

Avvalimento e dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria

di Gabriele La Malfa

Data di pubblicazione: 12-5-2020

Avvalimento – Esclusione dell'ausiliario- Per dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria sui requisiti di partecipazione – Legittimità – Rimessione alla CGUE

Con l'ordinanza in epigrafe la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia europea la questione volta a chiarire se l'articolo 63 della direttiva 2014/24, che disciplina l'avvalimento, e i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ostino ad una norma nazionale che preveda che nel caso di dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria, riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee ad integrare l'ipotesi di grave illecito professionale, la stazione appaltante sia tenuta a escludere l'operatore economico senza poter imporgli d'indicare un'altra ausiliaria in sostituzione, così come previsto per gli altri motivi di esclusione sempre dell'ausiliaria.

Dopo aver ricondotto anche ai principi interni di buon andamento e di massima efficienza amministrativa, la richiamata previsione comunitaria, la Sezione ricorda che l'art. 63 della richiamata direttiva prevede – innovativamente rispetto al passato (cfr. CGUE, C-223/16, *Casertana Costruzioni*) – che l'operatore economico sia chiamato a sostituire un soggetto che non soddisfi un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Nel diritto interno, l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nel prevedere l'esclusione del concorrente in conseguenza di dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria, preclude invece la sua sostituzione e ogni altro rimedio che, invece, il comma 3 prevede per gli altri motivi obbligatori di esclusione.

Ad avviso del Collegio, il differente trattamento di situazione all'apparenza analoghe, potrebbe essere giustificato dall'esigenza – invero fortemente avvertita e legislativamente sancita dall'introduzione della lettere c)-*bis* ed f)-*bis* all'art. 80 – di sanzionare sempre e comunque con l'esclusione coloro che si siano resi responsabili di dichiarazioni mendaci o dolosamente reticenti, responsabilizzandosi così l'operatore economico in ordine alla genuinità delle dichiarazioni da rendere e delle attestazioni rilasciate (anche) dall'impresa ausiliaria (sul punto, per una ricostruzione del quadro legislativo di riferimento, v. la recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della Sezione V, sentenza 9.4.2020, n. 2332).

Tuttavia, dal momento che tali limitazioni alla possibilità di sostituzione non sono in realtà previste dall'art. 63 della direttiva – norma che sembrerebbe invece imporre la sostituzione dell'ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano motivi obbligatori di esclusione – la Sezione solleva il sospetto di incompatibilità eurounitaria della norma.

Sotto altro profilo, la questione è apparsa particolarmente rilevante anche sotto il profilo soggettivo della possibile buona fede del dichiarante, poiché nella fattispecie concreta risultava accertato che il certificato penale rilasciato a richiesta dell'interessato non riportava la condanna del titolare dell'impresa ausiliaria, al quale era stato concesso il beneficio della non menzione. Sul punto, la Sezione tralascia invero di considerare l'indirizzo, piuttosto consolidato, secondo il quale, ai fini del rispetto dell'ordinaria diligenza, il privato chiamato a rendere una dichiarazione di responsabilità sull'inesistenza di precedenti penali ostativi alla partecipazione alla gara è tenuto a richiedere il certificato di cui all'art. 33 (e non 31) del d.p.r. 313/2002, norma che, come noto, prevede che *“La persona o l'ente interessato può conoscere senza motivare la richiesta, ma senza efficacia certificativa, tutte le iscrizioni ad esso riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 27 e 31”*.

La questione appare di particolare rilievo, nella misura in cui la Corte dovrà chiarire il senso e la portata della innovativa disciplina eurounitaria dell'avvalimento, nella parte in cui il richiamato art. 67 non prevede preclusioni alla possibile sostituzione dell'impresa ausiliaria, rafforzando così le finalità pro-competitive proprie dell'istituto (cfr. sul punto CGUE, in C-94/12, SWM Costruzioni e Ad.Pl. n. 23/2016).

LEGGI L'ORDINANZA

Pubblicato il 20/03/2020

N. 02005/2020 REG.PROV.COLL.

N. 07225/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7225 del 2019, proposto da

Rad Service S.r.l. Unipersonale, Cosmo Ambiente S.r.l., Cosmo Scavi S.r.l., componenti del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) tra le stesse società, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Greco e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avv. Francesco Vagnucci in Roma, Piazza San Bernardo n. 101;

contro

Del Debbio S.p.A., Gruppo Sei S.r.l., Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., componenti del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) tra le stesse società, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Confalonieri n. 5;

Daf Costruzioni Stradali S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) costituito con le imprese GARC S.p.A. ed Edil Moter S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Grisostomi Travaglini, Andrea Musenga e Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della Terza Sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

nei confronti

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro, in persona del legale, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Stolzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Umberto Richiello in Roma, via Mirabello n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (sezione Terza) n. 955/2019, resa tra le parti, concernente l'esito della gara indetta per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l'ex Presidio Ospedaliero "Misericordia e Dolce" di Prato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Usl Toscana Centro, di Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., di Del Debbio S.p.A., di Gruppo Sei S.r.l. e di Daf Costruzioni Stradali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la memoria di costituzione di Del Debbio S.p.A., recante la riproposizione dei motivi di ricorso non esaminati o assorbiti dalla sentenza impugnata;

Vista la sentenza di questa Sezione n. 1603 del 4 marzo 2020;

Vista la sentenza non definitiva di questa Sezione n. 1633 del 5 marzo 2020;

Visto l'art. 3 della legge 13 marzo 1958, n. 204;

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visti gli artt. 23 e 23-*bis* dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea;

Visto il Regolamento di procedura della Corte di giustizia dell'Unione Europea;

Viste le “*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*” (2019/C 380/01), in G.U.U.E. in data 8 novembre 2019) della Corte di giustizia dell'Unione europea;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Antonio Greco, Andrea Manzi, Lorenzo Grisostomi Travaglini, Davide Angelucci e Paolo Stolzi;

1. *L'oggetto della controversia.*

1.1. Con bando del 3 gennaio 2018, l'Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l'ex Presidio Ospedaliero “Misericordia e Dolce” di Prato, indicando un importo a base di gara di € 5.673.030,73.

1.2. La Del Debbio S.p.a ha partecipato alla gara, in raggruppamento temporaneo (RTI) con le imprese Gruppo Sei S.r.l. e Ciclat Val di Cecina Soc. Coop (di seguito “Del Debbio”).

In sede di presentazione dell'offerta, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti tecnici e professionali posseduti dall'impresa individuale Baronci Salvatore, munita dell'attestato SOA nella categoria OS 23, classifica IV.

1.3. La gara si è conclusa con la seguente graduatoria provvisoria:

- 1. RTI DAF, primo classificato con punti 93;
- 2. RTI Del Debbio, secondo classificato con punti 84,77;
- 3. RTI RAD Service, terzo classificato con punti 77,95.

1.4. Successivamente, la stazione appaltante ha escluso dalla gara gli operatori economici DAF e Del Debbio, collocati, rispettivamente, al primo e al secondo posto della graduatoria provvisoria.

1.5. In particolare, per quanto rileva ora nel presente giudizio, Del Debbio è stato escluso perché la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria Baronci non fa menzione di una sentenza

di applicazione della pena su richiesta congiunta delle parti ("patteggiamento"), 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 (articoli 590 del codice penale e 148, commi 1 e 2, del testo unico di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81), pronunciata nei confronti del titolare, rappresentante legale dell'impresa, il 14.06.2013 e divenuta irrevocabile in data 11.09.2013.

1.5.1. Secondo la stazione appaltante, l'impresa ausiliaria ha reso una dichiarazione mendace e non veritiera, la quale comporta l'esclusione automatica del concorrente Del Debbio.

La stazione appaltante motiva il provvedimento di esclusione (determina dirigenziale 27.2.2019 n. 321) evidenziando l'espressa risposta negativa resa dall'ausiliaria alla domanda: "*l'operatore economico si è reso responsabile di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5, lett. c) del codice?*" (pagina 9 del documento di gara unico europeo -DGUE).

1.5.2. Il provvedimento di esclusione richiama:

- l'art. 80, comma 5, lettera f-bis, del codice dei contratti pubblici, che prevede quale causa di esclusione dalla gara l'ipotesi in cui "*l'operatore economico (...) presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*";

l'art. 89, comma 1, dello stesso codice, il quale stabilisce che l'operatore economico, quando si avvale della capacità di altri soggetti, è tenuto ad allegare una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, attestante il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, e "*nel caso di dichiarazioni mendaci (...) la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia*".

1.6. L'esclusione della prima classificata, RTI DAF, è stata annullata dalla sentenza del TAR per la Toscana n. 1044/2019, in accoglimento del ricorso proposto dall'interessata, parzialmente riformata dalla decisione di questa Sezione n. 1603 del 4 marzo 2020.

Anche l'esclusione del RTI Del Debbio è stata annullata dal TAR, con la sentenza n. 955/2019, impugnata nel presente giudizio dal terzo classificato RAD, che fa valere il proprio interesse strumentale alla conferma della legittimità dell'esclusione di Del Debbio e alla collocazione in una migliore posizione in graduatoria.

1.7. Con sentenza non definitiva n. 1633 del 5.3.2020, questa Sezione ha accolto parzialmente l'appello, respingendo i motivi giudicati fondati dal TAR; ha respinto i motivi assorbiti in primo grado e riproposti dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., salvo quello, rubricato al n. VII, in relazione al quale ha ritenuto di sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta con la presente ordinanza.

1.8. Con tale censura, la parte appellata sostiene che, una volta appurata la falsità della

dichiarazione dell'impresa ausiliaria, relativa all'assenza di condanne penali, la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre automaticamente l'esclusione del RTI concorrente, ma avrebbe dovuto assegnare un termine per la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice, trattandosi di modalità correttiva imposta dal diritto comunitario e che la stessa disposizione nazionale configura come obbligatoria, ogniqualvolta *“sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80”*.

Diversamente, l'art. 89, comma 1, ove inteso come implicante l'insanabile esclusione dell'operatore concorrente per le false dichiarazioni rese dall'ausiliaria, risulterebbe in contrasto con l'art. 63, par. 1, Il parte, della direttiva 24 (richiamato dalla 25).

Il Collegio ritiene che, secondo la normativa nazionale italiana, la dichiarazione non veritiera resa dal rappresentante legale dell'impresa ausiliaria in sede di gara comporta, quale conseguenza automatica, il dovere della stazione appaltante di escludere il concorrente ausiliato, senza possibilità di provvedere alla sostituzione dell'impresa.

Nondimeno, il Collegio dubita che la normativa nazionale, così ricostruita, sia compatibile con il diritto dell'Unione europea.

2. Il contenuto della normativa italiana e l'interpretazione consolidata della giurisprudenza.

2.1. Il codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, prevede la seguente disciplina:

- l'art. 80 comma 5, lettera f-bis), stabilisce che 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”*;

- l'art. 89, comma 1, secondo, terzo e quarto periodo, stabilisce che *“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”;

- l'art. 89, comma 3, stabilisce che *“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 obbligatori 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”.

2.2. La giurisprudenza nazionale, ormai consolidata, ritiene che:

i) in forza del combinato disposto dei citati articoli 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, del citato codice n. 50/2016, 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;

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

Si ritiene, infatti, che l'art. 89 prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale (Cons. Stato, sez. V, n. 6529/2018; Id., n. 69/2019; Delibera Anac n. 337/2019). La sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

Questo indirizzo interpretativo risulta ormai consolidato in giurisprudenza e la parte appellata non ha indicato nuovi argomenti idonei a contrastarne la correttezza.

3. *La disciplina del diritto dell'Unione europea: l'avvalimento e il favore per la concorrenza.*

3.1. La disciplina eurounitaria dell'avvalimento è contenuta nell'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

In particolare, il par. 1, Il parte, dell'articolo prevede che:

“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".

3.2. 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. Al tempo stesso la norma 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.

3.3. La disciplina della direttiva sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

L'art. 49 stabilisce: *"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".*

L'art. 56 prevede: *"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".*

4. *Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale.*

4.1. Il raffronto tra le disposizioni nazionali in materia di avvalimento e il diritto dell'Unione europea induce a dubitare che l'art. 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici si ponga in contrasto con i principi e le regole di cui all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e risulti incompatibile con i principi concorrenziali di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE.

L'art. 89, comma 1, del codice n. 50/2016, nel prevedere l'esclusione del concorrente in

conseguenza delle dichiarazioni mendaci dell'impresa di cui egli si avvale, preclude la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ovvero il ricorso al rimedio correttivo, che, invece, il comma 3 stabilisce per tutti i rimanenti motivi obbligatori di esclusione.

La differenza di disciplina potrebbe essere giustificata, nell'ottica del diritto interno, dalla esigenza di sanzionare coloro che si sono resi responsabili di dichiarazioni mendaci, o dolosamente reticenti, 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.

4.2. È risaputa l'innovatività della direttiva sul punto, recepita nel nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016. In precedenza, sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 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 (così Cons. Stato, sez. V, n. 169/2015).

L'art. 89, comma 3, 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. Sotto questo duplice profilo, è stato definito "*istituto del tutto innovativo*" da Cons. Stato, sez. III, n. 5359/2015 e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella decisione C-223/16 del 14 settembre 2017, *Casertana costruzioni s.r.l.*

4.3. La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura - in deroga al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi e, per questa via, della stessa offerta) - risponde all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, di stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 10763/2017).

L'impostazione spiccatamente pro-concorrenziale della norma risulta coerente con i criteri della delega posta dal Parlamento per il recepimento delle direttive del 2014, che, all'art. 1 comma 1 lettera zz) della legge n. 11 del 2016, 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, (...)*".

4.4. Prevedendo l'esclusione automatica del concorrente, senza consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia reso una dichiarazione non veritiera, la normativa nazionale si potrebbe porre in contrasto con il suddetto obiettivo di apertura alla concorrenza e confliggere con il disposto della direttiva, il quale 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 in ordine alla genuinità e correttezza delle dichiarazioni svolte dalle imprese di cui si avvalgono.

4.5. Infatti, non può 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 fornirgli. 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 (Cons. Stato, sez. V, n. 69/2019).

4.6. A questo proposito, e con più specifico riferimento ai fatti di causa, la parte appellata Del Debbio deduce 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 soggetti privati.

La legge italiana (D.P.R. 313/2002), infatti, esclude dalla risultanze del certificato rilasciabile alla parte privata diversa dal diretto interessato una serie di iscrizioni, tra cui quelle relative alle sentenze di condanna con il beneficio della "non menzione": in punto di fatto, la condanna riportata dal titolare dell'impresa ausiliaria di Del Debbio è accompagnata dal beneficio della non menzione.

4.7. Per inquadrare, infine, il contesto nel quale si iscrive il punto di diritto controverso è utile puntualizzare i seguenti argomenti:

i) la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento è quella di 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 requisiti medesimi *per relationem*, attraverso il concorso di terzi soggetti ausiliari;

ii) l'istituto dell'avvalimento ha tradizionalmente goduto di ampio favore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo ha elaborato e ha contrastato prassi interpretative e disposizioni normative nazionali che potessero ostacolarne l'impiego.

Esemplificativa di questo indirizzo è la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, *SWM Costruzioni*, con la quale la Corte ha risolto una questione per rinvio pregiudiziale sollevata

dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato circa la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale (articolo 49, comma 6 del Decreto legislativo n. 163 del 2006) che vietava al concorrente in una pubblica gara di appalto di avvalersi - salvo ipotesi eccezionali - di più di un'impresa ausiliaria.

In quella sede la Corte ha definito la questione coniugando il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettività della messa a disposizione dei requisiti necessari. Secondo la Corte, infatti, *“la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'Amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”*.

La Corte ha richiamato il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza *“nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici”* (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, *Conisma*, in causa C-305/08).

Nello stesso senso viene in rilievo la sentenza del 7 aprile 2016 in causa C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, con la quale la Corte ha chiarito che le disposizioni UE in tema di avvalimento riconoscono *“il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti (...), 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 (...)”*.

La Corte ha tuttavia chiarito che eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.

Sulla stessa scia si pone, in ambito nazionale, la pronuncia del Consiglio di Stato Ad. Plen., del 4 novembre 2016, n. 23, la quale afferma, con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, che *“trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento Eurounitario (e sulla base di 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 (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice Eurounitaria)”*.

4.8. La questione interpretativa pregiudiziale di seguito proposta risulta dirimente ai fini della decisione del ricorso.

Invero, qualora dovesse ritenersi che il diritto eurounitario non ammette preclusioni alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, neppure nel caso di dichiarazioni mendaci da questa rese

nella dichiarazione sottoscritta e attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza favorevole alla parte appellata e con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della stessa dalla gara.

Per contro, nel caso in cui si dovesse accogliere l'opzione ermeneutica secondo la quale il diritto dell'Unione Europea non osta all'applicazione dell'art. 89 comma 1, così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di conferma della legittimità del provvedimento di esclusione.

L'esito dei paralleli giudizi incardinati avverso la sentenza n. 1044/2019 e definiti con sentenza di questa sezione n. 1603 del 4.3.2020, lascia intatte, al momento, le *chances* di aggiudicazione del contratto in capo alla parte qui appellata. In ogni caso, resta fermo l'interesse strumentale della parte ad accertare la legittimità dell'esclusione della seconda classificata, al fine di conseguire una migliore posizione in graduatoria.

5. Formulazione del quesito.

Sulla base di quanto sino ad ora osservato, il Collegio formula, pertanto, il seguente quesito interpretativo:

“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”.

6. Richiesta di applicazione del procedimento accelerato.

Il Consiglio chiede alla Corte l'applicazione del procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, considerando che, alla luce della enucleazione di un profilo di nitido contrasto tra fonti:

i) la questione ha natura di principio, poiché la normativa nazionale riguardante le

conseguenze derivanti dalle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria è di corrente applicazione e motivo di diffuso contenzioso;

ii) la specifica procedura di appalto oggetto della controversia è condizionata solo dalla decisione della Corte di Giustizia, avendo il giudice rimettente già deciso su ogni altro motivo di ricorso;

iii) l'appalto in oggetto riguarda l'esecuzione di opere urgenti in materia di edilizia ospedaliera, insuscettibili di ritardo o di sospensione, nonché di rilevante valore (importo a base di gara pari ad € 5.673.030,73).

7. Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

7.1 Ai sensi delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea, la Segreteria della Sezione trasmetterà copia integrale del fascicolo di causa mediante plico raccomandato alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, all' *indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo.*

7.2 In applicazione dell'art. 79 del codice del processo amministrativo e del punto 23 delle citate *Raccomandazioni*, il presente giudizio è sospeso sino alla definizione del procedimento incidentale di rinvio.

Ogni decisione, anche in ordine alle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando, così provvede:

- sospende il giudizio;
- rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la trattazione del giudizio con rito accelerato, ai sensi dell'art. 23-*bis* dello Statuto della Corte e dell'art. 105 del Regolamento di procedura;
- riserva la decisione sulle spese al definitivo;
- manda alla segreteria di comunicare alla Corte di Giustizia della UE la presente ordinanza, inviandola alla sua cancelleria, insieme agli atti contenuti nel fascicolo di causa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere