

Compatibilità comunitaria dell'interpretazione della normativa nazionale che nega legittimità al subappalto necessario di tipo frazionato

di Alessandra Musio

Data di pubblicazione: 25-6-2020

Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 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), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento la Terza Sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di Giustizia la questione relativa alla **compatibilità comunitaria dell'interpretazione del subappalto necessario frazionato, stante la posizione assunta da una parte della giurisprudenza nazionale che nega cittadinanza a tale istituto.**

Il problema investe il profilo eminentemente interpretativo in ragione dell'assenza di una disciplina positiva della particolare forma del contratto "derivato" in esame; difatti, il codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016), seppur prevedendo il subappalto all'art. 105 cit., non riproduce il contenuto dell'art. 118 del previgente codice (d.lgs. n. 163/2006), regolante, appunto, il subappalto c.d. necessario.

Al fine di meglio comprendere le ragioni della rimessione è opportuno, anche in virtù dell'ordine di esposizione della sentenza in commento, **delimitare il contenuto del contratto di subappalto necessario, sottolineandone le differenze rispetto all'ipotesi in cui esso sia facoltativo.**

Si legge, già al punto 2.2. della motivazione, che dal silenzio normativo non deriva l'inammissibilità del contratto di subappalto necessario. All'opposto, la giurisprudenza nazionale riconosce la compatibilità dell'istituto con l'attuale quadro normativo in ragione della confermata vigenza dell'art. 12 d.l. n. 47 del 2014, i cui primi due commi si riferiscono al subappalto necessario, individuando opere speciali a cui l'istituto in esame è applicabile.

Il Collegio, inoltre, chiarisce, con specifico riferimento ai tipi di subappalto, che **l'appaltatore è**

tenuto a ricorrere al meccanismo di cooperazione necessaria quando difetti dei requisiti indefettibili per realizzare una o più prestazioni oggetto dell'appalto. ? il bisogno di ricorrere all'ausilio di un operatore economico per soddisfare le condizioni necessarie per eseguire il contratto, quindi, che imprime il carattere di obbligatorietà a tale fattispecie di subappalto e che, inoltre, individua l'elemento di differenziazione rispetto all'ipotesi di facoltatività del ricorso a un ausiliario. In quest'ultimo caso, chiariscono i Giudici nel punto 5.4. della motivazione, l'appaltatore possiede già tutti i requisiti necessari per l'esecuzione del contratto e la scelta di rivolgersi a un subappaltatore risponde a ragioni di opportunità e a valutazioni discrezionali dello stesso contraente.

Da tale puntualizzazione, sempre secondo la ricostruzione compiuta dai Giudici remittenti, emerge una **simmetria tra il subappalto necessario e l'avvalimento, anch'esso meccanismo volto ad ampliare gli spazi di partecipazione delle imprese di dimensioni piccole e medie. In entrambi i casi, pertanto, si riconosce la possibilità al concorrente di rivolgersi a soggetti terzi per colmare le carenze dei requisiti imposti anche solo per la partecipazione.**

Nonostante il subappalto, in specie necessario, e l'avvalimento rispondano alla comune esigenza di garantire la massima concorrenza, estendendo la possibilità di partecipazione alle gare a tutti gli operatori economici, **insistono tra i due istituti divergenze significative. Nel dettaglio, il subappaltatore è esecutore dell'opera, o di parte della stessa, affidatagli dall'appaltatore secondo le modalità indicate dall'art. 105 d.lgs. 50 del 2016; l'avvalimento, invece, essendo volto a facilitare l'accesso alle gare pubbliche alle medie e piccole imprese, attiene alla fase della partecipazione. Il differente momento in cui operano i due meccanismi, inoltre, comporta il diverso ruolo assunto dall'ausiliario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, un diverso regime di responsabilità.**

Nello specifico, nel subappalto l'ausiliario ricopre la veste di esecutore materiale dell'opera, assumendo le proprie obbligazioni solo nei confronti del subappaltante; nell'avvalimento, al contrario, il soggetto a cui ricorre l'operatore economico per partecipare alla gara, pur non eseguendo l'opera, svolge il ruolo di parte sostanziale del contratto di appalto. Da ciò deriva che solo nell'ipotesi di avvalimento si instauri un regime di responsabilità solidale rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, mentre nel subappalto l'unico responsabile nei confronti dell'amministrazione risulta essere esclusivamente il subappaltante, nei cui confronti risponde, d'altra parte, l'impresa subappaltatrice.

Le ragioni sottese alla disamina dei suddetti istituti, affrontati in linea generale dal punto 5.6. della motivazione della sentenza in commento, possono rinvenirsi nell'innanzi indicato silenzio normativo che il codice dei contratti riserva (solo) all'istituto del subappalto necessario. **Il d.lgs. 50 del 2016, difatti, non solo disciplina espressamente l'avvalimento ma ammette, al comma sesto dell'art. 89 cit., in linea con gli indirizzi espressi dalla Corte di Giustizia, anche la possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese.**

Quest'ulteriore elemento di differenziazione evidenzia le ragioni che orientano quella parte della giurisprudenza nazionale a ritenere non ammissibile, nell'ordinamento

interno, un subappalto necessario di tipo frazionato.

In particolare, tre i motivi su cui si fonda tale posizione che, preliminarmente, rileva come l'incidenza del subappalto nella fase esecutiva pregiudichi l'esperibilità dei controlli amministrativi aventi sede nella procedura di gara. Specificatamente, i rischi connessi all'operatività del subappalto necessario frazionato consisterebbero nella *«possibile elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto»*; nonché nell'eventualità che l'istituto assurga a *«mezzo di possibile infiltrazione negli appalti pubblici della criminalità organizzata, la quale può sfruttare a suo vantaggio l'assenza di verifiche preliminari sull'identità dei subappaltatori proposti e sui requisiti di qualificazione generale e speciale di cui agli artt. 80 e 83 del d.lgs. 50 del 2016»*; infine, nell'implementare una *«prassi applicativa dell'istituto «talora problematica, poiché la tendenza dell'appaltatore a ricavare il suo maggior lucro sulla parte del contratto affidata al subappaltatore (tendenzialmente estranea ad ingerenze della stazione appaltante) produce riflessi negativi sulla corretta esecuzione dell'appalto, sulla qualità delle prestazioni rese e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto sociale, ambientale e del lavoro»*.

La minaccia dell'elusione delle regole fondanti la materia dei contratti pubblici, quindi, individua la principale ragione che porta a escludere la legittimità del subappalto necessario di tipo frazionato che, stante l'assenza di disciplina positiva, dovrebbe attingere le proprie regole in via analogica dall'art. 89, comma sesto, d.lgs. 50 del 2016, relativo, come in precedenza evidenziato, al diverso meccanismo dell'avvalimento frazionato.

Tuttavia, alle su indicate ragioni si contrappongono i principi comunitari che governano la concorrenza. Dalle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, rispettivamente previste dagli artt. 49 e 56 TFUE, la Corte di Giustizia ricava, secondo quanto descritto nel punto 4.3. della motivazione, *«il diritto di ciascun operatore di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, “a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi”, purché si dimostri all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per eseguire l'appalto (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C-94/12, punti 29 - 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C- 406/14, punto 33); la libertà dell'offerente di “..scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami” (CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28); il generale principio di frazionabilità dei requisiti di partecipazione tra più imprese, suscettibile di deroga soltanto in presenza di comprovate circostanze eccezionali, ossia: “lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori” e per i quali il livello minimo di capacità deve essere raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, da un numero limitato di operatori economici (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C-94/12; CGUE, 14 luglio 2016, C-406/14).*

Pertanto, il diritto comunitario, secondo l'interpretazione che dello stesso offrono i Giudici di Lussemburgo, è ispirato a una logica di massima partecipazione e parità di

trattamento, senza che, quindi, si possano introdurre limiti astratti da cui derivi una discriminazione di carattere generale degli operatori economici.

Escludere in assoluto la possibilità per il concorrente di avvalersi del meccanismo del subappalto necessario di tipo frazionato, per ciò solo, comporterebbe un *vulnus* ai principi ispiratori della concorrenza, declinati nei termini sopra indicati dalla giurisprudenza comunitaria.

? proprio con riferimento alla posizione assunta dalla CGUE che la Sezione remittente, dal punto 5.10 della motivazione, coglie «una latitudine precettiva apparente estensibile ad ogni tipologia di rapporto ausiliario che consenta all'operatore in gara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi" ed anche nella forma del frazionamento o del "cumulo di capacità"».

Ancora, il Collegio sottolinea la necessità di porre in essere, anche solo in via interpretativa, un contemperamento tra esigenze contrapposte, quali quelle enunciate, da un lato, dalla giurisprudenza interna contraria all'istituto in esame e, dall'altro, dalla Corte di Giustizia, orientata a una sempre maggiore partecipazione degli operatori economici.

Nel rimettere la questione della compatibilità con gli artt. 49 e 55 TFUE e con gli artt. 63 e 71 Dir. UE/2014/24 dell'orientamento interno contrario ad ammettere la possibilità degli operatori economici di avvalersi del subappalto necessario di tipo frazionato, la Terza Sezione del Consiglio di Stato suggerisce, al punto 5.11. della motivazione, **l'adozione di «limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte».**

Per garantire l'operatività degli istituti espansivi della concorrenza, quali appunto il subappalto e l'avvalimento, senza sacrificare gli strumenti di lotta alla corruzione o di trasparenza e correttezza degli operatori economici, il Collegio remittente propone un approccio casistico, volto all'accertamento in concreto di situazioni degenerative o violative delle regole della concorrenza e del mercato. In particolare, **dall'individuazione delle limitazioni calibrate alla peculiarità del caso concreto deriverebbe, sempre secondo la lettura orientata alla giurisprudenza comunitaria fornita dal Consiglio di Stato, «la regola generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza dell'opera o del servizio potrebbero essere messi a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito».**

Per queste ragioni, stante l'oscillazione della giurisprudenza interna sempre più orientata a soluzioni categoriche di tipo negativo, la sezione remittente chiede l'intervento della Corte di Giustizia.

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10349 del 2019, proposto da

RESEARCH CONSORZIO STABILE SCARL, in proprio e quale mandatario del costituendo raggruppamento di imprese (Reserach-Cisa), e C.I.S.A. S.P.A., in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, Michele Dionigi, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

contro

INVITALIA - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Santa Maria n. 12;
DEBAR COSTRUZIONI S.P.A., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con il Consorzio Stabile COM s.c.a.r.l., la C.N. Costruzioni Generali s.p.a. e la Edil.Co. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello, Giuseppe Macchione, Giovanni Nardelli, Saverio Sticchi Damiani, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

sul ricorso numero di registro generale 10623 del 2019, proposto da

DEBAR COSTRUZIONI S.P.A., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con il Consorzio Stabile COM s.c.a.r.l., la C.N. Costruzioni Generali s.p.a. e la Edil.Co. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello, Giuseppe Macchione, Giovanni Nardelli, Saverio Sticchi Damiani, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

contro

RESEARCH CONSORZIO STABILE SCARL, in proprio e quale mandatario del costituendo raggruppamento di imprese (Reserach-Cisa), e C.I.S.A. S.P.A., in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, Michele Dionigi, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

nei confronti

INVITALIA - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Santa Maria n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2020, proposto da
INVITALIA - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Santa Maria n. 12;

contro

RESEARCH CONSORZIO STABILE SCARL, in proprio e quale mandatario del costituendo raggruppamento di imprese (Reserach-Cisa), e C.I.S.A. S.P.A., in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, Michele Dionigi, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

DEBAR COSTRUZIONI S.P.A., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con il Consorzio Stabile COM s.c.a.r.l., la C.N. Costruzioni Generali s.p.a. e la Edil.Co. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello, Giuseppe Macchione, Giovanni Nardelli, Saverio Sticchi Damiani, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 10349 del 2019, n. 10623 del 2019 e n. 185 del 2020:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Staccata di Lecce (sezione Seconda), n. 01915/2019, resa tra le parti, concernente gli esiti della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo ospedale "San Cataldo" di Taranto.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia, di Debar Costruzioni S.p.A., di Research Consorzio Stabile Scarl e di C.I.S.A. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc. amm.;

Vista la sentenza non definitiva di questa Sezione n. 3573 del 5 giugno 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 del giorno 21 maggio 2020, tenuta in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18/2020, il Cons. Giovanni Pescatore;

1. *L'oggetto della controversia.*

1.1. - L'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.a. (Invitalia) con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 10 agosto 2018 ha indetto, quale centrale unica di committenza per la Regione Puglia, una gara aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo ospedale "San Cataldo" di Taranto (importo a base di gara pari ad €. 159.097.924,50).

1.2. - Il criterio di aggiudicazione avrebbe dovuto premiare l'offerta più vantaggiosa sotto il triplice profilo tecnico (70 punti), economico (20 punti) e temporale (10 punti).

1.3. - All'esito della selezione il raggruppamento temporaneo di imprese Debar (di seguito Rti Debar) ha conseguito il punteggio complessivo più elevato, pari a 66,07, seguito dal raggruppamento temporaneo di imprese Resarch (di seguito Rti Research), premiato con 60,77 punti.

1.4. - Avverso il conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva del 28 maggio 2019 il Rti Research ha proposto ricorso dinnanzi al Tar Puglia, sede di Lecce, lamentando l'anomalia, sotto diversi profili, dell'offerta della parte aggiudicataria. Debar ha proposto a sua volta ricorso incidentale, lamentando l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Rti Research per difetto di un requisito di qualificazione (SOA per la categoria OS 18-B nella classifica V).

1.5. - La sentenza n. 1915/2019, emessa a definizione del giudizio di primo grado, ha accolto in parte sia il ricorso principale che quello incidentale. Con riguardo a quest'ultimo, ha ritenuto fondata la prima censura, con la quale era stato eccepito il mancato possesso da parte dei componenti il Rti Research e dei tre relativi subappaltatori del requisito della SOA per la categoria OS 18-B nella classifica V.

Il raggruppamento aveva ritenuto di soddisfare tale requisito in parte con il possesso della propria classifica, in parte con il subappalto frazionato, ma il Tar ha respinto la tesi di Research, affermando che il concorrente (ovvero in sua vece il subappaltatore) deve possedere in proprio e "*per intero*" la qualificazione richiesta dalla *lex specialis* (par. 15.2, 15.2.1 e 15.2.2 della sentenza).

1.6. - La sentenza di primo grado è stata appellata con tre distinti ricorsi da Invitalia (n.

185/2020), dal Rti Research (n. 10349/2019) e da Debar (n. 10623/2019).

1.7. - Con pronuncia parziale n. 3573 del 5 giugno 2020, questa sezione ha accolto in parte gli appelli proposti da Invitalia e Debar, confermando la necessità di un supplemento di verifica, ad opera della stazione appaltante, circa la sostenibilità dell'offerta temporale formulata dalla prima classificata Debar.

Quanto al motivo escludente del ricorso incidentale di primo grado, il Collegio ha ritenuto necessario sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta con la presente ordinanza.

1.8. - Per mettere a fuoco il tema oggetto del quesito interpretativo, occorre ulteriormente precisare che:

-- il disciplinare di gara (art. 12.2.1) ha richiesto ai partecipanti in gara, a pena di esclusione, l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, regolarmente autorizzata ed in corso di validità, per l'esecuzione (tra le altre) delle prestazioni di costruzione nella categoria (scorporabile e a qualificazione obbligatoria) OS 18-B, in classifica V, di importo pari ad € 3.799.896,24;

-- il Rti Research in sede di offerta ha dichiarato – producendo in atti la relativa documentazione probatoria – di essere titolare di attestazione SOA per la categoria OS 18-B, classifica III (per € 1.033.000,00) e di voler fare ricorso al c.d. subappalto cd. “qualificante” o “necessario” al fine di soddisfare il requisito di partecipazione;

-- a tal fine ha indicato quali suoi subappaltatori le società Ponzi S.r.l., munita di classifica III-Bis (€ 1.500.000,00); Coiver Cladding s.r.l., munita di classifica III-Bis (€ 1.500.000,00); Didaco s.r.l., munita di classifica I (€ 258.000,00);

-- il Tar ha accolto la tesi in forza della quale almeno un componente del Rti o in alternativa un suo subappaltatore avrebbe dovuto essere titolare di attestazione SOA per categoria e classifica (V) idonea a “coprire” per intero l'importo di € 3.799.896,24 dei lavori OS-18B, con esclusione di qualsiasi facoltà di frazionamento del requisito tra più imprese. Tale conclusione è stata ricavata dalla convergente interpretazione della pertinente disposizione del disciplinare di gara (art. 12.2.1) e della normativa *ratione temporis* applicabile al caso, dalla quale il Tar ha tratto il convincimento che “.. *il sistema della qualifica distinta per importi deve essere applicato singolarmente a ciascuna impresa. È dunque da escludersi che il requisito di qualificazione richiesto dalla stazione appaltante, e derivante dall'importo dei lavori da affidare, possa essere ‘coperto’ dall'operatore economico attraverso una mera sommatoria degli importi per i quali risultano qualificati i vari soggetti indicati nella terna dei subappaltatori*”;

-- secondo le parti appellanti Invitalia e Research non solo la clausola del disciplinare non introduce un divieto di frazionamento del subappalto, ma neppure nella normativa nazionale è rinvenibile alcuna limitazione al subappalto qualificante frazionato, non potendosi in tal senso intendere né l'art. 105 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, né l'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010;

-- di più, l'interpretazione della *lex specialise* della normativa nazionale adottata dal Tar risulterebbe disarmonica anche rispetto ai principi di diritto eurounitario in punto di frazionabilità dei requisiti di partecipazione, reiteratamente affermati dalla Corte di Giustizia con riferimento agli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE e non contraddetti dalla successiva direttiva 2014/24/UE (CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 - 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33).

1.9. - Il Collegio ritiene non condivisibile l'esegesi resa dal primo giudice con riguardo alle disposizioni del disciplinare di gara. Al contempo, dubita che la normativa nazionale sia interpretabile nel senso indicato dal Tar e, in assenza di disposizioni specifiche in merito alla frazionabilità tra subappaltatori del requisito qualificante, reputa opportuno acquisire indicazioni nomofilattiche sulla sovraordinate disposizioni del diritto eurocomunitario.

2. La nozione di subappalto "necessario" o "qualificante".

2.1. - Nel sistema normativo nazionale, i requisiti di partecipazione nel comparto dei lavori sono puntualmente definiti dalla normativa di riferimento, secondo un doppio e connesso binario.

i) Un primo, costituito dalla qualificazione rilasciata agli operatori economici - sulla base di un sistema suddiviso in categorie di lavorazioni cd. generali (og) e specialistiche (os) e classi di importo (risultanti dal c.d. attestato SOA) - tale per cui la qualificazione in una data categoria abilita gli operatori economici ad eseguire lavori riconducibili alla categoria di specializzazione per la quale la qualificazione è stata conseguita e per valore corrispondente alla classe di importo acquisita.

ii) Un secondo, costituito dalla concreta definizione, ad opera della stazione appaltante, dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara, in ragione delle caratteristiche del singolo affidamento e con la necessaria indicazione sia della categoria prevalente, sia, ove presenti, delle categorie scorporabili.

Categoria di lavori "*prevalente*" è quella che caratterizza l'intervento da realizzare e che presenta un importo più elevato fra le varie categorie che ad esso concorrono (art. 3, comma 1, lett. oo-bis), d.lgs. 50/2016).

Si dicono "*scorporabili*", invece, quelle categorie di lavori non appartenenti alla prevalente e, comunque, di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore ad € 150.000,00 (art. 3, comma 1, lett. oo-ter), d.lgs. 50/2016).

2.2. - La concreta definizione delle modalità di accesso alle gare varia in relazione alla tipologia e all'importo delle singole lavorazioni, incentrandosi su un principio generale e su una deroga.

a) Per principio generale, ai fini della partecipazione alla gara e dell'esecuzione dei relativi lavori è sufficiente che il concorrente sia qualificato nella categoria prevalente, in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori. In caso di aggiudicazione, il concorrente potrà

eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni (art. 12, comma 2, lett. a), D.L. n. 47/2014).

Nella medesima ipotesi, il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente.

b) La descritta impostazione conosce una deroga nel caso in cui le categorie indicate come scorporabili rientrino in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria". Dette opere, infatti, non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e, quindi, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto ad esse abilitato (cfr. art. 12, comma 2, lett. b), D.L. n. 47/2014, convertito con legge n. 80/2014).

2.3. - La fattispecie qui all'esame rientra, appunto, nella tipologia da ultimo tratteggiata (subappalto "necessario" o "qualificante"), in quanto riguarda un concorrente privo dei requisiti di esecuzione relativi ad una categoria c.d. scorporabile a qualificazione obbligatoria (OS 18-B, in classifica V, di importo pari ad € 3.799.896,24).

2.4. - Il "subappalto necessario", previsto in vigore del decreto legislativo n. 163/2006 (art. 118), non trova espresse disposizioni regolative nel decreto legislativo n. 50/2016.

Nondimeno, la giurisprudenza ritiene trattarsi di istituto compatibile con l'attuale quadro normativo, stante la confermata vigenza dell'art. 12 del decreto legge n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), ed in particolare dei primi due commi dell'art. 12, riferiti alle categorie riguardanti le opere speciali suscettibili di "subappalto necessario" in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni (v. Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019; Tar Lazio, sez. II, n. 3023/2019; Tar Piemonte, sez. II, n. 94/2018; Tar Napoli, sez. I, n. 1336/2018).

2.5. - Non sussistono, invece, spunti normativi e interpretativi in tema di subappalto necessario "frazionato", ipotizzabile nell'ancora più specifico caso in cui il requisito di qualificazione obbligatoria venga ad essere 'coperto' dall'operatore economico attraverso una sommatoria degli importi per i quali risultano qualificati i diversi operatori indicati nella terna dei subappaltatori.

2.6. - La giurisprudenza nazionale ha chiarito che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario - ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (v. Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019; Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9).

3. *Il contenuto della normativa italiana.*

3.1. - Con riferimento al decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 (Codice dei contratti pubblici), vengono in rilievo le seguenti disposizioni:

-- l'art. 105 definisce il subappalto come *“il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”* (comma 2);

-- nei commi a seguire, lo stesso art. 105 aggiunge che:

i) *“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: .. b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria”* (comma 4);

ii) *“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”* (comma 5);

iii) *“è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190”* (comma 6);

iv) *“il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante”* (comma 8).

3.2. - Va sin d'ora chiarito che con legge 14 giugno 2019 n. 55 di conversione del decreto legge cd. “sblocca cantieri” del 18 aprile 2019 n. 32, è stata introdotta una disciplina in deroga a talune previsioni del menzionato art. 105, in vigore dal 18 giugno 2019 e destinata a valere sino al 31 dicembre 2020.

Tuttavia, siffatta disciplina è irrilevante ai fini della presente questione pregiudiziale, sia perché recante un regime transitorio a conclusione del quale riprenderà vigore la normativa codicistica previgente; sia perché non applicabile alla gara *de qua*, indetta da Invitalia in epoca precedente alla sua entrata in vigore, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 10 agosto 2018.

3.3. - Il d.P.R. 05 ottobre 2010, n. 207 - Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile alla fattispecie qui in esame in virtù dell'art. 216 comma 14 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - il quale richiama la Parte II, Titolo III, del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, articoli da 60 a 96, imponendone l'applicazione sino all'intervento della nuova disciplina in materia di qualificazione prevista dall'art. 83 comma 2 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016), per quanto qui di interesse prevede, all'art. 61, che:

- “1. Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4. 2. La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”.

3.4. - Questa Sezione ritiene che le menzionate disposizioni non contengano alcuna implicita limitazione all'appalto “qualificante” e “frazionato”, in quanto:

3.4.a) - l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto – peraltro suscettibile di deroga in presenza di “ragioni obiettive” – applicabile alle sole opere c.d. superspecialistiche (o SIOS) di importo superiore al 10% dell'intero appalto. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di carattere speciale che, *a contrario*, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata *ex lege*. Nella gara di che trattasi la categoria OS 18 – B rientra tra le cd SIOS ma non supera il 10% del valore dell'appalto;

3.4.b) - quanto all'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010, esso si limita a stabilire che ciascuna impresa acquisisce individualmente la propria qualificazione SOA, ma tale principio (pacifico) non è incompatibile con la facoltà di un'impresa di fare affidamento sulle capacità altrui per la partecipazione ad una gara, né da esso è dato evincere un divieto di soddisfare il requisito di qualificazione per una determinata categoria di opere attraverso il cumulo dei requisiti di più operatori. Più chiaramente, la regola per cui ciascun operatore acquisisce l'attestazione SOA sulla base dei propri mezzi e delle proprie risorse non presenta nessuna implicazione logica sugli ulteriori addentellati restrittivi che il primo giudice ha inteso ricavarne, né appare incompatibile con la facoltà di un'impresa di fare affidamento sulle capacità altrui attraverso un rapporto di subappalto.

4. *La disciplina del diritto dell'Unione europea e l'interpretazione fornite dalla Corte di Giustizia.*

4.1. - La disciplina eurounitaria del subappalto è desumibile dagli artt. 63 e 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

Per quanto qui di interesse, l'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) dispone:

- “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” (par. 1).

L'art. 71 (Subappalto) dispone:

- “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” (par. I);

- “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” (par. II);

- “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” (par. III);

- “I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale” (par. IV);

- “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” (par. VI);

- “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” (par. VII).

4.2. - 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".*

4.3. - Chiamata a pronunciarsi sugli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE (per gli aspetti e le disposizioni che qui rilevano non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE) la Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato:

(i) il diritto di ciascun operatore di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, *"a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi"*, purché si dimostri all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per eseguire l'appalto (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 - 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33);

(ii) la libertà dell'offerente di *"...scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami"* (CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28);

(iii) il generale principio di frazionabilità dei requisiti di partecipazione tra più imprese, suscettibile di deroga soltanto in presenza di comprovate circostanze eccezionali, ossia: *"lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori"* e per i quali il livello minimo di capacità deve essere raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, da un numero limitato di operatori economici (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14).

4.4. - Ancora più in dettaglio, la Corte di Giustizia:

-- nella sentenza C 94/12 (punto 31), per suffragare la portata generale del diritto dei concorrenti di fare affidamento sulle capacità di più operatori, ha rinviato alle norme sul subappalto, statuendo: *"nel medesimo senso, l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola autorizza i raggruppamenti di operatori economici a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici senza prevedere limitazioni relative al cumulo di capacità, così come l'articolo 25 della stessa direttiva considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito"*;

-- nella sentenza C 406/14 (punto 33), resa in materia di subappalto, in maniera ancor più incisiva la Corte ha affermato che *“l’articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva (n. 2004/18, n.d.r.) – 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”*;

-- nella sentenza C 234/14 (punto 28), anche questa resa in materia di subappalto, la Corte ha ulteriormente precisato che *“l’offerente rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell’esecuzione di un determinato appalto e, dall’altra, le modalità di prova dell’esistenza di tali legami”*.

4.5. - L’interpretazione di cui si è dato conto, per espressa affermazione della Corte di Giustizia, risponde all’obiettivo dell’apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ed in particolare delle piccole e medie imprese, ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici.

4.6. - Si tratta di obiettivi propri della direttiva 2004/18/CE e rafforzati dalla direttiva 2014/24/UE (v. considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24).

4.7. - Il fatto che essi siano stati ribaditi dalla Corte di Giustizia con riferimento a fattispecie riguardanti sia l’istituto dell’avalimento che quello del subappalto, comprova che le pur obiettive differenze strutturali che intercorrono tra i due istituti (l’avalimento rileva nella fase di implementazione dei requisiti di partecipazione ad una gara; il subappalto, posto "a valle" del contratto di appalto, attiene alla sua esecuzione) non elidono la loro comune connotazione quali moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l’ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apicesforniti dei requisiti di partecipazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 2675/2014 e n. 1224/2014; CGUE, 5 aprile 2017, C-298/15, punti 47 e ss.; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28; CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31).

La Corte di Giustizia riconosce che il ricorso al subappalto, favorendo l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce, al pari dell’avalimento, a realizzare l’obiettivo di rendere la concorrenza la più ampia possibile (CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punto 27 e CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39).

5. *Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale.*

5.1. - Il confronto con l’istituto dell’avalimento offre l’occasione, da un lato, per illustrare le possibili obiezioni all’estensione anche al subappalto del principio del frazionamento dei requisiti; e, dall’altro, per accennare alle ragioni che hanno alimentato la linea prudenziale

storicamente adottata dal legislatore italiano nel dare ingresso al subappalto nel sistema degli appalti pubblici.

5.2. - Sotto questo secondo aspetto rileva il fatto che il subappalto, confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sottratto ai controlli amministrativi aventi sede nella procedura di gara: (i) si presta ad una possibile sostanziale elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto; (ii) costituisce un mezzo di possibile infiltrazione negli pubblici appalti della criminalità organizzata, la quale può sfruttare a suo vantaggio l'assenza di verifiche preliminari sull'identità dei subappaltatori proposti e sui requisiti di qualificazione generale e speciale di cui agli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; (iii) conosce una prassi applicativa talora problematica, poiché la tendenza dell'appaltatore a ricavare il suo maggior lucro sulla parte del contratto affidata al subappaltatore (tendenzialmente estranea ad ingerenze della stazione appaltante) produce riflessi negativi sulla corretta esecuzione dell'appalto, sulla qualità delle prestazioni rese e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.

Da questa serie di limiti disfunzionali (segnalati nei pareri n. 855/2016 e n. 782/2017 resi da questo Consiglio, rispettivamente, sul progetto di nuovo Codice dei contratti pubblici e sul decreto legislativo di correttivo al Codice) hanno tratto spunto le opzioni restrittive inserite nel vigente codice degli appalti, di recente e sotto diversi profili censurate dalla Corte di Giustizia (CGUE 26 settembre 2019, C-63/18; CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18).

5.3. - Il rischio al quale il subappalto sembra esporre l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità è peraltro accresciuto da una reiterata impostazione normativa che, pur onerando il concorrente in gara della indicazione generalizzata, sin nell'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere che egli intende subappaltare (art. 105 comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016), per il resto circoscrive a più limitate ipotesi l'obbligo di indicazione, già in sede di formulazione dell'offerta, del nominativo delle imprese subappaltatrici (art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016)

5.4. - Le riportate ragioni di cautela (tutte presenti all'attenzione del legislatore comunitario, come chiaramente evincibile dalla lettura del considerando n. 105 della Dir. 2014/24/UE) rilevano in modo particolare nel caso del subappalto "necessario" proprio perché, mentre nell'ipotesi ordinaria del subappalto "facoltativo" l'appaltatore già possiede in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, pur scegliendo, sulla base di una valutazione discrezionale e di mera opportunità economica, di subappaltare talune prestazioni ad un'altra impresa; viceversa, nel caso del subappalto "necessario" l'appaltatore difetta dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è egli obbligato a subappaltarle ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti.

5.5. - In virtù di tale elemento caratterizzante, l'istituto in esame presenta evidenti similitudini con l'avvalimento. Un significativo tratto differenziale permane, tuttavia, in relazione al fatto che il subappaltatore esegue in proprio le opere affidategli, rispondendone esclusivamente nei confronti dell'impresa subappaltante, unica responsabile nei confronti della stazione appaltante; al contrario, nell'avvalimento l'ausiliario non è esecutore dell'opera (se non nei limiti fissati dall'art. 89 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016) e, tuttavia, consentendo al

concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara, egli diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendone insieme al concorrente principale la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (art. 89 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016).

5.6. - Dunque, divergenze significative tra i due istituti (avvalimento e subappalto) si riscontrano in ordine al regime di responsabilità dell'impresa ausiliaria ed al suo ruolo nella esecuzione dell'appalto. Le stesse si attenuano, come si è visto, nel caso del subappalto "necessario" soggetto all'obbligo della contestuale indicazione in sede di gara sia delle attività per le quali si intende ricorrere al subappalto, sia del nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti (ai sensi art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016), tanto da giustificarne la denominazione di "avvalimento sostanziale".

Si è già visto, infatti, che nel caso degli appalti sopra-soglia l'indicazione della terna dei subappaltatori è obbligatoria sin dalla formulazione dell'offerta (art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016), sicché la stazione appaltante ha modo di poter esperire in fase di gara i necessari controlli circa il possesso delle capacità tecnico - professionali e l'insussistenza delle cause di esclusione (artt. 80 e 83 e ss. del d.lgs. n. 50/2016).

5.7. - E' lecito chiedersi, a questo punto, se le residuali differenze che pure in questa specifica ipotesi permangono tra i due istituti giustifichino un'impostazione divergente anche con riguardo alla possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie.

Detta facoltà - non espressamente contemplata in materia di subappalto - è invece prevista dal vigente codice degli appalti in materia di avvalimento, in quanto l'attuale art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in linea con gli indirizzi espressi in tema dalla Corte di Giustizia, ammette *"l'avvalimento di più imprese ausiliarie"*.

5.8. - Come già ricordato, tanto le più risalenti direttive, quanto quelle più attuali, non prevedono l'imposizione di limitazioni aprioristiche ed astratte al subappalto e ne sottolineano la funzione "positiva", ricollegandolo ai già richiamati principi di parità di trattamento e non discriminazione nei confronti degli operatori economici, oltre che ai principi di libertà di stabilimento, libera circolazione delle merci e dei capitali, concorrenza e proporzionalità. A questa impostazione, la Dir. 2014/24/UE ha aggiunto indicazioni di maggior dettaglio, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di ampliare i poteri di verifica e di controllo della stazione appaltante sui requisiti dei subappaltatori; e di rendere il subappaltatore direttamente responsabile verso la stazione appaltante, riconoscendogli al contempo il diritto ad essere retribuito direttamente da quest'ultima per le prestazioni rese (si vedano i paragrafi III, VI lett. a) e VII dell'art. 71 della Dir. 2014/24/UE).

Tali innovative disposizioni (solo in parte recepite dai commi 6 e 13 dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016) paiono corrispondere alle finalità di maggiore trasparenza e tutela giuslavoristica che in epoca precedente erano rimaste appannaggio specifico della normativa italiana.

5.9. - In definitiva, la normativa comunitaria ammette la tendenziale completa e incondizionata subappaltabilità delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto ed al contempo riconosce il

pieno diritto del prestatore privo di determinati requisiti di poter fare ricorso alle capacità di terzi soggetti, ferma restando la speculare esigenza da parte della stazione appaltante di poter valutare la competenza, l'efficienza e l'affidabilità dei subappaltatori.

La decisione della Corte di Giustizia 14 luglio 2016, Wroclaw (causa C-406/14), resa in relazione alla Dir. 2004/18, ha giustappunto ritenuto che la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto è in linea di principio illimitata, ma ha anche specificato che, in via di eccezione, *“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”* (punto 33).

Al contempo, la decisione del 5 aprile 2017, C-298/15 (punto 55) - nel ribadire la necessità di ancorare proporzionalmente i divieti in materia di subappalto a considerazioni specifiche riferite, di volta in volta, al settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, alla natura dei lavori nonché alle qualifiche dei subappaltatori - ha avvertito impostazioni di segno alternativo che dovessero fare ricorso a previsioni limitative di carattere generale e indifferenziato.

5.10. - La Sezione coglie, dunque, nel contenuto delle direttive, come interpretate dalle richiamate pronunce Corte di Giustizia, una latitudine precettiva apparentemente estensibile ad ogni tipologia di rapporto ausiliario che consenta all'operatore in gara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, *“a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi”* ed anche nella forma del frazionamento o del *“cumulo di capacità”*.

Osserva anche che, nell'ipotesi del subappalto “necessario” precisata al paragrafo 5.6, viene a realizzarsi la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di accertare la disponibilità (in capo al concorrente ed ai suoi subappaltatori) dei mezzi e dei requisiti necessari alla esecuzione dell'opera; e che, secondo quanto di recente precisato dalla stessa Corte, limitazioni al subappalto, ulteriori rispetto a quelle contemplate nella fonte comunitaria, non possono essere repute coerenti o proporzionate agli obiettivi delle direttive comunitarie se l'ente aggiudicatore è in grado di verificare le identità e l'idoneità dei subappaltatori interessati e, quindi, è posto nella condizione di scongiurare il rischio di un ingresso opaco e non vigilato di terze imprese nella esecuzione dell'appalto (CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punti 29 e 41-44; CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punti 48 e 49).

5.11. - Ancora più in generale, la Sezione rinviene negli orientamenti del giudice comunitario l'indicazione sintetica secondo la quale istituti espansivi della concorrenza (quali sono intesi l'avvalimento e il subappalto) possono tollerare limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte, ma di volta in volta calibrate dall'amministrazione aggiudicatrice sulle peculiarità della singola gara ed in ragione degli eventuali fattori (il settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, la natura dei lavori, la tipologie di qualifiche richieste) che in essa concorrono a suggerire l'introduzione di specifiche condizioni restrittive.

Appare quindi plausibile concludere che, in applicazione di queste stesse indicazioni

ermeneutiche, anche nel caso sin qui delineato (subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori) debba valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe dunque imporre, nella legge di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

È quanto avviene nella parallela materia dell'avvalimento, in presenza di determinati requisiti (cd. "di punta") che si ritiene debbano essere soddisfatti da una singola impresa ausiliaria, in quanto espressione di qualifiche funzionali non frazionabili (v. Cons. Stato, sez. V, n. 678/2018).

5.12. - 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 al frazionamento del requisito tra più subappaltatori ovvero tra questi e l'impresa concorrente, il giudizio *a quod* dovrebbe concludersi con una sentenza favorevole alla parte Rti Research e con la conseguente conferma della sua ammissione in gara.

Per contro, nel caso in cui si dovesse accogliere l'opzione contraria, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di conferma dell'annullamento dell'atto di ammissione.

Al contempo, la pronuncia parziale di questa sezione n. 3573 del 5 giugno 2020 lascia intatte, al momento, le *chances* di aggiudicazione del contratto in capo alla parte Rti Research, poiché non prefigura un esito vincolato della procedura di gara in favore della controparte Debear.

6. Formulazione del quesito.

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

“Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 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), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate”.

7. 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, in quanto:

- i) la questione ha natura di principio, poiché la normativa nazionale riguardante il subappalto 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 interventi di realizzazione di una struttura ospedaliera, insuscettibili di ritardo o di sospensione, nonché di rilevante valore (importo a base di gara pari ad €. 159.097.924,50).

8. Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

8.1. - 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.

8.2. - 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.

