Sentenza **91/2022** (ECLI:IT:COST:2022:91)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **AMATO** - Redattore: **NAVARRETTA**
Udienza Pubblica del **08/03/2022**; Decisione del **08/03/2022**
Deposito del **11/04/2022**; Pubblicazione in G. U.
Norme impugnate: Artt. 105 e 146 del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50.
Massime:
Atti decisi: **ord. 195/2020**

Pronuncia

SENTENZA N. 91

ANNO 2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giuliano AMATO; Giudici : Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise nel procedimento vertente tra la C. A. M. di A. D. I. e l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa e altri, con ordinanza del 17 ottobre 2020, iscritta al n. 195 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3, prima serie speciale, dell'anno 2021.

Visti gli atti di costituzione della C. A. M. di A. D. I., dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa e, fuori termine, della Se. spa, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese (ATI) Se. spa e C. I. Al. srl, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udita nell'udienza pubblica dell'8 marzo 2022 la Giudice relatrice Emanuela Navarretta;

uditi gli avvocati Giuliano Di Pardo per la C. A. M. di A. D. I., Stefano Vinti e Manuela Teoli per l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa e l'avvocato dello Stato Marco Corsini per il Presidente del Consiglio dei ministri;

deliberato nella camera di consiglio dell'8 marzo 2022.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza iscritta al numero 195 del reg. ord. 2020, il Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sezione prima, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 9 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali.

2.– In punto di fatto, il giudice rimettente riferisce di doversi pronunciare sulle domande di annullamento di una serie di atti concernenti l'affidamento dei «[l]avori di adeguamento degli impianti delle sedi del Polo Museale del Molise», a seguito di procedura aperta indetta, ai sensi degli artt. 36, comma 2, lettera d), 60 e 145 e seguenti del d.lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in avanti cod. contratti pubblici), dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa – Invitalia, nonché di «risarcimento danni in forma specifica con conseguimento dell'appalto e subentro nel relativo contratto da parte della ricorrente».

2.1.– Nell'ordinanza, il giudice a quo espone che alla gara avevano partecipato – tra gli altri – l'associazione temporanea di imprese (ATI) Se. spa e C. I. Al. srl, la Si. spa e la C. A. M., che si erano classificate, rispettivamente, nelle prime tre posizioni della graduatoria.

Il rimettente riferisce che la terza classificata chiedeva sia l'annullamento degli atti, con i quali non erano state esclude dalla gara le imprese controinteressate, erano state valutate positivamente le relative offerte e, infine, era stato aggiudicato l'appalto alla ATI Se. spa e C. I. Al. srl., sia il risarcimento del danno in forma specifica.

2.2.– Il giudice a quo riporta, in via preliminare, di aver rigettato le eccezioni sollevate da Invitalia e da Si. spa, rispettivamente, parte resistente e controinteressata.

In particolare, precisa di aver respinto l'eccezione di incompetenza territoriale, ritenendo che «gli effetti diretti dei provvedimenti gravati siano limitati all'ambito territoriale del Molise». A tal proposito, richiama il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la competenza si determina in relazione al luogo di esecuzione dei lavori o dei servizi, a prescindere dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara o dalla sede dei partecipanti alla stessa.

Chiarisce, inoltre, di aver respinto anche l'eccezione relativa al difetto di interesse della ricorrente a contestare la valutazione e i punteggi attribuiti dalla commissione all'offerta tecnica della Si. spa, in quanto, benché la ricorrente avesse ottenuto un punteggio superiore, «è evidente che una diminuzione del punteggio tecnico attribuito» alla stessa Si. spa avrebbe potuto «comunque incidere sulla graduatoria finale in senso favorevole all'odierna ricorrente».

3.– Di seguito, il TAR Molise riferisce di non aver accolto il secondo e il terzo motivo di ricorso e di essere passato ad esaminare il primo motivo, concernente l'ammissione alla gara delle società

ATI Se. spa e C. I. Al. srl e Si. spa, ammissione contestata «per aver le stesse supplito alla carenza del possesso della qualificazione SOA OG2 attraverso il ricorso al subappalto».

In particolare, ritiene che la decisione su tale motivo dipenda dall'applicazione delle disposizioni, delle quali sospetta l'illegittimità costituzionale, nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali: vale a dire, l'art. 105 cod. contratti pubblici, che disciplina il subappalto, e l'art. 146 cod. contratti pubblici, che dispone il citato divieto solo per l'avvalimento.

Il rimettente precisa, inoltre, che quest'ultima disposizione non potrebbe includere un divieto riferito al subappalto, stante il suo chiaro tenore letterale, e che, d'altro canto, non potrebbe consentire un'interpretazione costituzionalmente orientata, data la natura eccezionale del divieto, che impedirebbe il ricorso al canone dell'interpretazione analogica.

Infine, secondo il giudice a quo, risulterebbe priva di ogni fondamento la tesi secondo cui troverebbe applicazione l'art. 105, comma 5, cod. contratti pubblici, che limita al trenta per cento il ricorso al subappalto per le categorie superspecializzate, in quanto queste sono distinte da quelle in esame.

In definitiva, il Collegio conclude per la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate.

4.– Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente fonda la sua motivazione sulla ratio del divieto di avvalimento di cui all'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici, ovvero sull'esigenza che siano protetti i beni culturali, assicurando che i lavori affidati in quel settore vengano eseguiti da soggetti muniti delle qualificazioni specialistiche, onde «preservare e ridurre al minimo i rischi di perdita o deterioramento» di tali beni.

4.1.– In particolare, secondo il rimettente, l'avvalimento offrirebbe maggiori garanzie di tutela rispetto al subappalto, con la conseguenza che, se per il primo è contemplato un divieto a tutela dei beni culturali, a fortiori andrebbe previsto un analogo divieto per il subappalto.

Nel caso dell'avvalimento, sin dalla partecipazione alla gara, l'ausiliario e l'offerente stipulerebbero un contratto idoneo a individuare in modo chiaro e preciso l'impegno assunto dal primo, la sua natura e l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse necessarie. L'ausiliario, inoltre, risponderebbe in solido con l'impresa concorrente dell'esecuzione dell'appalto.

Per converso, il subappaltatore non sarebbe individuato ab origine e l'istituto si presterebbe a eludere nella sostanza i principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto, specie nelle ipotesi di subappalto necessario. Inoltre, il subappalto costituirebbe un mezzo di possibile infiltrazione, nei contratti pubblici, della criminalità organizzata. Il giudice a quo ritiene, di seguito, che l'appaltatore tenderebbe a ricavare il maggior lucro possibile dall'esecuzione effettuata dal subappaltatore, con inevitabili riflessi negativi sulla corretta esecuzione delle prestazioni, sulla loro qualità e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro. In aggiunta, il subappaltatore non sarebbe responsabile in solido con l'appaltatore.

Da ultimo, il rimettente non condivide le considerazioni dei controinteressati, che giustificano il divieto del solo avvalimento «per la ragione che nel subappalto le lavorazioni sono eseguite dal subappaltatore e quindi da soggetto qualificato, mentre nel caso dell'avvalimento le prestazioni sono eseguite all'ausiliato (privo di alcuna esperienza nel settore), limitandosi l'ausiliario a "prestare" la SOA senza concorrere in alcun modo alla esecuzione dei lavori». Secondo il Collegio,

anche la disciplina dell'avvalimento valorizzerebbe il ruolo dell'ausiliario nella fase esecutiva, «rendendo l'impresa ausiliaria co-partecipe e corresponsabile […] in tutto quanto sia necessario ad assicurare una corretta esecuzione della prestazione».

In definitiva, la mancata previsione di un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali, presente invece per l'avvalimento, paleserebbe una irragionevolezza della disciplina ed esporrebbe tali beni al rischio di subire pregiudizi, con conseguente violazione degli artt. 3 e 9 Cost.

4.2.– Da ultimo, il giudice a quo precisa che la norma richiesta in via additiva non contrasterebbe con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Se è vero che il diritto dell'Unione europea osta all'introduzione di limiti generali e astratti al subappalto, vi sarebbe invece compatibilità – secondo il rimettente – con la previsione di un divieto riferito a specifiche tipologie di appalti.

5.– Si è costituita in giudizio la ricorrente nel processo a quo, che ha ripercorso e condiviso le ragioni di censura già poste in luce dall'ordinanza di rimessione, concludendo nel senso della fondatezza delle questioni sollevate.

In particolare, la parte rileva che, nella disciplina della contrattualistica pubblica, il legislatore nazionale non è rimasto «insensibile di fronte alla particolare pregnanza del bene giuridico protetto, meritevole in quanto tale di una regolamentazione differenziata». Pertanto, la possibilità di utilizzare il cosiddetto subappalto necessario, che finirebbe per posticipare alla fase esecutiva la verifica dei requisiti richiesti per l'esecuzione dell'appalto, sarebbe «in evidente contrasto con la Carta Costituzionale».

La ricorrente nel giudizio a quo aggiunge, inoltre, che la possibilità di fare ricorso al subappalto nel settore dei beni culturali pregiudicherebbe non solo «le esigenze costituzionalmente incorporate all'art. 9 Cost.», ma anche «il confronto concorrenziale tra imprese», che sarebbe, viceversa, preservato dall'istituto dell'avvalimento o dalla possibilità di ricorrere ad associazioni temporanee tra imprese o a consorzi ordinari.

La C. A. M. deduce, dunque, l'irragionevole e ingiustificato discrimen fra il divieto di avvalimento nel settore dei beni culturali e l'assenza di un analogo divieto per il subappalto necessario, essendo tale istituto, «non tipizzato [e] sorto per finalità differenti», meno idoneo a offrire garanzie all'amministrazione.

5.1.– La ricorrente nel giudizio a quo solleva, inoltre, un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale, relativo alla «irragionevole disparità di trattamento prevista per un verso con riferimento ai lavori oggetto della categoria OG2, per altro verso con riferimento ai lavori oggetto delle categorie super specialistiche (c.d. SIOS)». Solo per queste ultime, il divieto di avvalimento sarebbe associato a una limitazione della quota di lavori subappaltabile, pari al 30 per cento.

5.2.– Infine, sempre la medesima parte ritiene violati, in contrasto con l'art. 76 Cost., anche i principi contenuti nella delega di cui alla legge 28 gennaio 2016 n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). La disciplina relativa ai beni culturali sarebbe, infatti, «irrazionalmente identica a quella […] riservata per un subappalto di una qualsiasi altra lavorazione

su beni non tutelati ed addirittura deteriore rispetto ad un subappalto concernente lavori rientranti nelle SIOS». Le disposizioni censurate avrebbero, pertanto, riservato una tutela inappropriata ai beni culturali, disattendendo il criterio direttivo contenuto nella legge delega.

6.– Si è costituita in giudizio Invitalia, che ha insistito per l'inammissibilità delle questioni e comunque per la loro non fondatezza.

6.1.– In rito, eccepisce l'incompleta ricostruzione del quadro normativo «in tema di qualificazione degli operatori nel settore dei lavori pubblici», nonché un approccio ermeneutico divergente dagli orientamenti giurisprudenziali a livello «sia nazionale che europe[o] in tema di avvalimento e subappalto». Una corretta ricostruzione di questi ultimi avrebbe condotto – secondo Invitalia – a una interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, nel senso del riconoscimento che «[l]'assenza di limitazioni al subappalto […] rispetta pienamente le indicazioni della giurisprudenza e del diritto dell'unione europea nell'ottica di favorire l'effettiva concorrenza negli appalti pubblici la cui tutela costituisce anche un obiettivo costituzionalmente garantito».

6.2.– Nel merito, Invitalia sostiene la non fondatezza delle questioni sollevate.

Il subappalto obbligatorio garantirebbe la corretta esecuzione delle opere da parte di un soggetto munito della relativa qualifica e perciò la mancata previsione del divieto non solo non contrasterebbe con i parametri evocati, ma realizzerebbe un giusto equilibrio tra l'esigenza di assicurare la massima partecipazione degli operatori nelle gare inerenti il settore in questione e la tutela dei beni culturali e del patrimonio artistico.

Non sussisterebbero, dunque, secondo la resistente nel giudizio a quo, profili di irragionevolezza e di disparità di trattamento, tenuto conto delle diversità ontologiche e strutturali tra l'istituto dell'avvalimento e quello del subappalto.

Né avrebbe alcun rilievo il differente regime di responsabilità proprio dei due diversi istituti. La responsabilità solidale, che opera nell'avvalimento, sarebbe semplicemente la naturale conseguenza della mancanza in capo al concorrente dei requisiti per la partecipazione alla gara. Viceversa, nel caso del subappalto, vi sarebbe «una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale, costituendo [tale istituto] una forma di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore, il quale rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante». Del resto, anche nell'ipotesi del subappalto necessario, l'impresa concorrente dovrebbe essere, comunque, in possesso della qualificazione relativa alla categoria prevalente necessaria per la partecipazione alla gara, ciò che non è richiesto per l'avvalimento.

Invitalia contesta, infine, quanto affermato dalla ricorrente nel giudizio a quo, e cioè che la pubblica amministrazione non sarebbe in condizione di conoscere, già in sede di gara, il nominativo e la qualifica del subappaltatore.

7.– È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto di dichiarare non fondate le questioni.

La ratio della norma, che vieta il solo avvalimento nel settore dei beni culturali, sarebbe quella di «imporre che le lavorazioni sui beni culturali per le quali è necessaria una qualificazione ad hoc (la OG 2) siano eseguite in proprio da soggetto che ha i prescritti requisiti». L'avvalimento, infatti, non esigerebbe che la prestazione sia eseguita direttamente dall'impresa ausiliaria, «almeno fino a quando essa non diventi subappaltatrice, e quindi esecutrice diretta della specifica lavorazione».

Per converso, la disciplina relativa al subappalto, nel suo coordinamento sistematico con quella sugli appalti in materia di beni culturali, offrirebbe una precisa garanzia di tutela dei citati beni, in quanto le prestazioni sarebbero eseguite in proprio dal subappaltatore qualificato e, dell'esecuzione di quest'ultimo, risponderebbe in via diretta lo stesso appaltatore.

8.– Con atto depositato fuori termine, il 17 febbraio 2021, si è costituita in giudizio la Se. spa, in proprio e quale mandataria dell'ATI Se. spa e C. I. Al. srl.

9.– In prossimità dell'udienza, Invitalia ha depositato una memoria, con cui ha ribadito i profili di inammissibilità e di non fondatezza delle questioni.

9.1.– L'inadeguata ricostruzione del quadro normativo effettuata dal rimettente, con riferimento alle altre disposizioni relative alle qualificazioni richieste per le varie categorie di lavorazioni, avrebbe impedito al rimettente di cogliere il carattere intrinsecamente contraddittorio della norma, che discenderebbe dall'eventuale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate. Si determinerebbe una «palese distonia e disparità rispetto al sistema di qualificazione nelle diverse categorie di lavorazioni».

Inoltre, il «quadro normativo di riferimento e la conseguente possibilità di ricorrere al subappalto obbligatorio nei confronti di soggetti muniti di specifiche attestazioni SOA per le lavorazioni in esame (OG2) a garanzia della corretta esecuzione del contratto anche nel settore dei beni culturali» consentirebbero al giudice a quo di decidere il caso concreto attraverso il «tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, sul presupposto della diversità ontologica tra l'avvalimento ed il subappalto […] e dell'esistenza solo nei confronti del primo di una norma primaria impositiva di un divieto (discutibile)».

9.2.– Nel merito, Invitalia sottolinea che il giudice a quo avrebbe erroneamente assunto, quale tertium comparationis, una disposizione (l'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici), che è da considerare di strettissima applicazione per la sua specialità ed eccezionalità, in quanto derogatoria di disposizioni e principi europei che vietano limitazioni all'avvalimento e al subappalto. Sarebbe, pertanto, non idonea a fungere da parametro di riferimento, dovendosi il tertium comparationis «colloca[re] armonicamente nell'ordinamento giuridico multilivello». In ogni caso, l'estensione del divieto comprimerebbe in modo non proporzionato la tutela della concorrenza e limiterebbe irragionevolmente il favor partecipationis delle piccole e medie imprese.

10.– Anche la C. A. M. ha depositato una memoria in prossimità dell'udienza, con cui ha ribadito i profili di fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale già articolati nell'atto di costituzione.

11.– Nell'udienza dell'8 marzo 2022 sono intervenute le parti e l'Avvocatura generale dello Stato, che hanno insistito per le conclusioni rassegnate nei rispettivi scritti difensivi.

Considerato in diritto

1.– Con ordinanza iscritta al numero 195 del reg. ord. 2020, il Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sezione prima, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 9 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali.

2.– Il giudice rimettente riferisce di doversi pronunciare sulle domande di annullamento di una serie di atti concernenti l'affidamento dei «[l]avori di adeguamento degli impianti delle sedi del Polo Museale del Molise», a seguito di procedura indetta dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa – Invitalia, nonché di «risarcimento danni in forma specifica con il conseguimento dell'appalto e subentro nel relativo contratto da parte della ricorrente».

2.1.– In particolare, precisa che alla gara avevano partecipato – tra gli altri – l'associazione temporanea di imprese (ATI) Se. spa e C. I. Al. srl, la Si. spa e la C. A. M., che si erano classificate, rispettivamente, nelle prime tre posizioni della graduatoria.

Espone, inoltre, che la terza classificata chiedeva sia l'annullamento degli atti, con i quali le imprese contro-interessate non erano state esclude dalla gara, le relative offerte erano state valutate positivamente e l'appalto era stato aggiudicato alla ATI Se. spa e C. I. Al. srl, sia il risarcimento del danno in forma specifica.

2.2.– Il giudice a quo, dopo aver respinto le eccezioni sollevate dalla resistente Invitalia e dalla controinteressata Si. spa, nonché il secondo e il terzo motivo di ricorso, ravvisa la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale in relazione al primo motivo di ricorso, concernente l'ammissione alla gara della ATI Se. spa e C. I. Al. srl e della Si. spa «per aver le stesse supplito alla carenza del possesso della qualificazione SOA OG2 attraverso il ricorso al subappalto».

Rileva, inoltre, che il divieto di avvalimento nel settore dei beni culturali è da ritenersi norma eccezionale, non suscettibile di interpretazione analogica. Di conseguenza, esclude che i dubbi di legittimità costituzionale possano essere superati con un'interpretazione conforme e ravvisa la rilevanza delle questioni sollevate.

2.3.– Nel merito, il Collegio rimettente individua la ratio del divieto di avvalimento, di cui all'art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in avanti cod. contratti pubblici), nell'esigenza di affidare l'esecuzione dei lavori che riguardano i beni culturali a soggetti muniti di qualificazioni specialistiche, al fine di assicurare a tali beni un'adeguata tutela.

A fronte di simile divieto e della giustificazione che sottende, si paleserebbe – secondo il giudice a quo – una irragionevolezza nella mancata estensione di un analogo divieto al subappalto, posto che tale istituto, nel confronto con l'avvalimento, offrirebbe meno garanzie di tutela.

In particolare, il rimettente ravvisa nel subappalto, specie quello necessario, l'attitudine a divenire mezzo di elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara, nonché possibile canale di infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici. Inoltre – sempre in base all'ordinanza – l'istituto darebbe meno garanzie di qualità nell'esecuzione della prestazione, per di più in difetto di una responsabilità solidale del subappaltatore.

La mancata previsione di un divieto di subappalto nella materia dei beni culturali apparirebbe, pertanto, irragionevole alla luce della diversa disciplina dell'avvalimento, manifestando profili di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 9 Cost.

3.– Quanto alle ulteriori censure formulate nell'atto di costituzione in giudizio dalla C. A. M., esse sono inammissibili per la loro estraneità al perimetro del thema decidendum, quale segnato dall'ordinanza di rimessione (ex plurimis, sentenze n. 252 del 2021, n. 150 e n. 26 del 2020).

4.– Inoltre, deve essere dichiarata inammissibile la costituzione in giudizio di Se. Spa in proprio e quale mandataria della ATI Se. spa e C. I. Al. srl, ai sensi dell'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 75 del 2022, n. 75 e n. 57 del 2021). L'atto di costituzione è stato, infatti, depositato il 17 febbraio 2021 e, dunque, è tardivo rispetto al termine perentorio di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 20 gennaio 2021.

5.– Ancora in via preliminare, occorre analizzare le eccezioni sollevate in rito da Invitalia.

La parte resistente nel giudizio a quo ravvisa nell'ordinanza un'incompleta ricostruzione del quadro normativo «in tema di qualificazione degli operatori nel settore dei lavori pubblici», nonché un approccio ermeneutico divergente dagli orientamenti giurisprudenziali a livello «sia nazionale che europe[o] in tema di avvalimento e subappalto». Una corretta ricostruzione di questi ultimi avrebbe condotto – secondo Invitalia – a una interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, nel senso del riconoscimento che «[l]'assenza di limitazioni al subappalto […] rispetta pienamente le indicazioni della giurisprudenza e del diritto dell'unione europea nell'ottica di favorire l'effettiva concorrenza negli appalti pubblici la cui tutela costituisce anche un obiettivo costituzionalmente garantito».

6.– Le eccezioni non sono fondate.

L'atto introduttivo non evidenzia, sotto il profilo della ricostruzione normativa e giurisprudenziale, un'incompletezza che infici «l'iter logico argomentativo posto a fondamento delle valutazioni del rimettente sia sulla rilevanza, sia sulla non manifesta infondatezza (ex multis, sentenze n. 61 del 2021, n. 136 del 2020, n. 150 del 2019 e n. 27 del 2015; ordinanze n. 108 del 2020, n. 136 e n. 30 del 2018 e n. 88 del 2017)» (sentenza n. 194 del 2021).

Di conseguenza, la valutazione delle motivazioni esposte attiene unicamente al merito.

A una medesima conclusione si deve, d'altro canto, giungere anche con riferimento all'eccezione concernente il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate.

Invitalia contesta che il giudice a quo non sarebbe addivenuto ad una interpretazione adeguatrice, intesa quale riconoscimento della conformità a Costituzione dell'omessa previsione del divieto di subappalto.

Sennonché un simile argomento – orientato a comprovare la coerenza con i principi costituzionali di quanto le disposizioni censurate testualmente prevedono – depone semplicemente a favore della non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Quanto, invece, a un'interpretazione conforme alla Costituzione, che segua il verso delle censure mosse dal rimettente, il quale invoca un'estensione del divieto anche al subappalto, si tratta invero di un tentativo espressamente esperito dal giudice a quo e dal medesimo escluso. L'ipotesi di ampliare in via ermeneutica la disciplina prevista dall'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici anche al subappalto viene, infatti, rigettata con una congrua motivazione relativa al divieto di analogia operante per le norme eccezionali.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, ove il rimettente abbia, come nel caso di specie, considerato la possibilità di una interpretazione idonea a eliminare il dubbio di legittimità costituzionale, ma l'abbia motivatamente esclusa, la valutazione sulla correttezza o meno

dell’opzione ermeneutica riguarda non già l’ammissibilità delle questioni sollevate, bensì – come già anticipato – il merito (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 64 del 2021, n. 168, n. 158, n. 118, n. 50 e n. 11 del 2020).

7.– Sempre in via preliminare, si deve dar conto che, successivamente al deposito dell’ordinanza di rimessione, sono intervenute alcune novità legislative riguardanti una delle disposizioni censurate. L’art. 105 cod. contratti pubblici è stato, infatti, modificato dall’art. 49 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), convertito, con modificazioni, nella legge 29 luglio 2021, n. 108, nonché dall’art. 10 della legge 23 dicembre 2021, n. 238 (Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2019-2020).

Sennonché, le citate modifiche non incidono sulla vicenda oggetto del giudizio a quo, poiché la nuova disciplina, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, non trova applicazione – in conformità al principio tempus regit actum – ai bandi e agli inviti pubblicati prima dell’entrata in vigore della riforma.

8.– Nel merito, le questioni sollevate dal TAR Molise non sono fondate.

In via preliminare, onde valutare le censure mosse in riferimento agli artt. 3 e 9 Cost., occorre esaminare la disciplina dell’avvalimento, che funge da tertium comparationis, e, specificamente, la ratio della norma che dispone il divieto di fare ricorso a tale istituto nel settore dei beni culturali.

8.1.– L’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento italiano, sul modello di discipline europee (tra le prime pronunce che si sono occupate del tema, Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenze 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, Holst Italia, nonché 14 aprile 1994, in causa C-389/92, Ballast Nedam Groep I), al fine di agevolare – come emerge dall’art. 89 cod. contratti pubblici – la partecipazione alle gare d’appalto.

In particolare, esso consente a un soggetto privo di taluni requisiti prescritti per la partecipazione a una gara, di avvalersi di quelli posseduti da un altro operatore (l’ausiliario), il quale – tramite contratto – li mette a disposizione del concorrente (l’avvalente) per tutta la durata dell’appalto.

L’avvalimento, dunque, non è in sé un tipo normativo, né impone il ricorso a uno specifico schema contrattuale, ma identifica un effetto giuridico, che, a seconda delle risorse offerte, può essere variamente conseguito attraverso il «i) mandato […], ii) […] [l’]appalto di servizi, nonché iii) [la] garanzia atipica» (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 4 novembre 2016, n. 23) o altro contratto tipico o atipico.

L’importante è che l’avvalimento permetta temporaneamente di operare un’integrazione dell’azienda aggiudicatrice con i mezzi, i beni o le competenze professionali messi a disposizione dall’ausiliario, che sono indispensabili alla stessa partecipazione alla gara. Per queste ragioni, il contratto deve indicare con precisione i requisiti prestati (sul punto, si veda Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 10 gennaio 2022, n. 169, che richiama Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenze 4 ottobre 2021, n. 6619, 21 luglio 2021, n. 5485 e 12 febbraio 2020, n. 1120) e deve essere accompagnato da una dichiarazione sottoscritta da parte dell’impresa ausiliaria, con cui essa attesta, oltre al possesso dei requisiti, anche il suo impegno, nei confronti non soltanto del concorrente, ma della stessa stazione appaltante, a fornire le risorse di cui il primo è carente.

Una tale integrazione ab initio dell'impresa concorrente, altrimenti priva dei requisiti per la partecipazione alla gara, spiega la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, insieme con la concorrente, nei confronti della stazione appaltante.

Quanto alla fase esecutiva dell'appalto, il codice dei contratti pubblici, per un verso, cerca di assicurare l'effettiva messa a disposizione, nonché il concreto impiego dei mezzi e delle risorse prestate al concorrente, prevedendo che la stazione appaltante svolga opportune verifiche al riguardo.

Per un altro verso, tuttavia, non prescrive, almeno in generale, che la prestazione da eseguire con le risorse offerte dall'ausiliario debba essere necessariamente effettuata da quest'ultimo, ferma restando la facoltà dell'aggiudicatario di stipulare con l'ausiliario anche un contratto di subappalto.

In sostanza, viene accertata l'effettività del prestito dei requisiti (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenze 3 settembre 2021, n. 6212 e 17 maggio 2018, n. 2953), ma non viene assicurata l'esecuzione diretta dei lavori ad opera dell'ausiliario.

L'art. 89, comma 8, cod. contratti pubblici dispone, infatti, quale regola generale, che l'esecuzione spetta all'aggiudicatario, che deve integrare al proprio interno le risorse dell'ausiliario.

Una deroga a simile criterio si rinviene unicamente nelle ipotesi in cui l'ausiliario metta a disposizione i titoli di studio o professionali «di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f)». Soltanto con riferimento alla menzionata fattispecie, l'art. 89, comma 1, cod. contratti pubblici prevede che la possibilità di avvalersi dei requisiti di altri soggetti sia subordinata alla condizione che questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi, per i quali i titoli prestati siano richiesti.

In definitiva, in difetto di una generalizzata garanzia di esecuzione della prestazione da parte dell'ausiliario, emerge la ragione del divieto previsto all'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici ad avvalersi del citato istituto nel settore dei beni culturali. L'intenzione della norma è assicurare che i lavori vengano direttamente eseguiti da chi abbia la specifica qualificazione richiesta, nonché mezzi e risorse necessari a preservare una tale categoria di beni.

La finalità del divieto è, dunque, quella di rafforzare la tutela dei beni culturali oggetto dei contratti regolati dal Capo III, Titolo VI, Parte II del codice dei contratti pubblici.

8.2.– Evocati i principali tratti normativi dell'avvalimento, ai quali si lega la ratio della disposizione che vieta il ricorso a tale istituto nel settore dei beni culturali, non si rinviene, nella disciplina relativa al subappalto, una analoga motivazione idonea a supportare la similitudine con l'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici e, di riflesso, a palesare una irragionevole disparità di trattamento.

Il subappalto, pur condividendo con l'avvalimento taluni caratteri e finalità, a partire dal favor partecipationis, si connota per una disciplina, che garantisce la tutela dei beni culturali, ove siano oggetto del contratto.

È quanto si inferisce da due aspetti della regolamentazione del subappalto che lo distinguono dall'avvalimento.

8.2.1.– Innanzitutto, il subappalto, quando non sia affidato all'ausiliario e, dunque, non risulti abbinato all'istituto dell'avvalimento, presuppone che l'impresa abbia i requisiti per partecipare alla gara.

Questo implica che, nei contratti di lavori, l'impresa, anche qualora non disponga di tutte le qualificazioni richieste per le singole lavorazioni oggetto dell'appalto, abbia, quanto meno, l'attestazione SOA relativa alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori oggetto del contratto. Tale disciplina si desume sia dall'art. 12, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 (Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015), convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 2014, n. 80, che – come conferma la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenze 20 luglio 2021, n. 5447 e 15 febbraio 2021, n. 1308, nonché Consiglio di Stato, sezione terza, ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702 – è tuttora in vigore, avendo l'art. 217, comma 1, lettera nn), cod. contratti pubblici abrogato i soli «commi 3, 5, 8, 9 e 11» del citato art. 12, sia dall'art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), anch'esso tuttora vigente, come rileva la già richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 1308 del 2021.

Le garanzie offerte, in sede di gara, dal possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente non implicano, d'altro canto, una fungibilità, in sede esecutiva, tra le varie qualifiche richieste.

Solo nel caso delle categorie a qualificazione non obbligatoria l'aggiudicatario può eseguire anche in proprio le relative lavorazioni, sfruttando l'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente (art. 12, comma 2, lettera a, del d.l. n. 47 del 2014, come convertito).

Viceversa, per le categorie a qualificazione obbligatoria l'ordinamento impone che l'esecutore dei lavori abbia tale specifica qualificazione. Di conseguenza, il concorrente, pur se dotato dei requisiti prescritti ai fini della partecipazione alla gara – grazie all'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente –, non può, tuttavia, eseguire le lavorazioni inerenti alle categorie a qualificazione obbligatoria, sicché si rende necessario il ricorso al subappalto.

Al contrario, nel caso dell'avvalimento, il concorrente da solo non dispone delle qualifiche per partecipare alla gara, ma, una volta integrate nell'azienda le risorse e le competenze necessarie, tramite l'avvalimento, esegue in proprio le relative prestazioni, salva la previsione di cui all'art. 89, comma 1, cod. contratti pubblici e ferma restando la facoltà di fare eventualmente ricorso al subappalto.

8.2.2.– Emerge, a questo punto, la seconda e decisiva differenza del subappalto rispetto all'avvalimento.

Il tipo contrattuale del subappalto – un subcontratto che si dirama dal modello dell'appalto – presenta, quali obbligazioni tipiche, il compimento «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio» di un'opera o di un servizio «verso un corrispettivo in denaro» (art. 1655 del codice civile).

In sostanza, l'esecuzione dei lavori in proprio, effettuata in maniera autonoma rispetto al subcommittente, rientra tra le obbligazioni tipiche del subappalto, cui, viceversa, risulta in toto estranea l'obbligazione a prestare unicamente requisiti.

Di riflesso, sia che l'aggiudicatario possa partecipare all'appalto, ma non abbia la qualificazione specialistica per le lavorazioni relative ai beni culturali (ciò che rende necessario il subappalto), sia che abbia tale qualificazione specialistica, ma decida, nel rispetto del bando di gara, di avvalersi in via facoltativa del subappalto, in ogni caso, il tipo contrattuale in esame garantisce che l'esecuzione della prestazione sia effettuata in proprio e in via diretta dal subappaltatore.

Al contempo, la lettera dell'art. 148, comma 4, cod. contratti pubblici, secondo cui «[i] soggetti esecutori dei lavori di cui al comma 1 [riferito ai beni culturali e del paesaggio] devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal presente capo», assicura che il subappaltatore esecutore dei lavori disponga delle necessarie qualificazioni specialistiche.

Risulta, a questo punto, naturale che il subappaltatore risponda della sua esecuzione nei confronti del subappaltante e che quest'ultimo sia responsabile verso il committente. Peraltro, va incidentalmente precisato che l'evoluzione normativa, sopra richiamata e non riferibile al giudizio a quo (si veda il punto 7), ha oramai previsto anche una responsabilità solidale del subappaltatore e dell'appaltatore verso il committente. E se questo ovviamente non incide sul presente giudizio, in ogni caso è il segno di una tendenza a potenziare ulteriormente le garanzie offerte con il subappalto.

Tornando ora a volgere lo sguardo al contesto normativo applicabile al processo a quo, l'elemento, comunque, decisivo è che – in base alla disciplina del subappalto relativo ai beni culturali – soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela.

Si dissolve, in tal modo, la censura di irragionevolezza, poiché il subappalto non condivide con l'avvalimento la ratio della norma censurata, riferibile, per l'appunto, all'esigenza di tutelare i beni culturali, il che smentisce la similitudine rispetto al tertium comparationis.

Senza una giustificazione riconducibile alla protezione dei citati beni, non soltanto la mancanza del divieto di subappalto non contrasta con gli artt. 3 e 9 Cost., ma, al contrario, l'eventuale previsione del divieto di subappalto – come richiesto dal rimettente – potrebbe tradursi in una compressione del principio della concorrenza (si veda, in proposito, Corte di Giustizia, sentenze 27 novembre 2019, C-402/18, Tedeschi e 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali), oltre che dell'autonomia privata, non priva di criticità.

9.– In conclusione, nel solco della costante giurisprudenza di questa Corte, che non ravvisa una violazione del principio di eguaglianza quando «alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (ex plurimis, sentenza n. 85 del 2020)» (sentenza n. 71 del 2021), le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 9 Cost., non sono fondate.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile la costituzione della Se. spa, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese (ATI) Se. spa e C. I. Al. srl;

2) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 9 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sezione prima, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 marzo 2022.

F.to:

Giuliano AMATO, Presidente

Emanuela NAVARRETTA, Redattrice

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria l'11 aprile 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA