



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4283 del 2021, proposto da Invitalia S.p.A. - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Venerando Monello, Paolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s., Perrone Global Service S.r.l., Ena Consulting S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Clarizia, Ciro Testini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n.2;

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero della Cultura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Soc. Coop. Cuzzolino Costruzioni a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00240/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di TecnoCostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s., di Perrone Global Service S.r.l., di Ena Consulting S.r.l., del Ministero della Cultura, della Soc. Coop. Cuzzolino Costruzioni a r.l. e del Ministero dello Sviluppo Economico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Monello e Leonardo, in sostituzione dell'avvocato Clarizia per dichiarata delega;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata ha accolto il primo motivo del ricorso proposto dalla società TecnoCostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. s.a.s., in proprio ed in qualità di mandataria dell'a.t.i. da costituire con le imprese indicate in epigrafe, nonché da queste ultime, in proprio e in qualità di mandanti (d'ora innanzi anche "a.t.i. ricorrente" o "ricorrente"), contro Invitalia s.p.a. ed il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, nonché nei confronti della controinteressata società Cooperativa Cuzolino Costruzioni di Produzione e Lavoro a r.l., per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della gara per l'affidamento dei lavori di completamento e valorizzazione del Museo Archeologico Nazionale di Metaponto, sito nella frazione Metaponto del Comune di Bernalda.

1.1. Col motivo accolto la ricorrente aveva dedotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, atteso che, non essendo in possesso della Categoria SOA OS30, aveva dichiarato di voler interamente subappaltare i lavori di questa categoria, conformemente a quanto stabilito dal punto 12.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedeva che i concorrenti, non in possesso della certificazione SOA OS30, potevano subappaltarne interamente i lavori.

Secondo la ricorrente tale clausola era illegittima, perché violava, non solo l'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che ha fissato nel 30% dell'intero appalto la parte che può essere subappaltata) e l'art. 1, comma 18, primo periodo, del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019 (ai sensi del quale *"fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'art.105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, il subappalto non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto"*, con efficacia della disposizione prorogata fino al 30 giugno 2021 dall'art. 13, comma 2, d.l. n. 183 del 2020), ma anche l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale sancisce che per *"le opere, per le quali*

sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere special?’, elencate nell’art. 2 del d.m. n. 248 del 2016, tra cui anche quelle relative alla categoria OS30, “l’eventuale subappalto non può superare il 30% dell’importo di tali opere” (nella specie i lavori della categoria OS30 costituiscono il 16,23% dell’intero appalto e l’aggiudicataria li ha interamente subappaltati).

1.2. La ricorrente aveva sostenuto che la procedura aperta di cui è causa era inferiore alla soglia comunitaria di € 5.225.000,00 ed era priva di interesse transfrontaliero certo; comunque, non rientrava nell’ambito di interesse delle sentenze della CGUE del 26 settembre 2019 e del 27 novembre 2019, in tema di subappalto, perché riguardanti l’art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 e l’art. 1, comma 18, primo periodo, del d.l. n. 32 del 2019 convertito dalla legge n. 55 del 2019, che vietano *“in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell’appalto pubblico”*, in quanto applicano tale divieto *“indipendentemente dalla natura dei lavori?”*, mentre l’invocato art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina il subappalto dei lavori individuati come riguardanti le categorie SOA elencate nel citato d.m. n. 248 del 2016, tra cui i lavori della Categoria OS30.

2. Il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il motivo di ricorso, per le seguenti due concorrenti ragioni:

- l’appalto in oggetto, con importo a base di gara di € 1.983.408,52, di gran lunga inferiore alla soglia comunitaria di € 5.225.000,00 per gli appalti pubblici di lavori, deve essere eseguito a Metaponto e non presenta alcun elemento che possa far configurare un *“interesse transfrontaliero certo”*, benché finanziato con fondi europei (risorse europee PON Cultura e Sviluppo del FESR 2014-2020) e regolato dalla decisione della Commissione europea del 14 maggio 2019;

- l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è incompatibile col diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le sentenze del 26 settembre 2019 nella causa n. 63/2018 e del 27 novembre 2019 nella causa n. 402/2018, in quanto non costituisce un divieto generalizzato di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale, ma si riferisce a determinate tipologie di lavori speciali, e quindi non viola l'art. 71 della direttiva n. 24/2014, considerato anche quanto previsto dall'art. 63, comma 2, della stessa direttiva (che, per l'avvalimento, prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente”*).

2.1. Pertanto il tribunale ha dichiarato l'illegittimità del punto 12.2 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che i concorrenti possono subappaltare interamente i lavori relativi alle categorie OS28, OS6 e OS30, in quanto superano la soglia del 40% dell'intero appalto stabilita dall'art. 1, comma 18, primo periodo, del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, e nella parte in cui consente la partecipazione di operatori economici non in possesso della certificazione SOA per la categoria OS30 ed il subappalto integrale per i lavori di tale categoria, anziché entro il tetto del 30% stabilito dall'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

2.2. Ne è stata fatta seguire l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzioni di Produzione e Lavoro a r.l., in quanto in possesso esclusivamente della categoria OG1, classifica IV, e non qualificata nelle categorie OS28, OS6 e OS30, i cui lavori avrebbero dovuto essere interamente subappaltati.

Sono stati dichiarati assorbiti i motivi secondo, terzo e quarto del ricorso.

L'aggiudicazione è stata annullata ed è stato affermato che *“l'accoglimento della domanda impugnatoria costituisce risarcimento in forma specifica, in quanto restituisce all'ATI ricorrente,*

classificatasi al secondo posto, la chance dell'aggiudicazione dell'appalto in questione, per l'affidamento dei lavori di completamento e valorizzazione del Museo Archeologico Nazionale di Metaponto, e della stipula del relativo contratto, dopo la verifica da parte della stazione appaltante del possesso dei requisiti di ammissione alla procedura aperta di cui è causa".

2.3. Invitalia è stata condannata al pagamento delle spese processuali, in favore dell'a.t.i. ricorrente, mentre le spese sono state compensate tra quest'ultima e la controinteressata, nonché tra la stessa ricorrente ed il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo.

3. Avverso la sentenza Invitalia ha proposto appello con tre motivi.

3.1. Le società TecnoCostruzioni, Ena Consulting e Perrone Global Service, in proprio ed in qualità rispettivamente di mandataria e mandanti della costituenda a.t.i. già ricorrente, hanno resistito all'appello ed hanno riproposto i motivi del ricorso del primo grado dichiarati assorbiti.

3.2. Il Ministero della Cultura (già Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo) e la controinteressata si sono costituiti con memorie di forma; il primo ha depositato documentazione.

3.3. Con ordinanza cautelare del 30 luglio 2021, n. 4176 è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata.

3.4. All'udienza del 4 novembre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie dell'appellante e delle società appellate e di replica di queste ultime.

4. I tre motivi di appello vanno trattati congiuntamente perché riguardanti le questioni connesse concernenti la legittimità della clausola del disciplinare sulla facoltà di subappaltare per intero i lavori delle categorie OS28, OS6 e OS30.

4.1. Col primo si chiede in via pregiudiziale il rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea perché si pronunci sul seguente quesito: <<*se, letti in combinato disposto, l'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 e gli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea debbano essere compresi e interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella contenuta negli artt. 105 d.lgs. n. 50/2016 e 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019, che prevede un limite al divieto di subappalto per gli appalti sotto soglia anche, eventualmente, senza interesse transfrontaliero*>>.

4.2. Col secondo si deduce, in sintesi, che, nell'attuale sistema di "governance multilivello" delle fonti, dove confluiscono, in modo complementare, istanze sia domestiche sia euro-unitarie o, più in generale, sovranazionali, non si potrebbe sostenere, in virtù dell'adesione dell'Italia all'Unione europea, che a fronte dello svolgimento della medesima prestazione tipica, ad alcune fattispecie di appalto si applichi una normativa interna in aperto contrasto col diritto comunitario.

L'appellante osserva in particolare che l'art. 1, comma 18, primo periodo, del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, e l'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, oltre ad essere stati dichiarati incompatibili con l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE, si porrebbero manifestamente in contrasto con il principio della libera concorrenza di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, ma anche con l'art. 41 della Costituzione italiana, ed ancora che la disciplina interna sarebbe in violazione del c.d. divieto di *gold plating*, cioè del divieto degli Stati membri di introdurre misure regolatorie superiori a quelle minime fissate dalle direttive.

4.3. Col terzo si sostiene che il caso di specie sarebbe comunque caratterizzato da un interesse transfrontaliero certo, dato che:

- l'appalto è stato finanziato con le risorse europee PON Cultura e Sviluppo del FESR 2014-2020 ed è regolato dalla decisione della Commissione europea del 14 maggio 2019;
- il bando è stato spedito per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 26 giugno 2020 ed effettivamente pubblicato sul S125 del 1° luglio 2020;
- il valore dell'appalto è pari ad € 2.040.548,22, per cui, pur essendo sotto-soglia, è soggetto alla procedura per gli appalti sopra soglia, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, che (nel testo applicabile *ratione temporis*) prevede il ricorso alla procedura dell'art. 60 dello stesso d.lgs. per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e fino alle soglie di rilevanza comunitaria;
- è stata applicata la procedura aperta, così come prevista per gli appalti sopra soglia, che non può andare esente dal rispetto dei principi e delle norme enucleati dalla direttiva 2014/24/UE e dal relativo giudizio di compatibilità, con conseguente di-sapplicazione dei limiti al subappalto.

A tale ultimo riguardo, Invitalia evidenzia che laddove la normativa nazionale si conformi alle regole europee anche per la disciplina di situazioni non direttamente regolate dalle stesse (come lo sono gli appalti sotto-soglia) sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze ermeneutiche, le regole e i principi posti dalle direttive ricevano un'interpretazione uniforme.

5. I motivi vanno accolti per le ragioni di cui appresso.

5.1. In punto di fatto, va premesso che:

- in data 24.06.2020, il MIBACT – Segretariato Regionale del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo per la Basilicata, individuava in Invitalia, in qualità di centrale di committenza, il soggetto incaricato di indire e gestire una procedura di gara, mediante piattaforma informatica, per l'affidamento dei “*lavori di completamento*

e valorizzazione del museo archeologico nazionale di Metaponto sito nel borgo di Metaponto, nel Comune di Bernalda (MT)";

- Invitalia, con determina n. 144/2020 del 24.06.2020, avviava dunque la procedura di gara appena menzionata, approvando il disciplinare di gara in conformità con il progetto esecutivo redatto dal MIBACT;

- con bando di gara spedito per la pubblicazione sulla GUUE il 26.06.2020, pubblicato sul S125 del 01.07.2020 e altresì nella GURI n. 74 il 29.06.2020, Invitalia attuava la procedura per l'affidamento dei detti lavori - CIG 8343654917, con importo totale dell'appalto pari a € 2.040.548,22 (due milioni quarantamila cinquecento quarantotto/22), oltre IVA ed oneri di legge, di cui € 1.983.408,52 per lavori soggetti a ribasso ed € 57.139,70 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso e per la durata di 549 giorni decorrenti dal verbale di consegna dei lavori;

- ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. 50 del 2016, gli atti di gara erano resi accessibili anche attraverso il portale telematico <http://gareappalti.invitalia.it>;

- ai sensi degli artt. 36, co. 9 bis, e 95, del *Codice dei contratti pubblici*, il criterio di aggiudicazione seguito è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo mediante l'attribuzione di massimo 100 punti per le offerte tecniche;

- alla procedura di gara hanno partecipato 25 operatori economici, tra cui la Cuzzolino Costruzioni Società Cooperativa di Produzione e Lavoro a r.l., risultata aggiudicataria, ed il r.t.i. tra Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C SaS/Ena Consulting S.r.l./ Perrone Global Service S.r.l., collocatosi secondo in graduatoria.

5.1.1. Inoltre non è contestato che:

- l'aggiudicazione è avvenuta in conformità agli atti di gara, di cui alla determina a contrarre n. 23 del 24.06.2020 del MIBACT ed alla delibera di Invitalia n. 144/2020 del 24.06.2020 di avvio della procedura di gara;
- con la prima l'amministrazione aggiudicatrice ha statuito che *“ai sensi ed in conformità dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, non vi siano limitazioni al subappalto dei lavori oggetto del presente intervento”*;
- analogamente, il disciplinare stabilisce all'art. 18 che *“il subappalto è ammesso nel rispetto delle condizioni stabilite nel presente documento. Ai sensi ed in conformità dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, non vi sono limitazioni al subappalto dei lavori oggetto del presente intervento. Ai sensi dell'articolo 105, co. 4, lett. c), del Codice dei Contratti, l'operatore economico deve indicare le prestazioni che intende subappaltare o concedere in cottimo. In assenza di espressa manifestazione di volontà, in fase esecutiva il subappalto non potrà essere autorizzato”*;
- lo stesso disciplinare, al punto 12.2, relativo ai *“requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica professionale”*, prevede che l'operatore non in possesso delle relative attestazioni SOA *“dovrà fare ricorso al subappalto per la categoria OS30 ed in tal caso l'operatore economico deve:*
 - a) indicare la parte di lavori che intende subappaltare, anche integralmente, ad impresa dotata della relativa qualificazione;*
 - b) possedere l'attestazione di qualificazione SOA relativa alla categoria prevalente OG1 nella classifica adeguata a coprire, oltre all'importo della categoria prevalente, anche l'importo della categoria OS30 per la quale non è posseduta la qualificazione, ai sensi dell'articolo 92, co. 1, secondo periodo, del Regolamento”*;

- l'assegnazione dell'appalto alla Soc. Coop. Cuzzolino è conforme a quanto indicato negli atti di gara, dato che l'operatore economico aggiudicatario ha una qualifica IV (pari a € 2.582.000,00) nella categoria prevalente OG1, con la quale copre l'intero importo dell'appalto pari a € 2.040.548,22, compresa la categoria scorporabile OS30 (pari a € 331.230,50);
- tuttavia, per quest'ultima, essendo a qualificazione obbligatoria, la società aggiudicataria ha indicato di voler integralmente subappaltare i lavori ad impresa dotata della relativa qualificazione;
- la questione era stata d'altronde esplicitamente affrontata dal quesito n. 1 delle FAQ che recitava: *“Essendo in possesso della categoria prevalente OG1 IV, è possibile partecipare alla gara subappaltando la OS28 - OS30 E OS6 per intero, coprendola con la prevalente?”*; la risposta era stata chiara: *“Si risponde positivamente. Si rimanda agli articoli 12.2 e 18 del Disciplinare afferenti rispettivamente ai "Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale" e al "Subappalto">>.*

5.2. La *quaestio iuris* oggetto del presente contenzioso attiene quindi alla legittimità degli atti di gara, in riferimento a quanto previsto dall'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, come derogato dall'articolo 1, comma 18, della legge 14 giugno 2019, n. 55 (e successivamente prorogato fino al 30 giugno 2021 dall'art. 13, comma 2, del d.l. n. 183 del 2020, convertito dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21) circa il limite generale del subappalto nella misura del 40% dell'importo complessivo dei lavori, nonché in riferimento a quanto previsto dall'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 circa il limite del subappalto nella misura del 30% dell'importo delle opere di cui all'art. 89, comma 11, cioè quelle rientranti nelle categorie super specialistiche (c.d. SIOS); limiti, entrambi superati dalla legge di gara predisposta da Invitalia, in

ottemperanza a quanto prescritto dal Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo (oggi Ministero della cultura).

5.2.1. Non vi è dubbio alcuno che la prima delle due disposizioni sia in contrasto col diritto e con i principi fondanti dell'Unione, atteso quanto statuito dalla ridetta sentenza della CGUE, Sez. V, 26 settembre 2019, C- 63/18 (in specie dove si legge che: *“Occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38). Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55). Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione. Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della*

presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24").

Sebbene la sentenza riguardi l'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (norma, quest'ultima, che è stata perciò ritenuta disapplicabile dalla giurisprudenza nazionale successiva al pronunciamento della CGUE: cfr. Cons. Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 389; 17 dicembre 2020, n. 8101; 31 maggio 2021, n. 4150; nonché Cons. Stato, VI, 29 luglio 2020, n. 4832 riferita alla norma analoga dell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006, oggetto della sentenza della CGUE 27 novembre 2019, in causa C-402/18, pronunciata avendo riguardo alla direttiva n. 2004/18/CE, ma coerente con la sentenza del settembre dello stesso anno), i principi in essa affermati vanno riferiti anche alla norma sopravvenuta dell'art. 1, comma 18, della legge n. 55 del 2019.

Quest'ultima, rendendo obbligatoria l'indicazione del subappalto nel bando di gara, ha però mantenuto un limite generale ed astratto, pur se innalzato al 40%. Essa è quindi, a sua volta, in contrasto con la normativa euro-unitaria perché tale limite opera indipendentemente da qualsivoglia valutazione discrezionale della stazione appaltante.

5.2.2. Per le stesse ragioni va reputata l'incompatibilità col diritto euro-unitario dell'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In proposito non si condivide la sentenza di primo grado laddove ha affermato che la disposizione appena citata non viola il diritto europeo, così come interpretato dalla

Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le dette sentenze in materia di subappalto, *“in quanto non costituisce un divieto generalizzato di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale, ma si riferisce a determinate tipologie di lavori speciali, che giustificano la determinazione di una soglia di esperibilità del subappalto”*.

In realtà, la disposizione pone un limite aprioristico al subappalto, che sottrae all'amministrazione aggiudicatrice il *quantum* di discrezionalità che le è riconosciuto come dovuto dalla giurisprudenza sopranazionale, secondo una valutazione da farsi caso per caso, tenuto conto, non della tipologia di lavori astrattamente considerata, bensì delle prestazioni e delle lavorazioni oggetto dello specifico affidamento, nonché delle caratteristiche di quest'ultimo.

La generalità e l'astrattezza di detto limite non sono evitate dal riferimento normativo alle sole opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture impianti ed opere speciali, elencate nell'art. 2 del d.m. n. 248 del 10 novembre 2016.

Il riferimento ai lavori di una determinata categoria è connotato comunque da astrattezza perché prescinde dalla natura delle lavorazioni richieste nel caso concreto, escludendo in particolare che, se superano il 10% dell'importo totale dei lavori, l'amministrazione possa optare per la totale assenza di vincoli al subappalto o per l'imposizione di un limite inferiore al 30% delle opere subappaltabili, anche quando, nel contesto del singolo affidamento, esse siano scarsamente significative rispetto alla finalità del divieto di subappalto.

Emblematico in tale ultimo senso è proprio il caso di specie, avendo Invitalia fatto presente, senza specifica smentita da parte ricorrente, che la categoria OS30 non prevede interventi di elevato contenuto tecnologico né di particolare complessità, bensì soltanto opere, sicuramente di carattere tecnico, ma prontamente eseguibili,

rientranti, in sintesi, tra le operazioni impiantistiche, a carattere accessorio rispetto alle opere edili, di ordinaria esecuzione.

Giova precisare che non sono pertinenti i pronunciamenti di questo Consiglio di Stato, citati in senso contrario dalla difesa della parte appellata. Nessuno dei due ha affrontato la questione in oggetto; in particolare:

- l'ordinanza della III sezione del 10 giugno 2020, n. 3702 non si è occupata del limite del 30% di cui alla prima parte dell'art. 105, comma 5, bensì del divieto di suddivisione di cui alla seconda parte della stessa disposizione (*“l'eventuale subappalto ... non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*), tanto è vero che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito interpretativo: *“Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate”*;

- la sentenza di questa V sezione, 20 luglio 2021, n. 5447, non ha affatto *“confermato l'applicabilità del limite del subappalto per le categorie super specialistiche”* (cfr. pag. 9 della memoria cautelare degli appellati), ma si è limitata ad escludere in radice l'applicabilità dell'art. 105, comma 5, mancando, nel caso oggetto di quel contenzioso, il presupposto del *“superamento del valore pari al dieci dell'importo totale dei lavori per ciascuna categoria SIOS”*; l'affermazione, evidentemente, non legittima il ragionamento *a contrario* sostenuto dalla difesa della società ricorrente in primo grado.

L'ordinanza cautelare di questa Sezione del 2 ottobre 2020, n. 5832 (pure citata dalla difesa dell'a.t.i. già ricorrente) si è poi espressa in termini dubitativi sulla (sola) portata della sentenza della CGUE 26 settembre 2019 e comunque non è stata seguita da decisione di merito che abbia motivato sull'ammissibilità del limite generalizzato del 30% per il subappalto delle opere super-specialistiche.

A riscontro di quanto fin qui argomentato in punto di incompatibilità comunitaria dell'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, oltre alla menzione di questa norma nella premessa della sentenza della CGUE, sez. V, 26 settembre 2019 in causa C-63/18, va dato atto della lettera di messa in mora della Commissione UE n. 2273/2018.

Giustamente Invitalia ne ha richiamato il punto 1.3. lett. a), laddove la Commissione ha individuato una violazione a carico dell'Italia proprio nella disposizione in commento, in combinato disposto con l'art. 89, comma 11, rilevando che “[...] *nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto. Conformemente a tale approccio, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. La stessa impostazione si ritrova nell'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE (e nel considerando 87 di tale direttiva). Analogamente, dall'articolo 38, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE risulta che gli offerenti devono avere la possibilità, in linea di principio, di ricorrere a subappaltatori nell'esecuzione dei contratti. Il considerando 63 della stessa direttiva chiarisce che uno degli obiettivi di questa disposizione è proprio quello*

di facilitare la partecipazione delle PMI. Pertanto, occorre concludere che la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto. La suddetta conclusione è confermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE. [...]”.

Pertanto la Commissione ha concluso che “*l’articolo 105, comma 2, terza frase, e l’articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano l’articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l’articolo 63, paragrafo 2, e l’articolo 71 della direttiva 2014/24/UE [...] Poiché le altre due direttive contratti pubblici contengono articoli corrispondenti ai succitati articoli della direttiva 2014/24/UE, [...] l’articolo 105, comma 2, terza frase, e l’articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano le disposizioni seguenti: l’articolo 79, paragrafo 1, secondo comma, l’articolo 79, paragrafo 3, e l’articolo 88 della direttiva 2014/25/UE; l’articolo 42 della direttiva 2014/23/UE e, per le ragioni sopra esposte, anche l’articolo 38, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE*”.

5.2.3. Proprio al fine di evitare la procedura d’infrazione annunciata dalla lettera di messa in mora n. 2273/2018, il sopravvenuto decreto legge 31 maggio 2021, n.77, convertito dalla legge 30 luglio 2021, n. 108, con l’art. 49 comma 2 lett. b), ha abrogato il comma 5 dell’art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, ed ha uniformato la disciplina del subappalto, sostituendo il comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, con la previsione dell’art. 49, comma 2, lett. a), che è esplicitamente riferita anche alle prestazioni o le lavorazioni di cui all’art. 89, comma 11.

La disciplina novellata pone la regola, conforme alla normativa ed alla giurisprudenza sovranazionali, della mancanza di limiti al subappalto, per ogni tipologia di appalto, salva diversa indicazione da effettuarsi nei documenti di gara da parte delle

stazioni appaltanti, “*previa adeguata motivazione nella determina a contrarre*”, alle condizioni e con le modalità stabilite dal testo dell’art. 105, comma 2, come sostituito dal citato art. 49, comma 2, lett. a).

5.3. Giova sottolineare che la disciplina attualmente vigente è uniforme per gli appalti sopra la soglia di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia.

Poiché essa è entrata in vigore il 1° novembre 2021 non è applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara oggetto del presente contenzioso.

Fermo restando perciò il contrasto con le direttive europee delle disposizioni esaminate al precedente punto 5.2, la questione di diritto da risolvere concerne la correttezza dell’operato dell’amministrazione aggiudicatrice e della centrale unica di committenza che hanno predisposto le regole di gara previa disapplicazione degli artt. 1, comma 18, del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, e 105, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, pur essendo il presente appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria.

5.3.1. Premesso che non è in discussione l’obbligo della pubblica amministrazione di non applicare la legge interna incompatibile col diritto europeo, anche quando venga in rilievo una direttiva *self executing* (ribadito di recente da questo Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18, alle cui motivazioni è qui sufficiente fare rinvio), va sottolineato che sia il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo (oggi Ministero della cultura) che Invitalia hanno esplicitamente ritenuto di applicare l’art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE e che in forza di tale richiamo hanno previsto che nella *lex spe-*

cialis non vi sarebbero state “*limitazioni al subappalto dei lavori oggetto del presente intervento*” (così la determina a contrarre in data 24 giugno 2020 del Segretariato regionale del Ministero per la Basilicata e l’art. 18 del disciplinare di gara).

5.3.2. Orbene, anche a voler escludere che il detto esplicito riferimento sia espressione dell’interesse transfrontaliero attribuito all’affidamento *de quo* da parte dell’amministrazione aggiudicatrice (cui spetta la relativa valutazione, peraltro soggetta al controllo giurisdizionale: cfr. CGUE, Grande sez., 20 marzo 2018, in causa C-187/16), è dirimente al fine dell’applicazione della richiamata direttiva e del giudizio di compatibilità con la stessa, l’argomento dell’appellante che fa leva sulla procedura concretamente applicata.

Rileva cioè che la stazione appaltante abbia posto le regole dell’affidamento *sub iudice* seguendo una normativa nazionale che, quanto alla procedura applicabile, non fa alcuna distinzione tra appalti sopra-soglia ed appalti sotto-soglia e finendo quindi per applicare a questi ultimi le disposizioni della normativa europea (come trasposte nella legislazione nazionale, senza fare alcuna differenza sulla base del valore dell’affidamento) anche se *ab origine* non destinate alla loro regolazione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea è univocamente nel senso di <<*prevedere che quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate da un atto dell’Unione, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell’Unione a che, per evitare future divergenze d’interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un’interpretazione uniforme. Pertanto, l’interpretazione delle disposizioni di un atto dell’Unione in situazioni non rientranti nell’ambito di applicazione di quest’ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato* (sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15,

EU:C:2017:266, punti 33 e 34, nonché giurisprudenza ivi citata>> (così CGUE, sez. IX, 14 febbraio 2019 in causa C-710/17).

Si tratta di una giurisprudenza la cui pertinenza al caso di specie non può essere esclusa in base agli argomenti delle appellate secondo cui l'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe una *“mera trasposizione dell'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE né si può ritenere che lo stesso operi un rinvio diretto e incondizionato alla norma europea”*.

La riconducibilità della disposizione interna all'art. 71 della direttiva e l'incompatibilità con questo della trasposizione effettuata dallo Stato italiano sono state dichiarate con sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice ha, come detto, esplicitato la sua intenzione di uniformarsi alle disposizioni della direttiva, come interpretate dalla CGUE, ed ha, inoltre, fatto ricorso alla procedura aperta di cui all'art. 60 del *Codice dei contratti pubblici*, che costituisce la trasposizione esatta dell'art. 27 della direttiva.

Il ricorso alla procedura aperta, per l'appalto sotto-soglia, è stato basato sull'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, che nel testo vigente *ratione temporis* (essendo il bando di gara del giugno 2020), consentiva, al comma 2, lett. d), di procedere *“per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'art. 60 [...]”*.

Orbene, essendosi la normativa nazionale conformata alle regole europee anche per disciplinare gli appalti sotto-soglia, senza distinguere specificamente questi ultimi, in particolare quanto al regime di subappalto applicabile, sussiste un interesse certo sovranazionale all'interpretazione della normativa applicabile conforme alle regole ed ai principi posti dalle direttive.

Ritenuta per tale via la ricorrenza di un interesse transfrontaliero dell'appalto *de quo*, vanno allora ritenuti applicabili, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, le norme fondamentali e i principi del Trattato FUE, pur trattandosi di procedura di aggiudicazione di valore inferiore alla soglia comunitaria, rilevando in particolare i principi di parità di trattamento, di funzionalità e di trasparenza (cfr., tra le altre, Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, n. 376/08).

Ne consegue che, a fronte dello svolgimento di prestazioni coincidenti, in ipotesi richieste dalla medesima amministrazione aggiudicatrice e soprattutto affidate previo esperimento della medesima procedura aperta (a valere sia per gli appalti sopra soglia che per quelli sottosoglia), non può la disciplina applicabile essere differenziata in ragione del valore dell'affidamento, applicando agli appalti sotto soglia una normativa interna sul subappalto in aperto contrasto con il disposto comunitario.

5.3.3. Anche per le ragioni fin qui esposte, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza gravata, non è irrilevante che l'appalto sia stato finanziato con le risorse europee PON Cultura e Sviluppo del FESR 2014-2020 e sia regolato dalla decisione della Commissione Europea del 14 maggio 2019, C (2019) 3452.

5.4. In conclusione, l'appello va accolto, senza necessità di disporre il rinvio alla CGUE richiesto col primo motivo, trattandosi di interpretare la normativa interna, in conformità alla normativa euro-unitaria già interpretata dalla Corte di Giustizia.

Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado va ritenuta la legittimità degli artt. 12.2 e 18 del disciplinare di gara, nelle parti oggetto di impugnazione, sopra specificate.

6. L'accoglimento dell'appello comporta l'esame dei motivi di ricorso dichiarati assorbiti in primo grado e riproposti in appello.

6.1. Col primo (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 105, comma 5, d.lgs. n.50/2016 e del d.m. 10 novembre 2016, n. 248. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36 TFUE. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti. Difetto di motivazione*) l'a.t.i. già ricorrente premette che:

- il disciplinare di gara prevede espressamente che la categoria OS30 “Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi” è a qualificazione obbligatoria;
- la soc.coop. Cuzzolino Costruzioni ha dichiarato di possedere la SOA per categoria prevalente OG1 in classifica IV per un importo complessivo di oltre due milioni di euro, con la quale ha coperto tutte le lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili OS6 e OS28;
- dal momento che la categoria OS30 è pari al 16,23% dell'importo a base di gara, l'impresa avrebbe dovuto costituire un'A.T.I. verticale con un'impresa qualificata in categoria speciale, in forza di quanto previsto dal d.m. 10 novembre 2016, n. 248, che richiama l'art. 12 del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.

La società ricorrente argomenta quindi che, dalla lettura combinata dell'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47 del 2014 e dell'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, si evince che i lavori delle categorie scorporabili c.d. a qualificazione obbligatoria, quali sono quelle super-specialistiche del comma 2, lett. b) del detto articolo 12 (c.d. SIOS), possono essere eseguiti direttamente dall'aggiudicatario solo se in possesso della relativa qualificazione, non essendo sufficiente la qualificazione nella categoria prevalente in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori.

In sintesi, trattandosi di subappalto necessario o qualificante in categoria per la quale l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 esclude l'avvalimento se le lavorazioni

sono di importo superiore al 10% dei lavori, avrebbe dovuto essere esclusa anche la possibilità del ricorso al subappalto per la qualificazione, superiore al limite del 30%.

6.2. Il motivo è infondato.

Ribadito quanto sopra a proposito del limite posto dall'art. 105, comma 5, le restanti censure attengono più in generale all'ammissibilità del subappalto c.d. necessario o qualificante.

La giurisprudenza è nel senso che il ricorso a quest'ultimo (ammesso nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9) sia consentito anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sebbene l'istituto non sia espressamente previsto nel *Codice dei contratti pubblici*, esso è tuttavia compatibile con l'assetto delineato dall'art. 105 in tema di subappalto; non è impedito dalle norme del *Codice* concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici; è tuttora praticabile per la confermata vigenza dell'art. 12 (*Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici*), comma 1 e 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.

6.2.1. In particolare, l'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 non contiene un divieto di subappalto, quando questo sia finalizzato a conseguire i requisiti di qualificazione per i lavori appartenenti alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 15 febbraio 2021, n. 1308), ferma restando la necessaria qualificazione per i lavori appartenenti alla categoria prevalente.

6.2.2. Quanto poi al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ed ai requisiti che devono essere posseduti dal concorrente -dato quanto previsto dall'art. 84 del d.lgs. n. 50 del 2016, che si occupa del sistema di qualificazione e degli organismi di qualificazione (S.O.A.)- sono tuttora vigenti, nei limiti della compatibilità,

le disposizioni del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (ai sensi dell'art. 83, comma 1, e 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, così come modificati con il d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, hanno sancito l'ultrattività del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006 fino all'adozione di un nuovo regolamento, non ancora intervenuta, ai sensi dell'art. 216, comma 27 *octies*), che non escludono il subappalto "necessario" per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

In merito a tale istituto dispone il citato art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2014, nella parte rimasta in vigore dopo l'entrata in vigore del *Codice dei contratti pubblici*.

L'art. 217, lett. nn), del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'abrogare i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dell'art. 12 del d.l. n.47 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 80 del 2014, ha, per quanto qui rileva, lasciato vigente l'art. 12, comma 2, a norma del quale *“In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:*
a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle

categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. [...].”

La fattispecie prevista dalla lettera b) ricorre nel caso di appalto di lavori in cui sono previste opere specialistiche rientranti in categoria scorporabile (nel caso di specie OS30) c.d. a qualificazione obbligatoria (che perciò non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione) per le quali è possibile il ricorso al subappalto c.d. necessario.

6.3. L'ammissibilità di quest'ultimo nel vigore dell'attuale *Codice di contratti pubblici* è stata riconosciuta, oltre che dalla citata sentenza n. 1308/21, dalle sentenze di questa sezione, 20 agosto 2019, n. 5745, 4 giugno 2020, n. 3504 e 13 agosto 2020, n. 5030, nonché dall'ordinanza della sezione III, 10 giugno 2020, n. 3702.

Quest'ultima, infatti, pur non riguardando immediatamente l'ammissibilità del subappalto “necessario” o “qualificante”, la presuppone, tanto è vero che, in conseguenza di ciò, ha ritenuto rilevante la questione interpretativa pregiudiziale rimessa, come detto sopra, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

6.4. Giova precisare che le censure dell'a.t.i. ricorrente non trovano alcun supporto nell'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 che vieta invece il ricorso all'avvalimento per le lavorazioni di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, se di importo superiore al 10% dell'appalto, attese le differenze tra l'istituto dell'avvalimento e quello del subappalto.

D'altronde, è proprio la disposizione dell'art. 105, comma 5, anche nel testo applicabile *ratione temporis*, a legittimare il ricorso al subappalto per le opere di cui all'art. 89, comma 11, laddove il limite del 30% contestualmente previsto si scontra con le regole e i principi di diritto euro-unitario, nonché con la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia, nei termini esposti trattando dei motivi di appello.

6.5. Parimenti irrilevante a supporto della tesi dell'a.t.i. ricorrente è la previsione, valorizzata anche nella sentenza gravata, dell'art. 63, comma 2, della direttiva n.24/2014 (che prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente”*), sia perché riferita all'avvalimento, sia perché l'interpretazione della C.G.U.E., di cui alle ridette sentenze in tema di subappalto, è appunto nel senso di rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice l'eventuale fissazione di un limite al subappalto nel singolo affidamento.

6.6. Il motivo, come sopra riproposto, va quindi respinto.

7. Col secondo motivo riproposto (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, contraddittorietà intrinseca, illogicità e irragionevolezza manifesta*) l'a.t.i. già ricorrente censura l'attribuzione del punteggio relativo al criterio C (proposte migliorative relative ai c.a.m. – impiego delle risorse utilizzate nell'appalto), sub criterio C.2 (*Distanza di approvvigionamento dei prodotti da costruzione*), per il quale avrebbe potuto essere assegnato un punteggio massimo di 3 punti.

7.1. Premesso che era prevista la valutazione positiva delle proposte che avrebbero illustrato le procedure operative adottate in relazione a *“1. La massimizzazione dell'utilizzo di materiali ... ad una distanza massima di 150 km. dal cantiere di utilizzo, per almeno il 60% in peso sul totale dei materiali utilizzati, indicando anche la localizzazione della filiera produttiva”*, la ricorrente sostiene che:

- si tratterebbe di criterio oggettivo, che premierebbe chi garantisce l'utilizzazione della maggior percentuale di materiali estratti, raccolti, recuperati o lavorati entro una distanza massima di 150 km. dal cantiere;
- poiché l'a.t.i. Tecnoservice ha proposto nell'offerta tecnica di acquistare il 75% dei materiali entro i 150 km. avrebbe dovuto ricevere il punteggio massimo;
- invece, pur essendo risultata prima rispetto a tale sub-criterio, la commissione le ha attribuito soltanto 2,4 punti;
- la mancata attribuzione del punteggio massimo sarebbe irragionevole;
- se avesse avuto attribuito un punteggio di 3 punti, l'a.t.i. ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria della gara.

7.2. Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il sub-criterio presuppone una valutazione qualitativa da parte della commissione giudicatrice.

La legge di gara non prevede affatto l'attribuzione automatica del punteggio massimo in favore del concorrente che avrebbe proposto di acquistare i materiali nella maggior misura possibile entro il raggio di 150 km dal cantiere di utilizzo.

All'opposto, la previsione di attribuzione del punteggio in favore del concorrente che avesse offerto siti di acquisto entro detta distanza massima *“per almeno il 60% in peso sul totale dei materiali utilizzati, indicando anche la localizzazione della filiera produttiva”* e la quantificazione dei punti da assegnare, *fino ad un massimo di 3*, sta a significare che la relativa attribuzione, una volta garantita la quantità di *“almeno il 60% in peso sul totale dei materiali utilizzati”*, non era fondata sul dato numerico finale, ma era rimessa alla valutazione qualitativa della commissione giudicatrice, che doveva tenere conto, tra l'altro, della localizzazione delle aziende fornitrici e dei siti di estrazione.

Testuale riscontro di quanto sin qui esposto si rinviene, come sottolineato da Invitalia, nell'art. 49 del disciplinare di gara, in cui si afferma “*per determinare i coefficienti Vai occorre distinguere tra: - coefficienti di natura qualitativa (offerte tecniche relative ai punti A, B e C)*”.

La diversa interpretazione della ricorrente è meramente assertiva e priva di supporto nella *lex specialis* (che in nessun punto prevede un meccanismo premiale oggettivo), comunque resistita dagli argomenti letterali, sistematici e logici fin qui esposti.

7.3. Interpretata come sopra la previsione del disciplinare relativa alla valutazione dell'offerta tecnica, le censure oggetto del motivo in esame risultano inammissibili poiché tendono a superare l'attribuzione del punteggio di 2,4 onde pervenire invece al maggior punteggio di 3, senza prospettare profili di manifesta erroneità o illogicità del giudizio dei commissari, anche quanto alla comparazione con le offerte tecniche degli altri concorrenti.

7.4. In conclusione, il motivo va respinto.

8. Col terzo motivo riproposto (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7, 20.3 c.3 e 24 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza manifesta*) l'a.t.i. ricorrente censura il giudizio di congruità del costo della manodopera dell'offerta dell'aggiudicataria espresso dal r.u.p. nel verbale n. 7 del 9 novembre 2020.

8.1. La ricorrente osserva che l'aggiudicataria ha parametrato tutto il costo del personale sulla base del costo medio orario per le imprese edili e affini, mentre non vi sarebbero indicazioni di costo orario per gli operai elettrici e per gli operai termoidraulici (aventi altri contratti di lavoro).

Il r.u.p. non avrebbe, quindi, rilevato la mancata applicazione delle tabelle ministeriali per il settore produttivo in cui rientrano le lavorazioni, che invece era imposta dal disciplinare di gara e dalle normative di settore.

In sintesi, l'aggiudicataria ha parametrato il costo del lavoro al proprio personale, e non a quello impiegato dalle subappaltatrici, cui intende affidare il 100% delle lavorazioni specialistiche e super specialistiche, con conseguente violazione della legge di gara ed inattendibilità del costo della manodopera, che avrebbe dovuto condurre alla sua esclusione dalla gara.

8.2. Il motivo è infondato.

8.2.1. Il costo della manodopera indicato dall'aggiudicataria sarebbe inattendibile se fosse vero l'assunto - che logicamente sta a base del ragionamento della ricorrente - che il costo del lavoro calcolato applicando il costo medio orario per le imprese edili ed affini sia inferiore al costo della manodopera che si avrebbe tenendo conto del costo medio orario per gli operai elettrici e termoidraulici.

Sotto tale profilo la censura, oltre ad essere generica, è smentita dalle risultanze del sub-procedimento di verifica di congruità del costo della manodopera effettuato dal r.u.p., ai sensi dell'art. 95, comma 10, *Codice dei contratti pubblici*, partendo dall'analisi di quanto indicato dall'impresa aggiudicataria nell'allegato 8 al disciplinare (*numero e tipologia di operai che si intende utilizzare ai fini dell'esecuzione dell'appalto; numero di ore previsto per ognuna delle figure professionali indicate; relativo costo medio minimo delle tabelle di riferimento e costo medio orario pagato*) e dai dati progettuali inerenti al calcolo dei costi della manodopera.

In particolare, risulta dagli atti del detto sub-procedimento che:

1) i costi orari della manodopera del settore edile e affine sono superiori rispetto ai costi orari per gli operai elettrici e per gli operai termoidraulici (e comunque si tratta

di dati che, posti in evidenza dalla stazione appaltante anche in sede giudiziale, non hanno trovato smentita alcuna da parte ricorrente);

2) dal progetto il r.u.p. ha dedotto il numero di ore indicativo previsto per il calcolo della manodopera a base di gara;

3) l'aggiudicataria, Soc. Coop. Cuzzolino, ha indicato nell'allegato n. 8 le stesse figure professionali previste dal progetto, adeguando i relativi costi orari alle tabelle ministeriali valide per il periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione dell'offerta; il tutto in coerenza con la qualifica dell'impresa che possiede la categoria OG1 e pertanto, un organico di tipologia edile e affine (cfr. il verbale n. 7 sopra citato). Pertanto l'aggiudicataria si è assunta un maggior onere per il costo della manodopera (in quanto come rilevato al punto 1 i costi orari della manodopera del settore edile e affine sono superiori rispetto ai costi orari per gli operai elettrici e per gli operai termoidraulici);

4) l'aggiudicataria ha indicato, nell'allegato 8, un monte ore non inferiore a quello di progetto;

5) il costo della manodopera incide sul prezzo offerto il 41,605%, rispetto al 27,812% sull'importo lavori a base di gara ed anche questo dato è a maggior tutela delle maestranze.

8.2.2. Va poi escluso che l'aggiudicataria abbia calcolato il costo della manodopera in violazione della legge di gara.

Nel disciplinare di gara si prevede, all'art. 20.3 lettera c "*giustificativi della manodopera*", che l'operatore economico al fine di dimostrare il rispetto di quanto previsto dall'articolo 97, co. 5, lett. d), del *Codice dei contratti*, avrebbe dovuto specificare le voci che hanno determinato il costo della manodopera indicato nell'offerta economica, esclusivamente mediante la compilazione dell'allegato n. 8 al disciplinare.

Inoltre, come si deduce dalla risposta alla FAQ n. 7, in cui un'impresa chiedeva se, partecipando solo con la OG1 categoria prevalente, *“come tipologia di operai si dovessero inserire tutti gli operai in forza al momento”*, la centrale di committenza ha chiarito che era sufficiente inserire il numero e la tipologia di operai che l'impresa intendeva utilizzare ai fini dell'esecuzione dell'appalto per tutte le categorie a base di gara, senza limitazione alcuna rispetto alla tipologia di operai che si intendesse impiegare, anche in funzione del proprio organico.

Né risulta che, all'opposto, la legge di gara imponesse di calcolare i costi della manodopera utilizzando le tabelle di riferimento di ciascuna tipologia di operai da impiegarsi, dall'aggiudicataria e/o dalle imprese sue sub appaltatrici.

Pertanto, fornendo la documentazione richiesta dal disciplinare di gara, così come chiarito dalla risposta alla FAQ, la soc. coop. Cuzzolino Costruzioni ha rispettato le relative previsioni.

Il r.u.p. ha quindi correttamente operato, senza che risulti che fosse necessario richiedere alcuna documentazione integrativa. Peraltro, ove necessario, questa avrebbe potuto essere richiesta e, nel contraddittorio con l'impresa, in ottemperanza al disposto dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, si sarebbe di certo potuto procedere ad una verifica dei costi della manodopera anche in base a diversi parametri di riferimento, non essendo prevista la sanzione espulsiva (su cui hanno invece insistito le ricorrenti in primo grado), se non in caso di violazione dei minimi salariali retributivi.

8.3. Il rispetto di questi ultimi è stato espressamente attestato dal r.u.p. nel citato verbale, nel quale si conclude che *“dall'analisi effettuata, il costo della manodopera dichiarato dall'operatore singolo SOC. COOP. CUZZOLINO COSTRUZIONI DI PRODUZIONE E LAVORO a.r.l. nella propria offerta e nella relativa documentazione giustificativa, presentata ai sensi dell'articolo 20.3 lett. c) del Disciplinare di gara, nel complesso risulta conforme*

ai minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali ex articolo 23, co. 16, del Codice dei Contratti valide per il periodo intercorrente tra la pubblicazione del Bando di gara e la presentazione dell'offerta'.

8.4. Il motivo in esame va quindi respinto.

9. Col quarto motivo (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 99 d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto di motivazione e/o perplessità*) l'a.t.i. ricorrente rappresenta che il disciplinare di gara, all'art. 21, prevedeva che ciascun commissario attribuisse il coefficiente a ciascun concorrente per ogni sub-criterio e successivamente si calcolasse la media dei coefficienti attribuiti, mentre dagli atti trasmessi dalla stazione appaltante risultava soltanto la media dei punteggi per ogni singolo sub-criterio *"in virtù dell'espressione collegiale della commissione"*.

La ricorrente evidenzia come, pur avendo la stazione appaltante comunicato che la verbalizzazione dei voti di ciascuno commissario era stata effettuata e pur avendo la stessa a.t.i. espressamente richiesto di avere copia dei relativi verbali, questi non sono mai stati trasmessi.

Ad avviso della ricorrente, la mancata verbalizzazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari violerebbe l'art. 99 del d.lgs. n. 50 del 2016, non essendo sufficienti nemmeno i "brogliacci", ove pure esistenti, se non trasposti nei verbali di gara (come da precedente del Consiglio di Stato, V, 14 ottobre 2017, n. 5693).

9.1. Il motivo non merita di essere accolto.

In diritto, va ribadito che le norme dell'evidenza pubblica sono poste a presidio del regolare svolgimento delle operazioni di gara, di modo che è onere del ricorrente, che ne sostenga la violazione, offrire quanto meno un principio di prova, dal quale

desumere, anche soltanto in via indiziaria, che la commissione giudicatrice abbia effettivamente operato in violazione di legge o in eccesso di potere.

Dato ciò, la circostanza che sia verbalizzata l'assegnazione dei punteggi risultanti dalla media collegiale per ogni singolo sub-criterio, senza indicazione del coefficiente attribuito da ciascun commissario, non è, di per sé sola, significativa del fatto che le operazioni di valutazione delle offerte siano state compiute in difformità da quanto previsto dal *Codice dei contratti pubblici* o dalla *lex specialis* (cfr., per un caso analogo, Cons. Stato, III, 23 dicembre 2020, n. 8295, che ha affermato che «*la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio, come ormai afferma la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non è ex se indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo* (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 517), «*non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo*» (Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2020, n. 5130)>>; nello stesso senso più recentemente anche Cons. Stato, III, 24 giugno 2021, n. 4847, con argomenti utili a superare quelli di cui al precedente citato dalla ricorrente, n. 5693/17).

9.1.1. Quanto al *Codice dei contratti pubblici*, l'art. 99 impone alle stazioni appaltanti di documentare «*lo svolgimento di tutte le procedure di aggiudicazione*», conservando «*una documentazione sufficiente a giustificare le decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto*», tra cui quella inerente «*la selezione*».

Pertanto è conforme alla previsione normativa l'operato della commissione giudicatrice quando questa abbia verbalizzato l'esito della valutazione collegiale mediante l'indicazione del punteggio infine attribuito a ciascuno concorrente.

Siffatta conclusione varrebbe anche se si ritenesse di equiparare la valutazione tecnica della commissione ad una “deliberazione interna” (ai sensi e per gli effetti del citato art. 99, cui si riferisce il precedente citato dalla ricorrente). Sebbene siffatta equiparazione sia poco convincente – essendo qui in discussione l’espressione di un giudizio e non una manifestazione di volontà deliberativa – è sufficiente osservare che il giudizio è espresso appunto collegialmente mediante l’attribuzione del punteggio finale da parte della commissione giudicatrice unitariamente considerata.

9.1.2. Quanto alla legge di gara, va ribadita la prevalente giurisprudenza 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”* (Cons. Stato, V, 14 febbraio 2018, n. 952 e id., III, 9 dicembre 2020, n. 7787, tra le altre).

Nel caso di specie, non richiedendo il disciplinare di gara la verbalizzazione dei coefficienti espressi dai singoli commissari, ma soltanto la loro considerazione ai fini del calcolo della media cui rapportare il punteggio finale, avrebbe dovuto la ricorrente fornire un riscontro, quanto meno indiziario, da cui desumere la violazione della regola procedurale del bando di gara.

In mancanza, è sufficiente la documentazione del voto complessivo finale, inteso come momento di sintesi dei giudizi individuali.

9.2. Il motivo va quindi respinto.

10. In conclusione, l’appello va accolto e i motivi riproposti vanno respinti e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso proposto dalle

società Tecnostruzioni, Ena Consulting e Perrone Global Service, in proprio e nella qualità indicata in epigrafe, contro l'aggiudicazione disposta in favore della società Cooperativa Cuzzolino Costruzioni di Produzione e Lavoro a r.l.

10.1. La novità delle questioni poste dai motivi di appello rende di giustizia la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata e respinti i motivi riproposti ex art. 101 Cod. proc. amm., respinge il ricorso proposto in primo grado.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI