

Pubblicato il 17/10/2020

N. 00278/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00072/2020 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 Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 72 del 2020, proposto da

Allarme Molise di Antonino di Iorio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. – Invitalia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Manuela Teoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo – Polo Museale del Molise, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Campobasso presso cui è domiciliato in via Insorti d'Ungheria n. 74, Campobasso;

nei confronti

Ati Selcom S.p.A. - Compagnia Italiana Allarmi C.I.A.L. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Giasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

SIEMENS S.p.a. in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- del bando, del disciplinare, del capitolato, nonché del progetto posto a base di gara, ivi compresi i relativi allegati ed elaborati, con i quali l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. – Invitalia, in qualità di Centrale Unica di Committenza per il MIBACT – Polo Museale del Molise, ha indetto Procedura aperta ex art. 36 co. 2, lett. d), 60, 145 e ss. del d.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei “Lavori di adeguamento degli impianti delle sedi del Polo museale del Molise” (CIG: 8046973C2E). Progetto esecutivo approvato con Decreto dell'Ente Aderente del 09/09/2019. Determinazione a contrarre n. 30 del 01/10/2019;
- della determina di nomina del RUP, Arch. Annalisa di Mase, del 12.06.2019 prot. n. 00733870;
- di tutti i chiarimenti forniti dalla S.A. in risposta ai quesiti;
- di tutte le comunicazioni e gli avvisi pubblicati sul profilo della Centrale di Committenza;
- di tutti i verbali di gara, ivi compresi in particolare i verbali n. 1, 2, 3, 4, 5, 6;
- della richiesta di soccorso istruttorio di cui al verbale n. 2 del 28.11.2019;
- del provvedimento di ammissione di cui al prot. 0175835 del 20.12.2019;
- della determina n. 210 prot. 0001713 del 7.01.2020;
- della richiesta di integrazione dei giustificativi della manodopera del 30.01.2020 avanzata dalla S.A. nei riguardi del RTI Costituendo SELCOM

SPA – CIAL S.r.l. Unipersonale;

- della proposta di aggiudicazione prot. n. 0017903 del 5.02.2020 in favore del RTI Costituendo SELCOM SPA – CIAL S.r.l. Unipersonale;

- del provvedimento di aggiudicazione del 05.02.2020 in favore del RTI Costituendo SELCOM SPA – CIAL S.r.l. Unipersonale;

- della nota pec del 05.02.2020 con cui la S.A. ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione in favore del R.T.I. Costituendo SELCOM SPA – CIAL S.r.l. Unipersonale;

- delle verifiche sul possesso da parte dell'aggiudicatario RTI Costituendo SELCOM S.p.A. – CIAL S.r.l. Unipersonale dei requisiti di cui agli artt. 80 e 83 del d.lgs. 50/2016 per la partecipazione alla gara;

- del provvedimento con il quale il MIBACT – Polo Museale del Molise ha approvato gli atti della procedura svolta da Invitalia;

- ove occorrer possa, della nota a firma del Direttore dell'Ente Aderente prot. 2055 del 27.08.2018 di nomina del RUP dell'Ente Aderente Arch. Pierangelo Izzo;

- del progetto esecutivo validato con provvedimento del 1.04.2019;

- dell'atto di attivazione e della documentazione allegata di cui al prot. MIBACT n. 08290 del 6.06.2019;

- dell'accettazione di Invitalia di cui al prot. 0083521 del citato atto di attivazione;

- della determina a contrarre dell'Ente Aderente n. 30 del 01.10.2019;

- della relazione prot. 0124972 del 2.10.2019 a firma del RUP di Invitalia;

- della determina di avvio di Invitalia n. 154 del 3.10.2019 prot. 0125617;

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché non conosciuto;

- nonché per la condanna al risarcimento danni in forma specifica con il

conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto e subentro nel relativo contratto da parte della ricorrente, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché in via subordinata per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo e di Invitalia S.p.A. - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa e di Ati Selcom S.p.A.-Compagnia Italiana Allarmi C.I.A.L. S.r.l.;

Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2020 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con bando inviato alla GUUE in data 7.10.2019 e pubblicato in data 9.10.2019, l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. – Invitalia, in qualità di Centrale Unica di Committenza per il MIBACT – Polo Museale del Molise, indiceva Procedura aperta ex artt. 36 co. 2, lett. d), 60, 145 e ss. del d.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei “Lavori di adeguamento degli impianti delle sedi del Polo museale del Molise” (CIG: 8046973C2E). La procedura, gestita con modalità telematiche sul portale della medesima Centrale di Committenza, aveva ad oggetto in particolare “Lavori di adeguamento degli impianti di videosorveglianza, antintrusione, controllo accessi afferenti delle sedi del Polo Museale del Molise”.

In particolare, l'appalto, inerente ai diversi siti del Polo Museale del Molise, comprendeva - tra le altre - le seguenti opere: *“a - la realizzazione di piccole opere di ripristino e finitura per l'ammodernamento delle sale operative delle sedi periferiche, opere*

edili, di impiantistica e di finitura; b - l'ammmodernamento e l'implementazione dei sistemi tecnologici; c - il recupero dei dispositivi, presenti nei vari siti di intervento; d - l'eliminazione dei dispositivi tecnologicamente superati. Sostituzione di videoregistratori e monitor; e - la realizzazione di un sistema di alimentazione autonomo. L'integrazione dei sistemi di sicurezza; f - l'installazione di videocitofoni IP e la realizzazione di sistemi di controllo anti rapina; g - la realizzazione di una regia e di un'infrastruttura di rete radio per la trasmissione dei dati?.

Alla gara partecipavano – tra gli altri – la Centro Allarme Molise di Antonino Di Iorio (di seguito, per brevità, Centro Allarme Molise), nonché l'RTI Costituendo SELCOM S.p.a. (mandataria) – CIAL S.r.l. Unipersonale (mandante) (di seguito, per brevità, RTI SELCOM), e la SIEMENS S.p.a. (di seguito, SIEMENS).

All'esito della gara, le citate imprese si classificavano come segue:

- 1a classificata: RTI SELCOM, con pt. 77,42;
- 2° classificata: SIEMENS, con pt. 65,30;
- 3° classificata: CENTRO ALLARME MOLISE, con pt. 62,47.

In data 10.02.2020 la Centro Allarme Molise esperiva a istanza di accesso alla S.A., che veniva esercitato in data 17.02.2020.

2. In via principale il ricorrente chiede di annullare gli atti impugnati nella parte in cui ammettono le imprese controinteressate, non ne dispongono l'esclusione, ne valutano positivamente l'offerta e aggiudicano al R.T.I. SELCOM l'appalto in discussione, con conseguente rimodulazione della graduatoria definitiva e la contestuale aggiudicazione dell'appalto in favore della Centro allarme Molise di Antonino di Iorio.

A sostegno di tale domanda si deducono i seguenti motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo si censura - sotto i profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere - l'ammissione alla gara delle Società SELCOM e

SIEMENS, per aver le stesse supplito alla carenza del possesso della qualificazione SOA OG2 attraverso il ricorso al subappalto. Secondo la ricorrente, il subappalto (cd. “necessario” o “qualificante”) non sarebbe utilizzabile perché:

a) per le lavorazioni di cui alla categoria SOA OG2 non è ammissibile l'istituto dell'avvalimento, in ragione della natura specialistica delle stesse (art. 146 del d.lgs. 50/16): e poiché non è utilizzabile l'avvalimento, implicitamente, non sarebbe utilizzabile neppure il subappalto;

b) le lavorazioni di cui alla categoria SOA OG2 sarebbero assimilabili, per disciplina, alle lavorazioni superspecialistiche (cd. “SIOS”) di cui al D.M. 248/16, per le quali, nel caso superino il 10% del valore dell'appalto, il subappalto è ammissibile nei limiti del 30%, con l'obbligo per il concorrente di essere in possesso della stessa qualificazione per il restante 70%. Nella specie, poiché le lavorazioni della categoria SOA OG 2 superavano per valore il 22% del valore dell'appalto le stesse sarebbero subappaltabili esclusivamente nei limiti del 30%, e non per il 100%, come hanno fatto SELCOM e SIEMENS.

c) la categoria SOA OG 2 è a qualificazione cd. “obbligatoria” e in quanto tale deve necessariamente essere posseduta dal concorrente.

Da qui la illegittimità della ammissione a gara di SELCOM e SIEMENS, e, ancor prima, della *lex specialis*, che consente, invece, l'uso del subappalto.

2.2. Con un secondo motivo di ricorso si deduce, anzitutto, la violazione dell'art. 12.2 del disciplinare di gara, rubricato “Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale” per mancanza dell'attestazione SOA in capo alla SIEMES, il cui possesso, invece, era previsto a pena di esclusione.

La SIEMENS, in particolare, avrebbe dichiarato (in data 8.11.2019) di essere

in possesso di attestazione S.O.A. scaduta a far data dal 11.10.2019 (scadenza triennale) e in fase di riattestazione.

Dalla documentazione in atti emergerebbe che la SIEMENS si sia attivata tardivamente (solo il 01.10.2019) per la verifica triennale, ossia solo dieci giorni prima della scadenza (11.10.2019).

La SIEMENS, in buona sostanza, avrebbe presentato la domanda di partecipazione nonostante fosse priva del requisito di ammissibilità del possesso dell'attestazione SOA prescritto dalla richiamata normativa di gara.

Stante quanto sopra, la SIEMENS avrebbe dovuto essere esclusa alla procedura in discussione con la conseguente illegittimità dei provvedimenti impugnati, nella parte in cui ammettono l'impresa, ne valutano positivamente l'offerta e collocano la stessa al secondo posto della graduatoria finale.

2.2.1. Sotto un secondo profilo si deduce la violazione dell'articolo 14 del disciplinare di gara, il quale, in linea con l'articolo 93, co. 8, del Codice degli appalti, richiedeva, a pena di esclusione, di produrre la dichiarazione di un fideiussore contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, una garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto, sotto forma di cauzione o fideiussione, in favore dell'Ente Aderente "MIBACT – Polo Museale del Molise".

Nel caso di specie, invece, la SIEMENS avrebbe presentato la polizza ed il connesso impegno a fornire garanzia definitiva in favore della sola INVITALIA (così si legge nell'attestazione della Polizza) e non nei confronti del MIBACT – Polo Museale del Molise. Tale circostanza veniva accertata anche dalla stessa stazione appaltante che, in relazione a tale mancanza, aveva disposto il soccorso istruttorio, cui aveva fatto seguito la produzione della prescritta documentazione.

Secondo la ricorrente l'amministrazione, nel consentire l'integrazione postuma

della documentazione mancante, si sarebbe posta in contrasto con l'art. 14 del bando ove prevede che: *“È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta”*.

2.2.2. Sotto un terzo profilo si deduce la violazione della *lex specialis* nella parte in cui richiedeva agli operatori economici di dimostrare la fattibilità del progetto.

La SIMENS, difatti, avrebbe presentato un'offerta tecnica assolutamente irrealizzabile per un triplice ordine di ragioni:

- con riferimento alla proposta migliorativa sul backbone presentata da SIEMENS sarebbe impossibile effettuare i link, mancando la necessaria visibilità tra trasmettitore e ricevitore, impedita da ostacoli naturali insormontabili ed ineliminabili, sulle seguenti tratte: 1. Colli a Volturmo (EI Towers) – Castello di Castropignano; 2. Pesche (EI Towers) – Castello di Castropignano; 3. Cercemaggiore (EI Towers) – Castello di Castropignano; 4. Ripalimosani (EI Towers) – Museo Sannitico;
- l'operatore economico non avrebbe dimostrato la fattibilità e la disponibilità dei vari siti su cui far passare il collegamento per la rete backbone;
- tra i siti aggiuntivi su cui realizzare una rete magliata si indica il Castello d'Evoli di Castropignano (CB) e il sito EI Towers di Ripalimosani (CB) rinviando la verifica di fattibilità dei link della nuova rete; tuttavia, essendo il primo sito un bene architettonico di proprietà del MIBACT-SABAP, gravato dai vincoli architettonico e paesaggistico, lo stesso risulterebbe inutilizzabile allo scopo. Per tale profilo la proposta si porrebbe in contrasto con il disciplinare ove prevede che: *“A pena di esclusione ... non sono ammesse le offerte che ... siano in contrasto con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso...”*.

A prescindere dalle questioni relative alla realizzabilità dell'offerta, si evidenzia come la proposta di SIEMENS sia alternativa, condizionata, comunque subordinata ad elementi ancora non esistenti al momento della presentazione dell'offerta.

In particolare, con riferimento alla presentazione delle migliorie, SIEMENS posporrebbe le scelte finali ad un momento di progettazione successiva chiamata "costruttiva", in occasione della quale andrebbero valutati "la fattibilità della connessione (LOS); il fabbisogno trasmissivo (throughput) in funzione del numero e della tipologia dei siti periferici collegati" (Offerta tecnica SIEMENS, B., p.1). Peraltro, si osserva come sia la medesima ditta ad affermare testualmente: «non essendoci i tempi, in sede di gara, per preparare uno studio dettagliato in quanto comunque necessaria una fase di progettazione accurata, con la verifica dei LoS e la disponibilità dei siti, ci si è basati sulla "Tavola 01 SITI e PONTI RADIO del progetto di gara"» (Offerta tecnica SIEMENS, B), p.2).

SIEMENS, in buona sostanza, finirebbe per presentare un'offerta tecnica "condizionata", in palese contrasto con quanto previsto dal Disciplinare a pag. 42 dove si riporta *"A pena di esclusione [...] non sono altresì ammesse le offerte tecniche che [...] esprimano o rappresentino [...] proposte condizionate" a valutazioni, decisioni e verifiche successive*". Ciò, anche in relazione alla citata mancanza di qualsivoglia richiesta di autorizzazione o comunque di disponibilità indirizzata al soggetto proprietario di ben tre siti indicati in miglioria.

Per altro verso si evidenzia come nella documentazione prodotta la SIEMENS non abbia fatto cenno al tipo di telecamera proposto, in violazione del Disciplinare (p. 41-42), ove è stabilito quanto segue: *"A pena di esclusione (...) non sono altresì ammesse le offerte tecniche che ... esprimano o rappresentino (...) condizioni equivocate o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione*

univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla stazione appaltante.”

Si contesta inoltre la poca chiarezza, nella proposta migliorativa, nella determinazione dei costi finali a carico della S.A.

Oltre a ciò, si afferma che la SIEMENS abbia offerto soluzioni tecniche peggiorative rispetto a quelle poste a base di gara, con ciò recando un’offerta imperniata su caratteristiche tecniche non conformi alle condizioni minime capitolari. Ciò, in spregio al disposto del disciplinare di gara, ove si riporta: *“A pena di esclusione (...) non sono altresì ammesse le offerte tecniche che (...) prevedano soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili con quest’ultima”*.

2.3. Con un terzo motivo di ricorso si deduce la violazione del disciplinare di gara e dell’articolo 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici ove si prevede che all’interno del DGUE l’operatore economico dovrà dichiarare di possedere i requisiti richiesti nel presente Disciplinare per tutti i soggetti che rivestono le cariche di cui all’articolo 80, co. 3, del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso di specie, invece, in sede di compilazione del DGUE R.T.I. SELCOM, ed in specie la SELCOM S.P.A., si sarebbe limitata ad indicare i nominativi dei direttori tecnici della medesima società, omettendo di rendere la prescritta dichiarazione con riferimento ai vari componenti del collegio sindacale.

In tal senso, configurandosi un’irregolarità “essenziale” del DGUE, l’Amministrazione avrebbe dovuto avvedersene e, se del caso, esercitare il potere di soccorso istruttorio.

Si evidenzia inoltre l’assoluta incompletezza e il difetto d’istruttoria rispetto alla verifica, in fase di aggiudicazione, in merito ai requisiti di moralità

autodichiarati dai concorrenti dell'RTI.

Sul punto in particolare si specifica che:

“i) quanto alla SELCOM S.P.A., risulta mancante la verifica della regolarità fiscale alla data di presentazione della domanda di partecipazione e quindi del momento temporale in cui la dichiarazione doveva essere resa; la stessa è riferita al solo periodo successivo all'aggiudicazione;

risultano parimenti mancanti gli esiti delle verifiche antimafia;

ii) quanto alla C.I.A.L., risulta mancante la verifica della regolarità fiscale alla data di presentazione della domanda di partecipazione e quindi del momento temporale in cui la dichiarazione doveva essere resa; la stessa è riferita al solo periodo successivo all'aggiudicazione;

risultano parimenti mancanti gli esiti delle verifiche antimafia;

risulta ulteriormente mancante l'accertamento in merito al rispetto degli obblighi di cui alla l. 68/99.”

2.4. Anche con riferimento alla proposta del RTI SELCOM, si deducono vizi di indeterminatezza, di irrealizzabilità della proposta, in termini analoghi a quelli formulati nei confronti della SIEMES e si evidenzia come anche l'offerta della SELCOM si prefiguri come peggiorativa e non conforme rispetto alle condizioni minime poste a base di gara.

Infine si contesta l'attendibilità dell'offerta presentata dal RTI SELCOM per avere lo stesso, in sede di integrazioni rese ai giustificativi della manodopera, “riparametrato al rialzo” il numero degli operai impiegati.

3. In via subordinata si chiede l'azzeramento del punteggio illegittimamente riconosciuto tanto al RTI SELCOM quanto alla SIEMENS in ragione dei vizi denunciati in via principale.

Si evidenzia, inoltre, il difetto di motivazione con riferimento ai punteggi attribuiti da parte della Commissione di Gara.

4. In via ancora subordinata si chiede di ordinare il riesame delle offerte in ragione dei vizi denunciati con le domande proposte in via principale.

5. In via ulteriormente subordinata si contesta la mancata indicazione nei verbali della gara dei coefficienti (o almeno le medie dei coefficienti) assegnati dai commissari di gara ai singoli criteri e sub-criteri previsti dall'art. 21 del disciplinare. Ciò impedirebbe di comprendere (e, quindi, verificare) la correttezza del percorso logico-matematico, nonché giuridico, seguito per l'attribuzione ai concorrenti del punteggio relativo all'offerta tecnica.

6. Si costituivano in giudizio INVITALIA, SELCOM in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. Selcom s.p.a. e della Compagnia Italiana Allarmi C.I.A.L. s.r.l. e il Ministero dei beni culturali.

6.1. INVITALIA ha richiesto di dichiarare inammissibili le censure rivolte nei confronti delle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla Commissione giudicatrice sull'offerta tecnica dell'aggiudicataria e della seconda classificata.

6.1.1. Ha eccepito inoltre la carenza di interesse della ricorrente a contestare la valutazione ed i punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica della SIEMENS, dal momento che Centro Allarme Molise ha ottenuto un punteggio tecnico superiore a quello contestato alla SIEMENS, ovvero 51,18 punti a fronte di 48,12 punti assegnati alla seconda in graduatoria.

6.1.2. Ha altresì evidenziato come in nessun punto della *lex* di gara sia previsto che il concorrente debba fornire in sede di gara eventuali specifici titoli che comprovino la disponibilità delle reti e dei relativi collegamenti, essendo questo un aspetto destinato a rilevare, al più, in fase esecutiva.

6.1.3. Ha infine controdedotto nel merito di ogni singola censura, anche con riferimento alla pretesa irrealizzabilità dell'offerta. Sul punto in particolare evidenzia che la proposta della SIEMES *“con i dispositivi utilizzati e grazie alla variazione dinamica della polarizzazione del segnale radio, introduce un sistema per*

superare gli ostacoli naturali che possono presentarsi stagionalmente nella linea di collegamento tra due nodi (...). Inoltre, in merito alla realizzabilità ed al rispetto delle condizioni di visibilità di tipo LOS (Line-Of-Sight) tra le postazioni coinvolte, l'offerta tecnica presentata da SIEMENS (cfr. criterio B.1 della relazione tecnica) garantisce la realizzazione di link stabili anche in presenza di infrastrutture di ostacolo, grazie all'uso di tecniche di modulazione tipo OFDM (Orthogonal Frequency Division Multiplexing)".

6.2. SELCOM S.P.A. ha eccepito, in rito, l'incompetenza del TAR Molise alla luce dei seguenti elementi:

- la procedura di gara è stata indetta dall'Agenzia Nazionale per l'Attuazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa – Invitalia con sede in Roma alla via Calabria 46;
- gli atti di gara (bando, disciplinare, capitolato) sono stati predisposti da INVITALIA e la gara stessa è stata espletata presso INVITALIA;
- il provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato adottato da INVITALIA e tutte le censure formulate dalla ricorrente attengono a presunti vizi e/o errori di valutazione ascrivibili all'attività posta in essere da INVITALIA.

Ne deriverebbe la competenza del T.A.R. del Lazio a conoscere della presente controversia è in applicazione del criterio della sede dell'organo di cui all'articolo 13 c.p.a.

6.2.2. La SELCOM, inoltre, ha controdedotto nel merito e ha formulato, in termini analoghi ad INVITALIA, l'eccezione di inammissibilità delle censure che si appuntano sulle valutazioni tecniche della Commissione di gara e non su puntuali violazioni della normativa di gara.

6.3. Il Ministero dei Beni culturali ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva e ha chiesto pertanto, di essere estromesso dal giudizio.

7. Con istanza istruttoria del 27 aprile 2020, il ricorrente ha richiesto la

nomina di C.T.U., ai sensi degli artt. 65, 66 e 67 c.p.a., finalizzata ad accertare *«se le offerte tecniche delle controinteressate siano o meno conformi alle prescrizioni di gara, alle prescrizioni minime capitolari e al progetto esecutivo posto a base di gara, verificando la fondatezza delle contestazioni sollevate con ricorso»*.

8. Con ordinanza cautelare n. 101 del 29 febbraio 2020, il Collegio, nel fissare l'udienza di merito ai sensi dell'articolo 55, comma 10, c.p.a., ha chiesto alla parte ricorrente di voler specificare analiticamente gli eventuali quesiti da sottoporre al C.T.U, al fine di consentire al Collegio di valutare, in sede di merito, la loro ammissibilità.

9. Le posizioni delle parti venivano precisate in vista dell'udienza del 10 giugno 2020.

10. All'udienza del 10 giugno 2020 il ricorrente ha prospettato vizi di incostituzionalità dell'articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016, ove interpretato nel senso che lo stesso consenta il subappalto delle lavorazioni della categoria SOA OG 2, per disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista dall'articolo 146 del d.lgs. 50/16 che invece non consente il ricorso all'avvalimento per le categorie in questione. All'esito dell'udienza, con ordinanza collegiale n. 94/2020 pubblicata in data 7.7.2020, è stato concesso al ricorrente un termine al fine di esporre con maggior articolazione i dubbi di legittimità costituzionale sollevati in limine udienza ed è stata fissata per il prosieguo della trattazione del merito del giudizio l'udienza pubblica del 23.09.2020 all'esito della quale la causa passava in decisione.

Ragioni della decisione

11. In rito

11.1. In via preliminare va respinta l'eccezione di incompetenza del Tar Molise, dovendosi ritenere che gli effetti diretti dei provvedimenti gravati siano limitati all'ambito territoriale del Molise, ove si trova il Polo Museale in

cui vanno eseguiti i lavori oggetto dell'appalto. Vale sul punto richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui *“nelle procedure ad evidenza pubblica, la competenza si determina in relazione al luogo di esecuzione dei lavori o dei servizi, da intendersi quale luogo di produzione degli effetti diretti dell'atto di gara, a prescindere dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara o dalla sede dei partecipanti alla gara. Il criterio degli effetti diretti dell'atto prevarrebbe, in questo caso, su quello della sede”* (Così Cons. Stato nn. 1647/2016 e 1971/2014; in senso analogo TAR puglia – Lecce Sez. I, n. 1182/2018; TAR Calabria sez. I - Reggio Calabria, n. 739/2018; Cons. Stato Sez. IV, n. 2828/2015).

11.2. Sempre in via preliminare va accolta la richiesta di estromissione del MIBACT, in linea con l'insegnamento del Cons. Stato sez. III, 10.06.2016, n. 2497, il quale, in una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella oggetto del presente giudizio, ha precisato che: *“Negli appalti pubblici, in caso di gara indetta e gestita in via esclusiva da una «centrale di committenza» in base ad una delega irrevocabile, tale centrale è l'unica e diretta responsabile della procedura, il che comporta che le aziende sanitarie non sono parti necessarie del giudizio neppure in ordine alla domanda di dichiarazione di inefficacia dei contratti e di subentro negli stessi; esse sono infatti destinatarie di tutti gli effetti, sostanziali e processuali, scaturenti dalle vicende connesse alla procedura di gara”*.

11.3. Va respinta altresì l'eccezione di difetto di interesse della ricorrente a contestare la valutazione ed i punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica della SIEMENS, atteso che, se pure è vero che sotto gli aspetti tecnici la ricorrente ha ottenuto un punteggio superiore alla SIEMES è evidente che una diminuzione del punteggio tecnico attribuito alla SIEMES potrebbe comunque incidere sulla graduatoria finale in senso favorevole all'odierna ricorrente.

12. *Nel merito*

12.1. Questo Collegio ritiene opportuno analizzare preliminarmente le censure introdotte con il secondo e il terzo motivo di ricorso, al fine di poter valutare, prima ancora che la manifesta infondatezza, la rilevanza, ai fini del presente giudizio, della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione al primo motivo di ricorso.

12.2. *Sul secondo motivo*

È priva di fondamento la censura con cui si deduce l'assenza dell'attestazione SOA in capo alla SIEMES al momento della presentazione della domanda, per avere la stessa presentato con ritardo l'istanza di verifica triennale. Sul punto è sufficiente il richiamo all'art. 77, comma 1 d.p.r. n. 207/2010 il quale prevede che la richiesta in ordine al mantenimento dei requisiti presso la SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto di revisione vada presentata in *“data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale. Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo”*.

Nel caso di specie, essendo stata presentata la richiesta in questione in data 1.01.2019, ed essendo la scadenza del certificato prevista per il 10.10.2019, risulta rispettata la previsione in esame. Il possesso del requisito in parola, peraltro, è confermato dall'attestazione SOA della Siemens S.p.A. presente in atti. Sul punto vale inoltre richiamare l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 27/2012 secondo cui:

“la partecipazione alle gare è preclusa nella sola ipotesi di presentazione tardiva dell'istanza di verifica triennale, la quale deve essere presentata “non prima di 90 giorni dalla scadenza del termine di verifica triennale.

- *“ [..] l'impresa, la quale ha richiesto entro il predetto termine di 90 giorni il rinnovo*

dell'attestazione SOA o la sua verifica triennale, può partecipare alle gare indette dopo il triennio o dopo il quinquennio, anche se non ha ancora conseguito il nuovo attestato o la verifica triennale, sempre che l'esito positivo di tali domande intervenga, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lg.vo n. 163/2006, dopo l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma prima della stipula del contratto di appalto, cioè durante la fase della verifica del possesso da parte del soggetto aggiudicatario dei requisiti di ammissione alla gara'.

Quanto alla dedotta violazione dell'articolo 93, co. 8 del Codice degli appalti e del disciplinare di gara per non avere la SIEMES specificato in sede di domanda l'intestatario della cauzione definitiva si osserva quanto segue.

In sede di presentazione dell'offerta la SIEMENS, all'interno della busta amministrativa, ha presentato la Garanzia fideiussoria provvisoria n. 094700000043002 rilasciata da BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SPA, emessa il 30 ottobre 2019, in conformità allo Schema tipo 1.1 (d.m. 31 del 19.01.2018). La relativa Scheda Tecnica allegata prevede espressamente l'impegno al rilascio della garanzia di cui all'art. 103, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

La richiesta di soccorso istruttorio formulata dal RUP ai sensi dell'articolo 83, co. 9, del Codice dei contratti pubblici (come da verbale n. 2 del 28.11.2019) è stata volta a chiarire la sola specificazione dell'intestatario della cauzione definitiva, e non a sanare la costituzione dell'impegno che, come emerge dagli atti di causa, risulta già reso in data anteriore al termine di presentazione delle offerte.

Sul punto dunque non si ravvisa alcuna violazione dell'articolo 14 del disciplinare di gara, in linea peraltro con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui si deve comprendere *“nell'ambito del soccorso istruttorio la mancanza od irregolarità della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016,*

n. 4528). *L'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, pur corredando l'offerta a pena di esclusione, non assume la connotazione di elemento essenziale dell'offerta, e dunque la sua omissione non costituisce circostanza preclusiva del soccorso istruttorio*" (ex multis, TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 04.03.2019, n. 188). Anche sotto tale profilo, il secondo motivo di ricorso va dunque respinto.

Venendo all'esame delle censure avverso l'offerta tecnica presentata dalla SIEMENS S e dalla R.T.I. SELCOM, vale ricordare anzitutto che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte è espressione della ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti e intelleggibili (cfr. Cons. Stato Sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094: *“le valutazioni operate dalle commissioni di gara sulle offerte tecniche delle imprese concorrenti, in quanto espressione di specifica discrezionalità tecnica complessa, sono sottoposte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nei limiti in cui siano adottati e soprattutto dimostrati vizi di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà, ovvero vizi fondati su un palese e manifesto travisamento dei fatti, o vengano in rilievo specifiche censure circa la non plausibilità dei criteri valutativi o inerenti la loro applicazione concreta”*; in senso analogo cfr. TAR Molise, sez. I, 10.07.2019 n. 239; Cons. Stato, sez. V, 18.01.2016 n. 120; Cons. Stato, Ad. Pl., 3 febbraio 2014 n. 8; Cass. Civ., Sez. Un., 12 maggio 2017 n. 11804; Cons. Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4901; Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2017 n. 4225; Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2017 n. 3645; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2017 n. 9145; TAR Emilia

Romagna, Bologna, Sez. II, 31 luglio 2017 n. 566; TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 8 giugno 2017 n. 247).

Per ottenere una pronuncia del giudice amministrativo sulla illegittima applicazione dei criteri di valutazione ad opera della commissione di gara occorre dunque evidenziarne la manifesta incongruità, *“altrimenti si solleciterebbe il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art.134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica”* (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2019, n. 433).

Applicando tali principi al caso di specie si osserva quanto segue.

L'esame del contenuto del ricorso non ha fatto emergere i denunciati profili di macroscopica illegittimità - per avere l'amministrazione, in tesi della ricorrente, premiato offerte irrealizzabili -, avendo INVITALIA e la SIEMENS argomentato adeguatamente in ordine alla fattibilità del progetto, facendo specifico riferimento all'utilizzo di tecniche e tecnologie che consentono di superare anche gli ostacoli di trasmissione del segnale paventati dal ricorrente. Si è in presenza, quindi, non già di una manifesta irragionevolezza della valutazione della Commissione in ordine alle offerte, ma di un preciso giudizio, connotato da discrezionalità tecnica sull'idoneità delle tecnologie e delle soluzioni proposte dalle controinteressate alla realizzazione del progetto presentato; giudizio che, alla luce della giurisprudenza richiamata, non può essere sindacato nel caso di specie, stante l'assenza di profili di irragionevolezza nella valutazione della Commissione, peraltro composta da esperti del settore, le cui competenze non vengono messe in discussione.

Per le precedenti ragioni vanno respinte altresì le censure con cui si deduce la irrealizzabilità delle offerte delle controinteressate e vanno dichiarati inammissibili i quesiti di cui si è proposta la sottoposizione al CTU con la memoria depositata dal ricorrente in data 25 maggio 2020. Tali quesiti, di

valenza meramente esplorativa, per una parte, sollecitano un sindacato sostitutivo di questo Collegio, (quesiti n. I, IV, V, VI, VII, XI), per altra parte, riguardano l'interpretazione del bando o sollevano questioni giuridiche che esulano dall'ambito della consulenza tecnica o appaiono comunque irrilevanti ai fini della definizione del presente giudizio (quesiti nn. II, III, VIII, IX, X).

Per le medesime ragioni vanno respinte le censure che mirano a contestare il punteggio assegnato alle offerte tecniche, in quanto ancora una volta dirette a sindacare valutazioni devolute alla discrezionalità tecnica della amministrazione, al di fuori del perimetro entro il quale è consentito il sindacato giurisdizionale; esse, difatti, postulano una sostituzione dell'organo giurisdizionale in ordine al giudizio sull'efficienza e sul livello tecnologico delle offerte, rispetto a quella effettuata dalla Commissione di gara, sulla base della valutazione comparativa delle offerte dei diversi operatori economici che hanno partecipato alla selezione.

Va parimenti respinta la censura con cui si deduce una violazione della *lex* di gara per avere la SIEMENS indicato quali siti di intervento beni gravati da vincoli architettonici, senza avere preventivamente ottenuto l'autorizzazione al progetto da parte della Soprintendenza, poiché trattasi di aspetti che attengono alla fase esecutiva e non a quella progettuale. Peraltro il disciplinare di gara in nessun punto prevedeva che le offerenti dovessero già avere, a pena di esclusione, le autorizzazioni ad utilizzare i siti in questione, ma solo che “*a pena di esclusione (...) non sono ammesse le offerte (...) che siano in contrasto con autorizzazioni, pareri ed altri atti di assenso*”. Trattandosi di clausola escludente, la stessa non può essere interpretata estensivamente, sì da comprendere la diversa ipotesi in cui alcuni dei siti considerati nell'offerta ricadono in aree su cui è eventualmente necessario acquisire una successiva autorizzazione.

12.3 *Sul terzo motivo di ricorso*

Quanto alla censurata omessa dichiarazione di insussistenza in capo ai soggetti componenti il Collegio sindacale di SELCOM delle cause ostative di cui all'art. 80, primo e secondo comma del d.lgs. 50/2016 se ne rileva l'infondatezza alla luce dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui *“l'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi, lungi dal rappresentare una falsa dichiarazione, di per sé sola idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara, si configura come mancanza di una dichiarazione sostitutiva, in quanto tale sanabile facendo ricorso al soccorso istruttorio”* (Cons. Stato, sez. V, 05.04.2019 n. 2242). In tal senso depongono anche le valutazioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2014 secondo cui: *“mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita (...) la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali”*.

In linea con quanto appena evidenziato anche l'ANAC, nel paragrafo 3 del Comunicato del Presidente del novembre 2017, ha affermato che *“il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80, indicando i dati identificativi degli stessi oppure la banca dati ufficiale o il pubblico registro da cui i medesimi possono essere ricavati in modo aggiornato alla data di presentazione dell'offerta. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'articolo 76 del d.p.r. n. 445/2000 nei confronti del legale rappresentante che renda dichiarazioni false in ordine al possesso del requisito in esame (...)”*.

Nel caso in esame, dal DGUE presentato dalla SELCOM, emerge che, alla pagina 9, è presente la dichiarazione del legale rappresentante circa l'insussistenza di motivi di esclusione nei confronti di tutti i soggetti di cui all'articolo 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/16.

Il contenuto del DGUE sotto tale profilo è completato con le ulteriori dichiarazioni contenute nel documento “M_Dichiarazione Art. 80 soggetti comma 3”, che si trova all’interno della busta amministrativa del RTI aggiudicatario. Tale documento, firmato digitalmente dal legale rappresentante della SELCOM, contiene le dichiarazioni sull’assenza delle cause di esclusione di cui all’articolo 80, co.1, co. 2 e co. 5, lett. 1, debitamente rese, ai sensi degli articoli 46, 47 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, da ciascuno dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, dal direttore tecnico e da tutti i membri del collegio sindacale.

Stante quanto precede tale censura va respinta.

Parimenti da respingere sono quei profili del terzo motivo di ricorso con cui si censura l’omessa acquisizione, da parte della stazione appaltante, della certificazione comprovante il possesso di taluni requisiti di partecipazione (regolarità fiscale e antimafia, in capo alla capogruppo SELCOM; regolarità fiscale, antimafia e rispetto dell’obbligo di assunzione dei disabili, in capo alla mandante C.I.A.L.).

Si tratta invero di contestazioni generiche - non viene indicata la norma violata - e inconferenti rispetto alla richiesta di annullamento dell’aggiudicazione.

Peraltro, in linea con quanto osservato da INVITALIA e da SELCOM le certificazioni di cui si lamenta l’assenza sono propedeutiche alla stipula del contratto; e dunque *“la ritardata acquisizione si risolve, non (a ritroso) nella illegittimità dell’aggiudicazione, la cui efficacia è anzi subordinata alla relativa acquisizione, quanto piuttosto nello spostamento (in avanti) del momento di sottoscrizione del contratto, al momento cioè in cui quelle certificazioni saranno acquisite”*.

Nel merito inoltre deve osservarsi quanto segue:

- ai sensi dell’articolo 88, co. 4-bis, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è possibile procedere alla stipula del contratto anche in assenza della

comunicazione antimafia. Ne consegue che l'asserita mancata acquisizione degli esiti delle verifiche antimafia non potrebbe giammai essere ostativa all'efficacia della aggiudicazione, ferma la verifica degli altri requisiti prescritti dagli articoli 80 e 83 del Codice dei contratti pubblici;

- con specifico riferimento alle verifiche di regolarità fiscale, l'Amministrazione ha affermato di aver acquisito ogni documento attestante la regolarità della posizione del RTI aggiudicatario e il possesso dei requisiti di ordine generale, precisando quanto segue:

“a) Ai fini della verifica della regolarità fiscale, tanto della mandataria Selcom S.p.A. quanto della mandante CIAL, la Centrale di Committenza ha acquisito, attraverso il Sistema AVCPASS, le rispettive Comunicazioni di regolarità fiscale fornite dall'Agenzia delle Entrate; in entrambi i casi la verifica ha dato esito positivo - la posizione è risultata regolare (doc. 27 e 28).

b) Ai fini delle verifiche antimafia, per entrambe le imprese, in data 10.02.2020 Invitalia ha provveduto ad inserire le richieste per acquisire la comunicazione antimafia nella Banca Dati Nazionale Antimafia, come risulta da apposita documentazione (doc. 29 e 30) consegnata anche al ricorrente in data 17.02.2020.

c) Per quanto concerne l'accertamento in merito al rispetto degli obblighi di cui alla L. 68/99 da parte dell'impresa C.I.AL, si rappresenta che la stessa impresa, nel DGUE (doc. 31) ha dichiarato di non essere tenuta alla disciplina della L. 68/99 in ragione del numero di dipendenti, inferiore a 15.

In fase di verifica dei requisiti, accertato dalla visura camerale che l'impresa in argomento ha un numero di addetti pari a 10”.

Con specifico riferimento alle contestazioni relative alla regolarità fiscale, inoltre, si osserva che l'articolo 86, co. 2, lettera a) del Codice dei contratti pubblici prevede che *“Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui*

all'articolo 80: [...] b) per quanto riguarda il comma 3 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva Istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analoga certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati”.

Inoltre, sia la giurisprudenza amministrativa, sia l'ANAC hanno più volte precisato che *“i documenti rilasciati dall’Autorità competenti ratione officii relativamente alla posizione delle ditte concorrenti alle pubbliche gare (...) in materia di pagamento di imposte e tasse e contributi previdenziali e assistenziali, quanto alla loro natura, si qualificano come atti di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art.2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso (...). Le risultanze dei documenti rilasciati dagli enti preposti vincolano le stazioni appaltanti, in ragione della loro natura di dichiarazione di scienza, senza consentire la formulazione di un apprezzamento autonomo rispetto al giudizio tecnico espresso nelle medesime risultanze”* (cfr. TAR Puglia – Bari, Sez. II, 4 maggio 2018 n. 656; Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2017 n. 4349; Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012 n. 8; Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 789; ANAC n.76 del 28 ottobre 2014).

Stante quanto chiarito dall'Amministrazione resistente, e in assenza di successive contestazioni sul punto da parte della ricorrente, vanno dunque respinte le censure relative ad un'asserita carenza dei requisiti amministrativi da RTI SELCOM.

Va parimenti respinta la censura con cui si deduce che la SELCOM, in sede di giustificativi alla manodopera, abbia determinato una riparametrazione al rialzo, in quanto dall'esame di tale documento sono emerse solo specificazioni in ordine alla manodopera utilizzata per ogni singola attività svolta, e non un aumento delle unità incidenti sul costo complessivo della manodopera.

Venendo infine, alla censura introdotta in via subordinata, relativa alla carenza

di motivazione dei punteggi, si deve richiamare il consolidato orientamento secondo cui *“in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale”*. (Cons. Stato sez. V 14/02/2018 n. 952 che richiama Cons. Stato Sez. III, 13 ottobre 2017 n. 4772)” (TAR Lazio, sez. I, 30.05.2019 n. 399).

13. *Sul primo motivo di ricorso*

Chiarita dunque l'infondatezza delle censure avanzate dal ricorrente negli analizzati motivi di ricorso, si passa ora ad analizzare il primo motivo di ricorso, rispetto al quale si è posta la questione di legittimità costituzionale enunciata in premessa.

In via preliminare si deve rilevare che la tesi del ricorrente secondo cui il subappalto non sarebbe ammissibile nella specifica materia dei beni culturali appare priva di riscontro normativo.

L'articolo 146 del d.lgs. 50/16, infatti, con riferimento alle lavorazioni in materia di beni culturali, si limita a vietare l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, senza nulla specificare in ordine al subappalto.

Parimenti priva di fondamento è la tesi secondo cui nel caso di specie troverebbe applicazione l'articolo 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 che limita al 30% il subappalto delle categorie superspecializzate, di tal ch  sarebbe inammissibile un subappalto del 100% dei lavori rientranti nelle categorie specializzate come avvenuto nel caso di specie.

Al fine di esaminare tale censura vale ricordare che le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria si suddividono in due gruppi: (i) specializzate, generalmente con l'acronimo OG e OS (v. allegato A al d.p.r. 207/2010; art. 12 comma 2-b del DL 47/2014); (ii) superspecializzate, generalmente con l'acronimo OS, oltre a OG11 (v. DM 248/2016; art. 89 comma 11 del d.lgs. 50/2016; art. 12 comma 1 del DL 47/2014).

Al di sopra della soglia di € 150.000 (v. art. 108 comma 3 del d.p.r. 207/2010) le categorie superspecializzate esigono l'attestazione SOA in capo all'appaltatore e il subappalto non può superare il 30% dell'importo (v. art. 105 comma 5 del d.lgs. 50/2016). Per le categorie specializzate, invece, la qualificazione può essere sostituita dal subappalto, purché l'importo della categoria scorporabile di cui non si possiede la qualificazione sia compreso nella classifica della categoria prevalente (v. art. 12 comma 2-b del DL 47/2014; art. 92 comma 1 del d.p.r. 207/2010).

In merito, sia pure con riferimento ad una categoria diversa dalla OG2 (ma anch'essa estranea al suddetto elenco delle categorie superspecialistiche) è stato affermato che: *“sebbene il D.M. 10/11/2016, n. 248, Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, adottato ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, abbia determinato, conformemente a quanto disposto dall'art. 216, comma 15, del nuovo codice, l'abrogazione delle disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, si deve ritenere che tale abrogazione abbia interessato la disciplina delle cosiddette SIOS, ma non abbia determinato la inapplicabilità dell'istituto del subappalto obbligatorio (qualificante) per le opere e lavorazioni a qualificazione obbligatoria (non SIOS); ciò in quanto la suddetta abrogazione appare limitata alle disposizioni*

contenute nei commi 3, 5, 8, 9 e 11 del richiamato art. 12, ma non sembra potersi estendere alla norma recata dal comma 2 che consente, in conformità ai consolidati principi della normativa di settore, l'ammissione alla gara anche al concorrente che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria (non SIOS), purché qualificato, per la categoria prevalente, con una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori e purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere scorporabili ad una impresa in possesso della relativa qualificazione” (cfr. Tar Lazio ord. n. 7631/2018 del 14.12.2018).

In senso analogo cfr.: T.A.R. Lazio, sez. II bis, 6.3.2019, n.3023; T.A.R. Lazio Sez. II quater, (23.10.2019, n. 12203: *“Al di sopra della soglia di Euro 150.000,00, le categorie superspecializzate esigono l'attestazione SOA in capo all'appaltatore, e il subappalto non può superare il 30% dell'importo. Per le categorie specializzate, invece, la qualificazione può essere sostituita dal subappalto, purché l'importo della categoria scorporabile di cui non si possiede la qualificazione sia compreso nella classifica della categoria prevalente. Al di sotto della soglia di Euro 150.000,00, è prevista la possibilità di eseguire i lavori delle categorie specializzate e superspecializzate senza l'attestazione SOA, quando sussistano i requisiti semplificati di capacità tecnica descritti dall' art. 90 comma 1, d.p.r. n. 207 del 2010”.*

La scelta delle prime due classificate di subappaltare integralmente la categoria OG2 si pone dunque in linea con il quadro normativo richiamato non rientrando questa qualifica nell'elenco delle categorie superspecialistiche (c.d. SIOS) ed essendo le controinteressate pacificamente qualificate entrambe per la categoria prevalente.

Parimenti infondata si rivela la tesi secondo cui le lavorazioni di cui alla categoria OG2, in quanto a “qualificazione obbligatoria”, imporrebbero al concorrente il possesso della relativa certificazione SOA.

La natura “obbligatoria” impone solo che quella lavorazione sia eseguita da

soggetto in possesso della relativa qualificazione senza che possa ritenersi assorbita dal possesso di altre categorie SOA. In altre parole, la circostanza che la categoria SOA OG2 sia a “qualificazione obbligatoria” significa semplicemente che le relative lavorazioni devono essere eseguite da chi è in possesso della stessa, sia esso il concorrente o il subappaltatore.

Invero, dal combinato disposto degli artt. 145, comma 3 e 148 comma 4 del Codice dei contratti pubblici, anche alla luce di quanto stabilito dall'ANAC nel parere n. 165 del 10.10.2012, emerge che il possesso della attestazione SOA è richiesto ai soggetti esecutori (e non già al concorrente, che può sempre qualificarsi per la categoria di lavorazioni non posseduta mediante l'attestazione SOA per la categoria prevalente di importo idoneo a coprire anche la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria).

In un caso perfettamente analogo, peraltro, l'ANAC, sia pure sotto la vigenza del “vecchio” codice dei contratti pubblici, ma con principi estensibili anche al caso di specie, in ragione della attuale validità dell'art. 92 d.p.r. 207/10, ha precisato quanto segue: *“Il quesito sottoposto all’Autorità riguarda la procedura indetta dal Comune di [omissis] per l’affidamento di un appalto di lavori sottosoglia, in cui la commissione di gara ha escluso il concorrente singolo che aveva dimostrato il possesso della sola qualificazione SOA per la categoria prevalente OG3 ed aveva dichiarato l’intenzione di subappaltare per intero, ad operatori in possesso della relativa qualificazione, le lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili OG2 e OG10. L’esclusione decisa dal Comune è illegittima. L’art. 5 del capitolato di gara, correttamente interpretato, consentiva ai concorrenti di subappaltare per l’intero le opere rientranti nelle categorie non prevalenti e scorporabili OG2 e OG10, per le quali la dizione “qualificazione obbligatoria” (cfr. tabella A – sesta colonna) non aveva altro significato che quello di riservarne l’esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA. Da tale clausola non poteva, viceversa, farsi discendere quanto opinato dalla stazione appaltante, e cioè la necessità che i*

concorrenti dimostrassero, ai fini dell'ammissione, il possesso della qualifica per le categorie OG2 e OG1.

Ciò, innanzitutto, per il tenore letterale della disposizione in calce alla tabella A del capitolato di gara, che era chiaramente finalizzata a disciplinare la fase esecutiva dell'appalto (non già i requisiti soggettivi di ammissione alla procedura), vietando che le lavorazioni rientranti nella categorie scorporabili OG2 e OG10 fossero eseguite da parte dell'impresa aggiudicataria priva della specifica attestazione SOA, ferma restando la generale facoltà di affidare le stesse in subappalto, ai sensi dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, da parte del concorrente che ne risultasse sprovvisto. Inoltre, l'art. 5 del capitolato di gara non poteva che essere interpretato, quanto alla qualificazione dei concorrenti, in coerenza con le disposizioni contenute negli artt. 92, 108 e 109 del d.p.r. n. 207 del 2010.

Per quanto qui interessa, l'art. 92, primo comma, del vigente Regolamento sui contratti pubblici stabilisce che il concorrente singolo può partecipare alla gara quando possieda la qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero, in alternativa, quando sia qualificato nella categoria prevalente e nelle categorie scorporabili per i rispettivi importi, con la precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Nella fattispecie, la [omissis] soddisfaceva la prima delle suddette condizioni alternative, avendo allegato l'attestazione SOA nella categoria prevalente OG3 – classifica IV (fino a euro 2.582.000,00), cioè per un importo ampiamente superiore a quello complessivo posto a base di gara.

Essa non poteva eseguire direttamente le lavorazioni scorporabili (OG2 e OG10), non possedendo la specifica qualificazione SOA, giusto quanto disposto dall'art. 109, secondo comma, del Regolamento, ai cui sensi l'affidatario qualificato nella categoria di opere generali indicata nel bando di gara come prevalente ha facoltà di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche se è privo delle relative ed ulteriori

qualificazioni, e può in alternativa subappaltare dette lavorazioni specializzate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni; tale facoltà è, infatti, esclusa nell'ipotesi in cui le categorie scorporabili, singolarmente considerate, superino il 10% dell'importo complessivo dell'opera ovvero la soglia di 150.000 euro (cfr. art. 108, terzo comma, del Regolamento). Ma, in tale situazione, la conseguenza non può essere in ogni caso la mancata ammissione dell'impresa concorrente, che conserva la facoltà di subappaltare le lavorazioni diverse da quelle della categoria prevalente, come confermato dal penultimo periodo del secondo comma dell'art. 109 (secondo cui "... Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni"). Nella fattispecie, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla [omissis] di ricorrere al cosiddetto subappalto "necessario", per integrare la qualificazione SOA nelle categorie richieste dal bando e non interamente possedute." (ANAC, parere n. 165 del 10.10.2012).

In sintesi, nella specie, il ricorso al subappalto al 100% deve ritenersi conforme alla legislazione di rango primario vigente perché:

- non vi può essere alcuna applicazione analogica alla OG2 né del divieto imposto dalla norma al solo avvalimento, né della limitazione al 30% prevista solo per le lavorazioni superspecialistiche;
- costituendo la OG2 categoria a qualificazione obbligatoria, necessariamente occorre che le relative lavorazioni siano eseguite da chi di quella categoria sia in possesso: e legittimamente le odierne controinteressate, pacificamente in possesso di una classifica più che capiente a coprire l'intero importo dell'appalto, ne hanno affidato l'esecuzione in subappalto a soggetto in possesso della stessa.

Parimenti priva di fondamento è la tesi secondo cui il ricorso al subappalto qualificatorio sarebbe in contrasto con il disciplinare di gara, il quale, al contrario, all'articolo 12.2 "Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale", prevede che:

“A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 83, co. 2, e 216, co. 14, del Codice dei Contratti nonché dell’articolo 146, co. 4, del Codice dei Contratti, l’operatore economico dovrà possedere l’attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, regolarmente autorizzata [...]

- con riferimento alla categoria scorporabile, a qualificazione obbligatoria, l’attestazione di qualificazione SOA in «OG2» Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela – Classifica I - € 219.285,51, con facoltà di subappaltare le lavorazioni fino al 100% della categoria.

In tal caso l’operatore economico deve:

- i. indicare la parte di lavori che intende subappaltare;*
- ii. possedere l’attestazione di qualificazione SOA relativa alla categoria prevalente OS5 nella classifica adeguata a coprire, oltre all’importo della categoria prevalente, anche l’importo della categoria OG2 per la quale non è posseduta la qualificazione, ai sensi dell’articolo 92, co. 1, secondo periodo, del Regolamento”.*

13.1. Sull’eccezione di legittimità costituzionale

Chiarito dunque che il ricorso al subappalto qualificatorio, da parte delle controinteressate è conforme alla normativa vigente e al disciplinare di gara, va scrutinata l’eccezione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli art. 105 e 146 del codice dei contratti pubblici- rispetto alle norme parametro di cui agli articoli 3 e 9 Cost. - nella parte in cui prevedono un trattamento differente tra avvalimento e subappalto nella materia dei beni culturali.

Sulla rilevanza della questione

La questione è rilevante in quanto:

- è decisiva ai fini di scrutinare le censure in ordine all’utilizzo del subappalto qualificatorio nella materia dei beni culturali, considerato che una dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli 105 e 146 del codice*

degli appalti, laddove non prevedono un divieto di subappalto in tale materia, comporterebbe l'accoglimento del primo motivo di ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati;

- è incidente in maniera determinante sull'esito del giudizio, stante il rigetto di tutte le altre censure.

Sulla non manifesta infondatezza

Come enunciato nel punto n. 13 della presente ordinanza, il codice dei contratti pubblici, con riferimento alle lavorazioni relative ai beni culturali (articolo 146, comma 3), prevede un divieto di avvalimento, senza nulla disporre in ordine al subappalto.

La ragione del divieto del ricorso all'avvalimento nella specifica materia dei beni culturali va ravvisata nell'esigenza di assicurare che l'esecuzione dei lavori in tale delicato settore venga effettuata da un soggetto munito delle relative qualificazioni specialistiche, in ragione della particolare protezione che l'articolo 9 Cost. riserva a tali beni. Invero, già in sede di delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, il legislatore fissava quale criterio direttivo il *«riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali, ivi inclusi quelli di sponsorizzazione, anche tenendo conto della particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie degli interventi, prevedendo altresì modalità innovative per le procedure di appalto relative a lavori, servizi e forniture e di concessione di servizi, comunque nel rispetto delle disposizioni di tutela previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti»* (Cfr. legge 11/2016, co. 1, lett. o). Ed infatti, gli appalti che rientrano nel settore dei beni culturali di cui sopra sono disciplinati nella Parte II, Titolo VI, Capo III (artt. 145 e ss.) del d.lgs. 50/2016 “appalti nel settore dei beni culturali” nonché all'interno del relativo Regolamento “D.M. 22 agosto 2017”, n. 154 che stabilisce i requisiti

di qualificazione che le imprese devono possedere per partecipare agli appalti pubblici di lavori rientranti in questa categoria.

Siffatta regolamentazione, teleologicamente orientata verso le citate finalità di tutela e valorizzazione dei beni culturali, prende le mosse dalla volontà di preservare e di ridurre al minimo i rischi di perdita o deterioramento del bene. Esigenze – queste – che trovano risposta nelle speciali norme dettate in tema di qualificazione, la cui *ratio* è quella di assicurare che interventi su tali beni siano eseguiti soltanto da soggetti aventi specifiche competenze ed esperienza nella materia.

A tal uopo, l'art. 146 del d.lgs. 50/2016, precisa al comma 1, “...*per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento*”.

Strettamente correlato alla previsione da ultimo menzionata è poi il disposto del successivo comma 3, a mente del quale: “*per i contratti di cui al presente capo, considerata la specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente codice*”. Dunque, proprio l'esigenza di garantire un'adeguata tutela dei beni culturali induce il legislatore a sancire un assoluto divieto di avvalimento, ponendo così una netta deroga rispetto all'applicazione generalizzata dell'istituto richiesta dai principi comunitari.

Per converso, stando al tenore letterale delle disposizioni menzionate, si deve escludere l'esistenza di analogo divieto con riferimento al subappalto, in applicazione del noto criterio dell'*ubi voluit dixit*.

Allo scopo di valutare se il diverso trattamento tra appalto ed avvalimento nella specifica materia dei beni culturali debba considerarsi irragionevole sotto il profilo della tutela dei beni culturali, si rende necessario richiamare le funzioni, le analogie e le differenze dei due istituti, per poi focalizzarsi sul c.d.

subappalto qualificatorio o necessario che è quello che viene in rilievo nel caso di specie.

A tal fine è opportuno riportare il contenuto degli articoli del codice dei contratti pubblici che regolano gli istituti in questione.

L'art. 105 del d.lgs. 50/2016, rubricato "subappalto", per quel che interessa in questa sede prevede che: *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d). È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo. 2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7"*.

(...)

8. Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione

appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo”.

L'articolo 89, in materia di avvalimento, invece prevede che:

“1. L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a

fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

(...)

5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara'.

Come risulta dal contenuto delle disposizioni citate, tanto l'avvalimento, quanto il subappalto rispondono alla medesima funzione di favorire la partecipazione delle imprese, soprattutto di quelle medie e piccole dimensioni, alle gare d'appalto, permettendo alle stesse di ottenere determinati requisiti di partecipazione (avvalimento) o di far svolgere ad una diversa impresa una quota delle prestazioni oggetto del contratto pubblico (subappalto).

Tali istituti, tuttavia, presentano divergenze di rilievo.

A livello operativo si differenziano, anzitutto, per il momento in cui vengono utilizzati:

- l'avvalimento si colloca nella fase di gara, perché permette ad un'impresa di ottenere requisiti per partecipare ad una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico;
- il subappalto, invece, si colloca nella fase esecutiva, cioè quando un'impresa, dopo aver vinto la gara, decide di far svolgere ad un'altra impresa una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto.

In secondo luogo, differiscono per la responsabilità che assume l'impresa coinvolta nei confronti del committente pubblico rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto:

- nell'avvalimento, l'ausiliaria, cioè l'impresa che presta i requisiti, è

solidalmente responsabile con l'impresa che ha ricevuto il requisito;

- nel subappalto, il subappaltatore è un soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante, avendo quest'ultima rapporti solo con l'affidatario del contratto pubblico, il quale è responsabile in via esclusiva dell'esecuzione dell'appalto.

Tali differenze operative si assottigliano notevolmente nell'ipotesi particolare del subappalto necessario, che è quello che viene in rilievo nel caso di specie.

Tale istituto, vale ricordarlo, ricorre nell'ipotesi in cui l'appaltatore difetta dei requisiti, ivi compresi quelli di qualificazione, necessari per la realizzazione della prestazione, sicché subappalta parte di lavori ad altra impresa che sia in possesso di tali requisiti. In altre parole, l'operatore economico che non potrebbe di per sé concorrere in quella data procedura, in quanto carente dei prescritti requisiti, viene ammesso a parteciparvi avvalendosi dello strumento del subappalto.

Si tratta di una figura eccentrica rispetto al tradizionale schema del subappalto, perché viene ad operare non solo nella fase esecutiva, ma sin dalla fase iniziale, di ammissibilità alla procedura e qualificazione del concorrente, al punto che, in assenza di una specifica disposizione normativa che lo disciplini, da alcuni si dubita della sua stessa percorribilità.

Tanto premesso in punto di ricostruzione degli istituti, si passa ora analizzare gli argomenti offerti dall'Amministrazione resistente e dalla SELCOM a favore della manifesta infondatezza della censura di illegittimità costituzionale posta dal ricorrente.

Si sostiene, in particolare, che il diverso trattamento tra subappalto (consentito) e avvalimento (vietato) nella materia dei beni culturali sia del tutto logica e coerente, per la ragione che nel subappalto le lavorazioni sono eseguite dal subappaltatore e quindi da soggetto qualificato, mentre nel caso dell'avvalimento le prestazioni sono eseguite dall'ausiliato (privo di alcuna

esperienza nel settore), limitandosi l'ausiliario a "prestare" la SOA senza concorrere in alcun modo alla esecuzione dei lavori.

Il Collegio non ritiene condivisibile tale ricostruzione, la quale non tiene nella dovuta considerazione la disciplina dell'avvalimento, che invece valorizza fortemente il ruolo dell'ausiliario in fase esecutiva, rendendo l'impresa ausiliaria co-partecipe e corresponsabile (insieme al concorrente, l'ausiliato) in tutto quanto sia necessario ad assicurare una corretta esecuzione della prestazione.

Ciò risulta in maniera inequivocabile dalla lettura delle seguenti disposizioni:

- *“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”* (articolo 89, comma 6 del codice dei contratti pubblici);
- *“l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”* (articolo 89, comma 8, codice dei contratti pubblici);
- *“in relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto”* (articolo 89, comma 9).

Chiarito dunque che l'impresa ausiliaria, al pari di quella subappaltatrice, ha un ruolo decisivo nella fase esecutiva, e che quindi sotto tale profilo non appare giustificata la contestata diversità di disciplina, si deve evidenziare, al contrario, che sussistono una serie di argomenti che inducono a ritenere irragionevole la mancata previsione di limiti al ricorso al subappalto nella specifica materia dei

beni culturali, a fronte di un espresso divieto di avvalimento nel medesimo settore. Tali argomenti possono essere sintetizzati come segue:

1) le minori garanzie normative che circondano il subappalto rispetto all'avvalimento. Difatti, mentre nel caso di avvalimento vi è una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" (art. 89, co. 5 del d.lgs. 50/2016) e l'individuazione del soggetto di cui l'operatore economico intende avvalersi è nota ab origine alla stazione appaltante, ciò non avviene in caso di subappalto, in cui la responsabilità esclusiva dell'esecuzione dei lavori è del concorrente e in cui il subappaltatore è un soggetto che non è nemmeno noto, in fase di gara, alla stazione appaltante;

2) le ulteriori garanzie introdotte dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti dell'istituto dell'avvalimento. Per ritenere valido il contratto di avvalimento, infatti, la giurisprudenza richiede all'impresa ausiliata di provare la relazione giuridica sussistente con l'impresa ausiliaria mediante uno specifico contratto di avvalimento, avente oggetto determinato, individuante in modo chiaro e specifico la volontà dell'impresa ausiliaria, la natura dell'impegno assunto, nonché l'effettiva disponibilità di porre a disposizione dell'impresa concorrente i requisiti richiesti (Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; V, Cons. Stato 4 novembre 2016, n. 4630; nello stesso senso si è orientata la giurisprudenza con riguardo all'avvalimento dell'attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dell'impresa: Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264). L'indicazione contrattuale degli elementi in questione è, nella descritta prospettiva, necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 Cod. civ., donde la

nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria del successivo art. 1418, comma 2, laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante, in virtù della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (da ultimo, Cons. Stato, n. 6651/2018 cit.). Le conclusioni che precedono sono assunte dalla giurisprudenza prevalente, nella quale è ricorrente l'affermazione che, nel caso di avvalimento c.d. "tecnico od operativo", ovvero avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Cons Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5423; 28 febbraio 2018, n. 1216)» (Cfr. Cons. St., Sez. V, sent. 2243/2019);

3) le criticità e lo sfavore con cui giurisprudenza amministrativa guarda al subappalto: *“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 incredibilità 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”* (Cfr. Cons. St., Sez. III, ord. 10349 del

10.06.2020);

4) il rilievo che viene attribuito all'impresa ausiliaria in fase esecutiva, per le ragioni specificate in sede di analisi dell'articolo 89 c.p.a.

I profili di irragionevolezza segnalati sono ancora più evidenti nell'ipotesi, che viene in rilievo nel caso di specie, di c.d. subappalto qualificatorio, il quale, per un verso, presenta analogie fortissime con l'avvalimento, per l'altro, palesa criticità ancora maggiori rispetto al subappalto codicistico. Vale sul punto il richiamo a quanto osservato dall'ANAC: *“il subappalto dell'intera prestazione o quasi, specie se necessario al fine di ottenere la qualificazione in gara (c.d. “subappalto necessario”), snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale, dovendosi in tal caso favorire - a fronte di un massiccio coinvolgimento di soggetti terzi - la partecipazione diretta alla gara da parte di tali soggetti, con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante, analogamente a quanto avviene in altri istituti (ad esempio, nei raggruppamenti temporanei di impresa e nei consorzi ordinari, cfr. art. 48, comma 5, del Codice), atteso che il subappaltatore non ha alcun obbligo nei confronti della stazione appaltante (Cfr. atto di segnalazione ANAC n. 8 del 13 novembre 2019).*

Chiarito che la mancata previsione di un divieto di subappalto nella specifica materia dei beni culturali appare irragionevole alla luce della diversa disciplina dell'avvalimento, in ciò manifestando profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 9 Cost., vale altresì precisare che non sussistono margini per fornire una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata. Difatti un'interpretazione che estenda le regole previste dall'articolo 146, comma 3, del codice dei contratti pubblici, in materia di avvalimento, al subappalto è preclusa dai principi generali sulla interpretazione delle leggi, che non consentono l'interpretazione analogica delle norme eccezionali, dovendosi riconoscere tale natura all'articolo 146, comma 3 del codice dei contratti pubblici, poiché tale norma introduce una deroga alla

regola del ricorso generalizzato all'avvalimento in materia di appalti pubblici, in linea con principi europei che incentivano forme di aggregazione delle PMI ai fini della partecipazioni alle gare.

Si deve altresì precisare - al fine di escludere dubbi sulla possibile violazione degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost. da parte della normativa che risulterebbe a seguito della prospettata pronuncia di illegittimità costituzionale - che non si rilevano profili di incompatibilità rispetto ai principi europei di *favor participationis* alle gare di appalto, secondo quanto stabilito dalle sentenze della Corte di Giustizia Europea (C-63/18) del 26/10/2019 e (C- n. 402/18) del 27/11/2019.

Difatti, tali pronunce, pur affermando che i principi europei impongono limiti al legislatore nazionale nel porre restrizioni all'utilizzo del subappalto, hanno fondato il proprio *decisum* sulla circostanza che la normativa impugnata in quei giudizi vietasse in modo generalizzato e astratto il ricorso al subappalto senza aver riguardo “al settore economico interessato”, alla “natura dei lavori” o alla “identità dei subappaltatori”. In altri termini ciò che è stato ritenuto non conforme rispetto alla Direttiva 2014/24 è la previsione di un limite quantitativo fisso al subappalto, sganciato dalle circostanze empiriche del caso concreto e non invece la previsione di limiti al ricorso al subappalto giustificati dalla esigenza di tutelare lavori che incidono su settori - quali è senz'altro quello dei beni culturali - che ricevono protezione anche a livello comunitario. Tale interpretazione, del resto appare in linea con l'art. 36 TFUE il quale prevede che: “*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale*”.

Tale interpretazione peraltro è già stata condivisa dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha avuto modo di chiarire che è “*considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24*” (Cfr. TAR Toscana, sent. 898/2020).

14. In ragione delle suesposte considerazioni, il Collegio ritiene necessaria la sospensione del giudizio e la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale affinché si pronunci sulla questione di legittimità costituzionale degli articoli 105 e 146 del codice dei contratti pubblici nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali rispetto alle norme parametro di cui agli articoli 3 e 9 Cost.

Ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese resta riservata alla decisione definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima):

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 105 e 146 del codice dei contratti pubblici nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali, per contrasto con gli articoli 3 e 9 della Costituzione;
- rinvia ogni definitiva statuizione nel merito e sulle spese di lite all'esito del giudizio incidentale ai sensi degli artt. 79 ed 80 del c.p.a.

Dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l'immediata

trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia comunicata alle parti costituite, al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Daniele Busico, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO