La Corte di giustizia dell'UE conferma la validità della disciplina nazionale in tema di avvalimento nella parte in cui vieta la sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia perso le qualificazioni richieste

Corte giust. comm. ue, sez. I, sentenza 14 settembre 2017, n. C-223/16, *Casertana costruzioni*

Contratti pubblici – Avvalimento – Sostituzione dell'impresa ausiliaria che ha perso i requisiti – Divieto – Legittimità.

L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore (1).

---

(1) I.- La *fattispecie*.

Con la pronuncia in epigrafe la Corte di giustizia ha risolto i dubbi sollevati dalla quarta sezione del Consiglio di Stato (cfr. ordinanza 15 aprile 2016, n. 1522, oggetto della News US in data 18 aprile 2016).

Nella controversia sottoposta alla Corte era emersa la sopravvenuta perdita dei requisiti dell'impresa ausiliaria. Con l'ordinanza di rimessione la quarta sezione ricostruiva il possibile contrasto tra la normativa nazionale italiana e quella europea, laddove, mentre ammette che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria indicata essa possa essere sostituita con altra impresa.

II.- Nell'impostare il ragionamento che ha portato alla soluzione di cui alla massima, la sentenza parte dalla constatazione del riconoscimento in via generale del sistema di avvalimento, cioè del diritto per ogni 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 dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione di tale appalto.

Al fine di rispondere al quesito proposto, la Corte:

a) richiama i principi di parità di trattamento e non discriminazione, i quali impongono che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implicano, dunque, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti, nonché l'obbligo di trasparenza, teso ad eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà obbligando a che le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca;

b) svolge una precisazione richiamando alcuni precedenti che ammettono che i dati relativi all'offerta possano essere corretti o completati su singoli punti, in particolare in quanto necessitano manifestamente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti;

c) con particolare riferimento alle modifiche relative ai soggetti aggiudicatari, se per un verso ribadisce che la decisione della stazione appaltante volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica rispetto alla decisione di aggiudicazione che può essere ritenuta sostanziale in determinati casi, per un altro verso, richiama un precedente in tema di subappalto, laddove è stato dichiarato che la sostituzione del subappaltante può in casi eccezionali costituire una modifica sostanziale di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto.

Applicando tali parametri al caso *de quo,* la sentenza ritiene che consentire, in modo imprevedibile, esclusivamente a un raggruppamento d'imprese di sostituire un'impresa terza che fa parte del raggruppamento, e che ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione, costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento. Una tale modifica dell'offerta, infatti, obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo a tale raggruppamento.

In definitiva, ammettere la prospettata sostituzione darebbe luogo ad un contrasto col principio di parità di trattamento.

III.- Per completezza si segnala quanto segue:

d) in prima applicazione del principio espresso dalla Corte del Lussemburgo in commento, cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2017 n. 5611, secondo cui *"sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2016 ed in applicazione dell'art. 49 dello stesso d.lgs. non sussisteva la possibilità di sostituire, in pendenza della procedura di gara, l'impresa ausiliaria che avesse perduto i necessari requisiti di partecipazione; d'altra parte è ininfluente, anche ai fini interpretativi, l'art. 63 della direttiva 2014/24, in quanto non ancora recepito all'epoca di adozione della disciplina in discorso e non può applicarsi in via retroattiva l'art. 89, 3° comma del d.lgs. n. 50/2016"*;

e) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14, in *lamministrativista.it*, 20 aprile 2016, con nota di Nunziata, ed oggetto della News US 13 aprile 2016, secondo la quale: *"gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che: - riconoscono 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; - 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";*

f) Corte di giustizia UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, in *Foro it.* 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016, secondo la quale: *"la direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta ad una normativa nazionale che autorizzi gli operatori economici che partecipano ad una gara d'appalto a fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione che tale operatore soddisfa solo in parte"*;

g) Cons. giust. amm., 19 febbraio 2016, n. 52, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2016, 3, I, 250, nonché oggetto della News US in data 22 febbraio 2016, secondo la quale: *"va rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria la questione se l'istituto del soccorso istruttorio, come disciplinato dopo le novità introdotte dal d.l. n. 90 del 2014, possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento, che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto*;

h) la conseguente decisione dell'Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23, in *Guida al diritto* 2017, 2, 50 con nota di PONTE, nonché oggetto della News US in data 10 novembre 2016, secondo la quale: *"l'art. 49 d.lg. n. 163 del 2006 e l'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010, in relazione all'art. 47, par. 2, direttiva 2004/18/Ce, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli art. 1346, 1363 e 1367 c.c. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica cd. del requisito della forma/contenuto, non venendo in rilievo l'esigenza tipica di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una forma di nullità di protezione"*;

i) Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 636, in *lamministrativista.it*, 7 marzo 2016, con nota di PIETROSANTI nonché oggetto della News US in data 18 febbraio 2016, secondo cui *"va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione interpretativa: se sia compatibile con l'art. 48 della direttiva Ce 31 marzo 2004, n. 18, una norma come quella di cui all'art. 53, comma 3, d.lg. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista "indicato" il quale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all'istituto dell'avvalimento"*.

j) Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2017 n. 4403, oggetto della News US in data 3 ottobre 2017, secondo cui *"Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese, mentre resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio"*.