio della piena conoscenza**, acquisita aliunde, può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara;

v) pertanto, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'**onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara** la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni.

Secondo consolidata impostazione giurisprudenziale (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 7/12/2017, n. 5772) la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni "principali" e quelle "secondarie". Ciò in quanto trova applicazione il principio (Cons. St., V sez., 9 maggio 2012, n. 2689), per cui è precluso al partecipante alla gara «procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie», onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale. Tale divieto si giustifica, infatti, in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione

temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, posto che «per i raggruppamenti verticali, [...] la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara».

Inoltre, (Cons. St., V sez., sent. 4/01/2018, n. 51) è stato precisato - proprio in riferimento alla sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio 13 giugno 2012, n. 22, che tale pronuncia, pur riconoscendo l'obbligo di specificazione delle parti di servizio da eseguire ad opera delle singole imprese anche nel caso di raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale (ed anzi a maggior ragione per questo tipo di raggruppamento), ha chiarito che il suo rispetto deve essere valutato in maniera sostanzialistica, anche al fine di evitare l'emersione di cause di esclusione non previste dal bando di gara.

Il principio di diritto

In quest'ottica, si è affermato che "l'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

Va ribadito (cfr. in termini Cons. St., V sez., 17/05/2018, n. 2953) che **l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE** e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa).

L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, SWM Costruzioni).

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso loro conforme (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria); in particolare, in assenza di motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di

trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14, Partner Apelski Dariusz).

Ne consegue (così Cons. St., sent. n. 2953/2018 cit.), che l'istituto dell'**avvalimento può trovare applicazione anche in relazione alla certificazione di qualità**, con la precisazione che, a tal fine, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la corrispondente certificazione di qualità (in tal senso funzionale va intesa la messa a disposizione della propria organizzazione aziendale).

Ai fini della messa a disposizione della certificazione di qualità da parte della ausiliaria, è necessario che nel contratto risulti che essa mette effettivamente a disposizione della concorrente le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e che, dunque, l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato attraverso la compiuta indicazione delle risorse e dei mezzi prestati.

La messa a disposizione di risorse materiali (ed immateriali) da parte dell'ausiliaria non implica, tuttavia, che le stesse debbano essere utilizzate in modo continuativo e nella loro interezza da parte dell'ausiliata, ma solo laddove ve ne sia la necessità e nei limiti in cui occorra ai fini della regolare esecuzione dell'appalto".

In tema di contratto di avvalimento è stato già evidenziato (cfr. Cons. St., V sez., 27/07/2017, n. 3710) che, quando oggetto dell'avvalimento sia la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (così 23 febbraio 2017, n. 852; nonché 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità).

<https://www.diritto.it/conoscenza-piena-degli-atti-onere-immediata-impugnazione-ex-art-120-bis-c-p-raggruppamenti-verticali-avvalimento-della-certificazione-qualita/>