

14 febbraio 2019 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di lavori – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 48, paragrafo 3 – Valutazione e verifica delle capacità tecniche degli operatori economici – Disposizione nazionale che non può essere considerata una trasposizione della direttiva 2004/18 – Mancanza di un rinvio diretto ed incondizionato al diritto dell'Unione – Mancanza di una domanda fondata sull'esistenza di un interesse transfrontaliero certo – Irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale»

Nella causa C-710/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 28 settembre 2017, pervenuta in cancelleria il 18 dicembre 2017, nel procedimento

CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa

contro

Comune di Tarvisio,

nei confronti di:

Incos Srl,

RTI – Idrotermica F.lli Soldera,

Gabriele Indovina,

LA CORTE (Nona Sezione),

composta da C. Lycourgos, presidente della Decima Sezione, facente funzione di presidente della Nona Sezione, E. Juhász (relatore) e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Comune di Tarvisio, da I. Angelini e T. Billiani, avvocatesse;
- per l'Incos Srl, da A. Manzi, S. Lago e N. Creuso, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli, avvocato dello Stato;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara e P. Ondrůšek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU 2011, L 319, pag. 43) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa (in prosieguo: il «CCC») e il Comune di Tarvisio (Italia) in merito all'impugnazione, da parte del primo, dell'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese Incos Srl (in prosieguo: il «raggruppamento temporaneo Incos») di un appalto pubblico per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento urbano.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 7 della direttiva 2004/18, intitolato «Importi delle soglie degli appalti pubblici», così dispone:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici (...) il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

c) 5 000 000 EUR, per gli appalti pubblici di lavori».

- 4 L'articolo 48 della direttiva 2004/18, intitolato «Capacità tecniche e professionali», stabilisce, al paragrafo 3, che «[u]n 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. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie».

Diritto italiano

- 5 Sotto il titolo I «Contratti di rilevanza comunitaria», della parte II, intitolata «Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari», del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006), come modificato dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (GURI n. 110, del 13 maggio 2011, pag. 1), convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106 (GURI n. 160, del 12 luglio 2011, pag. 1) (in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), figura l'articolo 53 di tale codice, che riguarda la tipologia e l'oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

- 6 Tale articolo, al comma 3, prevede quanto segue:

«Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, (...) gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti (...), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 7 Con bando del 10 agosto 2012, il Comune di Tarvisio ha indetto una gara per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per il teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predil (Italia), per l'importo complessivo di EUR 3 060 200,85.

- 8 Il CCC e il raggruppamento temporaneo Incos hanno partecipato a tale gara.

- 9 Poiché il raggruppamento temporaneo Incos non aveva i requisiti necessari per effettuare la progettazione di tale impianto di teleriscaldamento, nella sua offerta veniva indicato che esso si sarebbe avvalso di un ingegnere, in qualità di progettista esterno. Tuttavia, per soddisfare alcuni dei requisiti tecnici previsti dal bando di gara, nello specifico, aver svolto negli ultimi dieci anni anteriori alla pubblicazione del bando di gara diversi servizi relativi a lavori individuati in funzione del loro importo ed aver impiegato un numero medio annuo di almeno dodici persone in qualità di personale tecnico nei tre anni anteriori alla data di pubblicazione del medesimo bando, tale ingegnere si è egli stesso avvalso delle capacità di un soggetto terzo, ricorrendo all'istituto dell'«avvalimento», previsto dall'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, concludendo un contratto con un soggetto che possedeva tali requisiti.

- 10 Con decisione del 12 ottobre 2012, l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato l'appalto al raggruppamento temporaneo Incos.

- 11 Il CCC ha contestato la validità di tale decisione, sulla base dell'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, sostenendo che il progettista esterno del quale l'aggiudicatario ha dichiarato che si sarebbe avvalso non poteva a sua volta ricorrere alle capacità possedute da terzi per provare le sue capacità professionali e tecniche ad effettuare la progettazione dell'opera in questione.

- 12 Con sentenza dell'11 gennaio 2013, il Tribunale amministrativo regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Italia) ha respinto il ricorso del CCC con la motivazione che, in particolare, in applicazione dei principi dell'Unione e nazionali in materia di appalti pubblici, i progettisti indicati nell'ambito di una gara, compreso il professionista formalmente incaricato della progettazione di determinati lavori, possono ricorrere all'avvalimento.

- 13 Avverso tale sentenza il CCC ha proposto appello dinanzi al giudice del rinvio, il Consiglio di Stato (Italia).

- 14 Tale giudice si interroga sulla compatibilità del diritto nazionale, in particolare l'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, che disciplina il subappalto in materia di appalti pubblici, con le disposizioni della direttiva 2004/18, come interpretate dalla Corte nella sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646).

- 15 Il giudice del rinvio rileva infatti che, in alcune sue decisioni, esso ha considerato che tale sentenza della Corte implicasse che il diritto italiano doveva essere interpretato nel senso che autorizzava tutti gli operatori economici che partecipano all'esecuzione di un appalto pubblico a ricorrere al subappalto, al fine di soddisfare i requisiti relativi alle capacità tecniche e professionali richieste nel bando di gara. In altre decisioni, il giudice del rinvio avrebbe, al contrario, dichiarato che l'interpretazione del codice dei contratti pubblici implicava che soltanto l'offerente poteva avvalersi delle capacità di un terzo in qualità di progettista al fine di soddisfare i requisiti relativi alle capacità tecniche e professionali richiesti in un bando di gara.

- 16 Per quanto riguarda quest'ultima giurisprudenza, il giudice del rinvio precisa che una siffatta interpretazione dell'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici è legata al fatto che, ai sensi delle disposizioni di tale codice, l'offerente è responsabile dell'esecuzione del contratto in solido con il progettista che egli ha indicato nella sua risposta al bando di gara.

- 17 Ebbene, ciò non avverrebbe nel caso in cui sia il progettista stesso a ricorrere all'avvalimento, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice non soltanto si trova nelle condizioni di valutare con maggiori difficoltà le capacità dell'offerente, ma è anche esposta, in caso di contenzioso, alle difficoltà legate all'avvalimento «a cascata».

- 18 Secondo il giudice del rinvio, vi è incertezza riguardo al fatto che il progettista possa essere considerato un «operatore economico», dato il carattere personale della prestazione che esegue, la quale esclude di per sé qualsiasi possibilità di ricorrere ai servizi di un terzo per l'esecuzione della prestazione che egli è chiamato a svolgere.

- 19 In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con l'art. 48 [della direttiva 2004/18/CE] una norma come quella di cui all'art. 53, comma 3, [del codice dei contratti pubblici], che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista "indicato" il quale ultimo, a sua volta, non essendo concorrente, non può ricorrere all'istituto dell'avvalimento».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 20 Secondo la Repubblica italiana, la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile in quanto l'importo dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, ovvero EUR 3 060 200,85, è inferiore alla soglia di EUR 5 000 000 di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, applicabile in materia di lavori pubblici alla data della pubblicazione del bando di gara di cui al procedimento principale, il 10 agosto 2012. Ciò comporterebbe che le disposizioni di tale direttiva non sono applicabili al procedimento principale.

- 21 Tuttavia, la Commissione europea ritiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia ricevibile in applicazione della giurisprudenza della Corte che, in via eccezionale e in determinate circostanze, consente a quest'ultima di interpretare il diritto dell'Unione in situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale diritto.
- 22 Secondo una costante giurisprudenza della Corte, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate da un atto dell'Unione, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme. Pertanto, l'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato (sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 33 e 34, nonché giurisprudenza ivi citata).
- 23 Si deve rilevare che l'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici costituisce una disposizione specifica ed autonoma, che non è analoga ad alcuna disposizione della direttiva 2004/18. Tale disposizione del codice dei contratti pubblici non può essere considerata una trasposizione dell'articolo 48 di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 40).
- 24 Inoltre, il giudice del rinvio non indica alcuna altra disposizione della legislazione italiana che avrebbe reso applicabile il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici di valore inferiore alle soglie previste dalla direttiva 2004/18 alle questioni cui si applica l'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici.
- 25 In tali circostanze, non si può ritenere che l'articolo 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, allorché si applica ad appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, operi un rinvio diretto e incondizionato alla stessa (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 41).
- 26 Da tali considerazioni e, più in particolare, dalla giurisprudenza citata al punto 22 della presente sentenza, consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale non è ricevibile.
- 27 Non sembra poter contraddire tale constatazione il fatto, ricordato dalla Commissione nelle proprie osservazioni scritte, che la Corte può comunque tener conto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE e, in particolare, degli articoli 49 e 56 di tale Trattato, ossia dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo.
- 28 Occorre infatti rilevare che la domanda di pronuncia pregiudiziale è diretta unicamente all'interpretazione della direttiva 2004/18 e non delle disposizioni e dei principi fondamentali del Trattato FUE. Di conseguenza, tale domanda non menziona e non giustifica, neppure in via subordinata, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo.
- 29 Non sussistono pertanto i presupposti per un esame della Corte su tale base.
- 30 Di conseguenza, alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve constatare che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile.

Sulle spese

- 31 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Nona Sezione) dichiara:

La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 28 settembre 2017, è irricevibile.

Lycourgos

Juhász

Vajda

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 14 febbraio 2019.

Il cancelliere

Il presidente

A. Calot Escobar

K. Lenaerts