

Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 aprile 2016, n. 1522

Rimessa alla Corte di giustizia della U.E. la questione se l'impresa possa indicare altro operatore ausiliario qualora l'ausiliaria originaria perda i requisiti di partecipazione, al fine di evitare l'esclusione dalla gara d'appalto per fatto non riconducibile alla concorrente.

N. 01522/2016 REG.PROV.COLL.

N. 06073/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6073 del 2015, proposto da:

Casertana Costruzioni S.r.l., con sede in Caserta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale capogruppo e mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con Qatar Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Giuseppe Ceceri, e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Roma, alla piazza San Lorenzo in Lucina n. 12, per mandato a margine dell'appello;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, in persona del Dirigente pro-tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso gli uffici della medesima domiciliato per legge in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DI.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

nei confronti di

- Consorzio Stabile Infratech, in proprio e quale capogruppo e mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con SIBA S.p.A. e Idroeco S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti Lorenzo Lentini e Francesco Migliarotti, e elettivamente domiciliato in Roma, alla

via Confalonieri n. 11, presso lo studio dell'avv. Antonio Troiani, per mandato a margine della memoria di costituzione nel giudizio d'appello;

- W.E.E. Water Enviroment Energy S.p.A., Ing. Massimo Fontana, Studio Tecnico Associato Thinkd, Ing. Claudio Della Rocca, Dott. Nicola Maione, Ing. Vittorio Ciotola, FIN.SE.CO S.p.A., Edilgen S.p.A., Site S.r.l., in persona dei legali rappresentanti e/o titolari pro-tempore, non costituiti nel giudizio di primo grado e di appello

per la riforma

sentenza del T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione I, n, 1846 del 27 marzo 2015, resa tra le parti, con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto da Consorzio Stabile Infratech e per conseguenza dichiarato improcedibile il ricorso principale n.r. 5835/2014, proposto da Casertana Costruzioni S.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e la realizzazione dei lavori relativi all'intervento denominato "La Bandiera Blu del Litorale Domizio", indetto dal Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, per delega dell' Azienda Regionale Campania per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DI.S., per l'importo complessivo a base di gara di € 33.921.446,69 oltre IVA, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con compensazione delle spese del giudizio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche della Campania e del Molise e del Consorzio Stabile Infratech in proprio e quale capogruppo e mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con SIBA S.p.A. e Idroeco S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2015 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Sticchi Damiani, in proprio e in dichiarata delega dell'avv. Ceceri per l'appellante Casertana Costruzioni S.r.l., l'avvocato dello Stato Fedeli per le Autorità statali appellate, gli avv.ti Lentini e Migliarotti per l'appellato Consorzio Stabile Infratech;

I fatti di causa.

1.) Con bando trasmesso alla GUCE il 7 giugno 2013 e pubblicato sulla GURI del 10 giugno 2013, il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e il Molise, quale ente delegato dall'Agenzia Regionale della Campania per la difesa del suolo (in acronimo A.R.CA.DI.S.), ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 per l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e della realizzazione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara, concernenti il grande progetto "La Bandiera Blu" del Litorale Domitio, Lotto funzionale n. 1, per i Comuni di Carinola, Francolise, Cellole e Sessa Aurunca, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base

di gara di € 33.921.456,69, comprensivi del costo della progettazione definitiva, esecutiva e degli oneri di sicurezza.

2.) Il disciplinare di gara precisava che, ai fini della partecipazione alla gara era richiesta attestazione rilasciata da S.O.A. (società organismo di attestazione) relativa al possesso di qualificazione per prestazioni di progettazione ed esecuzione relativi alle categorie OG 6 classifica VII (categoria prevalente) e OS 22 classifica VII.

3.) Alla gara hanno partecipato, tra le altre concorrenti Casertana Costruzioni S.r.l, quale mandataria e capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе (d'ora innanzi r.t.i.) con la mandante Qatar Costruzioni S.r.l., le quali hanno dichiarato di avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, della qualificazione (e dell'attestazione) di due imprese ausiliarie, e per quanto in specie interessa la mandante Qatar Costruzioni S.r.l. del Consorzio stabile Grandi Attività Progettuali a responsabilità limitata (in acronimo G.A.P.), in possesso di attestazione SOA per la categoria OS 22 classifica VII.

4.) All'esito dello svolgimento delle operazioni di gara è risultato aggiudicatario il costituendo r.t.i. Consorzio Stabile Consorzio Stabile Infratech-SIBA S.p.A.-Idroeco S.r.l., che ha conseguito punti 83,590, mentre il r.t.i. Casertana Costruzioni S.r.l.-Qatar Costruzioni S.r.l. è risultato secondo miglior offerente con punti 73,046.

5.) Con ricorso proposto al T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, iscritto al numero 5835 del registro ricorsi, Casertana Costruzioni S.r.l., in proprio e quale capogruppo e mandataria del r.t.i. con Qatar Costruzioni S.r.l., ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (decreto del Provveditore interregionale n. 0032279 di prot. dell'8 ottobre 2014), l'aggiudicazione provvisoria, i verbali e gli atti della gara.

6.) Nel ricorso è stato sostenuto che l'aggiudicataria non poteva essere ammessa alla gara e avrebbe dovuto esserne esclusa per due ordini di ragioni:

- le mandanti del raggruppamento temporaneo di progettisti indicato dall'aggiudicataria non possedevano, cumulativamente, almeno il 40% dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal disciplinare di gara, tenuto conto che la mandataria poteva avvalersi di quelli posseduti entro la misura massima del 60%;

- la cauzione provvisoria era stata prestata con polizza fideiussoria recante una sottoscrizione del legale rappresentante dell'intermediario finanziario non autenticata da un notaio, in violazione del disciplinare di gara.

7.) A sua volta il Consorzio Stabile Infratech, quale capogruppo e mandataria del r.t.i. con SIBA S.p.A. e Idroeco S.r.l., si costituiva in giudizio e proponeva ricorso incidentale di tipo c.d. escludente, sostenendo che a sua volta il r.t.i. Casertana Costruzioni S.r.l. - Qatar Costruzioni S.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché durante il corso di svolgimento della gara il Consorzio Stabile G.A.P., impresa ausiliaria della mandante Qatar Costruzioni S.r.l., aveva perduto la qualificazione per la classifica richiesta delle OS 22, essendo abilitata per la sola classifica IV, oltre che per altre ragioni relative alla contestata genericità e indeterminatezza dei contratti di avvalimento con riferimento al fatturato e alla presunta insussistenza dei requisiti di qualificazione in capo alle imprese ausiliarie.

8.) Con sentenza n. 1846 del 27 marzo 2015 il T.A.R. per la Campania, premesso di ritenere prioritario l'esame del ricorso incidentale escludente, secondo l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 25 febbraio 2014, ha accolto il ricorso incidentale proposto da r.t.i. aggiudicatario, e in particolare il primo motivo del medesimo, rilevando come l'impresa ausiliaria di Qatar S.r.l. (che aveva messo a disposizione i propri requisiti di qualificazione per la categoria OS22, di cui Qatar S.r.l. assumeva la realizzazione del 100%) avesse perduto in corso di gara la qualificazione per la classifica d'importo richiesta (VIII) risultando così qualificata per classifica ben inferiore (IV), e che tale circostanza implicasse quindi la perdita in capo alla mandante e quindi in capo al r.t.i. dei requisiti di partecipazione, da possedersi per l'intera durata del procedimento e sino alla aggiudicazione e alla stipula del contratto, a nulla rilevando le deduzioni del r.t.i. ricorrente principale circa la riferibilità del fatto a causa di forza maggiore, né precisata né provata, e comunque trattandosi di circostanza riconducibile a *culpa in eligendo* nella scelta dell'impresa ausiliaria, né apparendo applicabile in quanto non ancora recepita né recante disciplina dettagliata l'invocato art. 69 della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, e infine non potendosi invocare applicazione analogica della norma eccezionale e di stretta interpretazione dell'art. 37 commi 18 e 19 del d.lgs. n. 163/2006.

9.) Con appello notificato il 26 giugno 2015 e depositato l'8 luglio 2015, Casertana Costruzioni S.r.l. ha impugnato la sentenza del T.A.R. per la Campania, deducendo, in estrema sintesi, l'erroneità della sentenza perché essa ha eluso il profilo essenziale della questione controversa, ossia "*...coniugare la regola speciale, operante nel settore del diritto dei contratti pubblici, della necessità di permanenza dei requisiti in corso di gara, con il principio generale dell'esimente della forza maggiore, che conforma l'intero ordinamento giuridico ed opera anche nel settore dei contratti pubblici in forza del richiamo di cui all'art. 2, comma 4, del Codice dei contratti pubblici*".

In sostanza l'impresa ausiliata che ha confidato nel possesso del requisito di qualificazione in capo all'impresa ausiliaria, verificato al momento della sottoscrizione del contratto di avvalimento, non può essere chiamata a rispondere della successiva perdita (o riduzione) di quel requisito, ascrivibile a fatto dell'impresa ausiliata, e quindi di terzo, non essendo individuabile una *culpa in eligendo*, come ritenuto dal TAR, e apparendo l'automatica esclusione, senza possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria con altra impresa, contraria alla giurisprudenza comunitaria in tema di rilevanza del fatto di forza maggiore, e soprattutto in contrasto con l'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

Quest'ultimo infatti prevede che "*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*".

In sostanza tale disposizione esprimerebbe un principio "*...di regolarizzazione/sostituzione, per fatti del terzo ausiliario esulanti dalla sfera di controllo del R.T.I., (che) in quanto proprio dell'ordinamento europeo ed espressione dei più generali principi di proporzionalità, correttezza, buona fede oggettiva e ragionevolezza, prevale su qualsiasi difforme previsione o orientamento giurisprudenziale presente nei singoli Stati membri*".

Sotto tale aspetto la questione della non vigenza della direttiva, pendendo il termine per la sua attuazione, è priva di rilevanza, a differenza di quanto sostenuto dal TAR, perché essa assume valore sul piano interpretativo.

E comunque essa può essere oggetto, quantomeno, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *"...al fine di accertare:*

- che il diritto comunitario osta all'automatica, inesorabile e meccanica espulsione dalla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese per un fatto non imputabile al R.T.I. bensì al terzo ausiliario, configurante una fattispecie di forza maggiore sopravvenuta in corso di gara e non evitabile dalle imprese del R.T.I. con il massimo della diligenza esigibile dalle stesse;

- che, di contro, il diritto comunitario consente, in caso di forza maggiore per fatto del terzo ausiliario sopravvenuto in corso di gara, la sostituzione dell'ausiliario originario con altro ausiliario in possesso del requisito".

L'appellante ha quindi riproposto le censure già dedotte in primo grado e non esaminate in relazione alla dichiarata improcedibilità del ricorso.

10.) Nel giudizio si sono costituiti l'appellato Consorzio Stabile Infratech che ha sua volta ha dedotto l'infondatezza dell'appello e riproposto le deduzioni difensive svolte in primo grado, e le Autorità amministrative appellate, che pure hanno chiesto il rigetto dell'appello.

11.) Dopo il deposito delle memorie difensive e di replica l'appello è stato chiamato in trattazione all'udienza pubblica del 3 novembre 2015 e riservato per la decisione.

La normativa nazionale rilevante.

12.) L'art. 40 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), intitolato *"Qualificazione per eseguire lavori pubblici"* dispone, per quanto qui rileva, che:

"1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente.

2. Con il regolamento previsto dall'articolo 5, viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi. Con il regolamento di cui all'articolo 5 possono essere altresì periodicamente revisionate le categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie."

L'art. 49 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, intitolato *"Avvalimento"* a sua volta, stabilisce, per quanto qui interessa, che:

"Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

La normativa comunitaria rilevante.

13.) L'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE al secondo alinea, intitolato "Capacità economica e finanziaria" prevede che:

"Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti".

L'art. 48 successivo, intitolato "Capacità tecniche e professionali", a sua volta, al terzo alinea stabilisce che:

"Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie".

L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, intitolato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti", prevede per quanto qui rileva che (corsivi dell'estensore):

"1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

*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.***

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto".

L'art. 91 della Direttiva 2014/24/UE, nello stabilire che la *“La direttiva 2004/18/CE è abrogata a decorrere dal 18 aprile 2016”*, precisa che *“I riferimenti alla direttiva abrogata si intendono fatti alla presente direttiva e si leggono secondo la tavola di concordanza di cui all'allegato XV”*.

La tavola di concordanza di cui all'allegato XV nella parte che interessa è così formulata:

Articolo 63, paragrafo 1 Articolo 47, paragrafi 2 e 3; articolo 48, paragrafi 3 e 4

Articolo 63, paragrafo 2 —

I possibili profili di contrasto tra la normativa nazionale e la normativa comunitaria.

14.) La normativa nazionale italiana, attuativa della direttiva 2004/18/CE, e segnatamente l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, mentre ammette, in attuazione dell'art. 47 secondo alinea e 48 terza alinea della Direttiva 2004/18/CE (ora sostituiti dalla disciplina dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE) che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, e a differenza di quanto previsto, sia pure per la fase di esecuzione dall'art. 38 commi 17 e 18 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria indicata essa possa essere sostituita con altra impresa.

La disciplina normativa comunitaria assegna, dunque, rilievo, in chiave sostanziale, alla prova che l'impresa di cui il concorrente si avvale abbia i requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica, e l'art. 69 innanzi citato stabilisce, nel caso in cui il soggetto indicato *“non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”*, che l'amministrazione aggiudicatrice impone all'operatore economico, ossia a soggetto che concorre alla gara, di sostituire tale soggetto.

Si pone, quindi, ad avviso del Collegio, il dubbio se la normativa nazionale, nella parte in cui esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale *“impresa ausiliaria”*, che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente, sia compatibile con la normativa comunitaria.

In tal senso il Collegio ritiene di dover pertanto sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale:

“Se gli artt. 47 secondo alinea e 48 terzo alinea della Direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale “impresa ausiliaria”, che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) visti l'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, l'articolo 79 del codice del processo amministrativo e l'art. 295 del codice di procedura civile, chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea specificata in motivazione.

Ordina la sospensione del processo relativo all'appello n.r. 6073/2015 e la trasmissione di copia della presente ordinanza alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere