

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità con il diritto europeo della normativa interna in materia di avvalimento e cause di esclusione, nella parte in cui prevede che, in caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima.

Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza, 20 marzo 2020, n. 2005 – Pres. Lipari, Rel. Pescatore

Contratti pubblici – Cause di esclusione – Avvalimento – Dichiarazione non veritiera dell'ausiliaria – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: “Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione” (1).

(1) I. – Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale della compatibilità con il diritto europeo dell'art. 89, comma 1, quarto periodo, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede la necessaria esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria e riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, senza che possa imporre o consentire allo stesso operatore di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito,

invece, nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

II. – Nel caso di specie, un concorrente veniva escluso dalla procedura di gara in quanto l'impresa ausiliaria aveva reso una dichiarazione non veritiera, non avendo fatto menzione, nelle dichiarazioni rese, di una sentenza di applicazione della pena su richiesta congiunta delle parti, espressamente equiparata ad una sentenza di condanna secondo la normativa nazionale, relativa al reato di lesioni colpose commesso con violazione delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

L'esclusione della concorrente era stata annullata in primo grado, sentenza appellata *in parte qua* in sede di appello.

III. – Con l'ordinanza in oggetto il collegio, dopo aver ricostruito la vicenda processuale sottesa, ha osservato quanto segue:

a) il d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che:

- a1) all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto *“l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*;
- a2) all'art. 89, comma 1, secondo, terzo e quarto periodo, *“L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di 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. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia”*;
- a3) all'art. 89, comma 3, *“la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi*

obbligatorie di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici";

b) la giurisprudenza nazionale ritiene che:

b1) in applicazione delle citate disposizioni, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione;

b2) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria;

b3) l'art. 89 prevede, infatti, espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale; la sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione;

c) il diritto eurounitario prevede che:

c1) con riferimento specifico all'avvalimento, ai sensi del primo paragrafo parte II, dell'art. 63, rubricato *"affidamento sulle capacità di altri soggetti"*, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, *"L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione"*;

c2) la previsione, innovativa, punta a consentire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei prescritti requisiti, mediante forme di collaborazione con altre imprese ausiliarie e, al tempo stesso, intende assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità. A questa duplice esigenza risponde la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfa i requisiti o nei cui confronti sussista una causa di esclusione. *"La perentorietà della formula legislativa europea fa assurgere la stazione appaltante a*

garante del favor participationis, "imponendole" di consentire la sostituzione dell'ausiliario e, quindi, sollecitandola ad attivarsi per garantire la celere conclusione del contratto e la sua esecuzione, a guisa di tutrice del buon andamento e dell'efficienza della procedura di evidenza pubblica";

- c3) la disciplina della direttiva sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49 e 56 TFUE, ai sensi dei quali, rispettivamente: *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali"; "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione";*
- d) il raffronto tra normativa interna ed europea induce a dubitare della compatibilità della disciplina nazionale con i principi e le regole di cui all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e con i principi concorrenziali di cui agli artt. 49 e 56 TFUE:
- d1) l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, nel prevedere l'esclusione del concorrente in conseguenza delle dichiarazioni mendaci dell'impresa di cui si avvale, preclude la sostituzione dell'impresa ausiliaria ovvero il ricorso al rimedio correttivo che, invece, il comma 3 prevede per tutti i rimanenti motivi obbligatori di esclusione;
- d2) la differente disciplina potrebbe essere giustificata dalla esigenza di sanzionare coloro che si sono resi responsabili di dichiarazioni mendaci, responsabilizzando l'operatore economico in ordine alla genuinità delle attestazioni compiute dall'impresa ausiliaria. Tuttavia, l'art. 63 della direttiva non contiene alcuna distinzione di disciplina e, al contrario, impone la sostituzione dell'impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano in capo alla stessa motivi obbligatori di esclusione;
- d3) la direttiva UE ha sul punto carattere innovativo ed è stata recepita anche dal d.lgs. n. 50 del 2016. Durante la vigenza del codice del 2006, la

modificazione soggettiva dell'offerta era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese, per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e solamente nella fase di esecuzione del contratto. L'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 consente ora al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche nell'ambito del rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto;

- d4) la sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura, in deroga al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente, risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, sia pure indirettamente, di stimolare il ricorso all'avvalimento, potendo il concorrente fare conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà automaticamente escluso dalla gara;
- d5) l'impostazione pro-concorrenziale è coerente con i criteri di delega posti dal Parlamento con la legge n. 11 del 2016, art. 1, comma 1, lett. zz), che ha disposto la *“revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, (...) rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto”*;
- d6) prevedendo l'esclusione automatica del concorrente, senza consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia reso una dichiarazione non veritiera, la normativa nazionale si può porre in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e confligge con il disposto della direttiva, che non contempla eccezioni al meccanismo generalizzato della sostituzione, nemmeno nei casi in cui esse potrebbero astrattamente giustificarsi con la finalità di responsabilizzare gli operatori economici sulla genuinità e correttezza delle dichiarazioni svolte dalle imprese di cui si avvalgono;
- d7) non può, infatti, ragionevolmente *“sostenersi che solo nella fattispecie della dichiarazione mendace l'operatore economico disponga di una capacità di prevenzione e di controllo dei requisiti dichiarati dall'impresa ausiliaria, tale da renderlo motivatamente corresponsabile dell'attestazione inveritiera resa da quest'ultima. Il concorrente ausiliato è parte del contratto di avvalimento e, non disponendo di speciali poteri di verifica circa l'attendibilità delle credenziali della controparte, non può che affidarsi alle dichiarazioni o alla documentazione da quest'ultima fornitegli. In definitiva, all'operatore concorrente non può richiedersi*

una diligenza maggiore di quella richiesta ad un comune operatore negoziale, poiché nulla autorizza a ritenere il contrario”;

- d8) nel caso di specie, la concorrente esclusa ha rappresentato di essersi trovata nella sostanziale impossibilità di acquisire piena contezza del precedente penale relativo al soggetto ausiliario, in quanto la condanna riportata dal titolare dell'impresa non emergeva dal casellario giudiziale consultabile dai privati;
- d9) l'avvalimento è diretto a favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, aprendolo ad imprese di per sé prive di requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo e consentendo loro la dimostrazione dei medesimi requisiti attraverso il concorso di terzi ausiliari;
- d10) l'avvalimento ha tradizionalmente goduto di ampio favore nella giurisprudenza eurounitaria;
- e) la questione risulta dirimente al fine della decisione della controversia in quanto, qualora dovesse ritenersi che il diritto eurounitario non ammetta preclusioni alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza favorevole all'appellata; per contro, in caso contrario, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di conferma della legittimità del provvedimento di esclusione.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- f) nel senso della necessaria esclusione del concorrente in caso di falsa dichiarazione dell'ausiliaria si veda Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529 (in *Guida al dir.*, 2019, fasc. 1, 102), secondo cui *“ai sensi del combinato disposto dell'art. 80, 5° comma, lett. f-bis), e dell'art. 89, 1° comma, d.leg. n. 50 del 2016 la falsa dichiarazione presentata dall'operatore economico, anche con riguardo alla posizione dell'impresa ausiliaria, fa scattare l'esclusione dalla gara”;*
- g) con riferimento alla disciplina in tema di modifiche soggettive in tema di appalti pubblici:
 - g1) durante la vigenza del codice del 2006 si veda Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 (in *Foro amm.*, 2015, 74), secondo cui, tra l'altro: *“nelle gare pubbliche il divieto di modificare la composizione dei partecipanti raggruppamenti temporanei d'impresе riguarda l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37, 18° e 19° comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 e concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva*

fase dell'esecuzione del contratto"; "ai sensi dell'art. 37 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'ati o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ati o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ati venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva"; "Nelle gare pubbliche, il generale divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei è volto a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, oltre che a presidiare la complessiva serietà di tali imprese, onde assicurare l'affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione; ne deriva che, una volta che un raggruppamento temporaneo di imprese ha partecipato ad una gara, non è possibile alcuna modifica, tanto meno soggettiva, per quanto attiene alla sua composizione ed a quanto dichiarato in sede di gara con l'impegno presentato in sede di offerta"; "nelle gare pubbliche, l'illegittima modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo d'impresa produce, sul piano pubblicistico, le conseguenze disciplinate dall'art. 37, 10° comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato";

- g2) con riferimento al carattere innovativo della disciplina europea sul tema: Corte di giustizia UE, 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni s.r.l. (in *Giur. it.*, 2017, 2458 (m), con nota di GIUSTI; *Foro amm.*, 2017, 1780; *Riv. trim. appalti*, 2017, 1069; *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI, nonché oggetto della News US, in data 5 dicembre 2017, sulla quale si veda *infra* § k2); Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359 (in *Vita not.*, 2016, 181; *Foro amm.*, 2015, 2764; *Riv. neldiritto*, 2016, 269; *Urbanistica e appalti*, 2016, 696, con nota di MANZI; *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 3, 80, con nota di URBANI);
- h) sulla *ratio* del principio della sostituibilità dell'ausiliaria durante la procedura come deroga al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente si veda Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527 (in *Foro amm.*, 2018, 638; *Gazzetta forense*, 2018, 333; *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 5, 94), secondo cui "Ai sensi dell'art. 89, 3°

comma, d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, il principio, secondo cui la stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di durc irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi, ma in questo caso la stazione appaltante non può imporre all'operatore economico, anziché la sostituzione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, 3° comma, d.leg. n. 50 del 2016, la regolarizzazione";

- i) sul favor espresso dalla giurisprudenza europea in tema di avvalimento si vedano:
- i1) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14 (in *Riv. neldiritto*, 2016, 916; *Riv. trim. appalti*, 2016, 652), secondo cui *"Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, 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, 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, e 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";*
 - i2) Corte di giustizia UE, 10 ottobre 2013, C-94/12 (in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 43, 94, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2630; *Appalti & Contratti*, 2013, fasc. 11, 84, con nota di TRAMONTANA; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 275; *Urbanistica e appalti*, 2014, 147, con nota di CARANTA; *Giurisdiz. amm.*, 2013, III, 746), secondo cui *"Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, 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, letti in combinato disposto con l'art. 44, par. 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una*

procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”;

j) sulla generale apertura degli appalti pubblici alla concorrenza si veda tra le altre: Corte di giustizia UE, 23 dicembre 2009, C-305/08 (in *Urbanistica e appalti*, 2010, 551, con nota di DE PAULI; *Appalti & Contratti*, 2010, fasc. 1, 96, con nota di DE NARDI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2776; *Giurisdiz. amm.*, 2009, III, 970; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 861, con nota di DORACI; *Dir. e pratica amm.*, 2010, fasc. 5, 48 (m), con nota di PETULLÀ; *Rass. avv. Stato*, 2010, fasc. 1, 54; *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 207; *Riv. amm. appalti*, 2010, 51; *Raccolta*, 2009, I, 12129), secondo cui, tra l'altro, *“La direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro, di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato”;*

k) sull'avvalimento si vedano:

k1) Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-710/17, Soc. coop. animazione Valdocco (in *Foro amm.*, 2019, 187; oggetto della News US, n. 25 del 22 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) che ha dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale, concernente l'ammissibilità dell'avvalimento da parte del progettista incaricato nei contratti pubblici di lavori, ricordando che, affinché una controversia in materia di appalti c.d. sotto soglia possa risultare rilevante per il diritto europeo, è necessaria la dimostrazione del c.d. interesse transfrontaliero certo. Nel caso di specie, la controversia riguardava una gara, bandita nella vigenza del vecchio codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006), per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per il teleriscaldamento di un centro abitato. La gara presentava un importo complessivo inferiore alla soglia comunitaria indicata dall'art. 7, lett. c), della direttiva n. 2004/18/CE, ed era stata aggiudicata ad un'impresa che proponeva un c.d. avvalimento a cascata: essa cioè, in sede di offerta, aveva indicato un progettista esterno il quale, a sua volta, e previa sua auto-qualificazione come “operatore economico”, avrebbe dovuto avvalersi delle capacità di un soggetto terzo ai sensi dell'art. 53, comma 3, prima parte, del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui *“Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”*). In primo grado, il T.a.r. per il

Friuli–Venezia Giulia, con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18, aveva respinto il ricorso presentato dall'impresa seconda classificata, sostenendo che, in applicazione dei *“principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE”*, *“l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori”*. In appello il Consiglio di Stato (con ordinanza 30 ottobre 2017, n. 4982, in *Foro amm.*, 2017, 2023, solo massima) ha rilevato che, secondo la prevalente giurisprudenza nazionale, il progettista esterno non è qualificabile come *“operatore economico”* ai sensi dell'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, non essendogli di conseguenza consentito di far ricorso all'avvalimento. Ha anche aggiunto, sul punto, che, *“trattandosi di prestazione professionale, l'attività è incentrata sull'intuitus personae per cui la personalità della prestazione ha un particolare rilievo”*; ed ha quindi ricordato che, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente, con la conseguenza che *“la fattispecie di avvalimento a cascata è non permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che lega i vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere”*. Il giudice d'appello ha pertanto ritenuto opportuno di sottoporre al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione *“se sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria (art. 48 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) una previsione come quella del già analizzato art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista 'indicato', il quale, a sua volta, per prevalente giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non può ricorrere all'avvalimento”*;

- k2) anche con riferimento alla sostituzione dell'impresa ausiliaria si veda la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. I, del 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni s.r.l. (cit., alla cui News US, in data 5 dicembre 2017, si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami sull'istituto dell'avvalimento e, in particolare, §§ da d) a j) per precedenti giurisprudenziali sul tema), secondo cui l'art. 47, par. 2, e l'art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, 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”. 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. 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. 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;

- k3) Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 (in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 2, 50, con nota di PONTE; *Foro amm.*, 2016, 2628; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA; *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 4, 100; *Riv. amm.*, 2017, 261; oggetto della News US, in data 10 novembre 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, specie §§ da r) a v), con riferimento alla giurisprudenza in tema di avvalimento), secondo cui: “l’art. 49 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 e l’art. 88 d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, in relazione all’art. 47, par. 2, dir. 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 di avvalimento, 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.". Si precisa nella sentenza che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e risulta volto a conseguire: l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici; il più facile accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici; trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento euro unitario (e sulla base dei generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (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; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento. Conseguentemente l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non deve sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli artt. 1325 e 1346 c.c.; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il compendio delle norme nazionali che disciplinano l'istituto dell'avvalimento (art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 e artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163 del 2006); poiché manca una norma nazionale (della cui legittimità dal punto di vista europeo sarebbe lecito dubitare) che imponga il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, tale requisito non può essere introdotto in via esegetica sicché è ammissibile la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale. Neppure le sopravvenute disposizioni recate dal nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in particolare art. 89, comunque inapplicabile *ratione temporis*) recano, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto. Non può trovare ingresso la teorica della c.d. forma-contenuto del contratto (incentrata sulla puntuale esplicitazione di taluni elementi del rapporto che rileverebbero ai fini della validità del contratto, rappresentandone in qualche misura il contenuto minimo essenziale con la conseguente comminatoria di forme di "nullità di protezione"), in quanto elaborata in base alle disposizioni normative che nel tempo hanno apprestato tutela al

contraente debole per mitigare la situazione di asimmetria informativa in cui normalmente versa; non si rinviene un'analogia *ratio* giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali. Il contratto di avvalimento è un contratto atipico (connotato dai caratteri del mandato, dell'appalto di servizi e della garanzia), normalmente oneroso (dovendo emergere anche indirettamente l'interesse patrimoniale della ausiliaria nel caso non sia previsto un corrispettivo espresso), in relazione al quale la forma scritta è prescritta *ad substantiam* ed è previsto l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'impegno circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento;

- k4) sull'avvalimento in genere, sui requisiti suscettibili di avvalimento, sui divieti di avvalimento e sui rapporti tra avvalimento e SOA: R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 880 ss., 901 ss., in particolare l'A. rammenta che in base all'art. 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in attesa del regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, ivi previsto per disciplinare i rapporti fra avvalimento e SOA, in virtù della disciplina transitoria sancita dagli artt. 216, comma 14, e 217, lett. u), del codice, continua ad applicarsi l'art. 88 del vecchio regolamento n. 207 del 2010 che consentiva l'avvalimento al fine della qualificazione SOA solo ai rapporti infra gruppo; C. ZUCHELLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 2019, 1103 ss., 1162 ss., specie 1367 ss., dove l'A. conclude nel senso della permanente vigenza, nella fase transitoria, dell'art. 88 del vecchio regolamento del 2010.