

Pubblicato il 19/01/2018

**N. 00148/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01532/2017 REG.RIC.**



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1532 del 2017, proposto da:

Vitali S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Marascio e Stefano Genovese, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Carrea in Milano, via Fontana, n. 5

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, n. 23

per l'annullamento:

- del verbale n. 2 relativo alla seduta di gara pubblica del 24 maggio 2017, alla quale la ricorrente non ha partecipato, comunicato alla stessa via PEC in data 29.5.2017, recante l'esclusione dalla "Procedura ristretta ai sensi dell'art. 61, D.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'A/8 dalla barriera di Milano Nord all'Interconnessione di Lainate, Lotto 2 dal km 7 302,38 al km 9 990,62 ubicati sull'Autostrada A8 Milano Laghi, Codice appalto 0082/A08 – Commessa 0G187 – CIG 6773538462";

- del verbale n. 1 relativo alla seduta di gara del 22 maggio 2017, alla quale la ricorrente non ha partecipato, comunicato via PEC in data 29.5.2017;
- della lettera di invito *in parte qua*, relativamente al punto 1.4, laddove individua le categorie superspecialistiche a qualificazione obbligatoria;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle more emesso nonché dell'eventuale nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela nelle more comunicata;
- di ogni ulteriore eventuale atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, ancorché non conosciuto e/o lesivo per la ricorrente;

nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 del d.lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more sottoscritto, al risarcimento del danno da disporsi in forma specifica mediante la riammissione della ricorrente alla gara, ovvero, in via meramente subordinata, da disporsi per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Vista la sentenza non definitiva di questo Tribunale n. 28 del 5 gennaio 2018;

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*” (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

1.1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, V serie speciale n. 93 del 12.8.2016, e sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea S153 del 10.8.2016, Autostrade per l'Italia S.p.A. ha indetto una procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'Autostrada A8 dalla barriera di Milano Nord all'Interconnessione di Lainate, Lotto 2 dal km 7+302,38 al km 9+990,62, con un importo a base di gara pari a € 85.211.216,84 IVA esclusa, di cui € 6.056.940,86 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

1.2. La società Vitali S.p.A., esclusa dalla gara in quanto *“la Commissione ha rilevato il superamento della percentuale del 30% prevista dall'art. 105, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in materia di subappalto”*, ha proposto ricorso a questo Tribunale avverso la propria esclusione, deducendo varie censure.

1.3. Con sentenza parziale n. 28 del 5 gennaio 2018 questo Tribunale ha rigettato tutti i motivi proposti dalla Vitali S.p.A., salvo quello con cui la ricorrente ha contestato che il limite quantitativo al subappalto stabilito dall'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 non sarebbe conforme alla normativa dell'Unione Europea, in quanto quest'ultima, in materia di subappalti, non prevede alcuna limitazione quantitativa.

1.4. In ordine a tale censura il Collegio ha ritenuto di sospendere il giudizio, al fine di sollevare, con separata ordinanza, questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione Europea, volta ad accertare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che, nel settore degli appalti pubblici, impongono che il subappalto non possa superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori.

Stante l'infondatezza di tutti gli altri motivi, la censura in questione diventa rilevante e decisiva ai fini della risoluzione della controversia in esame.

2. Il contenuto delle disposizioni nazionali che trovano applicazione nel caso di specie.

2.1. La ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara per aver superato la percentuale del 30% prevista come limite al subappalto dalla normativa nazionale.

Nella specie vengono in rilievo, pertanto, le seguenti disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016:

- art. 105, comma 2, terzo periodo, ai sensi del quale *“Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”*;

- art. 105, comma 5, a tenore del quale *“Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*.

A fini di chiarezza, peraltro, è opportuno precisare che l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 fa riferimento alle *“opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”*.

2.2. Le limitazioni quantitative al subappalto sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, recante *“Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”*, ossia nell'ambito di una disciplina molto rigorosa con la quale, come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218 del 5 maggio 1993, si intendeva perseguire, tra l'altro, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza, coinvolgente interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo; ed effettivamente, il particolare rigore che ha caratterizzato fin dall'origine la disciplina nazionale del subappalto trova

origine nella consapevolezza che tale strumento, soprattutto laddove resti confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugga a ogni controllo amministrativo, può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente, nell'ambito di contesti criminali.

La citata previsione dell'art. 18 della l. n. 55/1990 è poi confluita nelle varie leggi che si sono succedute in materia di appalti pubblici (prima nell'art. 34 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, poi nell'art. 118 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ed infine nell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione attuale sopra riportata.

2.3. Il Consiglio di Stato, in relazione alla disposizione di cui all'art. 105, comma 2, si è pronunciato in sede consultiva con i pareri della Commissione speciale n. 855 dell'1 aprile 2016, sullo Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", e n. 782 del 30 marzo 2017, avente ad oggetto le "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

2.3.1. Nel parere n. 855/2016 il Consiglio di Stato ha osservato che il legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, che non costituirebbero un ingiustificato *goldplating*, ma sarebbero giustificati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro.

Nello stesso parere il Consiglio di Stato ha anche affermato, in termini più generali, che *"il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE"*.

2.3.2. Nel parere n. 782/2017 il Consiglio di Stato, dopo aver dato atto della giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto, e chiarito

che tale giurisprudenza eurounitaria si è formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18, si è espresso nei seguenti termini:

“La nuova direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del subappalto nella previgente direttiva.

Le direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica.

È vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica.

Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste dal legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo.

Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici”.

3. Il diritto dell'Unione Europea.

3.1. La disciplina eurounitaria del subappalto è contenuta nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, di cui è necessario riportare di seguito l'intero testo:

“1. L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

3. Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara.

4. I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale.

5. Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. L'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.

Fermo restando il primo comma, gli Stati membri possono imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

Ove necessario ai fini del paragrafo 6, lettera b), del presente articolo, le informazioni richieste sono accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59.

Le misure di esecuzione di cui al paragrafo 8 del presente articolo possono prevedere che i subappaltatori presentati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto forniscano i certificati e gli altri documenti complementari invece dell'autodichiarazione.

Il primo comma non si applica ai fornitori.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, ad esempio:

a) ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi;

b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti.

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2;

b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.

8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure.

In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi?

Come è agevole constatare dalla semplice lettura della norma, l'art. 71 consente l'introduzione di previsioni più restrittive sotto diversi aspetti, ma non contempla alcun limite quantitativo al subappalto.

Peraltro, per quanto si dirà nel prosieguo, rilevano nella fattispecie in esame anche gli artt. 49 e 56 del 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?”.

3.2. In materia di limiti al subappalto, in relazione a normative di altri Stati la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è già pronunciata, anche recentemente, sebbene con riferimento alle previgenti direttive 2004/17 e 2004/18, che parimenti ammettevano il ricorso al subappalto senza prevedere limitazioni sotto il profilo dimensionale.

3.2.1. Da ultimo con la sentenza del 5 aprile 2017 della Quinta sezione, causa C-298/15, Borta UAB, la Corte di Giustizia ha dichiarato che *“gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale, come l’articolo 24, paragrafo 5, della Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge lituana relativa agli appalti pubblici), che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l’esecuzione di un appalto di lavori, l’aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l’opera principale, definita come tale dall’ente aggiudicatore”*.

In tale occasione, la Corte ha chiarito, ai punti 47-50, che:

- *“gli articoli 49 e 56 TFUE ostano a ogni misura nazionale che, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 41, e dell’8 settembre 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, punto 37)”*;
- *“per quanto riguarda gli appalti pubblici, è interesse dell’Unione che l’apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile” e “il ricorso al subappalto, che può favorire l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo”*;
- *“una disposizione nazionale, come l’articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, può ostacolare, scoraggiare o rendere meno attraente la partecipazione di operatori economici con sede in altri Stati membri alla procedura di gara o all’esecuzione di un appalto pubblico come quello di cui trattasi nel procedimento principale, poiché essa impedisce a tali operatori sia di subappaltare a terzi tutto o parte delle opere qualificate come «principali» dall’ente aggiudicatore, sia di proporre i loro servizi in quanto subappaltatori per tale parte dei lavori”*; tale disposizione, pertanto, *“costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi”*.

3.2.2. In precedenza, con la sentenza del 14 luglio 2016 della Terza sezione, C-406/14, Wrocław, la Corte di Giustizia ha dichiarato che *“la direttiva 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, come modificata dal regolamento (CE) n. 2083/2005 della Commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie”.

Ai punti 33-36 della sentenza in questione la Corte ha precisato che:

- *“l'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva – prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato”;*

- *“tuttavia, qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, conformemente all'articolo 25, primo comma, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario (v., in tal senso, sentenza del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45)”;*

- *una clausola “che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe” “risulta incompatibile con la direttiva 2004/18”;*

- *“una clausola del genere, anche supponendo che costituisca una condizione di esecuzione dell'appalto ai sensi dell'articolo 26 della direttiva 2004/18, non può essere ammessa ai sensi di detto articolo, in forza della formulazione stessa di quest'ultimo, giacché essa è contraria all'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva, e quindi al diritto dell'Unione”.*

4. Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale.

4.1. Il raffronto tra le sopra richiamate disposizioni nazionali in materia di subappalto e il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, induce il Collegio a dubitare della compatibilità dell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE e dall'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

La previsione di un limite generale del 30 % per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, sia per il contratto di lavori, sia per quello di servizi e forniture, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere (70 %), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate; tale limite, non previsto dall'art. 71 della direttiva 2014/24, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

4.2. Il Consiglio di Stato, come si è rilevato sopra, nel parere n. 782/2017 ha osservato che le limitazioni quantitative al subappalto, previste dal legislatore nazionale, vanno vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che

possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici.

In quest'ottica, l'obiettivo di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità potrebbe giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

4.3. Occorre tuttavia considerare che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi *“può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine”* (sentenza del 5 aprile 2017, causa C-298/15, cit., al punto 51, che richiama le sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44)”.

Ed invero, proprio alla luce della rilevanza che la Corte di Giustizia attribuisce al requisito della proporzionalità della misura restrittiva in questione, il Collegio dubita che il limite quantitativo di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 possa ritenersi giustificato, tenuto conto dell'evoluzione che ha interessato la disciplina del subappalto, a livello sia eurounitario sia nazionale.

Al riguardo, infatti, occorre evidenziare che l'art. 71 della direttiva 2014/24 e l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 prevedono una serie di obblighi informativi e di adempimenti procedurali, per effetto dei quali l'impresa subappaltatrice può oggi ritenersi assoggettata a controlli analoghi a quelli svolti nei confronti dell'impresa aggiudicataria; in particolare, la stazione appaltante è posta in condizione di conoscere, in anticipo, le parti dell'appalto che si intende subappaltare a terzi e l'identità dei subappaltatori proposti, nonché di verificare, in capo al subappaltatore, il possesso della qualificazione, l'assenza di motivi di esclusione, la posizione di regolarità contributiva e il rispetto degli obblighi di sicurezza.

Orbene, nel descritto contesto normativo, la misura drastica della limitazione quantitativa del subappalto al 30 % dell'importo complessivo del contratto non sembra rappresentare lo strumento più efficace ed utile (che *“non vada oltre quanto è necessario a tal fine”*) al soddisfacimento dell'obiettivo di assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici; tale obiettivo, infatti, pare potersi ritenere già adeguatamente soddisfatto per mezzo delle nuove previsioni che consentono (purché correttamente applicate) di effettuare verifiche e controlli più pregnanti rispetto al passato, finalizzate a garantire che il subappalto venga affidato, in condizioni di trasparenza, ad operatori capaci e immuni da controindicazioni.

4.4. Un'ulteriore riflessione si ritiene necessaria, a parere del Collegio, con riguardo alle finalità che il legislatore nazionale ha direttamente correlato alla norma che limita il ricorso al subappalto, quali sono quelle evidenziate dal Consiglio di Stato nel parere soprariportato attraverso il riferimento a *“quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblica”*.

Ai richiamati valori, come si è rilevato sopra (v. par. 2.2), può certamente essere ricondotta la funzione di deterrenza, rispetto al fenomeno criminoso e corruttivo, rinvenibile negli interventi legislativi succedutisi a partire dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, cui la norma in questione si ispira.

Orbene, va evidenziato, in proposito, che le disposizioni nazionali già prevedono una serie di attività interdittive affidate ai Prefetti, espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel Paese.

Anche questo profilo, quindi, può rilevare, ad avviso del Collegio, ai fini della valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità sopraevidenziato, nella misura in cui la previsione restrittiva del subappalto introduce ulteriori limiti e quindi aggrava le conseguenze della restrizione imposta al mercato, poiché colpisce, come effetto riflesso, anche le imprese estranee a quel

fenomeno, che non hanno alcuna ragione di essere penalizzate dalla norma della cui compatibilità eurounitaria si dubita.

4.5. La questione interpretativa pregiudiziale di seguito posta, come evidenziato nella esposizione di fatto, risulta dirimente ai fini della decisione del ricorso.

Invero, qualora dovesse ritenersi che il diritto eurounitario non ammette limitazioni quantitative al subappalto come quella prevista dall'art. 105, comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di accoglimento e con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente 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 della norma in questione, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di rigetto.

5. Formulazione del quesito.

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

“Se i 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), l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”.

6. Richiesta di applicazione del procedimento accelerato.

Il Tribunale chiede l'applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia richiamate in motivazione in materia di subappalto, e tenuto conto: che la questione sottoposta al giudizio della Corte ha natura di

questione di principio, poiché la norma limitativa del subappalto è di corrente applicazione; che la procedura di appalto oggetto della controversia è sostanzialmente condizionata dalla decisione della Corte di Giustizia, avendo il giudice rimettente già deciso su ogni altro motivo di ricorso; che l'appalto riguarda l'esecuzione di opere urgenti e insuscettibili di ritardo o di sospensione (lavori di ampliamento della quinta corsia dell'Autostrada A8 dalla barriera di Milano Nord all'Interconnessione di Lainate), nonché di rilevante valore (importo a base di gara pari a € 85.211.216,84 IVA esclusa).

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, si dispone che la Segreteria di questo Tribunale trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo, copia integrale del fascicolo di causa.

7.2 In applicazione dell’art. 79 cod. proc. amm. e del punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima):

- dispone la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea della questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- chiede alla Corte di Giustizia dell’Unione europea di voler disporre la trattazione del relativo giudizio con rito accelerato, ai sensi degli articoli 23 *bis* dello Statuto della Corte e 105 del relativo Regolamento di procedura;
- manda alla segreteria di provvedere alla comunicazione alla Corte di Giustizia della UE della presente ordinanza e all’invio alla sua cancelleria dell’ordinanza stessa, nonché di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa.

Spese al definitivo.

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 8 novembre 2017 e
13 dicembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Oscar Marongiu, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO