



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 899 DEL 6 settembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Autostrada del Brennero S.p.A. – Lavori per il rinforzo strutturale dei cordoli laterali e centrali e per l'adeguamento delle barriere di sicurezza del viadotto Castelfinestra tra le progressive autostradali km 71+285 e km 72+822 – Importo a base di gara: euro 2.934.279,22 - S.A.: Autostrada del Brennero S.p.A.

PREC 104/17/L

Avvalimento - Perdita del requisito di partecipazione - Sostituzione dell'ausiliaria - Interpretazione conforme all'art. 63 direttiva 2014/24/UE

L'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 non regola espressamente la fattispecie della sostituibilità dell'ausiliaria priva dei requisiti in modo difforme dall'art. 63 direttiva 2014/24/UE e, ove ciò non comporti l'anticipazione dell'applicazione del nuovo regime giuridico, va interpretato alla luce dell'art. 63 direttiva 2014/24/UE.

Art. 49, d.lgs. n. 163/2006

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 12994 del 26 gennaio 2017, Autostrada del Brennero S.p.A. ha rappresentato di avere aggiudicato la gara in epigrafe all'impresa Alpin S.r.l., con determina n. 1089 del 2 novembre 2015. L'istante ha precisato che la gara è stata interessata da due contenziosi avanti al TRGA di Bolzano - il primo promosso da Alpin S.r.l. avverso l'aggiudicazione della gara all'operatore economico primo graduato (RTI LF Costruzioni S.r.l.) e il secondo promosso sempre da Alpin S.r.l. avverso l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della gara a proprio favore, entrambi definiti favorevolmente per Alpin S.r.l. - che hanno causato lo slittamento della stipula del contratto e l'hanno determinata a chiedere ad Alpin di ribadire l'interesse all'affidamento dei lavori alle condizioni a suo tempo formulate e di produrre la documentazione a comprova della permanenza attuale dei requisiti previsti dal bando di gara.

In tale sede Alpin S.r.l., ai fini della dimostrazione del possesso della qualificazione SOA OS8, ha dichiarato di avvalersi di un'impresa ausiliaria diversa (Impresa Edile Falcone Pasquale S.r.l.) da quella indicata in sede di offerta (Sicurbau S.r.l.), dato che quest'ultima, nel frattempo, è rimasta priva del requisito, non avendo ottenuto il rinnovo dell'attestazione per la categoria OS8, in scadenza nel dicembre 2015 e già sottoposta a verifica triennale.

Autostrada del Brennero S.p.A. chiede all'Autorità se alla procedura di gara (avviata con bando del 9 dicembre 2013) sia applicabile l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 o l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e se, qualora dovesse ritenersi applicabile la disciplina dell'avvalimento del vecchio Codice,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

tenuto conto delle circostanze temporali che hanno contrassegnato la procedura, l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 possa essere interpretato alla luce dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e quindi come facoltizzante la sostituzione dell'impresa ausiliaria che ha perduto i requisiti.

Nella memoria di replica acquisita, a seguito dell'avvio del procedimento, al prot. n. 45923 del 28 marzo 2017, Alpin S.r.l. ha richiamato il principio secondo cui la disciplina in materia di avvalimento dettata dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, indipendentemente dalla sua diretta applicabilità prima del formale recepimento, dovrebbe rappresentare il canone ermeneutico alla luce del quale interpretare la normativa nazionale applicabile *ratione temporis* e dovrebbe condurre a consentire la sostituzione dell'ausiliaria con altra impresa in possesso dei requisiti richiesti, come già riconosciuto da certa giurisprudenza (cfr. TAR Sicilia – Palermo 12 aprile 2016, n. 955). La resistente rappresenta altresì che, alla stregua di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale volta a verificare la compatibilità con la direttiva 2004/18/CE dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 ove interpretato nel senso di precludere la possibilità per l'operatore economico di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale impresa ausiliaria che abbia perduto i requisiti e che, nelle more della pronuncia, la giurisprudenza consente la sostituzione dell'impresa ausiliaria che versi in tali circostanze (TAR Pescara 27 gennaio 2017, ordinanza n. 9; Consiglio di Stato, 23 giugno 2016, ordinanza n. 2326). Ad avviso di Alpin, il principio di continuità del possesso dei requisiti non potrebbe ritenersi in tali casi pregiudicato perché, come sostenuto dalla giurisprudenza, trattandosi, in quanto ausiliaria, di impresa che non è concorrente, ciò che rileva è il carattere fungibile della funzione svolta dall'ausiliaria (prestare una obbligazione di garanzia), così che la tempestiva sostituzione dell'ausiliaria stessa con altra avente i requisiti richiesti elimina il rischio che l'amministrazione contratti con soggetto anche temporaneamente inabile.

Infine, Alpin S.r.l. ha evidenziato le lunghissime more del procedimento (circostanza che in taluni casi la giurisprudenza ha tenuto in considerazione ai fini della valutazione della legittimità della modificazione della compagine dei concorrenti raggruppati) e ha sottolineato come la perdita del requisito, sia avvenuta solo a gara conclusa, dopo che erano intervenute due diverse aggiudicazioni e dopo la scadenza dell'efficacia vincolante delle offerte.

Con nota acquisita al prot. 45478 del 27 marzo 2017, il controinteressato Consorzio Stabile ODOS, al secondo posto dell'attuale graduatoria, ha replicato all'istante affermando la sicura applicabilità *ratione temporis* al caso in esame dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, che esclude la possibilità di sostituire l'ausiliaria indicata in sede di offerta, in conformità al fondamentale principio per cui la qualificazione spesa dal concorrente deve essere mantenuta senza soluzione di continuità dal momento della presentazione dell'offerta sino all'aggiudicazione e poi fino al completamento dell'appalto. Il controinteressato ha inoltre sostenuto l'impossibilità di invocare la direttiva 2014/24/UE, sia come norma direttamente applicabile sia quale criterio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

interpretativo della disciplina del d.lgs. n. 163/2006, poiché la regola dell'interpretazione giuridica conforme non sarebbe configurabile nei riguardi di previsioni della direttiva finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi, come deve considerarsi la sostituzione dell'ausiliario (Consiglio di Stato, 25 novembre 2015, n. 5359).

Ritenuto in diritto

Vista la disciplina transitoria dettata dall'art. 216, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi della quale «lo stesso [d.lgs. n. 50/2016] si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore», la normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame va pacificamente riconosciuta nell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, trattandosi di gara bandita in data 13 dicembre 2013.

L'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 non contempla quanto previsto dall'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, ovvero che, in caso di avvalimento, «la stazione appaltante impone all'operatore economico di sostituire i soggetti [della cui capacità intende avvalersi] che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».

L'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 recepisce quanto dettato dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE in ordine alla sostituzione dell'impresa ausiliaria priva dei necessari requisiti («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»).

Riguardo la diretta applicabilità della direttiva al caso in esame, va rammentato il consolidato principio secondo cui, in disparte le direttive c.d. *self-executing*, sono direttamente applicabili le direttive inattuate entro il termine, od attuate in modo errato, quando la prescrizione è «incondizionata», cioè non lascia alcun margine di discrezionalità agli stati membri in ordine alla sua attuazione, e sufficientemente precisa. La direttiva 2014/24/UE è stata tempestivamente recepita dal legislatore nazionale e comunque non era ancora vigente (essendo stata pubblicata nella G.U.U.E. 28 marzo 2014, n. L 94) al momento in cui la gara *de qua* è stata bandita; va pertanto esclusa la possibilità che la si possa invocare in quanto direttamente applicabile (cfr. Consiglio di Stato, 3 maggio 2016, n. 1717).

Riguardo la possibilità che l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE rappresenti il canone ermeneutico alla luce del quale dare applicazione all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, pare opportuno accennare al principio secondo cui il noto obbligo di interpretazione conforme, in forza del quale il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

non può servire da fondamento ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale o comunque quando la norma interna appaia incompatibile con quella dell'Unione. Ovvero, l'obbligo di interpretazione conforme recede di fronte ad una norma nazionale che confligge con quella comunitaria, poiché al giudice nazionale è preclusa una funzione "creativa" che abbia l'effetto di attribuire un significato comunitariamente conforme a disposizioni nazionali che regolino espressamente la fattispecie in modo difforme da quanto prescritto dai precetti comunitari (Sentenza della grande sezione 16 giugno 2005, C 105/03). Oltre a ciò, «La regola dell'interpretazione giuridica conforme, [infatti], risulta del tutto inconfigurabile nei riguardi di previsioni della direttiva finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi, che, come tali, esigono la coerente declinazione dei loro elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità» (Consiglio di Stato, 25 novembre 2015, n. 5359).

In applicazione di tale principio, la Corte di Giustizia, proprio con riferimento alla possibilità di interpretare le disposizioni dell'art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18 (in materia di appalto pubblico), alla luce di quelle dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24, ha ritenuto che «l'articolo 63 di tale direttiva apporta modifiche sostanziali per quanto concerne il diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico» e che «lungi dal porsi in continuità con l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 e chiarirne la portata, l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 introduce nuove condizioni che non erano previste nel precedente regime giuridico. In ragione di ciò ha ritenuto che «la citata disposizione della direttiva 2014/24 non può essere utilizzata come criterio per interpretare l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, dal momento che, nel caso di specie, non si tratta di dissipare un dubbio interpretativo relativo al contenuto della disposizione da ultimo richiamata. Un diverso approccio rischierebbe in qualche modo di anticipare illegittimamente l'applicazione di un regime giuridico nuovo, diverso da quello previsto dalla direttiva 2004/18, e sarebbe manifestamente contrario al principio di certezza del diritto degli operatori economici» (C-324/14 del 7 aprile 2016).

Rispetto ai principi sin qui enunciati, si ritiene debbano tuttavia valere alcune considerazioni attinenti precipuamente al caso di specie.

In primo luogo, l'interpretazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 alla luce dell'art. 63 della direttiva 2014/24 non vale in questo caso ad anticipare l'applicazione di un regime giuridico nuovo perché, a seguito del recepimento della direttiva, il regime giuridico della sostituibilità dell'ausiliaria priva dei requisiti è già vigente nell'ordinamento nazionale in forza dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016. Al contrario, l'interpretazione alla luce dell'art. 63 dell'art. 49, laddove ancora applicabile *ratione temporis*, consente di armonizzare il precedente (e già abrogato) regime giuridico con il nuovo assetto che l'ordinamento ha già accolto e reso operativo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

e impedisce di conseguire un risultato difforme da quello previsto dall'Unione con la sopravvenuta (rispetto all'art. 49) e vigente direttiva.

In secondo luogo, l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, pur non prevedendo la sostituibilità dell'impresa ausiliaria, non regola espressamente la fattispecie in modo difforme. E visto che l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce del diritto UE viene meno solo quando la norma interna appaia assolutamente incompatibile con quella dell'Unione, mentre permane in presenza di un margine, anche minimo, di discrezionalità che consenta all'interprete di scegliere tra più interpretazioni comunque plausibili della disposizione nazionale (Cass. Civ. 11 dicembre 2012, n. 22577), si ritiene che la formulazione dell'art. 49 lasci margini interpretativi sufficienti per consentire una lettura comunitariamente orientata della disposizione. A ciò si aggiunga la considerazione che la compatibilità con la direttiva 2004/18/CE dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, ove interpretato nel senso di precludere la possibilità di sostituire l'ausiliaria, è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia con ordinanza del Consiglio di Stato n. 1522 del 15 aprile 2016. Ciò a significare che la portata dell'art. 49 in senso preclusivo della sostituzione dell'ausiliaria è comunque frutto di un'attività interpretativa (la cui compatibilità comunitaria è *sub iudice*) e non si fonda su un dettato normativo inequivocabile.

Ad ulteriore conforto di quanto sin qui considerato, appare altresì rilevante che, in questo caso, la perdita del requisito, posseduto al momento della presentazione dell'offerta e mantenuto per tutta la durata della procedura, sia avvenuta dopo che la gara è stata aggiudicata ad altro operatore economico e, successivamente, ad Alpin, in forza della pronuncia del TRGA Bolzano (aggiudicazione che è stata oggetto di annullamento a sua volta censurato dal TRGA Bolzano). Tali circostanze, e le lunghe more di cui sono state causa, portano ad escludere che possa ritenersi imputabile ad Alpin una qualsiasi negligenza nella scelta del soggetto terzo sulla cui capacità fare affidamento per la partecipazione alla gara e soprattutto incrinano la saldezza del principio dell'obbligo di continuità nel possesso dei requisiti, principio che ha concorso all'interpretazione dell'art. 49 come inibente la sostituzione dell'ausiliaria. Come recentemente rilevato dal Consiglio di Stato, quando la gara è aggiudicata, per gli operatori economici diversi dal primo la procedura è da considerarsi terminata, l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione, cessa il rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione e, tra l'aggiudicazione e la riapertura con lo scorrimento della graduatoria, vi è una "netta cesura" determinata dall'efficacia temporale delle offerte che la legge limita nel tempo. Dunque, secondo il supremo consesso di giustizia amministrativa, «sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione» (Consiglio di Stato, 6 marzo 2017, n. 1050).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

E' vero che, nel caso in esame, la perdita del requisito è avvenuta dopo l'aggiudicazione della gara ad Alpin e, pare di capire dalle memorie prodotte in atti, prima del suo annullamento, ma le vicende che hanno interessato la procedura (prima aggiudicazione a favore di altro operatore e successiva riapertura) inducono a ritenere che, anche nella presente ipotesi, alla stregua delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato, l'obbligo di continuità del possesso dei requisiti sia da considerarsi inesigibile nei confronti di Alpin.

Ne consegue che, vista la fungibilità dell'impresa ausiliaria (TAR Sicilia 12 aprile 2016, n. 955), la tempestiva stipula di un nuovo contratto di avvalimento con altra impresa ausiliaria vale a soddisfare il necessario possesso dei requisiti in capo alla nuova aggiudicataria.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittima la sostituzione dell'impresa ausiliaria indicata in sede di offerta con altra impresa ausiliaria in possesso del richiesto requisito di partecipazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2017

Il Segretario Maria Esposito