

Pubblicato il 15/03/2021

N. 00240/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00052/2021 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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 52 del 2021, proposto dalla Tecnostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con le mandanti Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l., dalla Ena Consulting S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandante della predetta ATI, e dalla Perrone Global Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandante della predetta ATI, rappresentate e difese dagli avv.ti Paolo Clarizia, PEC paolo.clarizia@pec.it, e Ciro Testini, PEC ciro.testini@pec.it, domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

-Invitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Carbone, PEC paolocarbone@ordineavvocatiroma.org, e Venerando Monello, PEC venerandomonello@ordineavvocatiroma.org, domiciliata ai sensi dell'art. 82

R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

-Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, in persona del Ministro p.t., e Segretariato Regionale per la Basilicata del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza e presso gli Uffici della stessa domiciliati in Potenza Corso XVIII Agosto 1860 n. 46;

nei confronti

società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Migliarotti, PEC migliarotti@pec.it, domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento:

-del provvedimento del 10.11.2020, con il quale il Responsabile del procedimento di Invitalia S.p.A. ha aggiudicato alla società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. la procedura aperta telematica per l'affidamento dei lavori di completamento e valorizzazione del Museo Archeologico Nazionale di Metaponto, sito nella Frazione Metaponto del Comune di Bernalda;

-del punto 12.2 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che i concorrenti, non in possesso della certificazione SOA OS30, possono subappaltare interamente i lavori di tale Categoria;

-di tutti verbali, redatti dal Responsabile del procedimento e dalla Commissione giudicatrice, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara l'impresa aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l.;

-della nota del 26.11.2020, con la quale il Responsabile del procedimento ha respinto l'istanza di autotutela del 24.11.2020 dell'ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), classificatasi al 2° posto;

nonché per l'annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm. della predetta nota del Responsabile del procedimento del 26.11.2020, nella parte in cui è stato negato l'accesso a "tutti i verbali stilati dal Commissari di gara relativi all'attribuzione dei punteggi", cioè "dei verbali in cui risultino i coefficienti di valutazione da 0 a 1, attribuiti da ogni Commissario in riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica", richiesti dall'ATI seconda classificata con le istanze del 9.11.2020 e del 20.11.2020 (questa seconda istanza di accesso è stata motivata "in relazione all'art. 21 del Disciplinare, al fine di verificare la correttezza del calcolo delle medie per ciascun criterio", cioè delle medie aritmetiche dei coefficienti da 0 a 1, attribuiti dai singoli Commissari per tutti i criteri di valutazione dell'offerta tecnica), in quanto, "come riconosciuto da giurisprudenza costante (ex multis TAR Toscana Sez. III Sent. n. 1081 del 12.7.2019), gli apprezzamenti dei singolo Commissari sono sempre destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, la quale rappresenta il momento di sintesi dei giudizi individuali", ed anche perché "la separata enunciazione degli stessi ha il valore di mera formalità interna ai lavori della Commissione (cfr. TAR Toscana Sez. III Sent. n. 1133 del 7.8.2018, anche per la formula aritmetica prescelta da questa Centrale di Committenza ai fini della valutazione dell'offerta tecnica"; nonché per il risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del suddetto appalto in favore dell'ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), previa declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e di subentro nel contratto;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia S.p.A., del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo e della società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza del 10 marzo 2021 il Cons. Pasquale Mastrantuono e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 conv. nella L. n. 176/2020 e dell'art. 1, comma 17, D.L. n. 183/2020 mediante collegamento da remoto con la modalità simultanea Microsoft Teams, dopo aver ascoltato gli avv.ti Paolo Clarizia, Ciro Testini, Venerando Monello, Roberta Tarantino, per delega dell'avv. Paolo Carbone, e Francesco Migliarotti in collegamento da remoto, mentre l'Avvocato dello Stato è stato considerato presente ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, D.L. n. 28/2020 conv. nella L. n. 70/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando del 26.6.2020 Invitalia S.p.A., nella qualità ai sensi dell'art. 38, comma 1, D.Lg.vo n. 50/2016 di Centrale di committenza per gli appalti del Segretariato Regionale per la Basilicata del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, ha indetto la procedura aperta telematica per l'affidamento dei lavori di completamento e valorizzazione del Museo Archeologico Nazionale di Metaponto, sito nella Frazione Metaponto del Comune di Bernalda.

Il Disciplinare di gara ha previsto:

-l'importo a base di gara di € 1.983.408,52 di cui: € 788.255,38 relativi alla Categoria OG1 (costruzione Edifici civili ed industriali), classifica III, per lavori edili di adeguamento del Museo; € 504.741,90 relativi alla Categoria OS28 (realizzazione Impianti termici e di condizionamento), classifica II, per la sostituzione dell'impianto di climatizzazione; € 361.121,38 relativi alla Categoria OS6 (installazione di Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi), classifica II; € 329.289,86 relativi alla Categoria OS30 (realizzazione Impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi), classifica II, per l'adeguamento degli impianti elettrico ed antincendio e per il miglioramento dell'impianto di illuminazione;

-il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'attribuzione di massimo 90 punti all'offerta tecnica e di massimo 10 punti all'offerta economica;

-per quanto riguarda i requisiti di ammissione, oltre quelli di tipo generale ex art. 80 D.Lg.vo n. 50/2016, come requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale, il possesso delle certificazioni SOA: 1) OG1, classifica III; 2) OS28, classifica II, ed "abilitazione all'esecuzione delle lavorazioni ai sensi degli artt. 3 e 4 D.M. n. 37/2008", emanato in attuazione dell'art. 11 quaterdecies, comma 13, lett. a), L. n. 248/2005, oppure in alternativa: A) l'attestazione SOA OG11, classifica II, ai sensi dell'art. 3, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016; B) la possibilità, prevista dall'art. 92, comma 1, DPR n. 207/2010, tuttora vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14, D.Lg.vo n. 50/2016, per il concorrente, in possesso dell'attestazione SOA nella Categoria prevalente OG1 "nella classifica adeguata a coprire, oltre all'importo della Categoria prevalente, anche l'importo della Categoria OS28 per la quale non è posseduta la qualificazione", di ricorrere al subappalto "ad impresa dotata della relativa qualificazione", che dovrà realizzare "per intero" i lavori della Categoria OS28 ed "essere qualificata nella categoria scorporabile ed abilitata, in quanto l'esecutore dovrà rilasciare la certificazione degli impianti prevista dal D.M. n. 37/2008", cioè la dichiarazione di conformità degli impianti realizzati alla normativa vigente ed alle norme dell'UNI, del CEI o di altri Enti di normalizzazione appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea e/o il certificato di collaudo degli impianti installati "ove previsto dalle norme vigenti" di cui agli artt. 7 e 11 dello stesso D.M. n. 37/2008; 3) OS6, classifica II, oppure in alternativa: A) l'attestazione SOA "nella Categoria prevalente OG1 di classifica adeguata a coprire anche l'importo della predetta categoria scorporabile"; B) la possibilità di ricorrere al subappalto "ad impresa dotata della relativa qualificazione"; 4) OS30, classifica II, ed "abilitazione all'esecuzione delle lavorazioni ai sensi degli artt. 3 e 4 D.M. n. 37/2008" oppure in alternativa: A) l'attestazione SOA OG11, classifica II, ai sensi

dell'art. 3, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016; B) la possibilità, prevista dall'art. 92, comma 1, DPR n. 207/2010, per il concorrente, in possesso dell'attestazione SOA nella 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”, di ricorrere al subappalto “ad impresa dotata della relativa qualificazione”, che dovrà realizzare “per intero” i lavori della Categoria OS28 ed “essere qualificata nella categoria scorporabile ed abilitata, in quanto l'esecutore dovrà rilasciare la certificazione degli impianti prevista dal D.M. n. 37/2008” (cfr. punto 12.2 del Disciplinare di gara);

-l'offerta tecnica doveva: 1) “rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Progetto”, posto a base di gara, “pena l'esclusione dalla gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68” D.Lg.vo n. 50/2016; 2) “non può prevedere varianti al progetto posto a base di gara, fatta eccezione per i miglioramenti allo stesso, in funzione degli elementi di valutazione”, specificando, “a pena di esclusione”, che “le soluzioni tecnico-migliorative proposte non possono comportare: modifiche delle aree da occupare, ad eccezione delle occupazioni temporanee; modifiche dei requisiti prestazionali e funzionali delle opere come da progetto, normativa di legge e specifiche del Capitolato; modifiche delle caratteristiche tipologiche delle opere d'arte principali; livelli di sicurezza inadeguati; violazione delle norme vigenti”; con la puntualizzazione che non sarebbero state ammesse le offerte tecniche “che, in relazione a uno o più di uno degli elementi di valutazione: eccedano i limiti o siano in contrasto con le condizioni degli elementi ritenuti inderogabili, in violazione del divieto di varianti; esprimano o rappresentino soluzioni tra loro alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivocate o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla stazione appaltante; prevedano soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili

con quest'ultima; siano in contrasto con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso, comunque denominati, già espressi con atti pubblici o recepiti in questi, o con prescrizioni imposte negli stessi atti di assenso oppure in contrasto con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale o paesaggistica o con altri vincoli inderogabili, se non già oggetto di deroghe già acquisite e contenute nella progettazione a base di gara" (cfr. punto 20.2.1 del Disciplinare di gara).

Il Responsabile del procedimento nelle sedute del 28.7.2020, del 4.9.2020, del 7.9.2020, dell'11.9.2020, del 15.9.2020, del 15.9.2020, del 18.9.2020, del 21.9.2020 e dell'1.10.2020 ha verificato la completezza della documentazione amministrativa, presentata dai 25 offerenti, ammettendoli tutti al prosieguo di gara.

La Commissione giudicatrice:

-nella seduta pubblica dell'8.10.2020 ha verificato la documentazione delle offerte tecniche;

-in data 6.11.2020, in seduta riservata dalle ore 9,30 alle ore 13,50 ha esaminato e valutato le offerte tecniche, attribuendo i relativi punteggi, ed in seduta pubblica dalle ore 14,15 alle ore 15,16 (cfr. verbale n. 6 del 6.11.2020) ha aperto le buste, contenenti le offerte economiche, assegnando i relativi punteggi e stilando la seguente graduatoria: 1° posto la società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. con il punteggio complessivo di 65,81 punti (di cui 57,52 punti per l'offerta tecnica e 8,29 punti per il ribasso 22,39500%); 2° posto l'ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti) con il punteggio complessivo di 65,77 punti (di cui 63,37 punti per l'offerta tecnica e 2,40 punti per il ribasso del 6,49999%); 3° posto la società Cooperativa Consorzio Artigiani Romagnolo, che ha indicato come esecutrice la consorziata Saturno Appalti S.r.l., con il punteggio complessivo di 65,39 punti (di cui 60,17 punti per l'offerta tecnica e 5,22 punti per il ribasso del 14,11100%).

Il Responsabile del procedimento:

-in data 9.11.2020 ha verificato la conformità del costo del lavoro dichiarato dalla società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. (cfr. verbale n. 7 del 9.11.2020);

-con provvedimento del 10.11.2020 ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della predetta impresa aggiudicataria;

-e con nota del 26.1.2020 ha respinto l'istanza di autotutela della società Cooperativa Consorzio Artigiani Romagnolo del 24.11.2020.

La Cooperativa Consorzio Artigiani Romagnolo con il Ricorso n. 536/2020, notificato il 10.12.2020 e depositato il 22.12.2020, ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, il suddetto punto 12.2 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che i concorrenti, non in possesso della certificazione SOA OS28 e OS30, possono subappaltare interamente i lavori di tali Categorie; tutti verbali, redatti dal Responsabile del procedimento e dalla Commissione giudicatrice, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara la Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. e l'ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s. (mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), ed anche la nota del 26.1.2020, con la quale il Responsabile del procedimento ha respinto l'istanza di autotutela della ricorrente del 24.11.2020, deducendo che i citati concorrenti, classificatisi al 1° ed al 2° posto, avrebbero dovuto essere esclusa dalla gara, attesoché:

1) l'aggiudicataria Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., attesoché: A) nella domanda di partecipazione aveva dichiarato di essere in possesso esclusivamente della Categoria OG1, classifica IV, e di non essere qualificata nelle Categorie OS28, OS6 e OS30 (ed anche nella Categoria OG11) e di voler subappaltare interamente i lavori, relativi alle predette Categorie OS28, OS6 e OS30, conformemente a quanto prestabilito dal punto 12.2 del Disciplinare di gara, che doveva ritenersi illegittimo per la violazione dell'art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella

L. n. 55/2019, richiamando la Sentenza del TAR Lazio Sez. I n. 4183 del 2020 del 24.4.2020; B) la sua offerta tecnica, in violazione del punto 20.2.1 del Disciplinare di gara, prevede il rifacimento di tutte le coperture a “tetto verde”, che consiste in una modifica delle caratteristiche tipologiche delle opere d’arte principali, vietata dalla predetta disposizione della lex specialis di gara, anche perché comporta la necessità di presentare una nuova progettazione del tetto del Museo, in quanto devono essere esaminati i pesi ed i carichi strutturali di tale modifica, ed il rilascio di apposita autorizzazione paesaggistica, in quanto il progetto, posto a base di gara, contempla la conferma del tetto esistente; C) l’offerta tecnica era stata sottoscritta, oltre che dal legale rappresentante Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., anche da “altri soggetti non qualificati”;

2) l’ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s. (mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), classificatasi al 2° posto, attesoché: A) a pag. 4 della sua offerta tecnica, nella parte relativa al criterio di valutazione della “Mitigazione dell’impatto del cantiere sul contesto e la viabilità” (massimo 5 punti) aveva previsto di realizzare una recinzione del cantiere esterno “con pannelli del tipo multistrato in legno OSB”, per ridurre il rumore e la diffusione di polveri, decorati “con disegni che rappresentano i ritrovamenti archeologici contenuti nel Museo”, tenuto conto della “immensa area verde che circonda l’area”, anche che “in alternativa alla semplice stampa dei pannelli, si potrebbe organizzare, qualora l’Amministrazione fosse interessata, un laboratorio per realizzazione della decorazione manuale della recinzione in linea con la volontà di far diventare il Museo un centro interattivo e un luogo aperto allo scambio culturale”, in violazione del punto 20.2.1 del Disciplinare di gara (ed anche dell’art. 32, comma 4, D.Lg.vo n. 50/2016, nella parte in cui statuisce il principio del divieto delle offerte alternative), nella parte in cui stabilisce che “non sono ammesse le offerte tecniche che, in relazione a uno o più di uno degli elementi di valutazione esprimano o rappresentino soluzioni tra loro

alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla stazione appaltante”; B) l’offerta tecnica era stata sottoscritta, oltre che dal legale rappresentante della mandataria Tecnostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s., anche da “altri soggetti non qualificati”.

Nell’ambito del giudizio, attivato con il predetto Ric. n. 536/2020, si sono costituiti in giudizio: 1) la stazione appaltante Invitalia S.P.A. e l’aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., sostenendo l’infondatezza del ricorso; 2) la Tecnostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con le mandanti Enea Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.; 3) il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, chiedendo l’estromissione dal giudizio per la carenza della legittimazione passiva.

Il suddetto Ric. n. 536/2020 è stato respinto da questo Tribunale con la Sentenza n. 201 del 3.3.2021, in quanto sono state ritenute infondate entrambe le censure, volte ad ottenere l’esclusione della predetta ATI Tecnostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), classificatasi al 2° posto, e non sono state esaminate le censure, finalizzate all’esclusione dell’aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., in quanto la ricorrente si era collocata al terzo posto.

Poiché la Sezione Terza Ter del TAR Lazio con Ordinanza n. 963 del 25.1.2021 aveva dichiarato la competenza territoriale del TAR Basilicata con riferimento all’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della procedura aperta in questione da parte dell’ATI Tecnostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l.(mandanti), la predetta ATI con il Ricorso n. 52/2021 in epigrafe, notificato il 27.1.2021 e depositato il

29.1.2021, ha riassunto il giudizio dinanzi a questo Tribunale, nell'ambito del quale erano stati dedotti i seguenti motivi:

1) l'aggiudicataria Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, attesoché, non essendo in possesso della Categoria SOA OG30, aveva dichiarato di voler interamente subappaltare tali lavori, conformemente a quanto prestabilito dal punto 12.2 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che i concorrenti, non in possesso della certificazione SOA OS30, possono subappaltare interamente i lavori di tale Categoria, ma tale clausola della lex specialis di gara risulta illegittima, perché viola, non solo l'art. 105, comma 2, D.Lg.vo n. 50/2016 (che ha fissato nel 30% dell'intero appalto la parte che può essere subappaltata) e l'art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019, ai sensi del quale "fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'art. 105, comma 2, D.Lg.vo n. 50/2016, il subappalto non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto" (l'art. 13, comma 2, lett. c, D.L. n. 183/2020 ha prorogato l'efficacia della predetta norma fino al 30.6.2021), ma anche l'art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016, 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 speciali", elencate nell'art. 2 D.M. n. 248/2016, tra cui risultano anche quelle relative alla categoria OS30 (l'art. 1, comma 2, di tale DM statuisce che non è ammesso l'avvalimento delle predette lavorazioni, elencate nel successivo art. 2, "qualora il loro valore supera il 10% dell'importo totale dei lavori") "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 di cui è causa, ma l'aggiudicataria li ha interamente subappaltati), evidenziando che la procedura aperta di cui è causa era inferiore alla soglia comunitaria di € 5.225.000,00 ed era priva di interesse transfrontaliero e che le Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e del 27.11.2019

nella causa n. 402/2018 hanno statuito l'incompatibilità con l'art. 71 della Direttiva dell'Unione Europea n. 24/2014, che non prevede alcuna soglia massima di subappalto, delle norme italiane, come i suddetti art. 105, comma 2, D.Lg.vo n. 50/2016 e art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019, 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, D.Lg.vo n. 50/2016 disciplina il subappalto dei lavori, relativi alle Categorie SOA, elencate nel citato art. D.M. n. 248/2016, tra cui i lavori della Categoria OG30, richiamando la Sentenza TAR Toscana Sez. II n. 898 del 9.7.2020;

2) la ricorrente ATI Tecnocostruzioni di Vincenzo e Giuseppe Scardigno & C. S.a.s.(mandataria)-Ena Consulting S.p.A. e Perrone Global Service S.r.l. (mandanti), con riferimento al criterio di valutazione dell'offerta tecnica della "Distanza di approvvigionamento dei prodotti di costruzione" (con il criterio motivazionale: "il concorrente dovrà indicare le misure finalizzate all'ottimizzazione delle risorse all'interno della gestione del cantiere. Saranno valutate positivamente le proposte che illustreranno le procedure operative adottate in relazione alla massimizzazione dell'utilizzo dei materiali estratti, raccolti o recuperati, nonché lavorati (processo di fabbricazione) 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") avrebbe meritato l'attribuzione del punteggio massimo di 3 punti, anziché quello assegnato di 2,4 punti, in quanto aveva specificato nell'offerta tecnica, che avrebbe acquistato il 75% dei materiali entro 150 km., evidenziando che tra il punteggio complessivo dell'aggiudicataria di 65,81 punti e quello dell'ATI ricorrente, seconda classificata, di 65,77 punti vi è una differenza di soli 0,04 punti;

3) la violazione dell'art. 95, comma 10, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto il Responsabile del procedimento in data 9.11.2020 aveva verificato la

conformità del costo del lavoro dichiarato dalla società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., facendo esclusivo riferimento al costo medio orario delle imprese edili, mentre avrebbe dovuto applicare anche le tabelle ministeriali delle imprese, esercenti le attività lavorative relative ad impianti elettrici ed idraulici, in quanto l'appalto di cui è causa per oltre il 50% si riferisce a tali lavorazioni (cfr. verbale n. 7 del 9.11.2020);

4) la violazione dell'art. 21 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive che il punteggio, da assegnare ad criterio di valutazione dell'offerta tecnica, consisteva nella media dei coefficienti numerici da 0 a 1, attribuiti dai ciascun Commissario, ma nel verbale della Commissione giudicatrice n. 6 del 6.11.2020, che si divide nella seduta riservata dalle ore 9,30 alle ore 13,50, nella quale sono state esaminate e valutate le offerte tecniche, attribuendo i relativi punteggi, e nella seduta pubblica dalle ore 14,15 alle ore 15,16, dove sono state aperte le buste, contenenti le offerte economiche, assegnando i relativi punteggi, ed è stata stilata la conseguente graduatoria, non sono stati indicati i coefficienti da 0 a 1, attribuiti dai singoli Commissari, ma esclusivamente i punteggi finali, assegnati per ogni criterio di valutazione dell'offerta tecnica, cioè le medie aritmetiche dei coefficienti da 0 a 1, attribuiti dai singoli Commissari (con memoria del 21/22.2.2021 la ricorrente ha richiamato la Sentenza TAR Basilicata n. 598 del 28.9.2020, passata in giudicato, perché non appellata, con la quale è stata accolta l'analoga censura). Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante Invitalia S.P.A. e l'aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l., sostenendo l'infondatezza del ricorso, ed anche il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, il quale ha chiesto che fosse dichiarata la sua carenza di legittimazione passiva, in quanto il Segretariato Regionale per la Basilicata del Ministero, dopo aver approvato il progetto esecutivo, con Determinazione n. 23 del 24.6.2020 aveva conferito, ai sensi

della convenzione del 24.11.2015, la funzione di Centrale di committenza ad Invitalia S.p.A..

In data 10.3.2021 si è svolta l'Udienza ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 conv. nella L. n. 176/2020 e dell'art. 1, comma 17, D.L. n. 183/2020 mediante collegamento da remoto con la modalità simultanea Microsoft Teams, nell'ambito della quale il ricorso è passato in decisione.

In via preliminare, va confermato quanto già statuito dalla Sezione Terza Ter del TAR Lazio con Ordinanza n. 963 del 25.1.2021, cioè la competenza territoriale del TAR Basilicata, in quanto l'appalto di cui è causa deve essere eseguito nel Museo Archeologico Nazionale di Metaponto, sito nella Frazione Metaponto del Comune di Bernalda.

Sempre in via preliminare, va disattesa la domanda del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo, volta ad ottenere l'estromissione dal giudizio per carenza di legittimazione passiva, in quanto con il presente ricorso è stata chiesta anche la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, che deve essere sottoscritto dal predetto Ministero (sul cfr. TAR Basilicata Sent. n. 598 del 28.9.2020).

Nel merito, il ricorso è fondato, con riferimento al primo motivo di impugnazione.

Al riguardo, va rilevato che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le Sentenze del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e del 27.11.2019 nella causa n. 402/2018 ha statuito che contrasta con l'art. 71 della Direttiva dell'Unione Europea n. 24/2014, che non prevede alcuna soglia massima di subappalto, la norma italiana che "vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico", sia perché "tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori", sia perché "un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'Ente aggiudicatore" (cfr. punto 40 della Sentenza della Corte di Giustizia del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e punto 47 della

Sentenza della Corte di Giustizia del 27.11.2019 nella causa n. 402/2018), specificando che il predetto limite astratto e generalizzato di subappalto entro una percentuale massima, valevole per tutti gli appalti pubblici, non può essere considerato idoneo e/o necessario a contrastare il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici (cfr. punti 38 e 39 sempre della predetta Sentenza del 26.9.2019 e punti 48 e 49 della Sentenza della Corte di Giustizia del 27.11.2019 nella causa n. 402/2018).

Ma, pur tenendo conto della circostanza che le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea entrano a far parte dell'ordinamento comunitario e risultano direttamente applicabili negli Stati membri dell'Unione Europea, come se fossero delle norme giuridiche comunitarie immediatamente vincolanti (cfr. sul punto le Sentenze della Corte Costituzionale n. 210 del 29.10.2015, n. 41 del 7.2.2000, n. 384 del 10.11.1994, n. 132 del 16.3.1990, n. 389 dell'11.7.1989 e 29 del 3.2.1986), nella fattispecie in esame non può essere disapplicato (sul punto cfr. le Sentenze C.d.S. Sez. V n. 8101 del 17.12.2020, TAR Valle d'Aosta n. 34 del 3.8.2020 e TAR Toscana Sez. I n. 706 dell'11.6.2020) sia l'art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019, ai sensi del quale "fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'art. 105, comma 2, D.Lg.vo n. 50/2016" (con il quale era stato fissato nel 30% dell'intero appalto la parte che poteva essere subappaltata) "il subappalto non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto" (lo stesso discorso vale per l'art. 13, comma 2, lett. c, D.L. n. 183/2020 conv. nella L. n. 21/2021, che ha prorogato l'efficacia della predetta norma fino al 30.6.2021), sia l'art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016, 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 speciali", elencate nell'art. 2 D.M. n. 248/2016, tra cui risultano anche quelle relative alla categoria OS30, "l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo di" tali opere, in quanto, sebbene l'appalto di cui è causa, essendo stato finanziato con le

risorse europee PON Cultura e Sviluppo del FESR 2014-2020, risulta regolato dalla Decisione della Commissione Europea del 14.5.2019, che disciplina le rettifiche finanziarie alle spese finanziate dall'Unione Europea "in caso di mancato rispetto delle norme applicabili in materia di appalti pubblici", prevedendo espressamente nel n. 13 del punto 2.1 dell'Elenco, allegato alla predetta Decisione del 14.5.2019, la rettifica del 5% del finanziamento nel caso di "limitazione ingiustificata del subappalto", va evidenziato che i punti 1.2.2 e 1.2.3 della stessa Decisione della Commissione Europea del 14.5.2019 puntualizzano espressamente che, "quando non si applicano le Direttive" europee, "ma l'appalto rientra nell'ambito dell'applicazione del Trattato e del diritto nazionale, i presenti orientamenti si applicano, purché" vi sia "un interesse transfrontaliero certo", tenuto conto dei seguenti elementi: "i) l'oggetto dell'appalto; ii) il suo importo stimato; iii) i requisiti tecnici dell'appalto; iv) il luogo geografico di esecuzione dell'appalto; v) prove di offerte provenienti da altri Stati membri o dell'interesse manifestato da operatori economici di altro Stato membro".

Pertanto, poiché l'appalto di cui è causa, con l'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, che deve essere eseguito a Metaponto, non presenta alcuno dei predetti elementi, che possono configurare "un interesse transfrontaliero certo", non risulta, benché finanziato con fondi europei, assoggettato alla suddetta rettifica, contemplata dal n. 13 del punto 2.1 dell'Elenco, allegato alla Decisione della Commissione Europea del 14.5.2019, risulta disciplinato dall'art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019 e dall'art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016.

Per lo stesso motivo non può tenersi conto del punto 1.3, lett. a), della lettera di messa in mora della Commissione Europea n. 2273/2018, che ritiene incompatibile con la Direttiva dell'Unione Europea n. 24/2014 sia il comma 2, sia il comma 5 dell'art. 105 D.Lg.vo n. 50/2016.

Comunque, il predetto art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016, nella parte in cui stabilisce che il subappalto delle opere, per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali”, elencate nell’art. 2 D.M. n. 248/2016, tra cui quelle relative alla categoria OS30, non può superare il 30% dell’importo di tali opere, non viola il diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea con le suddette Sentenze del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e del 27.11.2019 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, che giustificano la determinazione di una soglia di esperibilità del subappalto, per cui deve ritenersi che il citato art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016 sia compatibile con l’art. 71 della Direttiva dell’Unione Europea n. 24/2014, anche perché l’art. 63, comma 2, della Direttiva n. 24/2014, nel disciplinare l’avvalimento, prevede che “le Amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente” (sul punto cfr. TAR Toscana Sez. II Sent. n. 898 del 9.7.2020).

Da quanto sopra esposto discende l’illegittimità dell’impugnato 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 tali lavori superano la soglia del 40% dell’intero appalto, stabilita dall’art. 1, comma 18, primo periodo, D.L. n. 32/2019 conv. nella L. n. 55/2019, ed anche nella parte in cui consente la partecipazione alla procedura aperta in questione degli operatori economici, non in possesso della certificazione SOA OS30, e/o di poter subappaltare interamente i lavori di tale Categoria, anziché entro il tetto del 30%, stabilito dall’art. 105, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016, e da ciò consegue l’esclusione dalla gara dell’aggiudicatario società Cooperativa Cuzzolino Costruzione 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 erano stati interamente subappaltati.

Pertanto, possono essere assorbiti il secondo (anche perché, tenuto conto della valutazione discrezionale criterio dell'offerta tecnica della "Distanza di approvvigionamento dei prodotti di costruzione", la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione giudicatrice non abbia usato lo stesso metro di valutazione con riferimento agli altri concorrenti), il terzo (anche perché la ricorrente non ha provato che il costo del lavoro dell'aggiudicataria è inferiore alle Tabelle ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016) ed il quarto motivo del ricorso in esame.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso e per l'effetto l'annullamento dell'impugnato punto 12.2 del Disciplinare di gara, la conseguente esclusione dalla gara dell'aggiudicataria società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l. ed il susseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione del 10.11.2020 in favore della predetta società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l..

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.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c. la stazione appaltante Invitalia S.p.A. va condannata al pagamento, in favore dell'ATI ricorrente, delle spese di lite, liquidate in dispositivo, mentre sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio con riferimento al Ministero per i Beni

e le Attività Culturali e del Turismo ed alla società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi indicati in motivazione, fatta salva l'ulteriore attività della stazione appaltante.

Condanna la stazione appaltante Invitalia S.p.A. al pagamento, in favore dell'ATI ricorrente, delle spese di giudizio, che vengono liquidate in complessivi € 4.000,00 (quattromila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e spese a titolo di Contributo Unificato nella misura versata; spese compensate nei confronti del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo e della società Cooperativa Cuzzolino Costruzione di Produzione e Lavoro a r.l..

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita ad opera dell'Autorità amministrativa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 10 marzo 2021 con l'intervento in collegamento da remoto dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pasquale Mastrantuono

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO