

La Corte di giustizia UE dichiara 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.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, sentenza 14 febbraio 2019, C-710/17 – Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop.

Giustizia amministrativa – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE – Contratti pubblici – Importo c.d. sotto soglia – Mancata dimostrazione dell'interesse transfrontaliero certo – Irricevibilità

Nell'ipotesi di contratti pubblici il cui importo è inferiore alla soglia di EUR 5 000 000 di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18/CE, deve essere dichiarata irricevibile la questione pregiudiziale concernente norme euro-unitarie che non risultano applicabili al procedimento principale, salva tuttavia la disamina, da parte della Corte, delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE e, in particolare, degli articoli 49 e 56 di tale Trattato, ossia dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE torna a ribadire il requisito di ammissibilità delle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto contratti pubblici c.d. sotto soglia, chiarendo che l'intervento interpretativo della Corte è ammissibile solo quando si tratti di disposizioni del diritto europeo che risultino applicabili alla fattispecie oggetto del procedimento principale, a meno che non ricorra, e non sia adeguatamente giustificato dal giudice del rinvio, il c.d. "interesse transfrontaliero certo" della controversia.

Nel caso di specie, la controversia riguardava una gara, bandita dal Comune di Tarvisio 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 pari ad euro 3.060.200,85, quindi 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 (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sentenza 13 marzo 2014, n. 1251, in *Foro amm.*, 2014, 819, solo massima), 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"*.

II. – La Corte di giustizia UE, come detto, giudica irricevibile la questione pregiudiziale osservando che:

- a) secondo una costante giurisprudenza della Corte stessa, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate da un atto dell'Unione, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme: pertanto, l'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in

- situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato (sentenza del 5 aprile 2017, C-298/15, *Borta*, punti 33 e 34, in *Foro amm.*, 2017, 811, solo massima);
- b) l'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici costituisce una disposizione specifica ed autonoma, che non è analoga ad alcuna disposizione della direttiva 2004/18/CE, né può essere considerata una trasposizione dell'art. 48 di detta direttiva (si richiama, in tal senso, ancora la sentenza *Borta* del 5 aprile 2017, cit., punto 40), né, ancora, può ritenersi una norma che opera un rinvio diretto ed incondizionato alla stessa direttiva (cfr. il punto n. 41 della sentenza *Borta*, cit.);
- c) non può trovare spazio la prerogativa, spettante alla Corte di Lussemburgo, di tener conto delle norme fondamentali e dei principi generali del TFUE e, in particolare, degli articoli 49 e 56 di tale Trattato, ossia dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo: nel caso di specie infatti – precisa la Corte – *“la domanda di pronuncia pregiudiziale è diretta unicamente all'interpretazione della direttiva 2004/18 e non delle disposizioni e dei principi fondamentali del Trattato FUE”* e, di conseguenza, essa *“non menziona e non giustifica, neppure in via subordinata, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo”*.

III. – Per completezza, si osserva quanto segue:

- d) identica questione interpretativa era stata rimessa da Cons. Stato, sez. V, dapprima con ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737 (in *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 544, con nota di BARBIERI) – ma la relativa causa (n. C-287/15) era stata cancellata dal ruolo per intervenuta rinuncia dell'appellante nella causa principale – e successivamente con ordinanza della medesima sez. V, n. 636 del 17 febbraio 2016 (oggetto della News US in data 18 febbraio 2016, nonché in *Foro amm.*, 2016, 332, solo massima): in questo secondo caso la questione era stata dichiarata manifestamente irricevibile per mancata dimostrazione dell'esistenza di un interesse transfrontaliero (Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 8 giugno 2017, *LG Costruzioni*, C-110/16, in *Foro amm.*, 2017, 1211, solo massima);
- e) sui requisiti processuali per esaminare cause aventi ad oggetto gare c.d. sotto soglia, nonché sulla nozione di “interesse transfrontaliero certo” cfr., di recente, Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, Olympus Italia s.r.l. (oggetto della News US in data 23 novembre 2017, cui si rinvia per

ulteriori approfondimenti sul tema), nonché, da ultimo, Corte di giustizia UE, Grande sez., sentenza 20 marzo 2018, C-187/16, *Commissione Europea c. Repubblica d’Austria*, in cui si è ribadito che *“L’aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non rientrano nell’ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici è soggetto alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, in particolare ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, nonché all’obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo”*, aggiungendosi che *“Spetta alla Commissione dimostrare che il singolo appalto presenta, per un’impresa situata in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l’amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo, senza potersi basare su alcuna presunzione in tal senso”*; per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha qui precisato che *“criteri del genere potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell’importo di una certa consistenza dell’appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell’appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti di cui trattasi”*;

- f) analogamente, di recente, cfr. anche Corte giustizia UE, Sez. IX, sentenza 19 aprile 2018, C-65/17, *Oftalma Hospital s.r.l.*, avente ad oggetto un appalto ricadente tra quelli di cui all’allegato n. 2 al d.lgs. n. 157 del 1995, con conseguente inapplicabilità del regime dell’evidenza pubblica, in cui si legge che *“Un’amministrazione aggiudicatrice, qualora attribuisca un appalto pubblico di servizi che ricade sotto l’articolo 9 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1997, e che, di conseguenza, è in linea di principio assoggettato soltanto agli articoli 14 e 16 di detta direttiva, è però tenuta a conformarsi anche alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, ed in particolare ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all’obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che, alla data della sua attribuzione, tale appalto presenti un carattere transfrontaliero certo, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare”*; qui la Corte ha anche specificato che *“L’esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, bensì deve positivamente risultare da una valutazione concreta delle circostanze dell’appalto in questione nel procedimento principale. Ciò implica che non può ritenersi che un interesse transfrontaliero certo sussista sulla base di elementi che non escludono la sua esistenza, ma che deve considerarsi sussistente un interesse siffatto*

qualora il carattere transfrontaliero dello stesso consti alla luce di elementi oggettivi e concordanti. Nello specifico la circostanza che, alla data di attribuzione dell'appalto servizi sanitari simili fossero o no già forniti da entità stabilite in altri Stati membri può anch'essa costituire un elemento da prendere in considerazione. Tuttavia l'interesse transfrontaliero certo non è dimostrato sulla base del semplice fatto che gli appalti in questione abbiano un valore economico rilevante";

- g) in tema, cfr. anche Corte di giustizia CE, sez. IV, sentenza 15 maggio 2008, C-148/06, *Secap s.p.a.* (in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1103, con nota di PASQUINI, nonché in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1123, con nota di BALOCCO, in *Appalti & Contratti*, 2008, 7, 81, con nota di GRECO, in *Guida al dir.*, 2008, 27, 107, con nota di MEZZACAPO, ed in *Guida enti locali*, 2008, 47, 68, con nota di BECCARIA), secondo cui *"Le norme fondamentali del Trattato 25 marzo 1957 relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria ma con interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, in presenza di un numero di offerte valide superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte. Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, in presenza di un numero eccessivamente elevato di offerte la cui verifica rischierebbe di poter compromettere la realizzazione del progetto, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale applicare l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse";*
- h) in tema di avvalimento, cfr., di recente, per la giurisprudenza comunitaria, la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. I, del 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni (in *Giur. it.*, 2017, 2458, con nota di GIUSTI, ed in *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI, nonché oggetto della News US in data 5 dicembre 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami sull'istituto dell'avvalimento), 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";* in dottrina, sul tema, cfr., in generale, R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti*

pubblici, Bologna, 2017, 994 ss.; con riguardo alla problematica dell'interesse transfrontaliero, cfr. R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no profit*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 508.