

Pubblicato il 29/05/2018

N. 06010/2018 REG.PROV.COLL.
N. 10748/2017 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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10748 del 2017, proposto da

Tim s.p.a. - Direzione e coordinamento Vivendi SA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori in Roma, Via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Sciaudone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Pinciana, 25;

Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

E-VIA s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota del 29 settembre 2017 prot. n. 25606, con la quale è stata comunicata a Tim la sua esclusione dalla gara bandita da Consip s.p.a. per l'affidamento della fornitura del Sistema WDM per l'interconnessione dei Dipartimenti RGS, DT e DAG (Id Sigef 1742; CIG 67634954A3), nonché dell'eventuale e non conosciuto ulteriore provvedimento di esclusione;
- di tutti i verbali delle sedute della commissione giudicatrice;
- in via subordinata, del bando e del disciplinare di gara, qualora interpretati nel senso di imporre l'esclusione del concorrente in seguito all'accertamento di un motivo di esclusione in capo al subappaltatore;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto, ivi compresa la nota del 30 agosto 2017 prot. n. 21882, con la quale Consip s.p.a. ha richiesto a Maticmind di dimostrare il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. i) c.c.p., preannunciando l'esclusione anche di TIM nel caso in cui fosse risultato confermato il venir meno, anche temporaneo, del predetto requisito in capo al subappaltatore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

Visto il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e in particolare le disposizioni contenute nel Titolo III, dedicato al "*Rinvio pregiudiziale*";

Viste le Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, pubblicate Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 25 novembre 2016;

Visto l'art. 79 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2018 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A - ESPOSIZIONE DELL'OGGETTO DELLA CONTROVERSIA.

1. La controversia oggetto del presente giudizio trae origine dall'esclusione della ricorrente Tim s.p.a. dalla gara a procedura aperta indetta da Consip s.p.a., mediante bando inviato in data 29 luglio 2016 per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, per *“l'affidamento della fornitura del Sistema WDM per l'interconnessione del CED dei Dipartimenti RGS, DT e DAG”*. Oggetto della procedura sono, in particolare, servizi di interconnessione con manutenzione e assistenza, servizi opzionali di ampliamento di banda con manutenzione e assistenza, nonché servizi opzionali di trasloco. Il valore stimato del contratto è di euro 1.420.785,60 IVA esclusa.

2. L'esclusione della concorrente dalla procedura selettiva è dipesa dal riscontro di un motivo di esclusione in relazione a uno dei subappaltatori facenti parte della terna di cui Tim s.p.a., in fase di gara, aveva indicato di volersi eventualmente avvalere in caso di aggiudicazione del contratto.

B - CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI CHE TROVANO APPLICAZIONE NEL CASO DI SPECIE.

3. La disciplina dei contratti pubblici è contenuta nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il *“Codice dei contratti pubblici”*, che ha recepito la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, e la direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la

direttiva 2004/17/CE.

4. L'articolo 80 del decreto legislativo è dedicato ai motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o di concessione. In particolare, il comma 5 del richiamato articolo 80 stabilisce che *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora”* siano riscontrabili una serie di situazioni specificate dalla disposizione normativa.

5. Tra tali situazioni figura l'ipotesi – contemplata alla lettera i) – in cui *“l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito; (...)”*. La suddetta causa di esclusione si riferisce, in particolare, alla violazione delle *“Norme per il diritto al lavoro dei disabili”*, contenute nella legge n. 68 del 1999, la quale prevede, all'articolo 17, che *“Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengono rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione”*.

6. La disciplina dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016 stabilisce dunque che, al verificarsi delle situazioni ivi specificate, l'operatore economico debba essere escluso dalla gara. E ciò anche laddove tale situazione sia *“riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6”*, ossia nei casi in cui sia obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta.

7. Più in dettaglio, l'articolo 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016 reca la disciplina del subappalto.

8. Nel contesto del suddetto articolo, il comma 6 – richiamato dall'articolo 80, comma 5 – stabilisce che: *“E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o*

superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35" (così il testo applicabile alla presente controversia, precedente alle modifiche apportate dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56). L'indicazione già in sede di offerta di una terna di appaltatori, dei quali l'operatore economico intenda eventualmente avvalersi, è quindi obbligatoria almeno nei casi di superamento delle soglie indicate nel predetto articolo 35.

9. Deve, infine, aggiungersi, per completare il quadro della disciplina nazionale rilevante nella presente controversia, che il comma 12 dello stesso articolo 105 stabilisce che *"L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80"*.

10. Deve anticiparsi sin d'ora che, come si illustrerà meglio nel paragrafo D, dall'applicazione delle previsioni dell'articolo 80, comma 5, e dell'articolo 105, comma 12, discende che, nel caso di obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori, le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore risultano stabilite in modo diverso a seconda che tale situazione venga accertata in corso di gara ovvero in un momento successivo alla stipulazione del contratto. E infatti:

- nel corso della procedura, il riscontro di un motivo di esclusione verificatosi relativamente a un subappaltatore facente parte della terna condurrà all'esclusione del concorrente (ai sensi dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016);
- dopo l'affidamento della commessa, a seguito del riscontro di un motivo di esclusione verificatosi relativamente a un subappaltatore facente parte della terna, la stazione appaltante chiederà all'affidatario la sostituzione dell'appaltatore (ai sensi dell'articolo 105, comma 12, del decreto legislativo

n. 50 del 2016).

C - LA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA.

11. La direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 reca la disciplina sugli appalti pubblici.

12. Nei “*considerando*” della suddetta direttiva si legge quanto segue:

“(101) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, (...).

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione. (...)

(105) È importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, sia garantita dalle autorità nazionali competenti, ad esempio gli ispettorati del lavoro o le agenzie per la protezione dell'ambiente, mediante azioni adeguate entro i limiti delle loro responsabilità e del loro mandato. (...)

Dovrebbe essere altresì chiarito che le condizioni relative al controllo del rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto

dell'Unione, dovrebbero essere applicate ogniqualvolta il diritto nazionale di uno Stato membro preveda un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale. Inoltre, dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio (...) permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico. Nell'applicare tali misure ai subappaltatori, occorre garantire la coerenza con le disposizioni applicabili ai contraenti principali, facendo in modo che l'esistenza di motivi obbligatori di esclusione comporti l'obbligo per il contraente principale di sostituire il subappaltatore. Qualora dalle verifiche risulti la presenza di motivi non obbligatori di esclusione, andrebbe precisato che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere la sostituzione. Si dovrebbe tuttavia indicare esplicitamente anche che le amministrazioni aggiudicatrici possono essere tenute a chiedere la sostituzione del subappaltatore in questione quando in tali casi l'esclusione del contraente principale sarebbe obbligatoria.

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori.”.

13. Poste queste premesse, l'articolo 2, paragrafo 1, n. 10) della direttiva stabilisce che per “operatore economico” si intende “una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

14. L'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva prevede poi che “Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X”.

15. L'articolo 57 della direttiva disciplina i motivi di esclusione di un

operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto. Tale articolo prevede, al paragrafo 4, che *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2”*.

16. Al paragrafo 5 dell'articolo 57 si legge, inoltre, che *“(...) Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4”*.

17. L'articolo 71 della direttiva è, poi, dedicato al subappalto. Per quanto qui rileva, nel suddetto articolo si legge che:

“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. (...)

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

(...)

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.”.

18. Il quadro della disciplina europea rilevante ai fini della controversia include, infine, l'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea, il quale prevede, al paragrafo 4, che *“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. (...)”.*

19. Il principio di proporzionalità costituisce, del resto, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, un principio generale del diritto dell'Unione (v. da ultimo la sentenza in data 8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punto 32). Tale

principio deve essere rispettato, tra l'altro, nella previsione di cause di esclusione facoltative dalle gare d'appalto, in modo da non eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (v. ancora la sentenza in data 8 febbraio 2018, Lloyd's of London, Că€144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punti 29 e 30: la pronuncia, resa con riferimento alla direttiva 2004/18, si riferisce in particolare, alla facoltà, per gli Stati membri, di mantenere o di stabilire, in aggiunta alle cause obbligatorie di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza).

20. Più in dettaglio, la necessità di non eccedere il principio di proporzionalità nell'individuazione di cause di esclusione dalle gare è stata posta in relazione dalla Corte con la finalità propria delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, le quali sono state adottate nell'ambito della realizzazione di un mercato unico diretto ad assicurare la libera circolazione e a eliminare le restrizioni della concorrenza (v., in tal senso, le sentenze in data 8 febbraio 2018, Lloyd's of London, Că€144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punto 33; del 19 maggio 2009, Assitur, Că€538/07, EU:C:2009:317, punto 25). In tale contesto, è perciò nell'interesse del diritto dell'Unione che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto (v., in tal senso, sentenze in data 8 febbraio 2018, Lloyd's of London, Că€144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punto 34; del 19 maggio 2009, Assitur, Că€538/07, EU:C:2009:317, punto 26; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, Că€376/08, EU:C:2009:808, punto 40; del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, Că€425/14, EU:C:2015:721, punto 36).

D - I FATTI ALL'ORIGINE DELLA CONTROVERSIA E LE RAGIONI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

21. Come anticipato, la controversia oggetto del presente giudizio trae origine dall'esclusione della ricorrente Tim s.p.a. dalla gara a procedura

aperta indetta da Consip s.p.a., avente ad oggetto “*l’affidamento della fornitura del Sistema WDM per l’interconnessione del CED dei Dipartimenti RGS, DT e DAG*”.

22. Nel presentare la propria offerta per partecipare alla gara, Tim s.p.a. – conformemente a quanto previsto dal paragrafo 11 del disciplinare di gara – ha indicato la terna dei subappaltatori dei quali intendeva avvalersi in caso di aggiudicazione della commessa e ha, inoltre, allegato per ciascuno di essi il Documento di Gara Unico Europeo (DGUE).

23. In corso di procedura, la stazione appaltante ha provveduto alla verifica dei requisiti e ha accertato che uno dei tre subappaltatori indicati da Tim s.p.a. (e precisamente la società Maticmind s.p.a.) era risultato non in regola con le norme che disciplinano l’accesso al lavoro dei disabili, secondo quanto risultante dall’apposito certificato del 5 aprile 2017 rilasciato dalla Città Metropolitana di Milano.

24. A seguito di tale accertamento, Consip s.p.a. ha disposto l’esclusione dalla procedura di Tim s.p.a., facendo applicazione della previsione dell’articolo 80, comma 5, lett. i) del decreto legislativo n. 50 del 2016, sopra richiamato.

25. La concorrente Tim s.p.a. ha proposto ricorso innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale, evidenziando il carattere, a suo avviso, ingiusto e sproporzionato dell’esclusione, in quanto:

- la direttiva europea, secondo l’avviso della parte, sarebbe chiara nell’affermare che il riscontro di un motivo di esclusione di un subappaltatore non possa condurre a una sanzione maggiore, a carico dell’operatore economico concorrente alla gara, rispetto alla sostituzione dello stesso subappaltatore;
- Tim s.p.a. avrebbe potuto comunque avvalersi, per l’esecuzione della commessa, degli altri due subappaltatori designati in sede di gara e in relazione ai quali non risulta che sia stata riscontrata alcuna causa di

esclusione;

- il ricorso al subappalto non era, comunque, indispensabile al fine di adempiere la commessa, per cui la concorrente Tim s.p.a. avrebbe potuto rinunciarvi, essendo in possesso di tutti i requisiti necessari per eseguire le prestazioni.

26. Al riguardo, questo Giudice del rinvio rileva che l'esclusione della concorrente Tim s.p.a. risulta conforme alla previsione dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La suddetta disposizione è, infatti, inequivocabilmente formulata nel senso di prevedere l'esclusione del concorrente anche nel caso in cui uno dei motivi di esclusione indicati dallo stesso comma 5 sia riscontrato in fase di gara con riferimento a un subappaltatore indicato dallo stesso concorrente.

27. La disposizione si contrappone, peraltro, a quella contenuta all'articolo 105, comma 12, del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016, ove si prevede che l'affidatario debba provvedere alla sostituzione del subappaltatore che sia incorso in una causa di esclusione. Questa previsione si riferisce, tuttavia, a un momento successivo alla stipulazione del contratto, come si evince dall'uso del termine "*affidatario*" in luogo di "*concorrente*" o di "*offerente*".

28. Il tenore delle due disposizioni ora richiamate e la loro diversa collocazione portano, perciò, necessariamente a concludere – come anticipato – che, nel caso di obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori, le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore siano differenti a seconda che tale situazione venga accertata in corso di gara ovvero in un momento successivo alla stipulazione del contratto. E infatti:

- nel corso della procedura, il riscontro di un motivo di esclusione verificatosi relativamente a un subappaltatore facente parte della terna condurrà all'esclusione del concorrente (ai sensi dell'articolo 80, comma 5,

del decreto legislativo n. 50 del 2016);

- dopo l'affidamento del contratto, a seguito del riscontro di un motivo di esclusione verificatosi relativamente a un subappaltatore facente parte della terna, la stazione appaltante chiederà all'affidatario la sostituzione dell'appaltatore (ai sensi dell'articolo 105, comma 12, del decreto legislativo n. 50 del 2016).

29. Al riguardo, questo Giudice remittente ritiene non praticabile l'interpretazione del quadro normativo ipotizzata dalla ricorrente in alternativa rispetto alla rimessione della questione alla Corte di Giustizia. Secondo la parte, l'articolo 105, comma 12 – che prevede la sola sostituzione del subappaltatore, e non l'esclusione dell'offerente – potrebbe ritenersi applicabile anche nel caso di accertamento, in fase di gara, di una causa di esclusione relativa a un subappaltatore, almeno laddove il ricorso al subappalto non sia indispensabile per l'esecuzione della commessa. L'interpretazione suggerita, tuttavia, si pone in contrasto con la chiara formulazione della disciplina normativa nazionale, la quale – come detto – stabilisce espressamente, e senza prevedere eccezioni, che il riscontro, in fase di gara, di una causa di esclusione relativa a un subappaltatore facente parte della terna debba condurre automaticamente all'esclusione dell'operatore economico offerente.

30. Altrettanto chiaramente, la sostituzione del subappaltatore è stata prevista unicamente a beneficio dell'affidatario, ossia del soggetto che abbia già ottenuto l'affidamento della commessa, in quanto aggiudicatario della gara. A questo proposito, non può ritenersi rilevante, al fine di accogliere una diversa interpretazione, la circostanza che il termine “*affidatario*” non trovi una precisa definizione all'articolo 3 del decreto legislativo n. 50 del 2016, trattandosi di un sostantivo dal significato inequivoco, che chiaramente rimanda alla fase esecutiva del contratto, ossia a un momento successivo all'affidamento della commessa.

E – I QUESITI CHE SI SOTTOPONGONO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

31. Questo Giudice remittente ritiene necessario rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di chiarire se la previsione dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016 sia compatibile con il diritto dell'Unione, nella parte in cui il comma ora richiamato prevede che, in caso di riscontro in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore, la stazione appaltante sia tenuta in ogni caso a escludere non solo il subappaltatore, ma lo stesso concorrente che abbia indicato di volersene avvalere.

32. Come sopra detto, infatti, nel disciplinare i motivi di esclusione dalle gare, l'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 24/2014/UE si riferisce alle cause che riguardano *“l'operatore economico”*, ossia – in base all'articolo 2, paragrafo 1, n. 10) della stessa direttiva – la persona fisica o giuridica o l'ente pubblico o il raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, *“che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*. In particolare, il predetto paragrafo 5 dell'articolo 57 consente l'esclusione dell'operatore economico che *“si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4”*.

33. Si rende necessario, perciò, chiarire se le situazioni indicate all'articolo 57 della direttiva possano comportare l'esclusione dell'operatore economico, in fase di gara, soltanto quando si riferiscano a tale operatore, ovvero se – secondo la scelta operata dal legislatore italiano – sia consentito prevedere l'esclusione dell'operatore economico offerente anche laddove il motivo di esclusione riguardi unicamente un subappaltatore designato dallo stesso offerente.

34. Sotto altro profilo, questo Giudice remittente rileva che, con specifico riferimento al caso in cui l'operatore economico partecipante a una gara si

avvalga di un subappaltatore, la disciplina dell'articolo 71 della direttiva consente di anticipare al momento della gara l'indicazione del subappaltatore (paragrafo 2) e la verifica del rispetto, da parte di tale soggetto, degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2 (v. paragrafo 6 dell'articolo 71). Tuttavia, ove si riscontri un motivo di esclusione in capo a un subappaltatore, la disciplina in questione contempla espressamente quale unica conseguenza la sostituzione del subappaltatore. Non è, invece, esplicitamente indicata la possibilità per lo Stato membro di comminare l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia dichiarato di volersi avvalere del subappaltatore relativamente al quale sia stato accertato un motivo di esclusione.

35. D'altro canto, il tenore dell'articolo 71 della direttiva è coerente con il *“considerando”* 105, ove si fa riferimento all'obbligo per l'operatore economico *“di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione”*. Nel medesimo considerando si prevede, inoltre, la possibilità che gli Stati membri prescrivano alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre la sostituzione dei subappaltatori *“in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione”*.

36. In altri termini, le previsioni della direttiva sembrano prevedere la sostituzione dell'appaltatore quale sanzione massima irrogabile a seguito dell'accertamento di un motivo di esclusione a carico di tale soggetto. In questo senso, la disposizione dell'articolo 71, paragrafo 6, della direttiva, nel contemplare espressamente soltanto la sostituzione dell'appaltatore che sia incorso in un motivo di esclusione, e non invece l'esclusione del concorrente che abbia dichiarato di volersene avvalere, sembra, del resto, ispirata al principio di proporzionalità. La disposizione appare, infatti, diretta a perseguire proprio il fine di assicurare il rispetto delle norme sostanziali richiamate all'articolo 57, mediante la misura minima necessaria

e sufficiente al raggiungimento dello scopo, senza limitare eccessivamente la concorrenza nella partecipazione alle gare.

37. Si ritiene, perciò, necessario demandare alla Corte di Giustizia di chiarire se la previsione dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove stabilisce l'esclusione automatica dell'offerente in caso di riscontro, in fase di gara, di una causa di esclusione relativa a un subappaltatore, sia compatibile con la previsione dell'articolo 71, paragrafo 6, della direttiva.

38. In via subordinata, laddove la Corte di Giustizia ritenga che, in astratto, le previsioni della direttiva sopra richiamate consentano allo Stato membro di prevedere l'esclusione dell'operatore economico in fase di gara per il riscontro di un motivo di esclusione di un subappaltatore designato, si ritiene necessario chiarire se la scelta in concreto operata dal legislatore italiano sia compatibile con il principio di proporzionalità.

39. Al riguardo, questo Giudice remittente rileva che al "*considerando*" 101 della direttiva si legge che "*Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità.*".

40. Tale principio è, inoltre, sotteso all'intera disciplina sugli appalti, in coerenza con l'univoco orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sopra richiamata. Come detto, l'esigenza di assicurare il rispetto degli obblighi ambientali o sociali dovrebbe essere perseguita tenendo conto dell'interesse del diritto dell'Unione che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto.

41. In questa prospettiva, si rende, perciò, necessario chiarire se la scelta operata dal legislatore italiano, nei termini sopra indicati, sia conforme al principio di proporzionalità, tenuto conto della circostanza che l'esclusione dell'operatore economico offerente è prevista in modo automatico e senza eccezioni e, in particolare, senza consentire in nessun caso la sostituzione

del subappaltatore o la rinuncia dell'offerente ad avvalersene, neppure laddove il ricorso al subappalto non sia strettamente necessario ai fini dell'esecuzione della commessa.

42. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, questo Giudice remittente ritiene, perciò, necessario rivolgersi alla Corte di Giustizia al fine di dirimere le seguenti questioni:

I) se gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE, ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato;

II) in subordine, laddove la Corte di Giustizia ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 del Trattato UE, richiamato al "*considerando*" 101 della direttiva 2014/24/UE e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiarati di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), non

definitivamente pronunciando sui ricorsi specificati in epigrafe:

- dispone la rimessione alla Corte di giustizia delle questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- dispone, nelle more, la sospensione del giudizio;
- riserva la liquidazione delle spese di lite al definitivo;
- manda alla Segreteria della Sezione tutti gli adempimenti di competenza, e in particolare la comunicazione della presente ordinanza alla Corte di giustizia e l'invio in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di giustizia (all'indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Lussemburgo) della presente ordinanza, insieme a copia di tutti gli atti contenuti nei fascicoli di causa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere

Floriana Venera Di Mauro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Floriana Venera Di Mauro

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO