

**La quarta sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia una ulteriore questione sul tormentato tema dell'avvalimento, in particolare in ordine alla possibile sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia perso i requisiti**

Cons. St., sez. IV, ord., 15 aprile 2016, n. 1522 – Pres. Giaccardi, Est. Spagnoletti

*Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale se gli artt. 47, secondo alinea, e 48, terzo alinea, della Direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente.*

---

Il tema dell'avvalimento continua ad impegnare gli operatori del diritto amministrativo, anche nelle more dell'operatività del nuovo codice. Come evidenziato anche da recenti pronunce del giudice europeo e da analoghe rimessioni disposte dal giudice amministrativo (1) tese a precisare l'ambito di estensione dell'avvalimento, la novità dell'istituto ne impone un attento adeguamento in relazione a consolidate regole di gara.

Nel caso in esame, in particolare, si è posto il problema derivante dalla sopravvenuta perdita dei requisiti – quantomeno nei termini richiesti dalla singola legge di gara – dell'impresa ausiliaria: in tal caso, la mancata previsione della sostituibilità di cui alla legislazione italiana, con conseguente esclusione dell'impresa ausiliata, si pone in possibile contrasto con la disciplina comunitaria che parrebbe invece consentire la possibilità di sostituire l'impresa oggetto di avvalimento. La quarta sezione ricostruisce in tali termini il possibile contrasto: la normativa nazionale italiana, attuativa della direttiva 2004/18/CE, e segnatamente l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, mentre ammette, in attuazione dell'art. 47, secondo alinea, e 48, terza alinea, della Direttiva (ora sostituiti dalla disciplina dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE) che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, e a differenza di quanto previsto, sia pure per la fase di esecuzione dall'art. 38, commi 17 e 18, dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria indicata essa possa essere sostituita con altra impresa.

La disciplina normativa comunitaria parrebbe quindi assegnare rilievo, in chiave sostanziale, alla prova che l'impresa di cui il concorrente si avvale abbia i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica e stabilisce altresì, nel caso in cui il soggetto indicato "non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione", che l'amministrazione aggiudicatrice imponga all'operatore economico, ossia al soggetto che concorre alla gara, di sostituire tale soggetto.

Conseguentemente, viene rimessa alla Corte di giustizia la relativa questione, riassunta in massima, circa la compatibilità con la disciplina europea di quella nazionale, nella misura in cui quest'ultima appunto non consente all'operatore economico che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione.

In tema di avvalimento, da ultimo merita di essere ricordato quanto evidenziato dalla sezione I della Corte europea, nella sentenza richiamata in nota. 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), la Corte ha precisato 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, la Corte 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'oneri, regole di dettaglio, le quali devono essere connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.

(1) *cfr. News 13 aprile 2016, relativa a Corte di giustizia UE 7 aprile 2016, C-324/14; News 22 febbraio 2016, relativa all'ord.za C.g.a. 19 febbraio 2016, n. 52 di rimessione alla Adunanza Plenaria di questioni legate alle fondamenta dell'avvalimento; News 18 febbraio 2016, relativa all'ord.za Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2016, n. 636 di rimessione alla Corte UE di questioni concernenti l'avvalimento da parte del progettista incaricato ma non concorrente.*