

La Corte di giustizia perimetra i limiti dell'esclusione automatica dell'offerente per l'ipotesi della presentazione di una falsa dichiarazione dell'ausiliaria. Le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice devono essere adottate secondo il canone della proporzionalità se senza perdere di vista le regole di parità di trattamento e di tutela di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese e devono, altresì, tenere conto degli strumenti in concreto a disposizione dell'offerente per verificare la condotta dell'ausiliaria.

Corte di giustizia UE, sezione IX, sentenza 3 giugno 2021, C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale

Contratti pubblici – Avvalimento – Dichiarazioni non veritiere presentate dall'impresa ausiliaria – Offerente – Esclusione automatica – Sostituzione impresa ausiliaria – Condizioni

L'articolo 63 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto (1).

(1) I. – La Corte di giustizia UE ha definito – con un'ampia applicazione, tra gli altri, del principio di proporzionalità, immanente nella disciplina dei contratti pubblici – i limiti di compatibilità della disciplina nazionale (art. 89, comma 1, quarto periodo, d. lgs. n. 50 del 2016), che prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha partecipato alla gara per l'ipotesi di mancata dichiarazione di una condanna penale dell'impresa ausiliaria con la quale intercorre un rapporto di avvalimento.

La decisione è stata assunta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005 (in *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, 385 e oggetto della News US in data 31 marzo 2020) il quale aveva posto la questione se 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 processionale, la stazione appaltante debba sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima.

II. – Il percorso argomentativo della Corte si è così articolato:

- a) una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica di un offerente nel caso in cui un soggetto sulle cui capacità tale offerente intende fare affidamento abbia trasmesso informazioni false, potrebbe violare il principio di non discriminazione, dal momento che la sostituzione di un siffatto soggetto è ammessa quando quest'ultimo non soddisfa un pertinente criterio di selezione o se sussistono nei suoi confronti motivi obbligatori di esclusione;
- b) gli Stati membri dispongono di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti all'articolo 57, par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE: gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare i motivi facoltativi di esclusione ivi indicati o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale;
- c) l'art. 63, par. 1, della direttiva prevede il diritto per un operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine di soddisfare:
 - c1) sia i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria;
 - c2) sia i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali;
- d) l'operatore economico deve in tal senso trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, un DGUE con cui dichiara che tanto il medesimo quanto i soggetti sui quali intende fare affidamento non si trovano in una delle situazioni di cui all'art. 57 della direttiva che possono comportare l'esclusione dalla procedura;
- e) spetta quindi all'amministrazione verificare i requisiti del soggetto che partecipa alla gara e dei soggetti sui quali questi intende fare affidamento;
- f) l'amministrazione aggiudicatrice può imporre (o essere obbligata dallo Stato membro cui appartiene a imporre), ai sensi dell'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE, che l'operatore economico interessato sostituisca il soggetto sulla cui capacità esso intende fare affidamento, ma nei confronti del quale sussistono motivi di esclusione non obbligatori;
- g) ne discende che, sebbene gli Stati membri possano prevedere che, in un'ipotesi del genere, l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad imporre una siffatta sostituzione a tale operatore economico, essi non possono, per contro, privare detta amministrazione aggiudicatrice della facoltà di esigere, di propria iniziativa,

una siffatta sostituzione: in altre parole, gli Stati membri dispongono infatti solo della possibilità di sostituire tale facoltà con un obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere a una siffatta sostituzione;

- h) una tale interpretazione della disciplina contribuisce, inoltre, a garantire il rispetto del principio di proporzionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, in forza del quale le norme di recepimento della direttiva non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da quest'ultima;
- i) poiché l'obiettivo dell'art.57 della soprarichiamata direttiva è quello di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di garantire l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, va garantito il diritto per qualsiasi operatore economico di fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti al fine di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione;
- j) soltanto se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'art. 57, par. 1 e 4, della direttiva n. 2014/24/UE non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto;
- k) a tale riguardo occorre precisare che:
 - k1) un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti o di attribuzione di concessioni non è certamente autorizzato, nel corso del periodo di esclusione fissato da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza produce i suoi effetti, ad avvalersi delle misure correttive da esso adottate a seguito di tale sentenza e, di conseguenza, a evitare l'esclusione se tali prove sono giudicate sufficienti;
 - k2) le amministrazioni aggiudicatrici nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi devono prestare attenzione al principio di proporzionalità – il quale impone all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti e tenendo conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento – e ciò ancor di più, quando l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo;
- l) l'amministrazione aggiudicatrice quando si vede obbligata, in forza del diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui

- capacità esso intende fare affidamento, deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente;
- m) ne discende che la richiesta di un'amministrazione aggiudicatrice che esige la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità un offerente intende fare affidamento non deve condurre alla presentazione, da parte di quest'ultimo, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta, talmente essa modificherebbe in modo sostanziale l'offerta iniziale;
- n) deve essere, conclusivamente, affermato che *"L'articolo 63 della direttiva n. 2014/24/UE [...] in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto"*.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- o) sulla discrezionalità degli Stati membri UE nel determinare le condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi ex art. 57, par. 4, direttiva n. 2014/24/UE:
- o1) Corte di giustizia UE, sez. II, 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim (in *Giur. it.*, 2020, 1184 (m), con nota di PAGANI; *Urbanistica e appalti*, 2020, 486, con nota di DI CAGNO; oggetto della News US in data 11 febbraio 2020), citata nella sentenza in rassegna, secondo cui *"L'art. 57, par. 4, lett. a), direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/Ce, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata; per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, par. 6, medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione"*;
- o2) Corte di giustizia UE, sez. X, 28 marzo 2019, C-101/18, Idi Srl (in *Riv. trim. appalti*, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data

15 aprile 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), citata nella sentenza in rassegna, secondo cui *“L’art. 45, par. 2, 1° comma, lett. b), dir. 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, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell’attività”*;

- o3) Corte di giustizia UE, sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1170, con nota di PATRITO; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 634, con nota di CARDELLA; *Giur. it.*, 2015, 142 (m), con nota di D'ALOISIO), citata nella sentenza in rassegna, secondo cui *“Gli art. 49 Tfu e 56 Tfu nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all’art. 7, lett. c), direttiva 2004/18/Ce [...] quale modificata dal regolamento (Ce) n. 1177/2009 della commissione, del 30 novembre 2009, obblighi l’amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un’infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a euro cento e al cinque per cento delle somme dovute”*;
- p) sul diritto per un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti al fine di soddisfare esigenze di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale (tutte citate nella sentenza in rassegna):
- p1) 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;
- p2) Corte di giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, in *Riv. trim. appalti*, 2016, 652;
- p3) Corte di giustizia UE, sez. V, 10 ottobre 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino*, in *Guida al dir.*, 2013, 43, 94, con nota di MASARACCHIA; *Appalti & Contratti*, 2013, 11, 84 (m), con nota di TRAMONTANA; *Urbanistica e appalti*, 2014, 147, con nota di CARANTA;
- q) sul principio di proporzionalità nella disciplina eurounitaria dei contratti pubblici (tutte citate nella sentenza in rassegna):
- q1) Corte di giustizia UE, sez. II, 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim., cit.;

- q2) Corte di giustizia UE, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11, *Forposta e ABC Direct Contact* (in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 713, con nota di PASSARELLI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 3085; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 147 (m); *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 1055);
- q3) Corte di giustizia UE, grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki* (in *Arch. giur. oo. pp.*, 2008, 833);
- r) sulla garanzia dell'integrità e affidabilità dei partecipanti alla gara: Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 ottobre 2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, in *Foro amm.*, 2019, 1587, secondo cui "L'art. 57, par. 4, lett. g), direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che il subappalto, effettuato da un operatore economico, di una parte dei lavori nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, deciso senza il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice e che abbia dato luogo alla risoluzione di tale contratto di appalto, costituisce una significativa o persistente carenza accertata nell'ambito dell'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa al suddetto appalto pubblico, ai sensi della disposizione di cui sopra, ed è dunque idoneo a giustificare l'esclusione di tale operatore economico dalla partecipazione ad una successiva procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, nel caso in cui, dopo aver proceduto alla propria valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico interessato dalla risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice che organizza tale successiva procedura di aggiudicazione di appalto ritenga che un subappalto siffatto determini la rottura del rapporto di fiducia con l'operatore economico in parola; prima di pronunciare tale esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice deve però, in conformità dell'art. 57, par. 6, direttiva sopra citata, letto in combinato disposto con il considerando 102 di quest'ultima, lasciare la possibilità a detto operatore economico di presentare le misure correttive da esso adottate a seguito della risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico";
- s) sulla regola secondo cui la sostituzione di un soggetto del quale l'offerente intende avvalersi non debba dar luogo ad una modificazione sostanziale dell'offerta iniziale (tutte citate nella sentenza in rassegna):
- s1) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus e Gama*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 533;
- s2) Corte di giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, cit.;
- s3) Corte di giustizia UE, sez. IV, 29 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko e a.*, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 277;
- t) 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, 5, 94);

- u) sul *favor* espresso dalla giurisprudenza europea in tema di avvalimento:
 - u1) Corte di giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, cit.;
 - u2) Corte di giustizia UE, sez. V, 10 ottobre 2013, C-94/12, cit.;
- v) sulla generale apertura degli appalti pubblici alla concorrenza si vedano, tra le altre: Corte di giustizia UE, sez. IV, 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, 5, 48 (m), con nota di PETULLÀ);
- w) sulla sostituibilità dei componenti del r.t.i. con soggetti esterni alla compagine associativa: Cons. Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9, secondo cui *“l’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell’art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l’aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l’evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara”*;
- x) sulla compatibilità euro unitaria della disciplina contenuta nell’art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016 secondo cui in caso di ricorso all’istituto dell’avvalimento (di cui al successivo art. 89), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ordinanza 24 novembre 2020, n. 1106, in *Appalti & Contratti*, 2020, 12, 81, oggetto della News US in data 18 dicembre 2020;
- y) sulle modifiche dei soggetti aggiudicatari: Corte di giustizia UE, sez. I, 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni (in *Giur. it.*, 2017, 2458 (m), con nota di GIUSTI; *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI; oggetto della News US in data 5 dicembre 2017), secondo cui *“la decisione volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica rispetto alla decisione di aggiudicazione che può essere ritenuta sostanziale se, alla luce*

delle particolarità della procedura di appalto di cui trattasi, essa riguarda uno degli elementi essenziali che hanno determinato l'adozione della decisione di aggiudicazione. In tale ipotesi sarebbe necessario applicare le misure pertinenti previste dal diritto nazionale al fine di porre rimedio a tale situazione irregolare, che possono implicare anche l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione".