

Marco Salina

---

**CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA,  
SEZIONE PRIMA, SENTENZA  
14 SETTEMBRE 2017  
(CAUSA C-223/16)**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## RASSEGNE E SEGNALAZIONI (\*)

(a cura di Leonardo Baroni, Stefano D'Ancona e Paolo Provenzano)

### SEGNALAZIONI

**APPALTI PUBBLICI (rinvio pregiudiziale - direttiva 2004/18/CE - articolo 47, paragrafo 2, e articolo 48, paragrafo 3 - offerente che si avvale delle capacità di altri soggetti al fine di soddisfare i requisiti di partecipazione ad una procedura di gara - perdita delle capacità da parte dell'ausiliario - conseguenze a carico dell'offerente)**

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZIONE PRIMA, sentenza 14 settembre 2017 (causa C-223/16) - Pres. Silva de Lapuerta, Rel. Rodin - Casertana Costruzioni Srl c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise e Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DIS.

Con riguardo al tema della sostituibilità dell'impresa ausiliaria in fase di gara, qualora quest'ultima abbia perso o abbia visto ridurre i propri requisiti di partecipazione, esiste un netto spartiacque fra la disciplina applicabile alle procedure bandite nella vigenza del nuovo Codice degli appalti, di cui al d.lgs. 50/16, e quelle antecedenti, rette *ratione temporis* dal d.lgs. 163/06. Uno spartiacque reso ancor più solido dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 14 settembre scorso, che ora si segnala. Per le prime, infatti, vale l'art. 89 co. 3 d.lgs. 50/16 che, recependo quanto stabilito al superiore livello euro-unitario dall'art. 63 della direttiva 24/2014/UE, consente all'operatore economico di sostituire gli ausiliari che non soddisfino un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistano motivi obbligatori di esclusione. Per le seconde, viceversa, in assenza di un'analoga disposizione nel d.lgs. 163/06 e nella corrispondente direttiva 2004/18/CE, la Corte di Giustizia ha ritenuto preclusa ogni sostituzione e così legittima l'esclusione del concorrente avvalso, sia pure per un fatto (ossia la perdita dei requisiti dell'impresa ausiliaria) ad esso non direttamente riconducibile, né oggettivamente né soggettivamente.

Tale decisione fornisce dunque una chiara direttrice agli operatori del diritto e, in particolare, ai molti giudici nazionali che, nella pendenza del dubbio interpretativo, avevano sospeso la propria decisione, in attesa del pronunciamento della Corte U.E. (così ad esempio TAR Marche, ord. n. 38/17 e ord. n. 403/16; Cons. Stato, Sez.V, ord. n. 886/16 e Sez. III, ord. n. 2326/16; TAR Napoli, Sez. I, ord. n. 451/16.

---

(\*) *La Rubrica ha lo scopo di fornire con le "Segnalazioni" una prima e sommaria informazione sulle principali pronunce delle Corti europee ed italiane, ritenute rilevanti per le finalità divulgative della Rivista, nonché offrire attraverso le "Rassegne" l'esplicazione di alcune riflessioni ed analisi più accurate opportunamente integrate con i relativi richiami alla dottrina e normativa di riferimento.*

*Evidentemente, con l'inserimento di una pronuncia in questa rubrica, non si esclude la possibilità che la Rivista ritenga opportuno ritornare sull'argomento, in questo o in altri spazi editoriali, con ulteriori approfondimenti e commenti.*

Circa l'ammissibilità della sospensione c.d. impropria del giudizio, si veda anche la sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., n. 28/14).

Volendo approfondire ulteriormente il tema, è tuttavia possibile evidenziare come la questione emersa in sede nazionale fosse più complessa e articolata di quanto parrebbe risultare dalla semplice linearità della decisione della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, nella decisione del 14 settembre, ha affermato la conformità alla direttiva 2004/18/CE di 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 ». Ma sta di fatto che, nel nostro Ordinamento interno, non è mai esistita una « normativa » di tal fatta, neppure nella vigenza del d.lgs. 163/06, ossia una normativa che negasse espressamente la sostituibilità dell'ausiliaria, trattandosi piuttosto di un divieto ricavato in via interpretativa ed analogica da altre norme, in particolare dall'art. 37 co. 9 d.lgs. 163/06 che, in tema di raggruppamenti d'impresе, sanciva il principio di immodificabilità soggettiva dei concorrenti nel corso della gara (TAR Napoli, Sez. I, sent. n. 1846/15 e Sez. VIII, n. 371/13; TAR Milano, Sez. III, n. 3212/14). Proprio da qui era scaturito il contrasto interno. Perché sul presupposto della mancanza di un divieto espresso di fonte normativa, in taluni casi la giurisprudenza nazionale aveva ammesso la sostituibilità dell'ausiliaria, ritenendo addirittura doverosa un'esegesi che fosse conforme alla previsione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE, ancorché in pendenza del termine per il suo recepimento e, dunque, ancorché tale disposizione non fosse ancora direttamente applicabile (in tal senso si vedano, ad esempio, C.G.A.R.S., sent. n. 1/15; TAR Palermo, Sez. III, n. 955/16; *contra*, però, Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 5359/15).

Così compiutamente ricostruiti i termini del dibattito giuridico nazionale, si comprende perché il Consiglio di Stato (Sez. IV, ord. n. 6073/16), nel sollevare la questione di pregiudizialità, avesse esteso la propria richiesta di verifica alla compatibilità comunitaria di una normativa nazionale che esclude, « o possa essere interpretata nel senso che esclude », la possibilità per l'offerente di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale ausiliaria, ove quest'ultima abbia perduto o visto ridurre i requisiti di partecipazione.

Ora, per un verso si potrebbe ritenere che la Corte di Giustizia — fermandosi a valutare la compatibilità comunitaria (rispetto alla previgente direttiva 18/2004/CE) di una « normativa » nazionale che, come si è detto, non esiste (perché nessuna norma del previgente d.lgs. 163/06 escludeva espressamente la sostituibilità dell'ausiliaria) — in verità non abbia risposto adeguatamente al quesito, lasciando spazio a nuovi dubbi e possibili contrasti interpretativi (ovviamente sempre e solo per quelle controversie, ancora pendenti, soggette al previgente Codice del 2006). Per altro verso, tuttavia tali perplessità parrebbero svanire procedendo ad un'analisi congiunta delle conclusioni della Corte e della complessiva motivazione che regge la sentenza; analisi che non sembra offrire margini residui per predicare (ancora) la sostituibilità dell'ausiliaria nelle gare antecedenti al d.lgs. 50/16. Infatti la sentenza, nella sua parte motiva, riconduce il divieto di sostituzione dell'ausiliaria immediatamente alle norme della direttiva 2004/18/CE, in particolare laddove afferma che tale sostituzione, se consentita, « costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento », ritenuta inaccettabile perché « obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando

un vantaggio competitivo a tale raggruppamento » (§ 39) e perché risulterebbe in contrasto con il « principio di parità di trattamento, che impone che i concorrenti dispongano delle medesime possibilità nella formulazione dei termini della loro offerta e che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti, e costituirebbe una distorsione della concorrenza sana ed effettiva tra imprese che partecipano a un appalto pubblico » (§ 40). Se, dunque, le gare antecedenti al 18 aprile 2016 (termine ultimo per recepimento della direttiva 24/2014/UE) sono rette dalla previgente direttiva 18/2004/CE, senza che siano ammesse deroghe per via interpretativa, come la Corte afferma chiaramente ai §§ 20-28 della propria decisione; e se, ancora, la direttiva 18/2004/CE deve interpretarsi nel senso che si è detto, cioè del divieto della sostituibilità dell'ausiliaria, come la Corte afferma ai §§ 33-40 della sentenza, la questione si risolve tutta a livello di normativa euro-unitaria (prescindendo dunque dalla quella interna di recepimento, che non potrà che confermarsi alla prima). E la conclusione a cui si giunge, a questo punto necessariamente, torna ad essere quella riferita all'inizio di questa segnalazione. E cioè quella per cui, come si diceva, la data del 18 aprile 2016 segna lo spartiacque fra le gare in cui la sostituibilità dell'ausiliario è negata (gare bandite antecedentemente) e quella in cui, al contrario, è consentita (gare bandite successivamente).

MARCO SALINA