

Pubblicato il 11/05/2018

N. 00578/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00390/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 390 del 2017, proposto da:

Nexive S.C.A.R.L, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Capotorto, Stefano Cresta, Stefano Vinti, Manuela Teoli, con domicilio eletto ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, in Torino, via Confienza n. 10;

contro

Societa' Metropolitana Acque Torino Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Dealessi, con domicilio eletto presso lo studio di costei in Torino, corso Stati Uniti 62;

nei confronti

Poste Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police, Marco Filippetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Occhiena in Torino, via Alfonso Lamarmora, 6;
Defendini Logistica S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione,

- del Provvedimento dell'Amministratore Delegato di SMAT S.p.A. recante l'aggiudicazione dell'appalto de quo al RTI tra Poste Italiane S.p.A. e Defendini Logistica S.r.l., comunicato con nota prot. 24677 del 23.03.2017 (doc. 1);

- della predetta comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76, comma 5 e art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2006 prot. 24677 del 23.03.2017;

- della graduatoria concorsuale, dell'aggiudicazione provvisoria e dei verbali di gara (anche quelli non conosciuti allo stato), nella parte in cui ammettono l'offerta del RTI Poste Italiane/Defendini Logistica ne valutano il contenuto attribuendo il relativo punteggio e ne dichiarano la validità, anziché escluderla e, in particolare, dei verbali della commissione giudicatrice: verbale del 9 gennaio 2017 di apertura della busta n. 1 contenente la documentazione amministrativa; verbale del 23 gennaio 2017, nonché verbale del 16 gennaio 2017 e verbale del 20 gennaio 2017 dove si è proceduto alla disamina delle offerte tecniche delle concorrenti e all'attribuzione dei relativi punteggi; verbale del 10 febbraio 2017 recante, al punto 6, l'apertura della busta n. 3 e la conseguente valutazione delle offerte economiche, nonché la formazione della graduatoria, da cui risulta quale prima offerta in graduatoria quella presentata dal RTI Poste Italiane S.p.A. – Defendini Logistica S.r.l. (doc. 2);

- degli atti e dei verbali concernenti la verifica di congruità dell'offerta del RTI Poste Italiane S.p.A./Defendini Logistica (allo stato non conosciuti);

- di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale, connesso e/o collegato, anche non cognito, ivi compresi tutti i verbali (anche quelli non espressamente citati) delle operazioni di gara nella parte in cui hanno valutato l'offerta, attribuiti i punteggi e disposto l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore del RTI Poste Italiane S.p.A./ Defendini Logistica s.r.l.;

nonché per l'accertamento dell'illegittimità ed il conseguente annullamento, previa sospensione,

- dell'intera procedura di gara, del bando e della lex specialis, laddove prevedono quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica la “Quota subappaltata” ed attribuiscono un punteggio premiante in caso di ridotto (o mancato) ricorso al subappalto, ovvero più in generale laddove prevedono che il concorrente debba indicare la quota di subappalto che intende subappaltare ai fini della valutazione dell'offerta ed in particolare:

- della clausola del bando di cui al punto III.2.2.), ove interpretata in senso difforme da quanto dedotto (doc. 3);

- della clausola del disciplinare di cui al punto 2.1.1.8.2, dove è previsto che il concorrente dovrà esplicitamente dichiarare quali parti del servizio sia eventualmente intenzionato a subappaltare, ove interpretata in senso difforme da quanto dedotto (doc. 4);

- dell'art. 21 del Capitolato (doc. 5);

- della clausola del disciplinare di cui al punto 2.2.3;

- del criterio di valutazione dell'offerta tecnica di cui il punto 4 par. punto II) del disciplinare e della relativa formula di attribuzione del punteggio, concernenti l'elemento 2.2.3. “Quota subappaltata”;

- delle previsioni sopra richiamate e di ogni altra clausola e/o previsione del bando e della lex di gara qualora interpretati in senso difforme da quanto dedotto,

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato con il RTI Poste Italiane/Defendini Logistica, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo; ovvero mediante riedizione della gara in seguito al suo annullamento.

e per la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente nei termini sopra indicati;

nonché, in via subordinata, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa;

e per la conseguente condanna

della Stazione appaltante a disporre il risarcimento per equivalente in favore della ricorrente nei termini sopra indicati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Societa' Metropolitana Acque Torino Spa e di Poste Italiane S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2017 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S/223 del 18/11/2016 la S.M.A.T. S.p.A ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di recapito postale delle bollette e dei solleciti di pagamento agli utenti di SMAT S.p.A. , CIG 681956965D, con un importo a base di gara pari a 2.330.000,00 IVA esclusa e di durata biennale.

2. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello della offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e prevedeva l'attribuzione di 55 punti agli elementi qualitativi e di 45 punti all'offerta economica, secondo i criteri stabiliti dal disciplinare. In particolare, il punto 4 del disciplinare, recante i "Criteri di aggiudicazione" prevedeva l'assegnazione di massimo 10 punti per i concorrenti che intendessero avvalersi della facoltà di subappaltare parte del servizio in quota inferiore al massimo consentito. Il Capitolato speciale (all'art. 21.5.) ed il Disciplinare (all'art. 2.2.3.) prevedevano altresì che i concorrenti dovessero indicare all'interno dell'offerta tecnica la specifica quota percentuale da subappaltare. Il disciplinare

di gara (punto 2.1.1.8.2.) stabiliva ancora che, nella compilazione del DGUE, “*il concorrente dovrà esplicitamente dichiarare: i) quali parti del servizio sia eventualmente intenzionato a subappaltare, nei limiti ed alle condizioni previste dall’art. 105 d.lgs. 50/2016, dal Capitolato speciale d’Appalto e dal presente Disciplinare*”.

3. La ricorrente, nel presentare la domanda di partecipazione, compilava il DGUE manifestando l’intenzione di subappaltare una parte del servizio senza specificarne la quota. L’unico altro concorrente alla gara, e cioè il Raggruppamento Poste Italiane – Defendini Logistica già nell’allegato A al DGUE specificava anche la quota del subappalto, pari all’0,1%.

4. Esperite le formalità di insediamento, la Commissione di gara procedeva all’apertura e alla verifica dei plichi e della documentazione prodotta dai due concorrenti candidatisi, nonché successivamente alla valutazione delle offerte tecniche e poi di quelle economiche dei medesimi concorrenti.

5. Nella seduta del 23.01.2017, in particolare, la Commissione attribuiva i punteggi tecnici secondo i criteri stabiliti nel disciplinare, assegnando al RTI Poste Italiane/Defendini Logistica con riferimento all’elemento di valutazione 2.2.3 “Quota subappaltata” il massimo del punteggio previsto per tale criterio.

6. Il Raggruppamento Poste Italiane – Defendini Logistics risultava, infine, primo in graduatoria e, dopo la verifica di congruità della offerta economica, aggiudicatario definitivo.

7. La determinazione di aggiudicazione definitiva del servizio nonché le clausole del bando e del disciplinare che premiavano la minor quota affidata in subappalto sono state impugnate dal Raggruppamento Nexive per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare del punto 2.1.1.8.2 del 85 e 95 del d. lgs n. 50/2016 - Violazione del principio di concorrenza, di par condicio, dei principi di buona fede e legittimo affidamento - Violazione del principio della segretezza delle offerte – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti – Ingiustizia manifesta: il Raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso perché ha indicato la quota di subappalto anche nell’allegato al DGEU, così palesando tale elemento prima della valutazione della offerta tecnica ed economica, determinando un condizionamento della Commissione;

II) Violazione e falsa applicazione dell’art. 30 d. lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli art. 83, 85 e 95 del d. lgs n. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l’offerta economicamente più vantaggiosa – Violazione e falsa applicazione del divieto di commistione degli elementi soggettivi di capacità tecnica e dei criteri di valutazione delle offerte – Violazione dei principi di non discriminazione, buona fede, legittimo affidamento, nonché di segretezza dell’offerta economica - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche – Sviamento: il criterio di valutazione dell’offerta tecnica concernente la minor quota subappaltata dal concorrente rispetto alla percentuale massima consentita per legge (30%) deve ritenersi illegittimo in quanto viola il divieto di commistione tra elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa e quelli relativi alla qualità dell’offerta;

III) Violazione e falsa applicazione dell’art. 30 d. lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli art. 83, 85 e 95 del d. lgs n. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l’offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione e falsa applicazione del principio di separazione di elementi qualitativi e quantitativi dell’offerta – Violazione del divieto di introduzione di formule automatiche di attribuzione del punteggio dell’offerta tecnica – Violazione

dei principi di non discriminazione, buona fede, legittimo affidamento, nonché di segretezza dell'offerta economica - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche: il criterio di valutazione dell'offerta tecnica concernente la "Quota subappaltata", avendo ad oggetto un elemento di valutazione a carattere automatico non doveva essere conoscibile dalla Commissione Giudicatrice nel corso della fase di valutazione delle offerte tecniche;

IV) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 d. lgs. 50/2016 – Violazione delle direttive appalti UE 24/2016 e 25/2016 – Violazione dell'obbligo di facilitazione dell'accesso delle PMI agli appalti pubblici – Violazione del divieto di introdurre clausole discriminatorie - Violazione e falsa applicazione dei principi di concorrenza, di *favor participationis*, di non discriminazione - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche – Ingiustizia manifesta: l'elemento premiante la minor "Quota subappaltata" costituisce un criterio che restringe fortemente la concorrenza nel settore dei servizi postali e che in realtà dissimula il divieto di subappalto. Esso ostacola poi, in violazione delle norme di settore e dei principi sopra richiamati, l'accesso al mercato da parte delle PMI che non possono contare su una propria "rete postale" e che in virtù della predetta clausola premiante non possono neppure ricorrere al subappalto per avere qualche chance di aggiudicarsi la commessa.

8. SMAT S.p.A. si è costituita in giudizio per resistere al ricorso. Ha preliminarmente chiarito in fatto che in apposito riquadro del DGUE era indicata la necessità di indicare le parti oggetto di subappalto e la relativa quota; che per l'offerta tecnica Poste - Defendini ha riportato 54 punti, di cui 10 per il criterio relativo alla minor quota di subappalto, mentre Nexive-Nexive 38, dei quali 6 per il criterio medesimo; per l'offerta economica, invece, Poste-Defendini 42,49; Nexive-Nexive 42,39. Nel merito ha dedotto che l'indicazione della quota di subappalto è stata correttamente effettuata dal Raggruppamento aggiudicatario nel DGUE; che il criterio afferiva alla organizzazione del servizio e nulla aveva a che vedere con i requisiti di partecipazione; che la indicazione della quota di subappalto nel DGUE non implica violazione del principio di segretezza poiché non ogni elemento dell'offerta tecnica misurabile quantitativamente incide sull'offerta economica o risulta potenzialmente pregiudizievole per la serenità delle valutazioni discrezionali; infine il quarto motivo sarebbe inammissibile per difetto di interesse, in relazione alla mancata dimostrazione della prova di resistenza, e comunque infondato atteso che il disciplinare per il caso di RTI, non ha stabilito alcuna quota minima di partecipazione e di esecuzione, limitandosi a prevedere che la mandataria avrebbe dovuto assumere una quota di servizio superiore a quella di ciascuna delle mandanti; pertanto, il concorrente che avesse voluto ricorrere ad operatori diversi dal fornitore del servizio universale, per evitare la penalizzazione connessa al subappalto avrebbe potuto costituirsi in RTI con operatori dotati di strutture utili, senza limiti quantitativi; inoltre, la scelta di Smat di disincentivare il subappalto discende sia dall'obiettivo di conseguire un servizio più efficiente attraverso un'organizzazione che consenta vigilanza e controllo diretti, sia dall'esigenza di limitare i maggiori rischi e difficoltà organizzative nella gestione dei pagamenti, nelle relazioni con i terzi, nella gestione degli oneri verso il personale delle imprese subappaltatrici. In questa prospettiva il subappalto non è stato comunque vietato ma solo disincentivato.

9. Poste Italiane si è pure costituita in giudizio per resistere al ricorso, eccependo in via preliminare la irricevibilità del ricorso per tardività nonché la inammissibilità per tardività della impugnazione della clausola del bando relativa alla minor quota di subappalto.

10. Il ricorso è stato chiamato alle camere di consiglio del 24 maggio e 7 giugno 2017, e quindi alla pubblica udienza del 22 novembre 2017, allorché, dopo scambio di memorie, è stato trattenuto a decisione.

11. L'infondatezza nel merito delle censure articolate con il ricorso introduttivo del giudizio consente di prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di rito sollevate dalle parti resistenti.

12. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta che il Raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché Defendini Logistics nella documentazione amministrativa, cioè nel compilare il DGUE, non si è limitata a dichiarare di voler ricorrere al subappalto ma ha anche rivelato la quota percentuale del medesimo: sostiene tale indicazione fosse preclusa dal Disciplinare di gara, che la richiedeva solo nella offerta tecnica.

Quand'anche si potesse convenire con parte ricorrente circa il fatto che l'indicazione della quota percentuale di subappalto doveva essere inserita solo nell'ambito della offerta tecnica, non si potrebbe non osservare che alla indicazione di tale quota percentuale nel DGUE Defendini Logistics è stata indotta dal modello di DGUE adottato dalla Stazione Appaltante, il quale nella parte II, quadro D richiedeva espressamente di indicare la parte oggetto di subappalto e la relativa quota percentuale. Valga poi rimarcare che la supposta discrepanza tra l'art. 2.1.1.8.2. del Disciplinare, che riferisce la necessità di dichiarare solo le "parti" oggetto di subappalto nel capitolo dedicato alla documentazione amministrativa, e l'art. 2.2.3., che invece trattando del contenuto della offerta tecnica segnala la necessità di indicare "la quota" di subappalto, non era di tenore così chiaro da non creare confusione sul punto; sicché, ove disposta, l'esclusione del Raggruppamento aggiudicatario in ragione di tale supposta violazione dell'art. 2.1.1.8.2. del Disciplinare avrebbe dovuto essere considerata certamente in violazione del principio di tassatività della cause di esclusione nonché dell'art. 2.1.1.3. del Disciplinare, tenuto conto del fatto che la fattispecie in esame non pare rientrare in alcuna delle ipotesi indicate dall'art. 80 del D. L.vo 50/2016, sotto il cui regime ricade la gara in esame, né in altra fattispecie che comporti incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

14. Il Collegio ritiene manifestamente infondato anche il secondo motivo, con cui si lamenta che il criterio che premia la minor quota di subappalto, rispetto a quella massima legalmente ammessa, comporterebbe una commistione illegittima tra criteri di ammissione alla gara e criteri di valutazione della offerta tecnica.

14.1. I requisiti di partecipazione sono indicati ai punti da 2.1.1.4. a 2.1.1.7 del Disciplinare e tra di essi non ve n'è alcuno che escluda il subappalto o che comunque richieda la capacità dell'appaltatore di eseguire direttamente tutto l'appalto. Ciò premesso va ricordato che di commistione tra elementi rilevanti per la partecipazione alla gara ed elementi determinanti ai fini della valutazione della offerta tecnica si può parlare solo allorquando l'elemento che viene valorizzato come requisito di partecipazione venga allo stesso tempo valorizzato ai fini della attribuzione di un punteggio specifico nella fase di valutazione della offerta tecnica: il che accade ad esempio quando per la partecipazione alla gara si richieda all'operatore economico di possedere un certo numero di automezzi e poi il possesso di quegli stessi automezzi (e non di quelli in maggior numero eventualmente messi a disposizione dell'appaltatore) sia cagione di attribuzione di un punteggio tecnico. Nel caso di specie, venendo in considerazione un criterio che valorizza, in sede di valutazione della offerta tecnica, il minor ricorso o il mancato ricorso al subappalto, si sarebbe potuta evidenziare una commistione con i requisiti di partecipazione solo ove tra questi la Stazione Appaltante avesse indicato la capacità di eseguire direttamente tutto l'appalto, ma così non é. Da qui la palese infondatezza della censura.

15. Con il terzo motivo si assume che la clausola del Disciplinare che apprezza il minor ricorso al subappalto, valorizzandolo con un punteggio di 10 punti sui 55 massimi previsti per l'offerta economica, implicherebbe violazione del principio di segretezza: secondo parte ricorrente le medesime esigenze di imparzialità che impongono che l'offerta economica sia ignota alla Commissione allorquando valuti gli elementi tecnici, si imponevano anche rispetto a un elemento di carattere automatico quale quello congegnato dall'Amministrazione Aggiudicatrice per premiare i

concorrenti che avessero previsto un ridotto ricorso al subappalto con una quota inferiore al massimo consentito per legge (30%).

15.1. Ancorché non si possa escludere a priori che il giudizio relativo alla offerta tecnica possa essere influenzato anche dalla anticipata conoscenza di elementi diversi da quelli di natura strettamente economica, il Collegio non ritiene che un tale condizionamento possa essersi verificato nel caso di specie: il fatto che il Disciplinare di gara premi il minor ricorso alla quota di subappalto con un punteggio significativo (10 punti su 55), contribuisce a mettere l'operatore, che ha presentato la migliore offerta per tale aspetto, in una posizione già abbastanza "forte" e tale da rendere non necessaria, da parte della Commissione, una valutazione particolarmente "benevola" degli ulteriori aspetti della offerta tecnica. Non v'è pertanto alcuna concreta ragione per ritenere che la anticipata conoscenza delle quote di subappalto indicate dalle due ricorrenti fosse astrattamente idonea a condizionare la Commissione nella valutazione della offerta tecnica, sul presupposto che l'offerta in tal senso migliore dovesse essere a priori preferita (allo stesso modo in cui è astrattamente preferibile l'offerta economica che comporta il minor dispendio per la stazione appaltante), e tanto meno v'è prova che la Commissione sia stata in concreto condizionata. Da qui l'infondatezza della censura.

16. Con il quarto ed ultimo motivo parte ricorrente deduce che la clausola che valorizza il minor ricorso al subappalto sarebbe discriminatoria e limitativa della concorrenza in quanto di fatto impedirebbe a numerosi operatori, che non sono in possesso dei requisiti oggetto di gara o che comunque ritengono di non poter eseguire direttamente tutto l'appalto, di partecipare alla gara.

16.1. La censura per quanto suggestiva è, ad avviso del Collegio infondata, tenuto conto del fatto che qualunque impresa avrebbe potuto concorrere in raggruppamento temporaneo con altre imprese ovvero ricorrere all'avvalimento, istituti, questi, che garantiscono entrambi la più ampia partecipazione alla gara.

16.2. Il subappalto è un istituto che prima di tutto consente all'appaltatore di delegare a terzi la esecuzione di una parte dell'appalto e quindi, in sostanza, di non doversi organizzare per eseguire direttamente tutto l'appalto: è ben vero che esso può essere funzionale anche alla dimostrazione dei requisiti e che in tal senso l'avvalimento può avvenire anche mediante ricorso al subappalto; ma non si può sottacere che la sua causa è, in origine, quella di realizzare una parziale cessione del contratto d'appalto. Nella materia degli appalti pubblici la disciplina del subappalto differisce significativamente da quella dell'avvalimento o del raggruppamento di imprese, in quanto non comporta assunzione diretta di responsabilità del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, a conferma del fatto che esso realizza piuttosto una modalità di organizzazione interna del lavoro, che normalmente ha anche un determinato vantaggio per l'appaltatore.

16.3. Ciò premesso e ricordato non si può ragionevolmente affermare che una clausola come quella in contestazione, che indubbiamente scoraggia il ricorso al subappalto, sia idonea a precludere la partecipazione alla gara delle imprese che non posseggano tutti i requisiti o che non siano organizzate in maniera tale da raggiungere l'intero territorio da servire: che si tratti di comprovare il possesso dei requisiti ovvero di implementare nel giro di poco tempo una organizzazione più ampia, in ragione della estensione del territorio da servire, ovvero della lontananza della impresa dal luogo di esecuzione del contratto, il problema può essere risolto da una piccola o media impresa mediante ricorso all'avvalimento o al raggruppamento di imprese. La clausola non è dunque affatto di per sé preclusiva della partecipazione alla gara.

16.4. Vero è peraltro, che il subappalto presenta interesse per gli operatori in quanto consente loro di partecipare ad una gara e rendersi aggiudicatari senza dover "spartire" il contratto ed i relativi

compensi con le imprese che collaborano, con le quali non deve neppure costituire preventivamente una associazione ai fini della partecipazione alla gara e poi della esecuzione del contratto. Il subappalto, dunque, rappresenta per gli appaltatori uno strumento più agile della associazione o del raggruppamento temporaneo di imprese, che al tempo stesso consente di lucrare sulla parte del contratto affidata al subappaltatore, al quale spesso l'aggiudicatario-appaltatore riconosce un compenso inferiore a quello che la stazione appaltante gli corrisponde per le medesime prestazioni.

16.5. La Corte di Giustizia della Unione Europea, nella sentenza resa sul ricorso C-298/15, ha affermato che *“è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, incluso per gli appalti che non sono disciplinati dalla direttiva 2004/17”* e che *“Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.”*. Pertanto le disposizioni che scoraggiano il ricorso al subappalto, rendendo meno attraente la gara per gli operatori stranieri, devono considerarsi, in linea di principio, restrittive della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi. Tuttavia, prosegue la Corte, *“una restrizione siffatta può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine (v., in tal senso, sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44).”*

16.5.1. Nel precedente in esame la Corte di Giustizia della Unione Europea – con riferimento ad una norma che, in via generalizzata, vietava il subappalto per l'esecuzione delle opere “principali”, ha ancora rilevato che *“ tale disposizione sarebbe stata adottata in particolare allo scopo di ostacolare una pratica esistente che consiste, per un offerente, nel far valere capacità professionali al solo fine di aggiudicarsi l'appalto di cui trattasi, con l'intento, non già di eseguire esso stesso i lavori, bensì di affidarne la maggior parte o la quasi totalità a subappaltatori, pratica che comprometteva la qualità degli stessi lavori e la loro corretta realizzazione. Dall'altro lato, nel limitare il ricorso al subappalto alle opere qualificate come «non principali», l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici mirerebbe a incoraggiare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici in qualità di co-offerenti nell'ambito di un gruppo di operatori economici anziché in quanto subappaltatori. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'obiettivo attinente all'esecuzione corretta dei lavori, esso dev'essere considerato legittimo.”*: nella specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto che la norma nazionale sottoposta alla sua valutazione eccedesse *“quanto necessario al fine di raggiungere tale obiettivo, in quanto vieta in modo generale un siffatto ricorso al subappalto per le opere qualificate come «principali» dall'ente aggiudicatore”*. Quanto al fatto che la limitazione del ricorso al subappalto potesse incoraggiare le piccole e medie imprese a concorrere direttamente, la Corte ha affermato che non constava evidenza della necessità, a detto fine, di escludere sempre il subappalto per l'esecuzione delle opere principali.

16.6. Tanto premesso, il Collegio rileva che nel presente giudizio viene in considerazione non già una norma nazionale che vieta o scoraggia in modo generalizzato il subappalto, trattandosi di previsione contenuta in un bando, che perciò si limita a disciplinare solo una specifica gara. Trattasi inoltre di norma che non vieta il subappalto ma incoraggia a ricorrervi il meno possibile, premiando con punteggio aggiuntivo le offerte delle imprese che appaltano la minor percentuale del servizio. Infine si tratta di previsione chiaramente dettata dall'intento di evitare le complicazioni che il subappalto ha creato nella prassi e di cui anche l'Unione Europea ha dovuto prendere atto.

16.6.1. Sul punto si consideri che mentre la Direttiva 2004/17/CE dedicava al subappalto solo una breve norma, l'art.37, e solo per affermare la possibilità per gli Stati membri di introdurre l'obbligo

di dichiarare nella offerta le parti dell'appalto oggetto di subappalto nonché il nominativo del/i subappaltatore/i, nella Direttiva 2014/25/UE il subappalto è trattato nel lunghissimo "considerando" n. 110 e nell'ancor più prolisso art. 88, che contiene tutta una serie di previsioni volte, da una parte, a garantire l'osservanza di determinati requisiti ed obblighi da parte del subappaltatore, d'altra parte anche il diritto di questo a ricevere direttamente dalla stazione appaltante il compenso relativo alle prestazioni subappaltate; l'art. 88 della Direttiva prefigura espressamente anche la possibilità, per gli Stati, di estendere al subappaltatore la responsabilità diretta per l'esecuzione dell'appalto: il legislatore italiano, tuttavia, sino ad ora non ha recepito tale indicazione, forse per la ragione che proprio il fatto di non avere una responsabilità diretta a 360°, nei confronti della stazione appaltante, rende un operatore più disponibile a fungere da subappaltatore.

16.7. Il più ampio spazio che il legislatore europeo ha riservato alla disciplina del subappalto nelle più recenti "direttive appalto", rispetto alle direttive precedenti, conferma che si tratta di istituto per natura foriero di problematiche, verosimilmente per la ragione che nella prassi è stato non di rado utilizzato come strumento di sfruttamento delle piccole e medie imprese, con conseguente decadimento della qualità delle prestazioni. Non stupisce, quindi, che una stazione appaltante possa guardarvi con diffidenza. D'altro canto la valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito da una previsione di bando, come quella che qui viene in considerazione, e della proporzionalità di tale previsione rispetto allo scopo perseguito, non può prescindere dalla considerazione che, per come oggi è disciplinato in Italia il subappalto, la sua attrattività è legata, per i subappaltatori, alla mancanza di una responsabilità diretta nei confronti della stazione appaltante a fronte della possibilità di percepire direttamente i compensi, e dal lato dei contraenti principali al fatto di non volersi legare ad altri operatori, cui rendere conto, mediante una associazione o un raggruppamento temporaneo. Si vuol dire, cioè, che sono proprio gli aspetti meno "commendevoli" del subappalto a renderlo uno strumento "invitante", e come tale idoneo ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici.

16.8 Tenuto conto di tutto quanto sopra esposto il Collegio è dell'opinione che la clausola della *lex specialis* che premia con un punteggio aggiuntivo l'offerta dell'operatore che subappalta la minor quota dell'appalto non può ritenersi discriminatoria né ingiustificatamente limitativa della libertà di stabilimento e della libera concorrenza, avendo essa lo scopo non di precludere bensì semplicemente di scoraggiare il ricorso ad una modalità di esecuzione dell'appalto, il subappalto, che per natura è idoneo a creare problemi che si riflettono sulla corretta esecuzione dell'appalto e sul rispetto di alcune norme a carattere imperativo (rispetto degli obblighi previdenziali per i dipendenti del subappaltatore; rispetto di norme a tutela dell'ambiente).

16.9. Per tutte le dianzi esposte ragioni e tenuto conto del fatto che questo Tribunale non è organo giurisdizionale di ultima istanza e non ha l'obbligo di rinviare alla Corte di Giustizia della Unione Europea le questioni che implicino una preventiva interpretazione del diritto europeo, il Collegio ritiene di dover disattendere anche il quarto dei motivi di ricorso.

17. Conclusivamente il ricorso va respinto perché infondato.

18. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio in relazione alla singolarità e novità della questione portata alla attenzione del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO