

La Corte di Giustizia, a pochi giorni dalla pronuncia resa sul versante processuale, interviene anche su alcuni ambiti di carattere sostanziale del diritto degli appalti: limiti dell'avvalimento; unitarietà dell'offerta; ripetizione di gara in caso di mancato esame di offerta ammissibile

[Corte giust. comm. ue, sez I, 7 aprile 2016, causa C-324/14, Partner Apelski Dariusz](#)

1. La normativa europea in materia di avvalimento negli appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che: in primo luogo è riconosciuto il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto; in secondo luogo, non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.

2. In tema di avvalimento, l'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto dell'oggetto di un determinato appalto e delle finalità dello stesso, l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'onere regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.

3. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, accetti la richiesta di un operatore economico, che abbia presentato un'offerta per l'intero appalto in questione, di prendere in considerazione la sua offerta ai fini dell'assegnazione solo di determinate parti di tale appalto.

4. I medesimi principi di parità di trattamento e di non discriminazione, devono essere interpretati nel senso che richiedono l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica alla quale un operatore economico che aveva presentato un'offerta ammissibile

non sia stato invitato, e ciò anche se non può essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta.

A ridosso della fondamentale pronuncia resa in sede di Grande sezione sul versante processuale (in specie sul sistema italiano), la Corte di giustizia torna ad affrontare alcune delicate questioni interpretative in ambiti sostanziali del diritto degli appalti.

In primo luogo, vengono dettate una serie di interessanti precisazioni in tema di avvalimento.

Per un verso, dopo aver ribadito la generalità dell'istituto e della relativa applicabilità (con conseguente libertà dell'offerente di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura giuridica di tali vincoli), si precisa come l'offerente stesso sia in ogni caso tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per l'esecuzione di un determinato appalto

Per un altro verso, dopo aver ribadito la regola generale a mente della quale l'amministrazione aggiudicatrice non può imporre condizioni espresse che possano ostacolare l'esercizio del diritto di avvalimento, si detta una possibile eccezione: l'esercizio di tale diritto può essere limitato in circostanze particolari, in cui non è da escludere a priori che l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto di cui trattasi, possa indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, regole di dettaglio, le quali devono essere connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.

In secondo luogo, vengono dettate alcune regole applicative dei principi fondamentali, noti sotto la dizione di parità di trattamento e non discriminazione.

Per un verso, tali principi escludono che, a fronte dell'offerta presentata da un operatore economico per l'intero appalto in questione, la stazione appaltante possa prendere in considerazione la sua offerta ai fini dell'assegnazione solo di determinate parti di tale appalto. Viene quindi ribadito altresì il principio di immodificabilità dell'offerta.

Per un altro verso, tali principi impongono l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica alla quale un operatore economico che aveva presentato un'offerta ammissibile non sia stato invitato, e ciò anche se non può essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta. Tale statuizione appare connessa, sul versante sostanziale, con quanto affermato pochi giorni prima dalla Grande sezione, sul versante processuale, in relazione all'obbligo di esaminare tutti i ricorsi, incidentale e principale, proposti dalle imprese partecipanti alla gara d'appalto, cui consegue il superamento dell'orientamento (a suo tempo fatto proprio dalle Plenarie nn. 4

del 2011 e 9 del 2014), circa l'esame prioritario del ricorso incidentale escludente (sul punto News 7 aprile 2016).