Gara

Avvalimento: il contratto è necessario

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743 - Pres. La Medica - Est. Cerreto - Comune di Cittareale c. Selva 2006 s.r.l. e Snow Service s.r.l.

Per poter legittimamente ricorrere all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, occorre che il concorrente dimostri di disporre effettivamente dei requisiti di capacità economica, finanziaria e organizzativa del soggetto di cui intende avvalersi, e ciò a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimo. A tal fine occorre che venga depositato il cd. contratto di avvalimento, come previsto dall'art. 49, comma 2, lett. f), D.Lgs. n. 163/2006, contratto il quale non può essere surrogato dalla dichiarazione del concorrente avvalso di impegnarsi a mettere a disposizione del concorrente (che nella fattispecie non era stato neppure indicato nelle generalità) i propri requisiti.
Va riconosciuto in capo al concorrente legittimamente escluso da una gara l'interesse a ricorrere laddove egli contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, ovvero deduca censure che - se accolte - comporterebbero la riedizione della competizione selettiva. In tali ipotesi il giudice amministrativo è tenuto ad esaminare il gravame anche in presenza di ricorso incidentale ove si deduca la illegittima partecipazione alla gara del ricorrente principale.

Fatto e diritto

1.Con la sentenza gravata, il TAR Lazio, sez. II *ter*, ha accolto il ricorso proposto dalla società Selva 2006 avverso gli atti di gara per l'affidamento della gestione per n. 6 stagioni invernali di impianti scioviari e di innevamento artificiale per la stazione sciistica di Selvarotonda per un valore complessivo di euro 30.000 (gara indetta con delibera 18 settembre 2007 n. 88 della Giunta comunale di Cittareale ed alla quale hanno partecipato solo due concorrenti) e relativa aggiudicazione a favore della società Snow Service s.r.l.
In particolare il Giudice di 1° grado:
– ha ritenuto illegittime sia l'esclusione della società ricorrente sia l'ammissione alla gara della società aggiudicataria;
– ha altresì ritenuto illegittime la delibera G.C. n. 118 del 20 dicembre 2007 e la conseguente determinazione dirigenziale, di affidamento temporaneo della gestione del servizio a favore della società Snow Service, fino alla conclusione del giudizio instaurato dalla società Selva 2006 avanti al giudice amministrativo;
– ha infine stabilito di rinviare l'esame della domanda risarcitoria a seguito della conclusione della procedura di gara che l'Amministrazione avrebbe dovuto riaprire per effetto dell'annullamento degli atti impugnati.
2. Avverso detta sentenza ha proposto appello il comune di Cittareale, deducendo quanto segue
– legittimamente la ricorrente originaria è stata esclusa dalla gara, atteso che il disciplinare di gara (punto 3 lett. 8), in conformità a quanto previsto dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, stabilisce che il concorrente può avvalersi dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo di altro soggetto, ma in tal caso è tenuto ad allegare alla propria domanda di partecipazione, tra l'altro, in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;
– il disciplinare di gara sul punto riguardante il contratto di avvalimento non è stato impugnato dalla società ricorrente e perciò il TAR non poteva pronunciarsi sull'interpretazione da dare all'art 49 del D.Lgs. n. 163/2006 in relazione alla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 direttiva n. 118/2004/CE ed art 54 direttiva n. 17/2004/CE);
– ai sensi dell'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006, l'avvalimento di altro soggetto è subordinato, tra l'altro, alla produzione del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, per cui se non è necessaria una particolare forma del contratto di avvalimento comunque occorre che un contratto del genere sia accertabile e veritiero e nella specie non era stato prodotto un contratto del genere;
– nella specie l'offerta è stata presentata congiuntamente dalle imprese Selva 2006 e SACMIF che hanno inserito nella medesima busta due domande di partecipazione, per cui legittimamente la Commissione di gara ha rilevato che le dichiarazioni di cui ai punti 9, 10 e

11 del disciplinare di gara (in ordine alla richiesta di avvilimento) sono state presentate dalla Ditta SACMIF, ma risultano in contrasto con l'istanza di partecipazione in qualità di impresa associata;
– una volta ritenuta legittima l'esclusione dalla gara della ricorrente, il ricorso di primo grado doveva essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse nella parte in cui era rivolto a sindacare l'aggiudicazione a favore della società Snow Service;
– in ogni caso è legittima l'ammissione alla gara della Snow Service, atteso che la disciplina di gara prevede che il concorrente dichiari di possedere alcuni specifici requisiti tra cui l'iscrizione presso la CCIAA ed un'idonea documentazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi del settore oggetto di gara, con l'indicazione dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi, date e destinatari e ciò era avvenuto;
– la richiesta documentale integrativa, cui si riferisce il TAR, è stata formulata dall'Amministrazione, a seguito dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria, nell'ambito della verifica della documentazione e non in sede di ammissione alla gara;
– non può considerarsi illegittimo neppure l'affidamento in via provvisoria del servizio a favore della società Snow Service, che si fonda sia sull'art 57 che sull'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, mentre il TAR si è pronunciato solo su quest'ultima disposizione;
– infine il TAR da una parte ha riconosciuto alla ricorrente la reintegrazione in forma specifica e dall'altra ha esaminato la domanda di risarcimento per equivalente nella parte in cui ha rinviato la relativa decisione al riguardo a seguito della conclusione della procedura, ma le due forme di risarcimento sono alternative e non cumulabili;
– il TAR ha condannato il Comune alle spese di giudizio, ma il ricorso di primo grado doveva essere respinto.
3. Costituitasi in giudizio, la ricorrente ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per genericità e comunque ne ha rilevato l'infondatezza, richiamando la correttezza della sentenza del TAR.
Con ordinanza n. 3399/2008, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.
4. Con memoria conclusiva entrambe le parti hanno insistito sulle rispettive conclusioni.
All'udienza dell'11 novembre 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
5. L'appello, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente originaria, non può ritenersi generico, in quanto in esso vengono sufficientemente contestate le argomentazioni sulla cui base il TAR ha accolto il ricorso di 1° grado.
6.L'appello è fondato in parte.
6.1. Va condivisa la doglianza dell'appellante secondo cui la società Selva 2006 era stata correttamente esclusa dalla gara per non aver prodotto, in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale «l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione per la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente».
Occorre rammentare che ai sensi dell'art. 49 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, «1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.
Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:
a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38;
c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38;
d) 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;
e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
f) in originale o copia autentica il contratto in virtù 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.
Tali disposizioni normative sono state espressamente richiamate nella disciplina di gara.
Pertanto, per l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento - che consente ad un'impresa (concorrente alla gara) di ricorrere alle referenze di un'altra impresa (ausiliaria), al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara - occorre che il partecipante alla gara dimostri di disporre effettivamente dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa del soggetto di cui intende avvalersi (Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).
Ciò del resto appare conforme alla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 direttiva n. 118/2004/CE ed art 54 direttiva n. 17/2004/CE), la quale prevede che 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 quest'ultimi, ma deve provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto a mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.
In particolare, nel caso di specie, in disparte la contraddittorietà della documentazione prodotta (tendente da una parte alla costituzione di un'ATI tra la società Selva 2006 e la società SACMIF e dall'altra all'utilizzazione da parte di Selva 2006 dei requisiti posseduti da SACMIF) non è stato prodotto il prescritto contratto di avvalimento.
È pur vero, come osservato dal TAR, che la relativa normativa non richiede una particolare forma al riguardo ma comunque occorre fornire la prova dell'intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell'art. 1321 c.c.
Nella fattispecie, tale accordo non risulta formato in quanto la società SACMIF si è limitata a dichiarare che essa si impegnava a mettere a disposizione del "concorrente" (senza precisarne le generalità) i propri requisiti.
Una tale dichiarazione, in mancanza dell'indicazione nel suo contesto dello specifico concorrente a cui favore si intende prestare ausilio, non può ritenersi univoca nel senso dell'assunzione di un impegno specifico di SACMIF nei confronti della società Selva 2006. Né tale univocità può essere desunta, come invece ritenuto dal TAR, dal semplice fatto che una dichiarazione del genere è stata inserita nella busta contenente i documenti dell'impresa Selva 2006, atteso che ciò non fornisce elementi di prova sul fatto che un tale inserimento sia avvenuto a cura della SACMIF, in quanto quest'ultima risulta aver a sua volta presentato istanza per partecipare alla gara in qualità di mandante di un futuro raggruppamento con la Società Selva 2006.
Né la richiesta da parte della normativa interna di allegare il contratto di avvilimento costituisce, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte appellata, limitazione per l'operatore economico del diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti in contrasto con le direttive comunitarie (artt. 47 e 48 direttiva n. 118/2004/CE ed art 54 direttiva n. 17/2004/CE), trattandosi soltanto di un onere probatorio che può essere assolto facilmente e tendente ad eliminare incertezze in ordine all'individuazione dei soggetti responsabili per le prestazioni oggetto del contratto di appalto.
6.2. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non può essere condivisa invece nella specie l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso originario nella parte in cui è rivolto a sindacare l'aggiudicazione a favore della società Snow Service (unica impresa rimasta in gara), una volta ritenuta legittima l'esclusione della ricorrente.
È ben vero, come questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare ripetutamente, che il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell'aggiudicazione in favore di terzi, dall'annullamento dei quali non trarrebbe alcun vantaggio concreto.
Tuttavia è stato precisato altresì che tale principio non è assoluto e deve essere adeguato alle specifiche evenienze del caso concreto, sicché è stata ravvisata la permanenza di interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura. Ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero il dovere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente *chance* di divenirne aggiudicatario (cfr., sez. V, 4 giugno 2008, n. 2629, 25 luglio 2006, n. 4657, 29 marzo 2006, n. 1589 e 10 novembre 2005, n. 6285; sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952; sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 463).
Tale orientamento sebbene sia stato talvolta messo in discussione (v. la decisione della Sezione 30 agosto 2006, n. 5067) è stato ora ribadito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione 10 novembre 2008 n. 11, con la quale è stato pienamente riconosciuto meritevole di tutela l'interesse strumentate di ciascuna impresa alla ripetizione della gara, a prescindere dalla posizione processuale assunta in giudizio (ricorrente principale o incidentale).
6.3. Non merita adesione neppure la doglianza dell'appellante secondo cui la società Snow Service sarebbe stata legittimamente ammessa alla gara, dovendosi confermare sul punto la sentenza del TAR.
Risulta dal verbale di gara del 16 ottobre 2007 che tale Società non ha prodotto dichiarazione e documentazione di elementi richiesti in termini essenziali pena l'esclusione (fatturato globale d'impresa e importo relativo ai servizi nel settore).
Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, in tal caso non è carente solo la documentazione ma anche le relative dichiarazioni, con integrazione della sentenza del TAR sul punto, in disparte la rilevata contraddittorietà in atti (dichiarati quattro servizi di gestione scioviaria e documentato uno soltanto).
L'impresa, quindi, non ha dichiarato e documentato nei termini perentori requisiti ritenuti essenziali dalle regole di gara, per cui doveva essere esclusa dalla gara.
6.4. La sentenza del TAR merita conferma anche nella parte in cui ha ritenuto illegittimo l'affidamento temporaneo della gestione scioviaria alla Snow Service. Invero, pur riconoscendosi l'urgenza di provvedere - nel pieno della stagione sciistica 2007/2008 e nelle more del presente giudizio - occorre ribadire l'illegittimità di un affidamento diretto, consentito nella forma seguita soltanto per servizi o forniture d'importo fino a 20.000 euro (art. 125 D.Lgs. n. 163/2006). La mancanza di un termine predefinito rende indeterminabile il valore della gestione, ancorché provvisoria, e inapplicabile la formula di affidamento utilizzata dall'Amministrazione comunale.
Né vale sostenere da parte dell'appellante che nella spe-

cie sarebbe applicabile l'art. 57 D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che tale disposizione è applicabile agli appalti di rilevanza comunitaria (appalti di forniture e servizi di valore almeno pari a 137.000 euro, mentre nel caso in esame l'appalto posto in gara ha un valore complessivo non superiore a euro 30.000.

6.5. Va tenuta ferma la statuizione del TAR di rinviare l'esame della domanda risarcitoria a seguito della conclusione della procedura di gara che l'Amministrazione dovrà riaprire per effetto dell'annullamento degli atti impugnati, tenendo però presente che in sede di appello è stata ritenuta legittima l'esclusione della ricorrente originaria.

Viene meno in tal modo il rilievo dell'appellante in ordine alla duplice statuizione del TAR in ordine alla reintegrazione in forma specifica ed al risarcimento del danno, essendo ormai esclusa l'aggiudicazione della gara a favore del ricorrente originario dovendo l'Amministrazione indire una nuova gara.

6.6. Per quanto concerne la doglianza dell'appellante relativa alla condanna alle spese, essa è assorbita, dovendosi questo Giudice pronunciare sulle spese sia del giudizio di primo grado che di appello per effetto della riforma parziale della sentenza del TAR.

7. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto in parte.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Il Consiglio di Stato apporta un ulteriore e sostanziale contributo alla definizione dei caratteri applicativi dell'istituto dell'avvalimento, codificato nel nostro ordinamento dall'art. 49, D.Lgs. n. 163 del 2006. La sentenza in commento ha in particolare stabilito che ai fini della effettiva dimostrazione della disponibilità dei requisiti di ordine tecnico, organizzativo e economico di altro soggetto, di cui il concorrente intende avvalersi, risulta imprescindibile l'allegazione del cd. contratto di avvalimento, il quale, pur non necessitando di forme particolari di stipulazione, ed avendo contenuto atipico, deve comunque evidenziare la dedotta disponibilità dei requisiti altrui. Si tratta di onere di carattere meramente probatorio e come tale non confliggente con il sistema previsto dagli artt. 47 e 48 della direttiva 118/2004/CE e dall'art. 54 della direttiva 17/2004/CE, volto a favorire l'estensione della platea degli aspiranti contraenti della pubblica amministrazione.

La vicenda contenziosa dalla quale trae origine la sentenza in commento riguarda il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di un appalto dei servizi di gestione di impianti scioviari e di innevamento artificiale. La ricorrente, che aveva dichiarato di avvalersi dei requisiti di carattere economico, tecnico, finanziario ed organizzativo di altro soggetto, come previsto dall'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006 (1), era stata esclusa dalla gara per aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione il «contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto». La ricorrente, oltre alla propria esclusione, aveva censurato l'aggiudicazione ad altra impresa, per essere questa stata ammessa alla competizione nonostante avesse omesso di allegare, con la domanda, dichiarazioni e documentazione relative ai requisiti tecnici e economici previste a pena di esclusione. Infine, veniva censurato l'affidamento provvisorio del servizio all'aggiudicataria nelle more della definizione dell'instaurato giudizio e richiesto il risarcimento del danno.

Il TAR Lazio ha accolto il ricorso, affermando: l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente; l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria; l'illegittimità dell'affidamento provvisorio; il rinvio dell'esame della domanda risarcitoria all'esito della competizione, che avrebbe dovuto riaprirsi per effetto della sentenza.

La stazione appaltante ha impugnato la sentenza di fronte al Consiglio di Stato, il quale ha in parte accolto il gravame. In particolare, è stata riformata la decisione di primo grado nella parte in cui aveva annullato l'esclusione della ricorrente. Il Consiglio di Stato, dopo aver evocato il contenuto dell'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, e rilevato che esso è stato espressamente richiamato nella *lex specialis*, ha ribadito la necessità che il concorrente dimostri l'effettiva disponibilità dei requisiti dell'impresa di cui intende avvalersi e che tale dimostrazione non può dirsi fornita in carenza di allegazione del contratto che unisce avvalsa e avvalente. La circostanza, confermata dal Consiglio di Stato, per cui il cd. contratto di avvalimento non richiede forme particolari di stipulazione, non osta alla configurazione dell'obbligo di dare dimostrazione dell'esistenza del vincolo giuridico, obbligo che non risulta affatto, proseguono i giudici di

Nota:

(1) Sono ormai tanti gli interventi in materia di avvalimento; si segnalano, per tutti, C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da) M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 1490 ss.; M. Ragazzo, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni*, in questa *Rivista* 2008, 990; M.C. Lenoci, *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla* lex specialis, in questa *Rivista* 2008, 496; A. Costantini, R. Stendardi, *Avvalimento nel Codice degli appalti pubblici*, in *www.giustizia.amministrativa.it*; C.M. Saracino, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro Amm.*, 2007, 344.

Palazzo Spada, confliggente con l'istituto dell'avvalimento di cui agli artt. 47 e 48 direttiva 118/2004/CE e art. 54, direttiva 17/2004/CE, in quanto attiene ad un mero onere probatorio, peraltro agevolmente assolvibile.

La sentenza che si annota ha poi affrontato la questione processuale circa l'interesse o meno al ricorso avverso l'altrui esclusione da parte di soggetto a sua volta legittimamente escluso. Ne è scaturita la conferma del principio per cui la soluzione, in tali ipotesi, dell'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse non è assoluta, ma anzi è corretta quella contraria «qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura», e quindi ogni qual volta, in caso di accoglimento del ricorso, vi sarebbe la rinnovazione integrale della gara con conseguenti *chances* di vittoria per il ricorrente.

Tanto premesso, il Consiglio di Stato ha quindi scrutinato il motivo di appello con il quale veniva censurata la sentenza di primo grado per aver sancito l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa poi risultata aggiudicataria. Sotto tale profilo l'appello è stato respinto, posto che era risultato dagli atti che essa non aveva prodotto documentazione a pena di esclusione, e quindi era stata ingiustamente ammessa.

È stata poi confermata la sentenza del TAR Lazio ove ha dichiarato l'illegittimità dell'affidamento provvisorio all'aggiudicataria, atteso che nella fattispecie si trattava di affidamento diretto disposto con le procedure di cui all'art. 125, D.Lgs. n. 163/2003, disposizione che tuttavia lo prevede soltanto per appalti di servizi o forniture di valore inferiore rispetto a quello in discussione, mentre neppure risultava invocabile, nella fattispecie, l'art. 57 del Codice, la cui applicazione è limitata agli appalti di rilevanza comunitaria.

Avvalimento e oneri probatori

La giurisprudenza, con i suoi sempre più frequenti arresti in materia di avvalimento, sta progressivamente delineando la fisionomia dell'istituto, come noto introdotto nel nostro ordinamento dell'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, definendone portata applicativa e connotati.

Lo strumento dell'avvalimento, con il quale gli operatori economici stanno ormai familiarizzando, apprezzandone le potenzialità quale chiave di accesso ad appalti altrimenti non conseguibili, può dirsi ormai parte integrante del sistema giuridico dei contratti pubblici. A tanto ha contribuito, sin dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza amministrativa, la quale ha subito chiarito come il ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione costituisca facoltà riconosciuta al concorrente, anche in difetto di espressa previsione da parte dei bandi di gara (2).

La sentenza in commento ha affrontato un profilo di pregnante rilevanza quale quello degli oneri probatori gravanti sul concorrente che dichiara di voler ricorrere all'avvalimento al fine di sopperire a proprie carenza in ordine al possesso dei requisiti speciali di partecipazione. Tra tali oneri vi è quello, riconosciuto appunto inderogabile dal Consiglio di Stato, dell'allegazione del contratto dal quale sia desumibile la giuridica disponibilità dei requisiti e delle risorse dell'impresa avvalsa.

Anche allorquando la possibilità di invocare i requisiti di terzi non era prevista dalla normativa domestica, ma solo ricavabile attraverso un percorso interpretativo delle direttive comunitarie sugli appalti (art. 31, n. 3, direttiva 92/50/CE, art. 26, direttiva 37/93/CE, art. 22, direttiva 36/93/CE) si era posto il problema dalla dimostrazione da parte del partecipante della effettiva disponibilità di tali requisiti. Ne sono conseguite alcune decisioni che, sulla scorta delle conclusioni degli avvocati generali, hanno sottolineato l'importanza della rigorosità della prova, nonché del vincolo contrattuale tra i due soggetti (3).

La direttiva unificata (direttiva 18/2004/CE) e quella sui settori esclusi (direttiva 17/2004/CE) pur ribadendo che incombe sul concorrente avvalente l'onere di "provare" (art. 54, commi 5 e 6, direttiva 17/2004/CE) o - con lessico diverso ma sostanzialmente identico agli effetti pratici - di "dimostrare" (art. 47, direttiva 18/2004/CE) la disponibilità degli altrui requisiti, non si sono spinte sino ad indicare, quand'anche a mero titolo esemplificativo, gli elementi in presenza dei quali possa dirsi integrata la prova effettiva della disponibilità dei requisiti, se non per il generico riferimento ad una dichiarazione di "impegno" del soggetto avvalso (4).

A tale vuoto ha posto rimedio l'art. 49, comma 2, D.Lgs. n. 163/2003, il quale - ispirato probabilmente dalla sfiducia del legislatore nazionale verso l'istituto - elenca addirittura ben sei documenti che il concorrente è tenuto ad allegare "ai fini del comma 1" vale a dire della possibilità di ricorrere all'avvalimento (5).

Note:

(2) Risultano numerose le decisioni per cui la facoltà di ricorrere all'avvalimento è da ritenersi attribuita ai partecipanti anche in difetto di espressa previsione nella *lex specialis*: Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 4, 1212; T.A.R. Lazio, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820, in *www.lexitalia.it*, 6-2008; T.A.R. Campania, sez. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271, in questa *Rivista* 2008, 496 con nota di Gentile.

(3) Corte Giust. CE, 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*, in questa *Rivista* 2000, 443 con nota di Montini; nello stesso senza Corte Giust. CE, 18 marzo 2004, causa C-314/01, *Siemes e Arge*.

(4) Il Consiglio di Stato (sez. VI, 29 aprile 2003, n. 2183, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1404; sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376, *ivi*, 2006, 3691) aveva comunque avuto modo di rilevare come fosse necessario, ai fini del ricorso ai requisiti e alle risorse di terzi, un vincolo giuridico tra partecipante alla gara e soggetto terzo, ferma restando l'atipicità del rapporto.

(5) Quindi: «a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38; c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38; d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e

(segue)

Il contratto di avvalimento: forma e contenuto

Il Consiglio di Stato, nella sentenza che si annota, ha in particolare osservato l'inderogabilità dell'allegazione del documento *sub* f), vale a dire il «contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti dei concorrenti e a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto», contratto da allegarsi in «originale o copia autentica», a pena di esclusione.

La conclusione cui sono giunti i giudici di Palazzo Spada, tesa a valorizzare l'elemento contrattuale nel rapporto tra avvalente ed impresa ausiliaria, appare assolutamente condivisibile, atteso che è soltanto la dimostrazione dell'esistenza del vincolo giuridico coercibile nei confronti del soggetto avvalso che può legittimamente far considerare nella disponibilità effettiva del concorrente i requisiti di cui egli sia carente (6). E, conseguentemente, non è condivisibile la tesi della sentenza riformata dal Consiglio di Stato, ove si era affermato il principio per cui non essendovi nell'ordinamento la previsione di uno schema o tipo specifico di contratto di avvalimento, questo potrebbe avere anche forma non documentale, e che comunque sarebbe surrogabile dalla dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria (7).

L'intervento del Consiglio di Stato, tuttavia, se da un lato è benvenuto in quanto ammonisce concorrenti e stazioni appaltanti circa la necessità che la disponibilità dei requisiti altrui sia reale ed effettiva, e non soltanto declamata, dall'altro sposta l'attenzione proprio sul cd. contratto di avvalimento, stimolando nell'interprete l'approfondimento della sua natura e delle sue caratteristiche. Con l'effetto di far emergere una serie di interessanti problematiche applicative, peraltro suscitate dal tenore per certi versi vago della norma, la quale si limita appunto a richiedere l'allegazione di un contratto «con cui l'impresa ausiliaria si obbliga» a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse.

Il testo pone intanto un problema di forma del contratto. La scarna previsione della produzione in «originale o copia autentica» lascia aperta la possibilità per il concorrente di allegare - benché in originale - una semplice scrittura privata, anche non autenticata nelle sottoscrizioni. Il riferimento alla copia autentica, quale alternativa all'originale, sembra invece indotto dalla necessità di ovviare alle ipotesi di stipulazione del contratto nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata nelle sottoscrizioni, ove l'originale non è nella materiale disponibilità del contraente (8).

Quanto alla tipologia negoziale, il Consiglio di Stato ha incidentalmente riaffermato la tesi, già oggetto di ampia condivisione, dell'atipicità del contratto di avvalimento, il quale è da ritenersi fattispecie rimessa all'autonomia contrattuale e quindi nell'alveo di cui all'art. 1322 c.c., fermo restando il contenuto minimo prescritto dalla norma (*id est*: obbligo giuridico nei confronti dell'avvalente di «fornire i requisiti e di mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto»), in difetto del quale il contratto non può considerarsi idoneo ad assumere la funzione che gli è propria (9).

Lo stesso contenuto minimo che si è descritto, tuttavia, non è scevro da perplessità interpretative, quantomeno nella sua prima parte. Se infatti risulta sufficientemente chiaro cosa si intende per «mettere a disposizione» determinate risorse (tecniche e organizzative), non altrettanto può dirsi per la locuzione «fornire requisiti». Si pensi all'ipotesi in cui un concorrente non necessiti delle risorse organizzative o tecniche dell'avvalsa, ma soltanto di determinati requisiti attestanti la solidità economica (es. un determinato fatturato) o l'esperienza conseguita (es. in lavori, servizi o forniture analoghe). Ebbene in tali casi la "fornitura" di requisiti appare più un mero biglietto di ingresso alla gara, piuttosto che un effettivo rafforzamento delle garanzie della stazioni ap-

Note:
(segue nota 5)

verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara; f) in originale o copia autentica il contratto in virtù 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; g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5».

(6) Negli stessi termini T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 marzo 2008, n. 430, in *Foro Amm.*, 2008, 3, 662.

(7) T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 30 aprile 2008, n. 3637, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 1726. Detta sentenza era già stata oggetto di tempestive critiche, ad esempio, da T.A.R. Friuli Venezia Giulia, zez. I, 13 ottobre 2008, n. 575.

(8) A ben guardare, la sostanziale libertà di forme, salvo l'obbligo di quella scritta, potrebbe determinare un problema di data certa del contratto e quindi della impossibilità per la stazione appaltante di stabilire - ad esempio - che il contratto sia non troppo risalente nel tempo e quindi non più idoneo a costituire parametro attendibile circa la disponibilità dei requisiti altrui. Una soluzione potrebbe ricavarsi ritenendo, come ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza in commento, che il contratto di avvalimento contenga l'espresso riferimento alla specifica gara per cui è stato stipulato, conseguendone l'impossibilità che il contratto di avvalimento possa essere stipulato in un tempo lontano dalla competizione, e cioè in un tempo in cui della competizione non si aveva notizia. È stato anche affermato che è sufficiente, in luogo dell'originale o di copia autentica del contratto, la produzione di «una certificazione notarile che ne descriva puntualmente il contenuto; in tal caso, infatti, viene comunque soddisfatto l'interesse sotteso alla *ratio* dell'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ossia la prova della sussistenza dell'impegno assunto dall'ausiliario nei confronti del concorrente», così T.A.R. Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, in *www.lexitalia.it*, 11-2008. Resta inteso che il vincolo giuridico su cui si fonda l'avvalimento deve preesistere alla gara: Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, in *www.lexitalia.it*, 12, 2008; di recente T.A.R. Piemonte, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837, *ivi* 3, 2009.

(9) Il principio dell'irrilevanza per la stazione appaltante della tipologia della fattispecie contrattuale tra avvalso a avvalente è stato riaffermato dal Consiglio di Stato con sentenza coeva a quella annotata: Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589, in *www.lexitalia.it*, 3, 2009. Negli stessi termini T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 10, 3215.

paltante circa la buona esecuzione dell'appalto (10). Di fronte ad un'obiezione di tal fatta soccorre l'evocazione del quarto comma dell'art. 49 del Codice, il quale, come noto, prevede che l'impresa ausiliaria è responsabile in solido con il concorrente aggiudicatario nei confronti della stazione appaltante per la realizzazione delle prestazioni oggetto del contratto. E quindi, quand'anche il soggetto avvalso non metta a disposizione le proprie risorse tecniche o organizzative, ma si limiti a fornire i requisiti, egli è da reputarsi a tutti gli effetti impresa ausiliaria, con conseguente attivazione della responsabilità solidale per la corretta realizzazione dell'appalto (11).

Quanto alla necessaria, o meno, corrispettività del contratto di avvalimento, il tenore della norma, la quale fa esclusivo riferimento all'obbligo dell'impresa ausiliaria, induce a ritenere che il contratto di avvalimento possa essere anche a titolo gratuito, salva la difficile ipotizzabilità in concreto di un'impresa che gratuitamente offra i propri requisiti e le proprie risorse ad un'altra impresa, per di più operante nel medesimo settore. Ha affrontato compiutamente la questione il TAR Veneto nella decisione del 2008 citata in nota, l'unica rinvenibile nei repertori che affronti nel dettaglio la questione della natura del contratto di avvalimento, ove si è affermato che trattasi di figura negoziale assimilabile al mandato e che quindi può essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti, con onerosità solo presunta *ex* art. 1709 c.c. (12).

Tornando al contenuto del contratto di avvalimento, posti i connotati minimi quali definiti dal legislatore, resta sul tappeto la questione della eventuale presenza, al suo interno, di clausole che possono riflettersi sulla portata e sulla concreta operatività dell'obbligo dell'impresa ausiliaria, proiettando così potenziali fattori di criticità sulla concreta idoneità del negozio a svolgere la funzione che gli è propria, che come detto è quella di dimostrare alla stazione appaltante che il concorrente disponga realmente dei requisiti speciali di partecipazione, per tutta la durata dell'appalto.

Ci si domanda quindi, ad esempio, se sia o meno ammissibile un contratto di avvalimento sottoposto a condizione risolutiva (mentre una condizione sospensiva, che non sia quella data dall'aggiudicazione della gara all'impresa avvalente, è da ritenersi non consentita, in quanto impedimento allo spiegarsi del vincolo di avvalimento).

Oppure se sia o meno ammissibile un contratto di avvalimento il quale contenga condizioni economiche (ad esempio per l'onerosità a carico dell'impresa avvalente) tali da lasciar presumere come verosimile che l'avvalente non adempia e che quindi l'avvalso possa risolvere il contratto, oppure sollevare un'eccezione di inadempimento.

Così come potrebbe ingenerare problematiche applicative un contratto di avvalimento collegato ad altri contratti tra le stesse parti, dei quali possa subirne gli effetti.

Altra questione di potenziale frequente verificazione pratica è quella relativa all'ammissibilità o meno di un contratto quadro di avvalimento, ove l'impresa ausiliaria si impegna, ad esempio, a fornire determinati requisiti e/o a mettere a disposizione determinate risorse per un arco di tempo e relativamente a tutte le gare pubbliche cui l'impresa avvalente parteciperà (13).

Il ventaglio delle ipotesi problematiche potrebbe, come comprensibile, ampliarsi ulteriormente. I pochi esempi che si sono offerti inducono a ritenere che se da un lato il contenuto del contratto di avvalimento, in ragione della sua ormai affermata atipicità, possa ritenersi flessibile, dall'altro deve riconoscersi alle stazioni appaltanti la possibilità di sindacarne il contenuto, al fine di appurare, caso per caso, se esso sia tale da garantire l'effettiva disponibilità in capo al concorrente dei requisiti di partecipazione.

D'altra parte, è da ritenersi altresì consentito affrontare il problema a monte, prevedendo cioè nei bandi di gara i contenuti del contratto di avvalimento, al limite allegando uno schema, ma facendo tuttavia attenzione a non imporre soluzioni negoziali gravose e frustranti la *ratio* dell'istituto. In tali ipotesi potrebbe infatti configu-

Note:

(10) La citata Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589 ha peraltro rilevato come risulta del tutto ammissibile, in quanto coerente con il tenore dell'art. 49 del Codice, il ricorso all'avvalimento per il requisiti relativo al possesso di un determinato fatturato IVA per lavori analoghi nel triennio antecedente. Analogamente, Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, *cit.*, ha ritenuto ammissibile l'avvalimento del requisito del «capitale sociale minimo richiesto».

(11) Di estrema rilevanza è la questione della natura del rapporto giuridico che si instaura tra impresa ausiliaria e stazione appaltante e conseguentemente dell'ambito della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, se cioè essa sia limitata a profili di inadempimento connessi ai requisiti e alle risorse promesse, oppure investa l'intero appalto. Quanto al primo aspetto, si è osservato che per effetto della dichiarazione di avvalimento l'impresa ausiliaria non è un mero soggetto terzo rispetto all'appalto, ma «diviene titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti» (T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472, in *Foro Amm. TAR*, 2007, n. 472; T.A.R. Lazio, sez. I, 2 luglio 2007, n. 5896). Quanto all'ambito della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, se limitata ai requisiti e risorse promessi, oppure totale, sono emerse posizioni contrastanti: per la prima tesi M.M. Fracanzani, *L'avvalimento, questioni sostanziali e profili processuali*, in *www.giustamm.it*, 12, 2006; per la seconda tesi C. Zucchelli, *cit.*, 1579. Chi scrive propende per la prima soluzione, posto che altrimenti potrebbero configurarsi soluzioni poco giustificabili sulla base della *ratio* dell'istituto, quali ad esempio quelle di imprese ausiliare che si limitano a fornire requisiti o risorse assolutamente marginali nel contesto di appalti, magari di rilevante importo, e che dovrebbero ciononostante rispondere per la totale esecuzione degli stessi. L'avvalimento, quindi, da strumento integrativo di risorse e requisiti, correrebbe il rischio di trasformarsi in una sorta di fideiussione.

(12) T.A.R. Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, *cit.* È stato anche sostenuto che il contratto di avvalimento manifesta peculiarità che lo rendono assimilabile al contratto di noleggio, o al contratto a favore del terzo. Per una disamina critica di tali impostazioni v. M.C. Lenoci, *cit.*, 501.

(13) In questa ultima ipotesi occorrerà verificare se l'affermazione incidentale del Consiglio di Stato nella sentenza che si annota, ove si precisa che il contratto di avvalimento deve far riferimento allo specifico appalto per il quale viene sottoscritto, venga raccolta in termini rigorosi dalla giurisprudenza successiva, nel qual caso appare dubbia l'ammissibilità di contratti quadro.

rarsi l'illegittimità del bando per violazione dell'art. 49 del codice dei contratti, che, come abbiamo ricordato all'inizio, rappresenta ormai principio cogente del sistema dei contratti pubblici.

Si tratterà allora di conciliare due contrapposte esigenze: quella di evitare un uso disinvolto di formule contrattuali che nella sostanza non garantiscono una seria ed effettiva disponibilità dei requisiti dell'impresa ausiliaria, e quella di garantire, al contempo, l'accessibilità ad uno strumento che, sin dalle primordiali configurazioni del legislatore comunitario, si propone di favorire la massima partecipazione alle competizioni selettive.

Non resta che attendere gli ulteriori approfondimenti che l'esperienza, applicativa e giurisprudenziale, vorrà offrire nel prossimo futuro.

Le modifiche apportate all'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006 dal cd. terzo correttivo

Risultano infine meritevoli di segnalazione le modifiche apportate dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (cd. terzo correttivo al Codice) in materia di avvalimento.

La prima modifica riguarda il sesto comma dell'art. 49 del Codice. Nel testo previgente vi era il divieto generalizzato di avvalersi di più di un'impresa per ogni requisito o categoria. Oggi invece tale divieto viene espressamente limitato ai lavori, nel senso che non è possibile avvalersi di più di un'impresa per ogni categoria di qualificazione. Ne deriva che l'obbligo scompare per i servizi e le forniture, ove quindi l'avvalimento plurimo, anche in relazione ad ogni singolo requisito, è consentito (14).

Anche la seconda parte del nuovo sesto comma è riferita esclusivamente ai lavori e si conferma la possibilità per il bando di prevedere, in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazione, il ricorso all'avvalimento di più imprese anche per ciascuna categoria di qualificazione. Resta tuttavia «il divieto di utilizzo frazionato da parte del concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b) che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria».

La seconda modifica consiste nell'integrale soppressione del settimo comma dell'articolo 49, il quale attribuiva la possibilità alle stazioni appaltati di limitare l'avvalimento ai soli requisiti economici o ai soli requisiti tecnici, ovvero di prevedere che l'avvalimento potesse essere consentito solo per integrare requisiti economici o tecnici già posseduti dall'impresa partecipante in una determinata percentuale rispetto a quelli previsti dal bando.

La modifica, che raccoglie inviti di promanazione comunitaria ad estendere la portata applicativa dell'istituto, va quindi letta nel riscontro all'esigenza di estendere l'utilizzo dell'avvalimento, rendendolo generalizzato. Vi è peraltro da dire che, quanto alle norme di cui al settimo comma, la giurisprudenza aveva già avuto modo di evidenziarne la natura eccezionale rispetto al sistema (15) ed addirittura in alcuni casi il probabile conflitto con la normativa comunitaria (16).

Interesse al ricorso del concorrente legittimamente escluso

Il Consiglio di Stato ha poi avuto modo di tornare sulla questione, di ordine processuale, circa l'interesse o meno al ricorso avverso l'altrui esclusione da parte di soggetto a sua volta legittimamente escluso, e quindi, nella sostanza, circa i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale. Se, come noto, la giurisprudenza è stata negli anni coerente nell'affermare la carenza di interesse del concorrente legittimamente escluso, derivandone il corollario della necessità di esaminare con priorità logica il ricorso incidentale del controinteressato che, appunto, contesti la legittimità della partecipazione del ricorrente alla gara (17), si è assistito ad un'apprezzabile percorso parallelo di affinamento del principio. In particolare, è stato osservato che esso deve calarsi nella realtà concreta di ogni singola competizione ed in particolare che è destinato a recedere di fronte all'interesse strumentale alla ripetizione della gara (18). Talché, laddove il ricorso principale tende a censurare vizi circa la legittimità della partecipazione di tutti i concorrenti, oppure che comporterebbero - se accolti i relativi motivi - la riedizione integrale della procedura selettiva, in tal caso a dette censure deve essere data priorità di esame, a prescindere dalla posizione processuale, di ricorrente principale, ovvero incidentale, di cui solleva le questioni.

Tale percorso ha raggiunto il suo epilogo con un'interessante arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dello scorso anno (19), la quale, oltre a contenere un'accurata ricostruzione delle varie ipotesi nelle quali può prospettarsi la questione della priorità di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale, si è poi soffermata proprio su quella dell'eventualità che i due ricorsi siano proposti dalle due sole imprese ammesse, eventualità, in cui, come detto, è stato affermato il principio che il giudice amministrativo è tenuto a ritenere prevalente l'interesse alla ripetizione della gara.

La sentenza annotata si pone quindi nel solco della decisione dell'Adunanza Plenaria, costituendone una delle prime conferme di cui si ha notizia.

Note:

(14) Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837, in *www.lexitalia.it*, 3, 2009, la quale precisa che la norma contenuta nel cd. terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici non ha effetto retroattivo e si applica solo ai bandi pubblicati successivamente al 17 ottobre 2008.

(15) Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, *cit.*

(16) T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 27 dicembre 2007, n. 14801, in *www.lexitalia*, 1, 2008.

(17) Per tutte: Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1750, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 1196; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5067, *ivi* 2006, 2220; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030, *ivi* 2005, 1828.

(18) Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1245; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583, *ivi* 2004, 2211.

(19) Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in questa *Rivista* 2008, con nota di L. Tarantino, alla quale si rinvia per la puntuale disamina delle questioni trattate.