

Pubblicato il 09/07/2020

N. 00898/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00404/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 404 del 2020, proposto da  
Petrà s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo e Pier Paolo Nocito, con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico  
eletto presso l'avv. Alberto Morbidelli in Firenze, via Lamarmora 14;

*contro*

l'Agenzia del Demanio in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato domiciliataria in  
Firenze, via degli Arazzieri 4;

*nei confronti*

Ditta Di.Gi.All. di Di Girolamo Giovanni ed Euroelektra s.r.l. in persona dei  
rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

Ditta Individuale Raucci Mario in persona del legale rappresentante *pro*

*tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eleonora Marzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della nota prot. n. 2020 del 27.2.2020 con la quale veniva comunicata alla Petrà s.r.l. l'esclusione dalla "Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione attinenti l'ex Caserma Quarleri, sita in via Madonna del Piano in Sesto Fiorentino (FI), mediante la rifunzionalizzazione delle strutture esistenti per realizzare un nuovo Polo Archivistico" (CIG: 8138197C9B), indetta dall'Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Toscana e Umbria, con bando pubblicato in data 16.12.2019;
- di tutti i verbali di gara laddove risultino funzionali alla disposta esclusione, ivi inclusi quelli del 25.2.2020 e del 30.3.2020;
- della nota prot. 4927 del 13.3.2020 con la quale, in riscontro alle istanze di riammissione in gara presentate dalla Petrà s.r.l., la Stazione appaltante confermava l'esclusione;
- di qualsiasi altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ai provvedimenti impugnati, nonché *si opus sit*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio e della Ditta Individuale Raucci Mario;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2020 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

L'Agenzia del Demanio, Direzione regionale Toscana e Umbria, ha indetto una procedura aperta per affidare i lavori di riqualificazione dell'ex Caserma Quarleri, sita in Sesto Fiorentino, al fine di realizzarvi un nuovo polo archivistico, per un importo complessivo di gara pari ad € 2.280.804,40 (di cui € 86.089,04 per costi della sicurezza non soggetti a ribasso) e con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

Il disciplinare di gara distingueva l'esecuzione dei lavori in quattro categorie di opere:

- 1) OG 1, class. III bis, categoria prevalente, per un importo pari a € 1.443.144,48 corrispondente al 63,27% del valore complessivo, subappaltabile “nei limiti del 40% dell'importo complessivo dei lavori”;
- 2) OS3, class. II, categoria scorporabile, per un importo pari a € 439.402,59 corrispondente al 19,27% del valore complessivo, subappaltabile “nei limiti del 40% dell'importo complessivo dei lavori”;
- 3) OS28, class. I, categoria scorporabile, per un importo pari a € 190.188,66 corrispondente all'8,34% del valore complessivo, subappaltabile “nei limiti del 40% dell'importo complessivo dei lavori”;
- 4) OS30, class. I, categoria scorporabile per un importo pari a € 208.068,67 corrispondente al 9,12% del valore complessivo, subappaltabile “nei limiti del 30% dell'importo complessivo delle opere”.

L'impresa Petrà s.r.l. ha dichiarato, ai fini della partecipazione, di possedere la SOA in categoria OG1, classifica IV, e che avrebbe fatto ricorso al subappalto “nei limiti massimi consentiti normativamente” per quanto riguarda le categorie OS3, OS28 e OS30, specificando che “anche relativamente alla categoria SIOS OS30 intende avvalersi di subappalto “qualificatorio” poiché la stessa è di importo inferiore al 10 % del totale dell'appalto”.

Il disciplinare prevedeva anche che ove fossero state presentate offerte in numero pari o maggiore a dieci, la stazione appaltante, con la cosiddetta “inversione procedimentale”, le avrebbe esaminate prima di verificare l'idoneità dei concorrenti; quest'ultima sarebbe stata valutata dal responsabile di procedimento dopo la redazione della graduatoria provvisoria nei confronti del primo classificato e del restante 10% dei concorrenti ammessi, secondo il loro ordine in graduatoria.

Sono state presentate 221 offerte e, quindi, la stazione appaltante ha applicato l'inversione procedimentale effettuando previamente l'apertura delle offerte economiche, all'esito della quale l'impresa Petrà s.r.l. si è collocata al primo posto in graduatoria con un ribasso pari al 28,02%.

La stazione appaltante tuttavia, con nota 27 febbraio 2020 prot. 2020, ha comunicato che con verbale di gara 25 febbraio 2020 n. 2 la stessa era stata esclusa in quanto asseritamente priva dei requisiti di partecipazione stabiliti dal punto 10.2 del Disciplinare.

L'odierna ricorrente ha allora presentato un'istanza di annullamento in autotutela che è stata respinta con nota della stazione appaltante 13 marzo 2020, prot. 4927.

È successivamente stato espulso anche il raggruppamento temporaneo di imprese tra DI.GI.ALL. di Giovanni di Girolamo e Euroelektra s.r.l. e la Commissione ha ricalcolato la soglia di anomalia dell'offerta, risultante pari a 27,93045 (rispetto a quella del 28,06383% indicata nella prima seduta di gara), ed ha quindi dichiarato prima classificata l'impresa denominata Raucci Mario.

Petrà s.r.l. ha allora impugnato l'esclusione, in uno con gli atti preparatori e presupposti, mediante il presente ricorso notificato in data 11 maggio 2020 e depositato il 13 maggio 2020, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti l'Agencia del Demanio e l'impresa Raucci Mario chiedendo l'inammissibilità e, comunque, la reiezione del ricorso nel merito.

Con verbale n.9 del 1 luglio 2020 il raggruppamento temporaneo di imprese sopracitato è stato riammesso in gara; la stazione appaltante ha quindi rideterminato la soglia dell'anomalia delle offerte, a proceduto all'esclusione automatica di quelle che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla stessa e riformulato la graduatoria provvisoria, individuando il primo classificato nel concorrente Sabino Dicataldo.

All'udienza del 7 luglio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Oggetto del contendere nella presente controversia è l'esclusione dell'impresa ricorrente da una procedura aperta volta all'affidamento dei lavori di riqualificazione di una ex caserma. L'esclusione è motivata con riferimento ai principi in tema di subappalto necessario e alla circostanza che le opere di cui alla categoria OS30, nella specie di valore pari al 9,12% dell'importo complessivo dei lavori, non avrebbero potuto essere integralmente subappaltate ai sensi degli articoli 105, comma 5, e 89, comma 11, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Secondo la stazione appaltante, il subappalto delle lavorazioni per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, cd. "superspecialistiche", non potrebbe mai superare l'importo del 30% del valore di ciascuna di esse. Inoltre la garanzia fideiussoria presentata riporta quale soggetto beneficiario l'Agencia del Demanio con sede a Roma, via Barberini 38, in luogo della Direzione Regionale Toscana e Umbria e nel Patto di Integrità non viene resa alcuna dichiarazione circa la sussistenza o meno di rapporti di parentela con il personale interno all'Agencia del Demanio

1.1 La ricorrente, con primo motivo, rileva che essendo ampiamente

qualificata nella categoria principale OG1 dichiarava di subappaltare integralmente le categorie scorporabili (OS3, OS28 e OS30) corrispondenti al 36,82% dell'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto, ampiamente inferiore al limite di legge del 40%, e sarebbe quindi fuori luogo il richiamo ai principi in tema di subappalto necessario. La ricostruzione della stazione appaltante non sarebbe corretta nemmeno con riferimento alla categoria OS30, che è compresa tra le opere c.d. "superspecialistiche" (nel seguito anche "SIOS"), poiché il limite al loro subappalto stabilito nel 30% del loro valore, posto dall'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, diventerebbe operante solo allorché il valore delle opere della categoria superspecialistica sia superiore al 10% dell'importo totale del contratto da affidare. Il tenore letterale della disposizione, a dire della ricorrente, imporrebbe di interpretare il citato art. 105, comma 5, nel senso che ai fini dell'applicazione del limite del 30% al subappalto dei lavori oggetto delle categorie SIOS si debba fare riferimento alla medesima soglia prevista per il divieto di avvalimento, che diviene operante laddove "il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori". Diversamente opinando, lungi dal richiamare la soglia limite di rilevanza del 10% indicata al comma 11 dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, il legislatore si sarebbe limitato a disporre in relazione a tali opere il divieto di subappalto oltre il 30%. La tesi della stazione appaltante, secondo cui l'obbligo di subappalto entro il 30% opererebbe indipendentemente dal valore delle lavorazioni superspecialistiche (anche se inferiori al 10% rispetto all'importo totale dei lavori), sarebbe contraddetta da una piana lettura delle norme. A dire della ricorrente il legislatore, in tema di opere superspecialistiche, ha previsto un regime unitario: entrambi i divieti (di subappalto e di avvalimento) scattano solo se il valore delle SIOS supera il 10% dell'importo totale dei lavori; laddove si verifichi tale presupposto ciò che

cambia è, esclusivamente, la tipologia di divieto che è assoluto in caso di avvalimento, e contenuto nel limite del 30% in caso di subappalto. Nel caso specifico il subappalto integrale della categoria OS30 era pari ad appena il 9,12% dell'importo totale dei lavori e, pertanto, pienamente ammissibile. Conseguentemente, posto che il subappalto delle tre categorie scorporabili (OS3, pari al 19,27%; OS28 pari al 8,34% e OS30 pari al 9,12%) risultava complessivamente pari al 36,82% dell'importo totale dei lavori ed era quindi ampiamente inferiore al limite di legge del 40%, nel caso specifico nulla ostava al subappalto qualificatorio integrale di tutte e tre le categorie scorporabili.

La norma, così interpretata, non contrasterebbe con l'art. 1, comma 2, del D.M. 10 novembre 2016, n. 248, laddove stabilisce che “ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”. Il menzionato regolamento è stato infatti adottato con la finalità di definire esclusivamente “l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84, che possono essere periodicamente revisionati e non, come pretenderebbe la stazione appaltante, con la finalità di individuare limiti al subappalto delle categorie SIOS. Peraltro, anche se ritenuto idoneo ad avallare l'interpretazione della stazione appaltante l'art. 1, comma 2, del D.M. n. 248/2016 sarebbe comunque illegittimo poiché il regolamento non può contemplare divieti in contrasto con la legge.

Il fatto che la legge di gara stabiliva il divieto di subappaltare le opere

rientranti nella categoria OS30 oltre la misura del 30% non avrebbe rilevanza in base al principio di tassatività delle cause di esclusione posto dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016. La legge di gara sarebbe pertanto nulla.

Con secondo motivo, per l'ipotesi in cui si ritenga che il divieto di subappalto recato dall'art. 105, comma 5, d.lgs. 50/2016 sia applicabile anche se riferito a categoria di valore inferiore al 10% dell'importo totale dei lavori, l'esclusione sarebbe comunque illegittima poiché la disposizione dovrebbe essere disapplicata in quanto contrastante con il diritto comunitario e, in particolare, con la giurisprudenza della Corte di Giustizia alla luce della procedura di infrazione n. 2018/2273.

Con terzo motivo contesta le ulteriori irregolarità evidenziate nel provvedimento di esclusione:

- quanto al fatto che la garanzia fideiussoria presentava quale beneficiario l'Agenzia del Demanio con sede in Roma e non quella di Firenze, la ricorrente rileva che si tratta di mera irregolarità suscettibile di soccorso istruttorio;
- il patto d'integrità sarebbe stato debitamente sottoscritto e costituirebbe mera irregolarità sanabile con il soccorso istruttorio il fatto che la casella relativa ai rapporti di parentela, peraltro non sussistente, non era stata barrata.

Con quarto motivo, premesso che all'annullamento dell'esclusione essa ricorrente, ove non fosse stata effettuata la rideterminazione della soglia di anomalia, risulterebbe prima in graduatoria, lamenta che la soglia di anomalia calcolata il 12 febbraio 2020, al momento della fase di ammissione, dovrebbe ritenersi cristallizzata e non avrebbe rilievo il fatto che nella fattispecie la documentazione sia stata esaminata dopo la conoscenza dell'offerta economica. Un'interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto dell'Unione Europea del combinato disposto degli artt. 36 comma 5, 95 comma 15 e 97 del d.lgs. n. 50/2016 impedirebbe il ricalcolo della soglia di



anomalia una volta aperte e note le offerte economiche.

Con quinto motivo la ricorrente si duole che il raggruppamento temporaneo di imprese DI.GI.ALL. sia stato illegittimamente escluso.

1.2 La difesa erariale replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente rilevando, in particolare, che il limite del dieci per cento del valore dell'opera superspecialistica rispetto all'importo totale dei lavori, sancito dall'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 costituirebbe un parametro normativo volto solamente a determinare la soglia, oltrepassata la quale la legge stabilisce l'esclusione della facoltà per gli operatori economici di ricorrere all'avvalimento. L'inciso "fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma", operato contestualmente al richiamo alle opere di cui all'art. 89 comma 11, del citato d.lgs. n. 50/2016 dovrebbe essere interpretato nel senso che le opere superspecialistiche sono sempre subappaltabili nel limite del 30%, fermo restando il divieto di ricorrere all'avvalimento qualora il valore delle stesse sia superiore al 10% dell'importo totale dei lavori.

In sede di discussione ha poi evidenziato che l'avvenuta individuazione di un nuovo concorrente vincitore della procedura renderebbe necessario integrare il contraddittorio nei suoi confronti.

1.3 La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del ricorso in quanto tardivo rispetto all'impugnazione delle previsioni contenute nel disciplinare di gara, che ponevano i limiti di subappaltabilità delle lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili OS3, OS28 e OS30 che la ricorrente pretende di contestare nella presente sede.

Eccepisce inammissibilità inoltre per carenza di interesse poiché la ricorrente non sarebbe in grado di superare i motivi posti alla base del provvedimento di esclusione adottato nei riguardi del R.T.I. DI.GI.ALL. s.r.l. il quale, pertanto, non potrà essere riammesso alla gara e anche laddove si volesse ritenere

illegittima l'esclusione della ricorrente, questa in ogni caso non risulterebbe prima in graduatoria.

Ulteriore motivo di inammissibilità del ricorso consisterebbe nel fatto che l'impresa legittimamente esclusa dalla gara non avrebbe legittimazione ad impugnare gli atti di quest'ultima.

La controinteressata, in sede di discussione, ha evidenziato anch'essa che l'avvenuta individuazione di un nuovo concorrente vincitore della procedura renderebbe necessario integrare il contraddittorio nei suoi confronti.

Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente.

2. Occorre prioritariamente esaminare le questioni preliminari poste dalle parti resistenti, cominciando con il verificare se sia necessario integrare il contraddittorio nei confronti del nuovo primo graduato, impresa Sabino Dicataldo, individuato dalla Commissione di gara con verbale n. 9/2020. Nella prospettazione delle parti resistenti si tratterebbe di un controinteressato sopravvenuto, ovvero un soggetto che consegue un vantaggio a seguito di un provvedimento ulteriore rispetto a quello gravato e che conclude un procedimento autonomo rispetto a quello presupposto e oggetto del contendere (C.d.S. V, 11 febbraio 2014 n. 652; T.A.R. Abruzzo- Pescara I, 30 aprile 2014 n. 204). Tale soggetto quindi diventa titolare di un interesse alla conservazione dei provvedimenti impugnati in un momento successivo alla proposizione del ricorso.

Il Collegio ritiene che non debba nel caso di specie disporsi all'integrazione del contraddittorio.

In disparte la questione della necessità del litisconsorzio laddove emerga un controinteressato sopravvenuto, della quale è lecito dubitare poiché l'ordinamento gli offre il rimedio dell'opposizione di terzo (C.d.S. III, 3 agosto 2016 n. 3518), nel caso di specie non si è ancora consolidata una posizione di

controinteresse in capo all'impresa Sabino Dicaldo poiché non è stata effettuata alcuna aggiudicazione nei suoi confronti. Il verbale n. 9/2020, laddove contiene una nuova graduatoria dei concorrenti in gara, effettua (non un'aggiudicazione, ma) una "proposta di aggiudicazione" rivolta alla stazione appaltante e questa costituisce atto endoprocedimentale non impugnabile, in quanto non crea (ancora) alcun affidamento e, correlativamente, alcuna legittimazione processuale in capo al concorrente primo graduato. Detta legittimazione nasce unicamente con l'aggiudicazione, che costituisce atto terminale della procedura di gara.

È noto che secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale previgente al d.lgs. n. 50/2016 nelle procedure di gara occorreva distinguere tra l'aggiudicazione provvisoria, con cui si individuava il primo graduato, e quella definitiva la quale veniva disposta dalla stazione appaltante previa verifica della legittimità degli atti della procedura svolta e della convenienza economica dell'offerta vincitrice. Anche il primo provvedimento era ritenuto impugnabile, seppure nei termini di una mera facoltà del concorrente non vincitore poiché creava già una lesione che tuttavia non era ancora da considerarsi definitiva, in quanto ad essa seguiva la verifica ad opera della stazione appaltante sulla regolarità delle operazioni di gara e l'opportunità di stipulare il contratto (*ex multis* C.d.S. IV, 7 novembre 2014 n. 5497; Sez. V, 7 luglio 2014 n. 3449).

L'articolo 204, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 ha aggiunto il comma 2 bis all'art. 120 del codice del processo amministrativo. Tale disposizione prevedeva, tra l'altro, che "è altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta". Il comma è stato successivamente abrogato dall'articolo 1, comma 22, del d.l. 18 aprile 2019 n. 32 convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55, ma questo non può implicare la reviviscenza del

precedente orientamento giurisprudenziale poiché il Codice dei contratti pubblici non prevede più l'emanazione di alcun atto a rilevanza esterna nell'ambito delle procedure di gara. In base al combinato disposto degli articoli 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 la procedura di gara si conclude con la "proposta di aggiudicazione" alla stazione appaltante, dalla quale deve essere controllata ed approvata. La stessa stazione appaltante, successivamente, deve provvedere all'aggiudicazione. Ne segue che prima di quest'ultimo atto non sono rinvenibili, nelle procedure di gara, provvedimenti a rilevanza esterna. La "proposta" è infatti atto di impulso che la commissione di gara partecipa alla stazione appaltante ai fini dell'emanazione della successivo (e unico) provvedimento a rilevanza esterna della procedura consistente nell'aggiudicazione, sicché prima di questa non è rinvenibile alcuna posizione stabile in capo al concorrente che risulta primo graduato in gara. La sua legittimazione processuale inizia quindi dal momento in cui (e se) viene disposta l'aggiudicazione del contratto.

Nel caso di specie non vi è dunque luogo a discettare di controinteressato sopravvenuto poiché l'impresa Sabino Dicaldo, non avendo ancora ottenuto l'aggiudicazione del contratto, non ha assunto un interesse giuridicamente tutelato alla conservazione degli atti che vengono contestati dall'odierna ricorrente e può vantare, in proposito, solo un interesse di mero fatto.

3. Nel merito il ricorso è infondato e, pertanto, il Collegio prescinde della trattazione delle ulteriori eccezioni preliminari.

3.1 L'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, al comma 5 e per quanto di interesse nella presente sede, recita: "Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere...".

La disposizione di cui all'art. 89, comma 11, del medesimo d.lgs. n. 50/2016

alla quale la norma citata rimanda, dispone che “non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.

Le opere di cui alla categoria OS30, nella specie, hanno valore pari al 9,12% e per questo motivo la ricorrente pretende che non sussista il divieto di subappaltarle oltre il limite del 30% del loro importo previsto dal citato articolo 105, comma 5, d.lgs. n. 50/16. Tuttavia quest'ultima disposizione, nel rimandare all'articolo 89, comma 11, dello stesso decreto “fa salvi” i limiti ivi previsti. Occorre allora svolgere un'operazione ermeneutica e verificare quale sia il significato da attribuire all'inciso, per comprendere se il legislatore abbia inteso riferire detto limite al subappalto delle opere superspecialistiche a tutti i casi in cui sia prevista la loro esecuzione, ovvero solo a quelli in cui tale componente supera il 10% dell'importo complessivo del contratto da affidare, come pretende la ricorrente.

Quest'ultima tesi non sembra convincente poiché il divieto di ricorrere al subappalto oltre una certa misura (in disparte la legittimità comunitaria della previsione, della quale si tratterà successivamente) corrisponde all'interesse della stazione appaltante a che le stesse siano realizzate, prevalentemente, da un soggetto in possesso della relativa qualificazione e, pertanto, prescinde dal peso che le stesse assumono nell'economia complessiva del contratto da affidare. Tale interesse è invece legato al contenuto intrinseco, appunto particolarmente specialistico, delle opere da realizzare che consiglia di limitare il subappalto affinché la maggior parte della prestazione venga realizzata

direttamente dal soggetto affidatario del contratto da eseguire.

L'espressione contenuta nel comma 5 del citato art. 105, d.lgs. n. 50/2016, "fermi restando i limiti previsti" dal comma 11 dell'articolo 89 del medesimo decreto non sembra indicare la volontà del legislatore di recepire tali limiti al fine di individuare una soglia oltre il quale scatta il divieto di subappaltare le opere in questione oltre il trenta per cento del loro importo, e al di sotto della quale tale vincolo sia invece inoperante. Ove il legislatore avesse voluto evidenziare tale volontà, avrebbe usato espressioni atte più chiaramente a collegare il limite previsto per la rilevanza delle opere superspecialistiche ai fini del divieto di avvalimento anche alla regolamentazione del subappalto formulando il comma 5 citato ad esempio nei termini seguenti: "Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, *con i limiti* previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere....".

Pur nella scarsa chiarezza del testo normativo è quindi preferibile la tesi secondo la quale il richiamo alle opere di cui all'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 ha lo scopo di definire l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione di cui all'articolo 105, comma 5, del medesimo d.lgs. n. 50/16 e costituisce un parametro normativo volto a determinare la soglia oltre la quale è vietato ricorrere all'avvalimento. La salvezza dei limiti stabiliti dalla prima disposizione, che si riscontra nella seconda, ha la finalità di chiarire che quest'ultima non intende incidere sulla disciplina dell'avvalimento in quanto "resta fermo" il divieto di ricorrere all'istituto solo se il valore delle opere *de quibus* sia superiore al 10% dell'importo complessivo del contratto.

I lavori preparatori confermano questa ricostruzione laddove rilevano che il nuovo codice dei contratti pubblici stabilisce, all'articolo 105, "il limite del 30% del subappalto per le opere per le quali sono necessari lavori o

componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (comma 5)” senza fare riferimento ad alcuna percentuale che le stesse rivestono nell’economia generale del contratto da affidare.

In un contesto di scarsa chiarezza legislativa occorre poi fare riferimento anche alle fonti secondarie. La sopra descritta ricostruzione è confermata dall’art. 1, comma 2, del D.M. 10 novembre 2016, n. 248, che nell’incertezza dell’interpretazione da assumere relativamente al testo di legge funge da parametro interpretativo della stessa. Quest’ultima disposizione prevede che “ai sensi dell’articolo 89, comma 11, del Codice, il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso l’avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell’importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell’articolo 105, comma 5 del Codice, l’eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell’importo delle opere”. La norma distingue tra l’avvalimento per l’esecuzione delle opere speciali, vietato solo ove il loro valore superi la soglia citata del contratto in gara, e il subappalto per cui pone un limite percentuale a prescindere da detta soglia.

Non potendosi evidenziare un significato chiaramente percepibile della legge non è dato ipotizzare, come pretenderebbe la ricorrente, un contrasto tra essa e la norma secondaria; piuttosto quest’ultima funge da parametro interpretativo della prima.

L’interpretazione prescelta assume una sua *ratio* nella distinzione, ai fini che qui rilevano, tra avvalimento e subappalto poiché, come dedotto dalla difesa erariale in pubblica udienza, il primo è istituto che meglio garantisce la stazione appaltante nell’esecuzione corretta del contratto. Mentre il subappalto infatti costituisce ipotesi di cessione (parziale) del contratto, con subentro quindi di un terzo nell’esecuzione del medesimo, l’avvalimento implica solo la messa a disposizione a favore dell’aggiudicatario, da parte di un terzo, delle

risorse necessarie alla realizzazione del programma contrattuale che viene pur sempre eseguito dall'impresa aggiudicataria (art. 89, comma 8, d.lgs. n. 50/2016). Non appare quindi illogico un trattamento differenziato dei due istituti, con maggiore gravosità del subappalto.

3.2 La normativa interna, così interpretata, non contrasta con il diritto comunitario e, in particolare, con la sentenza della Corte di Giustizia U.E. 26 settembre 2019 nella causa C-63/18. Questa ha statuito che il *divieto generalizzato* di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale del contratto affidato integra violazione delle direttive comunitarie in materia di appalti e non rispetta il canone di proporzionalità. È cioè 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. Quest'ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

4. In conclusione, l'esclusione della ricorrente deve essere confermata.

Stante la legittimità della sua esclusione, la ricorrente è priva di legittimazione a formulare le censure di cui ai successivi motivi di ricorso che presuppongono la sua legittima partecipazione alla procedura.

Il gravame deve quindi essere respinto.

Le spese processuali vengono tuttavia compensate tra le parti in ragione dell'oscurità del testo normativo.



P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6 del d.l n. 18/2020 conv. in l. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Alessandro Cacciari**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosaria Trizzino**

IL SEGRETARIO