

SCUOLA NAZIONALE DELL' AMMINISTRAZIONE
GIURISPRUDENZA SUB APPALTO

Palermo 14.10.2014

Consiglio di Stato sez. V, 07/07/2014, 3449

Pubblica amministrazione - Contratti della P.A. - In genere - Appalti - Gara - Affidamento in subappalto - Presupposti - Omessa dichiarazione del nominativo del subappaltatore - Esclusione - Inammissibilità - Ratio.

Dal combinato disposto degli artt. 37 comma 11, e 118 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, e 92, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, non si evince l'obbligo per il partecipante a gara pubblica, che abbia dichiarato di volersi avvalere del **subappalto** per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltrice, atteso che l'affidamento in **subappalto** o in cottimo, come stabilito dal succitato art. 118, è sottoposto alle condizioni che: i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo; l'affidatario provveda al deposito del contratto di **subappalto** presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; al momento del deposito del contratto di **subappalto** presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti dal codice dei contratti pubblici in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, d.lg. n. 163 del 2006; non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappaltato del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni.

35
17 REPUBBLICA ITALIANA

35
17 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

35
17 Il Consiglio di Stato

35
17 in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

35
17 ha pronunciato la presente

35
17 SENTENZA

35
17 sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 4284
35
17 del 2013, proposto da:

35
17 IMPRESA An. Fe. S.R.L., in persona del legale rappresentante in
35
17 carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Titomanlio e
35
17 Raffaele Titomanlio, con domicilio eletto presso l'avvocato Federico
35
17 Titomanlio in Roma, via Cola di Rienzo, n. 111;

35
17 contro

35
17 GALASSO COSTRUZIONI S.P.A., in persona del legale rappresentante in
35
17 carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con
35
17 domicilio eletto presso lo Studio Avvocati Associati Regus in Roma,
35
17 piazza del Popolo, n. 18;

35
17 nei confronti di

35
17 COMUNE DI ALBERONA, in persona del sindaco in carica, non costituito
35
17 in giudizio;

35
17 per la riforma

35
17 della [sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI, Sez. I, n. 565 del 16 aprile](#)
35
17 [2013](#), resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di

completamento delle infrastrutture area p.i.p. intercomunale
Alberona-Roseto Valfortore;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Galasso Costruzioni Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons.
Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Federico Titolanlio
e Giuliano Di Pardo;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

Fatto

1. Il Comune di Alberona con bando in data 21 febbraio 2012, rettificato l'8 marzo 2012, ha indetto una gara a procedura aperta, ai sensi degli artt. [3, comma 37, 54, 55 e 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), per l'affidamento dei lavori di completamento delle infrastrutture dell'area PIP (in agro di Alberona) intercomunale fra i comuni di Alberona e Roseto Valfortore, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'[art. 10 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207](#), per un importo complessivo di €. 531.309,25 (di cui €. 512.592,25 per lavori a base d'asta ed €. 18.717,00 per oneri di attuazione dei piani di sicurezza, non soggetti a ribasso.

All'esito della gara i lavori in questione sono stati aggiudicati definitivamente alla s.r.l. Fe., la cui offerta ha conseguito punti 80,723/100, con determina n. 172 del 18 giugno 2012.

2. La s.p.a. Galasso Costruzioni, seconda classificata con punti 77,066/100, con il ricorso n. 1179 del 2012 ha chiesto al TAR per la Puglia l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti dell'intera procedura di gara (bando di gara, disciplinare, capitolato speciale d'appalto, schema di contratto; chiarimenti del comune in ordine al contenuto del bando di gara e del disciplinare; provvedimento di nomina della commissione giudicatrice e relativi verbali della gara; provvedimento di aggiudicazione provvisoria; diniego, espresso o tacito, in ordine al preavviso di ricorso; del contratto di appalto, se già stipulato), lamentando la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria società Fe. s.r.l.

La ricorrente ha dedotto tre motivi di censura, rubricati rispettivamente:

"I. Violazione e falsa applicazione dell'[art. 118 e 119, art. 38 e 40 D. Lgs. 163/2006](#). Violazione e falsa applicazione degli [art. 108 c. 3, 109 c. 2, 92 c. 1, DPR 207/2010](#). Invalidità della dichiarazione di **subappalto**. Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara; difetto di qualificazione per violazione e/o falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di principi di qualificazione; difetto di istruttoria; eccesso di potere";

- "II. Violazione e falsa applicazione art. 53 Codice Appalti; violazione e falsa applicazione [DPR 207/2010](#); Violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa";

- "III. Violazione e falsa applicazione [D. Lgs. 163/2006](#); Violazione e falsa applicazione [DPR 207/2010](#); Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; Violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa".

In sintesi, secondo la ricorrente, l'aggiudicataria, in quanto priva di adeguata qualificazione nella categoria scorporabile OG10 (lavorazione pari al 12,25% dell'appalto) avrebbe dovuto procedere immediatamente all'indicazione dell'impresa subappaltatrice e alla dimostrazione del possesso dei requisiti di quest'ultimo, vertendosi in ipotesi di **subappalto** necessario, non essendo sufficiente la mera dichiarazione di subappaltare tale parte dei lavori; inoltre, violando le prescrizioni della lex specialis, la predetta aggiudicataria aveva formulato la propria offerta computando le lavorazioni a misura, invece che a corpo, ed introducendo modifiche e varianti che la rendevano inattendibile, inaffidabile e non immediatamente cantierabile.

È stata proposta anche domanda di risarcimento del danno, in forma specifica ovvero per equivalente.

3. Mentre il Comune di Alberona ha solo resistito al ricorso, insistendo per il suo rigetto, la soc. Fe. s.r.l., oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza sotto una pluralità di profili, ha proposto anche un ricorso incidentale, lamentando l'erronea ammissione alla gara della soc. Galasso Costruzione per:

- "1. Violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione", per la mancata dichiarazione di non trovarsi in situazione di amministrazione controllata;

- "2. Violazione di legge ([art. 53 Dlgs 163/2006](#) e s.m.); violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d. 5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione", per la erronea dichiarazione relativa alla presa d'atto dell'appalto dei lavori da eseguirsi, a corpo e a misura, invece che solamente a corpo;

- "3. Violazione di legge ([art. 33 DPR 207/2010](#); in particolare lett. c) e d); Violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d. 5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione", per l'erronea valutazione dell'offerta carente della documentazione indispensabile (relazioni specialistiche, elaborati grafici comprensivi degli elaborati e calcoli esecutivi degli impianti).

4. Sia la ricorrente principale che quella incidentale hanno proposto motivi aggiunti, con cui hanno sostanzialmente ribadito le censure svolte, ulteriormente illustrandole.

4. L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 565 del 16 aprile 2013, ha esaminato preliminarmente i motivi di censura articolati nel ricorso incidentale, rigettandoli siccome infondati; dopo aver poi respinto le eccezioni preliminari di inammissibilità e tardività del ricorso principale, lo ha accolto alla stregua della ritenuta fondatezza del primo motivo di censura (con assorbimento degli altri), respingendo anche i motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Ad avviso del TAR, infatti, era illegittima la dichiarazione di **subappalto** formulata dall'aggiudicataria priva dell'immediata indicazione dell'impresa subappaltatrice e della dimostrazione del possesso in capo alla predetta impresa sub-appaltatrice dei requisiti di qualificazione in relazione alla categoria OG10, pari al 12,25% dell'intero appalto, sul presupposto che di tale qualificazione era singolarmente sfornita proprio l'aggiudicataria: ciò in virtù del combinato disposto della previsione del bando, secondo cui la categoria OG10 è qualificata scorporabile "a qualificazione obbligatoria", nonché degli artt. [108](#) e [109, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010](#), vertendosi in ipotesi di **subappalto** necessario, assimilabile all'avvalimento; il tutto senza considerare che i lavori rientranti nella predetta categoria OG10 avrebbero potuto essere oggetto di **subappalto** solo nella misura del 30% (punto sul quale la censura svolta con i motivi aggiunti al ricorso incidentale era tardiva) e non per l'intero.

Non essendo stato stipulato il contratto, né consegnato il cantiere, i primi giudici hanno ritenuto ammissibile la reintegrazione in forma specifica, respingendo la domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

5. La s.r.l. Fe. ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostenendo innanzitutto l'erroneità e l'infondatezza del primo motivo del ricorso principale, che sarebbe stato accolto dai primi giudici con motivazione approssimativa e contraddittoria, priva di qualsiasi fondamento normativo; essa ha

dedotto poi la nullità della clausola del bando nella parte in cui limitava per i lavori rientranti nella categoria OG10 la possibilità del **subappalto** al 30%, invece che per l'intero, sottolineando la contraddittorietà tra le clausole di cui rispettivamente alle pagine 23 e 56 del disciplinare di gara, ed ha riproposto poi il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale e le eccezioni preliminari, tutte respinte, a suo avviso, ingiustamente con motivazione frettolosa ed assolutamente non condivisibile.

La s.p.a. Galasso Costruzioni ha resistito all'appello, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e riproponendo tutti gli altri motivi di ricorso formulati in primo grado e non esaminati per assorbimento.

Il Comune di Alberona non si è costituito in giudizio.

6. Con l'ordinanza n. 2814 del 24 luglio 2013, la Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, fissando per la trattazione nel merito dell'appello l'udienza pubblica del 14 gennaio 2014.

Le parti costituite hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive.

7. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

³⁵
17 **Diritto**

8. Come emerge dall'esposizione in fatto attraverso i motivi di appello e le deduzioni difensive svolte dall'appellata s.p.a. Galasso Costruzioni, sono state interamente devolute al giudice d'appello tutte le questioni sollevate in primo grado con il ricorso incidentale e con il ricorso incidentale. Chiarezza espositiva e ragioni logico - sistematiche suggeriscono pertanto di procedere al loro esame, così come già effettuato nel corso del primo grado di giudizio.

8.1. Devono pertanto essere innanzitutto esaminati i motivi di appello con cui la s.r.l. Fe. ha riproposto i corrispondenti motivi del ricorso incidentale 'paralizzante', in quanto teso alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale s.p.a. Galasso Costruzioni.

8.1.1. Con il primo ["I. Violazione della *lex specialis* di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione"], era stata dedotta la mancata dichiarazione da parte della predetta s.p.a. Galasso Costruzioni di non versare nella situazione di amministrazione controllata: l'appellante ha lamentato al riguardo l'erroneità della sentenza impugnata, secondo cui la necessità di una tale dichiarazione non sarebbe stata evincibile dalla *lex specialis*, essendo riportata solo nello schema (non vincolante e da utilizzare solo preferibilmente) di domanda allegata al bando, senza tener conto del fatto che tale modello sarebbe stato un (altro) elemento facente parte degli atti di gara e quindi da rispettare a pena di esclusione.

La censura non può essere accolta.

I primi giudici hanno correttamente osservato che né il bando di gara, né il disciplinare di gara, contengono l'obbligo per i concorrenti di dichiarare di non versare nella situazione di amministrazione controllata, limitandosi la *lex specialis*, quanto alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali di partecipazione, a rinviare al contenuto dell'[articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006](#), che peraltro neppure contiene un richiamo alla situazione di amministrazione controllata, quale causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto.

Peraltro, anche a voler prescindere dalla considerazione che, ai sensi del comma 1 bis dell'[articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006](#), i bandi di gara e le lettere di invito non possono contenere ulteriori previsioni a pena di esclusione oltre a quelle stabilite dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento e da altre disposizioni di leggi vigenti, occorre rilevare che lo schema di domanda allegato al bando non costituisce affatto parte integrante della *lex specialis* della gara, costituendo

piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara.

Eventuali contrasti tra quanto riportato nel predetto schema di domanda, concretamente utilizzato dal concorrente, e le disposizioni proprie della *lex specialis*, soprattutto per l'ipotesi di mancate dichiarazioni a pena di esclusione ovvero allorquando tale contrasto determini ambiguità o equivocità sulla esatta portata delle dichiarazioni da rendere, non possono determinare *ex se* l'esclusione del concorrente, imponendo piuttosto all'amministrazione di esercitare il c.d. dovere di soccorso, quale corollario del principio di buon andamento e di imparzialità, applicabile dall'amministrazione nei confronti dell'impresa.

8.1.2. Non merita censura la decisione di primo grado neppure nella parte in cui ha respinto il secondo motivo del ricorso incidentale, riproposto in sede di appello, con cui [deducendo "2. Violazione di legge ([art. 53 Dlgs 163/2006](#) e s.m.); violazione della *lex specialis* di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d. 5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione"] era stata lamentata l'erroneità della dichiarazione della s.p.a. Galasso Costruzioni quanto alla presa d'atto dei lavori oggetto dei lavori da eseguirsi, a corpo e a misura, come effettivamente dichiarato, invece che solamente a corpo, come previsto dallo schema di domanda allegata al bando.

Possono essere sul punto infatti ribadite le osservazioni svolte nel paragrafo precedente in ordine alla natura di mero strumento di ausilio dello schema di domanda allegata al bando di gara, schema privo di qualsiasi finalità di integrazione della *lex specialis*, così che l'eventuale errore in cui è incorso il concorrente per il suo utilizzo e per aver prodotto dichiarazioni carenti o incomplete, lungi dal comportare l'esclusione dalla gara, avrebbe tutt'al più imposto all'amministrazione l'obbligo di chiedere l'integrazione della dichiarazione stessa.

Del resto, la dedotta incompletezza della medesima dichiarazione è di natura esclusivamente formale, non avendo avuto in realtà alcun effetto diretto sull'offerta prodotta (in tal senso infatti nessuna ulteriore adeguata censura è stata mossa sull'offerta della s.p.a. Galasso Costruzioni).

8.1.3. Anche il terzo motivo del ricorso incidentale [rubricato "3. Violazione di legge ([art. 33 DPR 207/2010](#)); in particolare lett. c) e d); Violazione della *lex specialis* di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI. 1 del Disciplinare di gara); nonché punto III. 2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b. 4, b. 5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d. 5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio - Eccesso di potere - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta - Carente ed erronea istruttoria - Erronea presupposizione"], con cui era stata sostenuta l'illegittimità della valutazione dell'offerta presentata dalla società Galasso Costruzione a causa della carente documentazione (relazioni specialistiche, elaborati grafici comprensivi degli elaborati e calcoli esecutivi degli impianti) concernente le migliorie offerte per l'impianto di illuminazione e per quello di depurazione ed in considerazione dell'elevato punteggio che sarebbe stato assegnato dalla commissione giudicatrice, è stato convincentemente respinto dai primi giudici.

Infatti la tesi della carenza documentale - da cui sarebbe stata affetta, secondo la tesi della società Fe. s.r.l., l'offerta presentata dalla Galasso Costruzioni S.p.A. - è imperniata sull'elencazione contenuta nell'art. 33 del d.P.R. n. 207: tale disposizione, tuttavia, riguarda i documenti che devono essere contenuti nel progetto esecutivo e non può quindi trovare applicazione nel caso di specie, che concerne invece la documentazione relativa alle varianti migliorative che i concorrenti avrebbero potuto apportare alla propria offerta.

Pertanto, come hanno puntualmente sottolineato i primi giudici, oltre alla pacifica circostanza che la *lex specialis* non indicava neppure quale specifica documentazione dovesse accompagnare ai fini della loro valutazione le eventuali proposte migliorative ovvero l'estensione dell'intervento previsto in progetto (illuminazione, impianto di video sorveglianza, etc.), la eventuale carenza documentale

sul punto, piuttosto che comportare l'esclusione dalla gara, come sostenuto dall'appellante/ricorrente incidentale, non poteva che determinare la non valutabilità di tale aspetto dell'offerta.

Ciò del resto è perfettamente coerente con la *lex specialis*, che considerava l'estensione dell'intervento previsto in progetto (illuminazione, impianto di video sorveglianza, etc.) un sub - elemento di valutazione cui era attribuibile fino ad un massimo di venticinque punti.

Altrettanto condivisibilmente, poi, i primi giudici hanno ritenuto insindacabile la valutazione di quell'elemento dell'offerta presentata da Galasso Costruzioni S.p.A. ed il relativo punteggio assegnato dalla commissione giudicatrice, essendo essi espressione dell'ampia discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione, discrezionalità non sindacabile dal giudice amministrativo salvo che non sia macroscopicamente affetta da irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà, illogicità o travisamento di fatti, di cui nel caso di specie non è stato fornito alcun elemento indiziante.

8.2. Confermata in tal modo la sentenza impugnata nella parte in cui sono stati respinti i tre motivi di censura del ricorso incidentale formulato in primo grado (ed esclusa conseguentemente la dedotta illegittimità della mancata esclusione alla gara della s.p.a. Galasso Costruzioni), devono essere esaminati i motivi di appello con cui la s.r.l. Fe. ha riproposto le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso di primo grado, a suo avviso erroneamente respinte, per acquiescenza all'aggiudicazione provvisoria e per mancata tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

Tali motivi di gravame vanno respinti.

8.2.1. Sotto un primo profilo, infatti, va rilevato che, alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, l'aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione del concorrente non risultato aggiudicatario, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima e in riferimento esclusivamente al quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (tra le più recenti, [Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828](#); [15 febbraio 2013, n. 936](#); [sez. III, 11 febbraio 2013, n. 763](#)).

Nessuna acquiescenza o decadenza può essersi pertanto verificata nel caso di specie a causa della mancata impugnazione da parte della Galasso Costruzioni S.p.A. del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

8.2.2. Quanto poi alla questione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, va sottolineato che i primi giudici hanno dichiarato tempestiva detta impugnazione con motivazione convincente, che non è stata oggetto di una specifica ed adeguata contestazione.

8.3. Può passarsi all'esame del merito dell'appello, i cui motivi, per la loro intima connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi sono fondati alla stregua delle osservazioni che seguono.

8.3.1. Deve ricordarsi che i primi giudici, accogliendo le doglianze sollevate in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni, hanno ritenuto che l'impresa An. Fe. s.r.l. fosse stato illegittimamente ammessa alla gara, benché non avesse indicato in sede di offerta il nominativo dell'impresa cui aveva dichiarato di voler affidare in **subappalto** i lavori di cui alla categoria OG 10, a qualificazione obbligatoria, scorporabili, di cui non aveva la qualificazione, tanto più che il **subappalto** avrebbe riguardato i lavori *de quibus* nella loro interezza (100%) e non nei limiti di legge e previsti dal bando (30%).

Ciò posto, deve osservarsi che, diversamente da quanto sostenuto dai primi giudici, dal combinato disposto degli artt. [37, comma 11](#), e [118, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), e 92 del [D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207](#), non si evince espressamente l'esistenza dell'obbligo del concorrente, che dichiara di voler avvalersi del **subappalto** per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltrice.

L'affidamento in **subappalto** (o in cottimo), come espressamente stabilito dal ricordato articolo 118, è infatti sottoposto alle seguenti condizioni:

a) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare (o concedere in cottimo);
b) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di **subappalto** presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
c) che al momento del deposito del contratto di **subappalto** presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
d) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappaltato (o del cottimo), alcuno dei divieti previsti dall'[articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575](#), e successive modificazioni.

Del resto, va rimarcata la netta diversità della ricordata disciplina del **subappalto** rispetto a quella contenuta nella [legge 11 febbraio 1994, n. 109](#), che imponeva fin dal momento della formulazione dell'offerta l'indicazione del nominato dell'impresa subappaltatrice (previsione peraltro soppressa già dall'[art. 9 della legge n. 415 del 1998](#)).

8.3.2. Né in senso diverso può invocarsi l'applicazione nel caso di specie del principio del c.d.

subappalto necessario, elaborato dalla giurisprudenza, secondo cui la indicazione dell'impresa subappaltatrice già all'atto della presentazione dell'offerta (e la dimostrazione del possesso da parte dell'impresa subappaltatrice dei requisiti di qualificazione) sarebbe necessaria nelle ipotesi in cui il richiamo al **subappalto** sarebbe necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Invero, oltre a rilevare l'obiettiva diversità del **subappalto** e dell'avvalimento, aventi finalità e rationes completamente differenti e diversamente disciplinati dallo stesso [D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), deve escludersi che nel caso di specie si vertesse in una ipotesi di c.d. **subappalto** necessario, non potendo condividersi l'assunto che la impresa appellante fosse priva dei requisiti di qualificazione: se è vero infatti che l'appellante non possedeva i requisiti per la categoria OG10, class. I, a qualificazione obbligatoria (lavorazione: pubblica illuminazione, rete elettrica e telefonica), per un importo di €. 57.916,50 (12,25% dell'importo complessivo dell'appalto), non è tuttavia stato contestato che la stessa possedeva la qualificazione sia per la categoria di lavori prevalente (cat. OG3, class. I, qualificazione obbligatoria, importo €. 304.246,30%, pari al 58,97% dell'importo complessivo dell'appalto), sia per l'altra categoria di lavori (cat. OG6, class. I, qualificazione obbligatoria, importo €. 153.731,44, pari al 28,78% dell'importo complessivo dell'appalto), circostanza che determinava indiscutibilmente la sua qualificazione e la possibilità di partecipare alla gara (senza la necessità di utilizzare la qualificazione dell'impresa subappaltatrice), secondo quanto previsto dall'[art. 92, comma 1, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207](#), a mente del quale "il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico - finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente ed alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Non sussisteva pertanto l'obbligo da parte dell'Impresa An. Fe. s.r.l. di indicare il nominativo dell'impresa cui avrebbe affidato in **subappalto** i lavori della categoria scorporabile OG 10 già in sede di partecipazione alla gara, essendo a tale fine sufficiente soltanto la dichiarazione di voler subappaltare.

8.3.3. Quanto poi alla percentuale dei lavori subappaltabili, è convincente la tesi dell'appellante, secondo cui le lavorazioni oggetto della categoria OG 10 non costituivano la categoria prevalente, né una categoria specializzata, né superavano il 15% dell'importo totale dei lavori (incidendo nella misura del 12,25% come risulta pacificamente dalla lettura dello stesso bando di gara), così che non poteva trovare applicazione il limite del 30% dei lavori subappaltabili, invocato dalla ricorrente in primo grado.

D'altra parte la stessa *lex specialis* sul punto è tutt'altro che univoca: mentre infatti a pagina 23 del disciplinare di gara si indicano come subappaltabili nella misura del 30% le lavorazioni di cui alle

predette categorie OG 3, OG 6 e OG 10, alla pagina 56, come segnalato dall'appellante, nello "schema di domanda di ammissione e dichiarazione", al punto y, circa la dichiarazione dei lavori che si intendono subappaltare si precisa che il limite massimo del 30% riguarda solo le lavorazioni della categoria prevalente e quelle di cui alle categorie super specializzate di cui al novellato [art. 37, comma 11, del D. Lgs. n. 163 del 2006](#), tra cui non rientrano pertanto quelle di cui alla categoria OG 10 (circostanza quest'ultima che non è stata oggetto di specifica contestazione).

9. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso n. 1179 del 2012, proposto in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni.

Le oscillazioni giurisprudenziali in materia e la peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

³⁵₁₇ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 4284 del 2013, proposto dall'Impresa An. Fe. s.r.l. avverso la sentenza del TAR per la Puglia, sez. I, n. 565 del 16 aprile 2013, lo accoglie e, per l'effetto in riforma della stessa, respinge il ricorso n. 1179 del 2012, proposto in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 07 LUG. 2014.

Consiglio di Stato sez. IV, 03/07/2014 3344

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Appalto lavori - Gara - Fase di prequalifica - Partecipanti - Domanda - Mancata indicazione del ricorso al sub appalto - Irrilevanza - Ratio .

Nella domanda di partecipazione a gare pubbliche la mancata indicazione, in sede di prequalifica, del ricorso al subappalto non comporta conseguenze atteso che la c.d. fase di prequalifica costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio, mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati.

³⁵₁₇ REPUBBLICA ITALIANA
³⁵₁₇ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
³⁵₁₇ Il Consiglio di Stato
³⁵₁₇ in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

35
17 ha pronunciato la presente

35
17 SENTENZA

35 sul ricorso numero di registro generale 8202 del 2013, proposto da:
17 Salvatore Matarrese S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Mandataria
35 Ati, Ati-Coedisal-Consorzio Stabile Edilstrade Salento Scrl,
17 rappresentati e difesi dagli avv.ti Corrado Morrone, Pietro Quinto,
35 con domicilio eletto presso Corrado Morrone in Roma, viale XXI
17 Aprile, 11;

35
17 contro

35 Edilstrade Salento Scrl, Uniland Scrl in proprio e quale Mandataria
17 Rti, Rti-Aleandri S.p.A., Rti-Igeco Costruzioni S.p.A. Salini Claudio
35 Grandi Lavori Spa; Rti-Consorzio Cooperative Costruzioni di
17 Produzione e Lavoro Soc.Coop. P.A., rappresentato e difeso dagli avv.
35 Ernesto Sticchi Damiani, Angelo Piazza, con domicilio eletto presso
17 Ernesto Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, 78;
35 Anas S.p.A., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura
17 Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
35 ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo, rappresentata e difesa
17 dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino, Giovanni Pellegrino, con domicilio
35 eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento,
17 11;

35
17 e con l'intervento di

35
17 ad adiuvandum:

35 per ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo di A.G.I.
17 Associazione Imprese Generali, rappresentata e difesa dall'avv.
35 Stefano De Marinis, con domicilio eletto presso Stefano De Marinis in
17 Roma, via Yser, 8;

35
17 per la riforma

35 della sentenza del T.A.R. Puglia - Sez. Staccata di Lecce: Sezione I
17 n. 02135/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per
35 la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori dell'opera
17 "itinerario Maglie-S. Maria di Leuca s.s. 275" - ris.danni

35 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

35 Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rti-Consorzio
17 Cooperative Costruzioni di Produzione e Lavoro Soc.Coop. P.A. e di
35 Anas S.p.A. e di ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo;

35 Viste le memorie difensive;

35 Visti tutti gli atti della causa;

35 Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

35 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons.
17 Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Corrado Morrone,
35 Pietro Quinto, Angelo Piazza, Ernesto Sticchi Damiani, l'Avvocato
17 dello Stato Alessia Urbani Neri, Stefania Vasta su delega
35 dell'avvocato Gianluigi Pellegrino e Valeria Marsano su delega
17 dell'avvocato Stefano De Marinis;

35 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35
17 **Fatto**

Il RTI Salvatore Matarrese S.p.A. - CO.EDI.SAL si era classificato al quarto posto nella graduatoria finale della procedura ristretta, aggiudicata con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa,

indetta dall'ANAS per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di ammodernamento e adeguamento della S.S. 275 Maglie - S. Maria di Leuca (Ba 23/09).

La predetta graduatoria aveva visto rispettivamente: al primo posto l'ATI formata dal Consorzio Stabile Uniland Scarl (mandatario) e dal Consorzio Cooperative Costruzioni (C.C.C.), al secondo posto l'ATI Grandi Lavori Fincosit - Socostramo ed al terzo posto l'ATI Salini - Ircop.

Con il gravame principale la "Salvatore Matarrese S.p.A." impugna la sentenza con cui il T.A.R. Lecce:

-- ha dichiarato inammissibile il suo ricorso diretto rispettivamente: - all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti del procedimento; - alla declaratoria della nullità o dell'inefficacia del contratto pubblico di appalto con l'A.T.I. "Uniland s.c.arl., Consorzio Cooperative Costruzioni CCC, Aleandri spa, Igeco S.p.A."; -- ed all'annullamento della successiva "presa d'atto" della modifica del RTI aggiudicatario, a seguito del recesso della mandataria Uniland, e dell'atto aggiuntivo all'originario contratto con il "nuovo" RT.I. "CCC, Aleandri spa e Igeco S.p.a.";

-- ha respinto la sua domanda risarcitoria;

-- ha dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali della Uniland e della Grandi Lavori Fincosit.

L'appello dell'ATI Matarrese è affidato alla deduzione dell'erroneità della decisione per violazione sotto vari profili degli artt. 37, 75 e 118 del Codice dei contratti di cui al [d.lgs. n. 163/2006](#).

Si è costituita in giudizio l'Anas rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato che, con una prima diffusa memoria, ha analiticamente confutato le tesi di parte appellante concludendo per il rigetto del ricorso.

Si è costituito in giudizio il Consorzio Cooperative Costruzioni che a sua volta ha contestato la fondatezza in tutti i motivi di appello.

L'ATI Grandi Lavori Fincosit-Socostramo si è formalmente costituita in giudizio con nota del 26.11.2013 eccependo la inammissibilità dell'appello e comunque la sua infondatezza.

Con autonomo appello incidentale il Consorzio C.C.C. ha contestato l'ammissione alla gara dell'appellante Matarrese sotto diversi capi di censura.

Con memoria specifica sul ricorso incidentale la Matarrese S.p.A. ha replicato a tutte le affermazioni avversarie.

Con atto di intervento *ad opponendum* al ricorso principale l'Associazione Imprese Generali- AGI, a cui aderisce anche la resistente Grandi Lavori Fincosit s.p.a., ha confutato in particolar modo il motivo del ricorso principale relativo alla qualificazione nelle categorie specialistiche.

Con memoria per l'udienza pubblica il Consorzio Cooperative Costruzioni ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse in quanto la Salvatore Matarrese S.p.A. capogruppo dell'omonimo RTI aveva depositato domanda di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'articolo 161, comma 6° del [r.d. n. 267/1942](#).

A sua volta la propria memoria di replica l'appellante principale RTI Matarrese:

--ha rilevato che l'originaria mandataria del raggruppamento aggiudicatario e cioè il Consorzio Uniland è stata interessata da ben più gravi procedure concorsuali: la consorziata In. An., che era stata designata per l'esecuzione dei lavori, in data 20 settembre 2012 aveva depositato presso il Tribunale di Bari domanda di concordato preventivo senza continuità. Inoltre il recesso della mandataria Uniland -- accettato da Anas solamente il 28 settembre 2012 - sarebbe stato quindi successivo all'avvio della procedura di concordato ed era finalizzato ad eludere una causa di esclusione. Di qui il difetto di interesse dell'aggiudicataria la cui partecipazione sarebbe viziata in modo più ben grave;

--ha confutato nel merito l'eccezione;

--ha riepilogato le argomentazioni di cui al ricorso principale, ed ha concluso chiedendo l'accertamento della nullità del contratto ai sensi dell'[articolo 37 comma 10 del d.lgs. n. 163/06](#) o, in subordine, il risarcimento per equivalente monetario, secondo i criteri di cui alla decisione del Consiglio di Stato, sezione V§ n. 6161 del 3 dicembre 2012. In particolare l'impresa Matarrese a causa della contrazione del lavoro e della mancata aggiudicazione *de quo* sarebbe stata costretta alla

ristrutturazione del debito, mentre nell'ultimo biennio la COEDISAL avrebbe dovuto fare un massiccio ricorso alla cassa integrazione sia ordinaria che in deroga e nel 2014 sarebbe stata costretta a licenziare ben 55 unità lavorative per mancanza di commesse.

Con memoria per la discussione l'Avvocatura:

--ha replicato alle tesi del C.C.C. -- secondo cui il contratto stipulato da Anas non avrebbe potuto essere annullato in sede giurisdizionale ai sensi del richiamato [articolo 125 del c.p.a.](#) trattandosi di opera strategica -- in quanto la progettazione dell'opera *de qua* non sarebbe stata ancora approvata dalla committenza e quindi, non avendo il contratto avuto concreta esecuzione, non sarebbe ancora operante la disposizione di cui all'[articolo 125 del c.p.a.](#);

--non vi sarebbe stata perciò nessuna ragione di perpetuare l'efficacia di un contratto che non ha prodotto alcun effetto a distanza di oltre un anno e mezzo dalla sua sottoscrizione.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

³⁵
17

Diritto

_1.) Nell'ordine logico delle questioni deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse sull'appello principale sollevata dal R.T.I. C.C.C. il quale assume che, nelle more, il RTI Matarrese avrebbe perso i requisiti di partecipazione dichiarati in gara, e la capacità di stipulare contratti pubblici ai sensi dell'[articolo 38](#), I comma lettera a) del [d.lgs. n. 163/2006](#) in conseguenza del deposito del 10 febbraio 2014, da parte della capogruppo "Salvatore Matarrese S.p.A." della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. "concordato in bianco") ai sensi dell'articolo 161, comma 6° del [r.d. n. 267/1942](#) presso la Cancelleria Fallimentare del Tribunale di Bari. L'apertura di tale procedura concorsuale sarebbe di per sé una condotta "che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto" (cfr. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 15 aprile 2010 n. 2155) in quanto consentirebbe all'imprenditore in stato di dissesto "di congelare" temporaneamente (da 30 a 120 giorni) le istanze fallimentari avanzate dai creditori e al fine di rinviare all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori, la scelta tra la presentazione di un piano di concordato *ex* articolo 161 L.F. ovvero di un accordo di ristrutturazione aziendale *ex* articolo 182 *bis* L.F..

Tale domanda avrebbe *ex se* determinato un'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione per la pendenza del procedimento finalizzato alla declaratoria di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo.

L'articolo 38 (nel testo modificato dall'[articolo 33, del Dl n. 83/2012](#)) prevede come unica eccezione al suddetto divieto l'eventualità disciplinata dall'[articolo 186-bis della legge fallimentare](#) ovvero il cosiddetto "concordato con continuità aziendale".

Nel caso di specie invece la Matarrese non era stata ammessa al concordato preventivo per cui la presentazione dell'istanza sarebbe intervenuta successivamente alla partecipazione, con conseguente venir meno dei requisiti *ex* articolo 38 comma primo, lettera a) ultimo periodo.

Pertanto non si sarebbe realizzato il requisito soggettivo previsto dalla legge fallimentare ai fini dell'applicazione della deroga *de qua*, e quindi la Matarrese S.p.A., in qualità di mandataria del raggruppamento medesimo, non avrebbe potuto usufruire della normativa di favore dell'articolo 186 *bis*.

L'eccezione va respinta.

Sotto il profilo processuale, l'eccezione non ha pregio in quanto la Salvatore Matarrese S.P.A. - in caso di perdita della possibilità di addivenire alla futura aggiudicazione del contratto in conseguenza di un evento sopravvenuto - avrebbe comunque conservato un interesse sostanziale, ai soli fini risarcitori di cui all'[art. 34, comma 3, c.p.a.](#), ad ottenere un accertamento dell'eventuale illegittimità dell'aggiudicazione della gara (cfr. C.G.A. R.S. 15 gennaio 2014 n. 3).

Sotto il profilo sostanziale si deve poi osservare che, come è noto, l'[art. 38 D. Lgs. 163/2006](#) (come modificato dal [D.L. 83/2012](#)) vieta la partecipazione alle gare pubbliche a tutti i soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo con l'unica espressa eccezione del c.d. "concordato in continuità aziendale" di cui all'[art. 186-bis R.D.](#)

Legge Fallimentare 267/1942 (introdotto con l'[articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83](#) e conv. in [L. 7 agosto 2012, n. 134](#)) che ricorre quando: -- nel piano di concordato *ex art.* 161, II co., lettera e) della L.F. sia espressamente prevista la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; ovvero la cessione dell'azienda in esercizio o ancora il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione.

La norma, al fine del sostegno concreto alle imprese in crisi, concede vari benefici ed agevolazioni (moratoria annuale sui crediti muniti di diritti di prelazione, l'inefficacia delle clausole di risoluzione dei contratti in corso a motivo dell'apertura della procedura) tra cui, in particolare, la prosecuzione di detti contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, a determinate condizioni, che, quindi, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura con l'espressa previsione di inefficacia di eventuali patti contrari. Di tale continuazione aziendale può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda a cui i contratti siano trasferiti.

La norma consente la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che sono già state ammesse al concordato "con continuità aziendale" e hanno già ottenuto il decreto di ammissione, ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo previa autorizzazione del Tribunale.

Pertanto la domanda in se non comporta né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione e né la risoluzione di diritto dei contratti in corso se l'impresa rispetta le condizioni e gli adempimenti imposti dal IV comma dell'art. 186-*bis* cit. in quanto l'istituto ha la finalità di incentivare le imprese a anticipare la denuncia la situazione di crisi comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno.

Dunque, in base all'art. 186-*bis* la prosecuzione dei contratti in corso dell'esecuzione e la continuazione dei contratti pubblici, è condizionata -- alla presentazione di un'attestazione di un professionista designato dal debitore della "*conformità del piano*" e della "*ragionevole capacità di adempimento*" (lett.a). Invece per la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici nonostante l'ammissione al concordato preventivo l'impresa deve anche presentare la dichiarazione di un altro operatore in possesso dei requisiti generali, finanziari, tecnici ed economici richiesti per l'affidamento dell'appalto che si impegna a fornire le risorse necessarie e a subentrare all'impresa ausiliaria nel caso che questa fallisca nel corso dell'esecuzione del contratto.

Il concordato "con continuità aziendale" o "di risanamento", sul piano teleologico e sistematico essendo diretta al ritorno *in bonis* dell'impresa, è dunque una fattispecie ontologicamente differente dal concordato c.d. "liquidatorio" le cui finalità sono limitate esclusivamente alla maggior soddisfazione possibile dei creditori.

La domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale non costituisce di per sé elemento ostativo né alla prosecuzione alla partecipazione alle pubbliche gare e né ai fini del conseguimento, o della verifica o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione.

Nelle more, tra il deposito della domanda e l'ammissione del concordato l'impresa che abbia fatto domanda di concordato preventivo "con continuità aziendale" conserva dunque la facoltà partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti (cfr. Consiglio di Stato, V§ Sezione n. 6272 del 27 dicembre 2013).

Inoltre l'art. 186-*bis* L.F. non pone alcuna inibizione relativamente alla posizione di mandataria o di mandante dell'impresa interessata che partecipa ad un'associazione temporanea. Per cui, in difetto di un precetto espresso, introdurre in sede interpretativa, un limite in tal senso si porrebbe in diretto conflitto con la ricordata finalità della novella.

In conseguenza dunque, la presentazione da parte della "Salvatore Matarrese S.p.A." dell'istanza di concordato con continuità aziendale, non precludeva la prosecuzione della partecipazione alla gara, perché consentiva, nelle more, la permanenza del requisito di cui all'articolo 38 primo comma lettera a) del codice dei contratti.

Va inoltre osservato che la Salvatore Matarrese S.p.A., prima di depositare l'istanza di concordato "con continuità aziendale", aveva affittato l'intero complesso aziendale alla società "Matarrese

S.r.l." come da contratto di affitto allegato. Pertanto, ai sensi dell'[articolo 51 del d.lgs. n. 163/2006](#) e s.m.i., la Società subentrante aveva comunque titolo ad essere ammessa alla prosecuzione della gara senza che le vicende della Società cedente avessero immediatamente rilievo nei confronti della stazione appaltante.

_2.) Deve quindi essere esaminato (cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen. 25/02/2014 n. 9) il ricorso incidentale con cui il Consorzio C.C.C. -- subentrato all'ATI Uniland quale mandataria -- impugna la sentenza oggetto dell'appello principale nella parte in cui ha preliminarmente esaminato il ricorso della ATI Matarrese, ed ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio Uniland. I relativi motivi non esaminati dal T.A.R. e reiterati in questa sede devono quindi essere compiutamente esaminati.

_2.1. Il primo motivo concerne due profili che appare utile affrontare separatamente.

_2.1.1.) L'ATI Matarrese, al momento della domanda di partecipazione avrebbe dichiarato che taluni lavori relativi ad opere subappaltabili a qualificazione obbligatoria sarebbero stati affidati in **subappalto** ad imprese in possesso di adeguata qualificazione, senza però fornire le puntuali indicazioni dei nominativi delle imprese subappaltatrici, e dei relativi requisiti di qualificazione. L'ATI Matarrese avrebbe cioè presentato una domanda dalla quale non sarebbe stato possibile effettuare alcun riscontro da parte della stazione appaltante relativamente al possesso dei requisiti di qualificazione dei subappaltatori e, nelle sue difese, dopo avere affermato la sussistenza di una differenza tra **subappalto** c.d. "facoltativo" e **subappalto** "obbligatorio o necessario" evidenziava che quest'ultimo finirebbe per avere una funzione tipica che è però propria dell'istituto dell'avvalimento.

Tale supposta simmetria tra "**subappalto** necessario" ed "avvalimento" di conseguenza avrebbe dovuto riguardare tutti gli aspetti anche formali temporali e quindi la relativa dichiarazione specifica di **subappalto** necessario, anche nel caso delle procedure ristrette, avrebbe dovuto essere fatta già in fase di domanda di partecipazione.

Il profilo va disatteso.

La censura è in primo luogo inammissibile perché è incontestato che le prime tre classificate Consorzio C.C.C., l'ATI Fincosit e l'ATI Salini si trovassero nella medesima situazione che erroneamente imputano all'appellante principale.

Tutte e tre infatti, in sede di prequalifica non avevano reso alcuna dichiarazione di **subappalto**. In sede di offerta avevano poi genericamente indicato solo di voler ricorrere al **subappalto** senza però indicare i nominativi e le qualificazioni dei subappaltatori pur non possedendo le richieste qualificazioni e pur in presenza di lavorazioni "a qualificazione obbligatoria" (ma al riguardo ai rapporti tra qualificazione e **subappalto**, vedi *amplius* infra).

Al contrario l'ATI Matarrese già in sede di prequalifica aveva comunque reso una dichiarazione generica di **subappalto** ma successivamente in sede di offerta aveva ritualmente indicato la subappaltatrice e documentato le qualificazioni possedute dalle medesime per le dette opere specialistiche.

Il profilo è comunque infondato in quanto il bando di gara relativamente alla fase della pre-selezione delle domande di partecipazione, faceva cenno alla possibilità del **subappalto**, alla lett. c) del punto VI. 3 con specifico riferimento al terzo comma dell'[art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006](#) e s.m.i. (relativo al profilo estraneo al presente contendere della corresponsione diretta al subappaltatore dei relativi pagamenti).

Tuttavia la mancata specifica indicazione del ricorso al **subappalto** in sede di domanda di partecipazione delle prime tre classificate era perciò inconferente se si considera che la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati.

(cfr. *infra ex multis* [Consiglio di Stato sez. VI 08 febbraio 2008 n. 416](#); [Consiglio Stato sez. V, 3 novembre 2000, n. 5906](#)). Ne consegue che in caso di "**subappalto** necessario" la dimostrazione della qualificazione del subappaltatore da parte del concorrente può (e deve) intervenire nella fase di presentazione delle offerte vere e proprie, quando il candidato è divenuto effettivamente un concorrente (cfr. [Consiglio di Stato, Sez. IV 13/03/2014 n. 1224](#)).

In coerenza con il predetto quadro, il punto C della lettera di invito chiedeva ai concorrenti di rendere, puntualmente, una dichiarazione in ordine alle opere che intendevano subappaltare solo in sede di presentazione dell'offerta (cfr. lett. c) terzo alinea a pag. 9). Pertanto, legittimamente l'ATI Matarrese, in sede di offerta aveva reso dunque una dichiarazione di **subappalto** contenente l'indicazione dei nominativi delle ditte e la dimostrazione delle relative qualificazioni, relativamente alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, per le quali l'ATI non era direttamente qualificata.

2.1.2.) Con il secondo profilo del primo motivo e ripreso anche nel secondo profilo della terza doglianza l'appellante incidentale lamenta che la Matarrese avrebbe dovuto essere esclusa perché -- con riferimento alla categoria OS10 per cui era richiesta una qualificazione SOA per la classifica IV§ (fino ad € 1.403.660,00) -- avrebbe dichiarato di subappaltare i relativi lavori alla società 2M segnaletica stradale S.r.l. in possesso di una classificazione III (fino ad € 1.032.913,00), che sommata alla classifica 3§ posseduta in proprio dall'altra impresa ricorrente CO.EDI.SAL avrebbe consentito di raggiungere nel complesso la qualificazione richiesta dall'importo a base d'asta.

Al contrario, secondo l'appellante incidentale la 2M Segnaletica stradale al 4 febbraio 2010 (momento di presentazione della domanda di ammissione alla prequalifica), sarebbe stata priva di qualificazione SOA per la categoria III, in quanto la OS 10 sarebbe stata conseguita solo a partire dal 4 maggio 2010 e quindi non avrebbe potuto essere indicata quale subappaltatrice, come sarebbe stato affermato dalla Sezione in sede cautelare (cfr. con ordinanza n. 3042 dell'1 agosto 2012).

Nella medesima ottica, con il secondo profilo del terzo motivo si lamenta poi che, dalle giustificazioni prodotte dal RTI Matarrese si evincerebbe un ulteriore difetto di qualificazione, in capo alla società subappaltatrice 2M Segnaletica Stradale Srl, che non avrebbe la qualificazione SOA necessaria per eseguire la "Segnaletica orizzontale e verticale" (OS 10, per un importo pari ad € 2.236.593), mentre sarebbe in possesso della sola attestazione per la classifica III, cioè fino ad un importo di € 1.032.913.

Entrambi gli assunti non convincono.

Se, come visto, l'indicazione del subappaltatore deve avvenire solo al momento della presentazione dell'offerta, la censura è priva di pregio in quanto è incontestato che, alla data di presentazione dell'offerta, la 2M Segnaletica Stradale possedeva esattamente la qualificazione corrispondente agli importi esposti.

È infondato anche il secondo profilo del terzo motivo in quanto ai fini della qualificazione si doveva computare la maggiorazione del quinto di cui all'[art. 3, comma 2, del DPR 34/2000](#) (ed oggi di cui al [art. 61 primo co. del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207](#)).

Pertanto l'ATI Matarrese, al momento dell'offerta, aveva dimostrato di coprire l'importo corrispondente alle opere della categoria OS 10 rispettivamente con la somma delle qualificazioni per la classifica III° posseduta dalla subappaltatrice 2M Segnaletica Stradale srl e della mandante Coedisal, pari a € 2.065.826 che, maggiorati del 20% di cui sopra assommano ad € 2.478.991 e quindi superavano il limite di € 2.236.593 indicati nell'offerta per tale voce.

Il motivo va dunque respinto.

2.2.) Con il secondo motivo, il C.C.C. afferma che l'ATI Matarrese avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura ristretta *de qua* in quanto -- essendo priva della qualificazione necessaria per la categoria subappaltabile a qualificazione obbligatoria OS12 classifica VIII ("opere di protezione") per l'importo a base d'asta pari ad € 33.749.612,45 -- aveva indicato la società "IMEVA Spa" per un importo offerto complessivamente pari ad € 14.154.519,25, mentre in sede di giustificativi prodotti unitamente all'offerta aveva allegato un preventivo dell'impresa FRACASSO che non era stato indicato dalle stesse appellanti nella dichiarazione di **subappalto** di cui al punto C.e) della lettera di

invito. Tale elemento sarebbe rilevante in quanto il punto C. 1) della predetta *lex specialis* puntualizzava che "... le analisi, le giustificazioni e le dimostrazioni prodotte saranno considerate parte integrante..." del contratto di affidamento". L'impresa Matarrese avrebbe quindi implicitamente ed illegittimamente sostituito il subappaltatore indicato in sede di offerta.

Il profilo va respinto.

Premesso che non si possa "interpretare" *ex post* l'offerta in maniera difforme dal suo contenuto formale, si deve escludere che vi fosse stata una sostituzione implicita del subappaltatore.

L'allegazione del preventivo più vantaggioso della FRACASSO (la quale avrebbe dichiarato di poter praticare sconti oltremodo elevati disponendo di notevoli scorte di invenduto) non costituiva comunque un fatto di per sé idoneo a modificare il profilo soggettivo dell'offerta relativamente all'impresa formalmente designata in sede di offerta come subappaltatrice di opere a "**subappalto** necessario".

Il preventivo Fracasso restava del tutto estraneo al piano procedimentale della qualificazione. La sua produzione era un elemento comunque rilevante sul piano contrattuale per la dimostrazione della credibilità della componente economica interessata e per il vincolo alle relative poste o, comunque, *vitiatur sed non vitiatur*, poteva al limite implicare la necessità che l'ATI producesse ulteriori elementi a sostegno della disponibilità e degli oneri contrattuali della subappaltatrice designata.

In definitiva, il RTI Matarrese è stato legittimamente ammesso dalla commissione di gara in quanto, ai fini della qualificazione, non poteva ritenersi sussistente alcuna modificazione "per implicito" nell'indicazione del subappaltatore fornita in sede di offerta, e in quanto la "FRACASSO", in difetto di una formale designazione, non poteva essere definito come subappaltatore e quindi - come osservato - il motivo va in ogni caso respinto.

2.3.) Con il terzo motivo l'appellante incidentale sostiene che il RTI Matarrese avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara di che trattasi perché nell'offerta avrebbe dichiarato di voler subappaltare alla società "INTERGEOS" i lavori, di cui alla categoria OG13 classifica VI (subappaltabile a qualificazione obbligatoria), che erano previsti per un importo a base d'asta pari ad € 8.759.262,32 e per la quale la Matarrese avrebbe posseduto la qualificazione per la sola classifica II, e cioè fino ad € 516.000,00.

Nelle giustificazioni prodotte in sede di gara unitamente alla offerta, invece i lavori relativi alla categoria OG13 di competenza del predetto subappaltatore INTERGEOS sarebbero stati indicati in € 2.543.332,52. In conseguenza il RTI Matarrese avrebbe svolto una rilevantissima percentuale di lavori appartenenti alla categoria OG13 senza essere in possesso della necessaria qualificazione per il corrispondente importo.

L'assunto va disatteso.

L'ATI Matarrese, avvalendosi della relativa clausola della *lex specialis* relativa alla possibilità di variare l'"Offerta Economica - Lista delle lavorazioni e forniture per l'esecuzione dei lavori", aveva portato in diminuzione l'importo delle opere di ingegneria naturalistica, indicandolo nell'importo di € 2.724.018,77, vale a dire ad una cifra comunque inferiore alla somma dell'importo di € 2.543.332,52 subappaltato ad INTERGEOS e di € 516.000,00 per cui era qualificata la Matarrese.

2.4.) Nel quarto motivo incidentale si sostiene che, il RTI Matarrese avrebbe poi dovuto essere escluso anche per la violazione del punto E. 2. della lettera di invito (pag. 21), recante:

"Sottoscrizione dell'offerta tecnica e dell'offerta tempo", che obbligava i concorrenti, a pena di esclusione dalla gara, ad apporre la firma su ogni pagina costituente gli elaborati facenti parte dell'offerta tecnica.

Su diversi elaborati dell'offerta tecnica del RTI Matarrese mancherebbero alcune sottoscrizioni: a titolo esemplificativo e non esaustivo: - l'appellante incidentale sottolinea che nell'elaborato codice T00 CM00 CMS EC10 "Documentazione tecnico-economica Stima Lavori Computo metrico di raffronto: Progetto Definitivo base gara - Progetto offerta (lavori a misura) " dell'offerta tecnica, risulterebbe priva di sottoscrizione la pag. 1 del capitolo "WBS nr. 32 - Sottopasso Svinc. Montesano F.A."

La censura va disattesa.

A parte la genericità della deduzione, in linea di principio deve escludersi che, qualora il concorrente abbia puntualmente apposto la propria firma in calce e nella quasi totalità delle pagine, la mancata sottoscrizione di un qualche foglio isolato -- tra i tanti materialmente congiunti -- dell'offerta tecnica o dell'offerta tempo possa determinare l'esclusione per l'incertezza assoluta sul suo contenuto o sulla sua provenienza.

Infatti, specie in presenza di un gran numero e volume di allegati, tale omissione di norma attiene ad una semplice svista materiale e quindi afferisce al novero delle mere irregolarità.

Nei casi in cui poi ciò si appalesasse realmente necessario, in relazione alla peculiare rilevanza negoziale proprio della pagina omessa, è in ogni caso possibile procedere eventualmente alla regolarizzazione in sede di stipula del contratto.

Nel caso poi, il Punto E. 2 della lettera d'invito "Sottoscrizione dell'Offerta tecnica e dell'Offerta tempo" prevedeva che: "L'offerta Tecnica e tutti i documenti ed elaborati di cui la stessa si compone, nonché l'offerta relativa ai tempi di esecuzione di cui al punto d) della presente lettera di invito, dovranno essere sottoscritti, con firma per esteso e timbrati, a pena di esclusione ... da soggetto munito di idonei poteri....".

Dato che, la *lex specialis* non richiedeva espressamente a pena di esclusione la sottoscrizione di tutti i singoli fogli di tutti i documenti e di tutte le pagine degli elaborati di gara non v'erano spazi per l'esclusione dell'ATI Matarrese per la mancata sottoscrizione di un solo foglio.

2.5.) L'appellante incidentale nel quinto motivo lamenta ancora la violazione dell'[art. 90, co. 5°, del D.P.R. n. 554/1999](#), applicabile "*ratione temporis*", e il punto F. della lettera di invito in base ai quali ciascun concorrente, in esito alla verifica delle singole voci, avrebbe potuto modificare le quantità esposte nella lista delle lavorazioni, ma non i relativi prezzi che erano intangibili.

Il RTI Matarrese invece relativamente ad alcuni degli articoli offerti, dopo aver azzerato alcune delle quantità esposte, aveva annullato anche il corrispondente prezzo. La censura non avrebbe carattere meramente formale. Potrebbero infatti insorgere conseguenze patologiche per effetto di tale erronea modalità di compilazione della lista. E invero possibile ipotizzare l'insorgenza di varianti che implicino per la loro realizzazione le stesse lavorazioni oggetto dell'erroneo annullamento anche del prezzo espresso in offerta.

Tali lavorazioni risulterebbero del tutto sprovviste di un prezzo offerto, determinando la necessità di provvedere alla definizione - posteriormente rispetto allo svolgimento della procedura di gara - dei prezzi delle lavorazioni da espletare, anche in violazione della *par condicio* rispetto agli altri concorrenti che si siano attenuti alle prescrizioni normative e di *lex specialis*.

L'assunto non merita adesione.

La lettera d'invito, al punto F), si prescriveva che: "... la Lista Prezzi, sottoscritta in ogni suo foglio dal Responsabile del Procedimento, dovrà essere completata dal Concorrente con indicazione: dei prezzi unitari, espressi in Euro, che il Concorrente offre per ogni voce relativa alle varie categorie di lavoro e fornitura da indicare in cifre nella quinta colonna ed in lettere nella sesta colonna". È dunque evidente che spettava al concorrente la precisa indicazione solo dei singoli prezzi unitari delle lavorazioni ricomprese nella sua offerta, ed in ogni caso le voci per le quali il concorrente indica una quantità pari a 0 non contribuiscono a determinare l'importo complessivo offerto.

Al riguardo l'azzeramento delle voci di prezzo per le lavorazioni non comprese nella sua offerta costituiva un fattore comunque negozialmente neutro perché tale cancellazione non eliminava la rilevanza del prezzo cancellato perché in caso di una variante che ripristinava tali lavorazioni, in applicazione dell'[art. 34, primo co. del D.P.R. n. 554/1999](#) (ed oggi dell'[art. 32](#) e [163 del D.P.R. n. 207/2010](#)) si doveva necessariamente pretendere a base l'importo inserito nell'elenco dei prezzi unitari, ricompresi nell'omonimo allegato al computo metrico estimativo.

2.6.) Deve essere infine respinta anche la sesta censura con cui si lamenta che l'offerta del RTI Matarrese risulterebbe incongrua ed ingiustificata sotto numerosi profili ed avrebbe perciò dovuto essere esclusa dalla gara a causa della mancanza delle analisi dei semilavorati; della sottostima di diverse voci e di molte altre irregolarità formali e sostanziali.

L'assunto non convince né in linea di principio e né nello specifico.

In base agli artt. [86 e segg. del d.lgs. n. 163/2006](#), la verifica circa la possibile anomalia di un'offerta ha natura unitaria e globale e, come tale, attiene alle discipline dell'estimo e della scienza delle costruzioni deve essere valutata tenendo anche conto dell'andamento del mercato.

Chi intende affermare l'incongruità di un'offerta deve in sostanza dimostrare che, nel computo degli oneri connessi all'esecuzione del "business plan", l'imprenditore non ha tenuto conto del necessario rapporto tra i costi complessivi (secondo le scienze economiche costi totali, medi e marginali di produzione) e l'entità dei ricavi ed in conseguenza non raggiunge il punto di equilibrio economico dell'affare. In altre parole va dimostrato che il prezzo complessivamente offerto in gara non vale a supportare la somma dei fattori della produzione che l'impresa dovrà in concreto sostenere, (es.: manodopera, materiali da impiegare, noli macchinari, trasporti, assicurazioni, spese generali ed utile) oneri che sono essenziali e contrattualmente rilevanti.

La congruità dell'offerta, sotto questo profilo che è espressione paradigmatica di valutazioni compiutamente tecniche, è peraltro suscettibile di un sindacato esterno da parte del giudice amministrativo qualora l'impresa ricorrente introduca in giudizio elementi di irragionevolezza o incongruità dell'offerta di altro partecipante tali da evidenziare, in modo pregnante e decisivo, che si sia in presenza di una significativa anomalia dell'offerta (arg. ex Consiglio di Stato Ad. Plen. 03/02/2014 n. 8).

Il giudice amministrativo da parte sua non può verificare autonomamente la congruità delle singole voci dell'offerta presentata, alla luce dei parametri tecnici ed aziendalistici di cui sopra perché in tal caso, facendo luogo ad un'autonoma idea tecnico - economica al giudizio, invaderebbe una sfera propria dell'Amministrazione (cfr. [Consiglio di Stato sez. IV 30 maggio 2013 n. 2956](#); [Consiglio di Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162](#)).

Per questo la mera contestazione avulsa dal complesso dell'offerta della non-rimuneratività di alcune voci singole, di per sé, non appare sufficiente quando non è accompagnata dalla puntuale prova della rilevanza di tali componenti allo sbilancio della offerta proposta. In tali casi chi contesta l'anomalia deve cioè dimostrare anche sintomaticamente l'incidenza e la rilevanza essenziale che le partite contestate assumono nell'insieme dell'offerta economica (cfr. [Consiglio di Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162](#); [Consiglio di Stato sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785](#)).

Come sarà meglio evidente nelle considerazioni che seguono in proposito, la considerazione complessiva ed unitaria di tutti i capi di doglianza dedotti, comunque non consente di ritenere sussistenti elementi realmente sintomatici di sostanziali incongruità e di palesi contraddizioni dell'offerta tali in grado di fondare logicamente il ragionevole dubbio su una possibile anomalia dell'offerta della Salvatore Matarrese S.p.A..

Nel particolare caso in esame, sulle singole contestazioni si osserva in particolare quanto segue. Pur in mancanza di analisi particolari dei prezzi dei "semilavorati" (calcestruzzi e conglomerati bituminosi) l'ATI Matarrese aveva comunque fornito l'offerta commerciale della ditta Leadri S.R.L., che comunque supportava sul piano sostanziale il prezzo offerto e come previsto dalla lettera di invito.

Le sottostime delle analisi dei "mezzi d'opera" pretese dall'appellante incidentale relative ai consumi carburante ed i costi di funzionamento, appaiono deduzioni del tutto generiche.

A tal proposito, appare singolare che l'appellante incidentale non abbia puntualmente replicato alle affermazioni dell'ATI Matarrese per il quale i prezzi indicati nella offerta del predetto raggruppamento, per le medesime voci, erano superiori (in qualche caso anche di molto) di quelli indicati dall'ATI UNILAND (cfr. prospetto a pag. 20 della memoria Matarrese del 17.1.2014).

Il C.C.C. assume poi che le offerte allegate dei fornitori del RTI Matarrese non sarebbero state fisse ed invariabili: il prezzo della "loppa di altoforno" della SIM di Taranto, sarebbe soggetto a revisione annuale per cui, essendo stato acquisito ben un anno prima della data di presentazione delle offerte, non sarebbe stato più valido al momento della verifica dell'anomalia.

Al contrario l'offerta per la loppa d'altoforno prevedeva che il prezzo di €/ton 25,00 avesse una validità annuale dal 01/01/2011 al 31/12/2011 per cui il suddetto prezzo era valido alla data di

presentazione dell'offerta 26/09/2011. Inoltre non solo è tutto da dimostrare che il suo aumento fosse sufficiente ad alterare l'equilibrio economico dell'offerta ma, in un periodo di deflazione e di stasi dell'economia, tale circostanza è comunque del tutto eventuale.

Inconsistente appare anche l'affermata incongruità delle "spese generali" indicate, nel 5% pari ad € 5.774.954,29, perché queste erano state indicate in misura comunque superiore di ben € 1.018.554,29 a quelle dell'offerta indicate in importo di € 4.756.400,00 nell'ATI Uniland. Tale importo era stato oggetto di specifica e condivisibile motivazione nella "Relazione sulle giustificazioni delle voci delle spese generali di cui alla Tabella B".

Né appare convincente il rilievo per cui sarebbero state prospettate "metodologie tecnologiche diverse" da quelle indicate da A.N.A.S. S.p.A., senza tuttavia fornire alcuna giustificazione in proposito e senza allegare la prescritta relazione: a tal proposito appaiono del tutto convincente le controdeduzioni dell'ATI Matarrese per cui, nei casi indicati, non vi era alcuna necessità di particolari analisi o di specifica relazione tecnica:

-- ad es. per la voce PA. 07 posa (autogrù e manodopera) di cunetta in cls prefabbricata); era già implicita nella voce la descrizione della metodologia da adottare.

-- per la trivellazione di pozzi artesiani (la PA. 43) sussisteva la descrizione dell'attività e, comunque si tratta di una lavorazione abbastanza comune e priva di particolari peculiarità e difficoltà tecniche. Né appare rilevanti l'asserita irregolarità di alcune delle schede di analisi compilate dai subappaltatori del RTI Matarrese che:

--non sarebbero risultate invece redatte, firmate e timbrate dal concorrente come prescritto dalla lettera di invito al punto G. 1;

--sarebbero incomplete dato che i giustificativi e le analisi riporterebbero solo il prezzo finale.

La censura, in assenza dell'indicazione delle schede cui si riferisco, appare del tutto generica e che, non essendo stata meglio circostanziata e specificata, va dichiarata inammissibile.

Irrilevante appare poi la pretesa mancata prova, in sede di verifica dell'anomalia, dell'effettiva esistenza e consistenza delle giacenze di materiali inerti e della capacità estrattiva annua nonché della capacità produttiva degli impianti, di recupero si osserva comunque che all'offerta Matarrese erano stati allegati, per le cave, le dichiarazioni degli esercenti e le relative autorizzazioni regionali; a dimostrazione della disponibilità delle cave e della loro capacità estrattiva mentre per gli impianti di recupero, erano state allegate le autorizzazioni provinciali riportanti la capacità operativa di recupero.

L'appellante incidentale assume la violazione della nota Anas prot. CDG-0014829-P del 1.2.2012 con cui era stato richiesto ai concorrenti di fornire una relazione giustificativa riportante con la disaggregazione degli importi offerti suddivisi per macrovoci come materiali, nolo e mezzi d'opera, trasporti, manodopera. Il RTI Matarrese avrebbe fornito una relazione recante indicazione di tutti gli importi subappaltati per un ammontare di € 26.000.000,00, mentre la tabella degli importi offerti disaggregati secondo le medesime macrovoci assommerebbero al diverso importo di € 29.400.000,00.

La supposta violazione non appare sussistente.

Al riguardo è evidente che la differenza tra le somme relative alle analisi delle voci di costo disaggregate è dovuta ad un errore di sommatoria che resta irrilevante perché, sotto il profilo sostanziale, non incide sull'importo complessivo offerto. Infatti il costo totale dei lavori a corpo e misura, comprensivo anche dei subappalti, riportato a pag. 15 della Relazione (pari a € 112.668.562,68) in ogni caso coincide con quello indicato nella tabella riportante gli importi scomposti.

Inammissibile, per la genericità della sua deduzione, e in assenza delle necessarie specificazioni in punto di fatto appare la doglianza per cui "alcuni dei preventivi presentati nell'ambito della documentazione giustificativa" risulterebbero privi di sottoscrizione e, dunque, non vincolanti.

Infine, si osserva, con riferimento alle offerte dei subappaltatori che gli importi in esse contenuti rappresentano dei "prezzi" e non dei "costi" e, in quanto tali, sono già comprensivi delle spese

generali e dell'utile del subappaltatore. Inoltre il Collegio non ha elementi per affermare che questi risulterebbero sottostimati e coinciderebbero con gli stessi costi espressi dal RT1 Matarrese.

_2.7.) In definitiva il ricorso incidentale è infondato in tutti i suoi motivi e deve essere respinto.

_3.) Deve perciò essere ora esaminato l'appello principale dell'ATI Matarrese S.p.A. che è diretto all'annullamento della sentenza del Tar Lecce nella parte in cui ha respinto tutte le censure dirette alla declaratoria dell'illegittimità dell'ammissione delle imprese che la precedevano in graduatoria.

_3.1.) Avverso il RTI Fincosit-Socostramo, classificatosi al 2° posto la Matarrese deduce diversi articolati motivi che possono così essere esaminati.

_3.1.1.) Con un primo motivo si premette che l'ATI Fincosit-Socostramo ha partecipato alla gara dichiarando di avvalersi di un costituendo raggruppamento di professionisti per l'attività di progettazione e cioè il raggruppamento costituito dalla capogruppo Technital e dalla mandante PF ingegneria. Ciò premesso si denuncia che, in violazione dell'[art. 37 del d.lgs. n. 163/2006](#) e s.m.i., in sede di offerta la mandante Pf ingegneria avrebbe dichiarato -- con riferimento al punto III. 2.2. della lettera di invito -- di partecipare al raggruppamento della misura del 10% per la progettazione pari ad un importo di € 1.024.472,31, ma non avrebbe dimostrato di avere il corrispondente requisito, in quanto il suo fatturato globale dei migliori 5 anni nel decennio antecedente, sarebbe stato pari a € 888.996,00, e quindi inferiore alla dichiarata cifra di partecipazione.

Il T.A.R. Lecce erroneamente avrebbe ritenuto che la mandataria Technital, da sola, sarebbe stata in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e che quindi ai sensi dell'articolo 95, 4° comma del [d.p.r. n. 554/1999](#) (cosiddetta cooptazione) avrebbe potuto associare la mandante Pf ingegneria di cui sarebbe incontestato il possesso dei requisiti di capacità economica per la progettazione stradale. Contraddittoriamente il T.A.R. -- pur riconoscendo il principio della necessaria corrispondenza, rispettivamente, tra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione -- avrebbe autonomamente qualificato la posizione della PF Ingegneria come "impresa cooptata" e non come "mandante" senza che vi fosse stata alcuna dichiarazione in tal senso né in sede di prequalifica, né in sede di gara e neppure negli scritti difensivi di primo grado del raggruppamento.

L'offerta doveva rispettare il principio di corrispondenza tra qualificazione e quota di esecuzione del contratto per cui i requisiti di capacità economiche e finanziarie avrebbe dovuto essere dimostrato in misura corrispondente al 10% del totale come dichiarato. Al riguardo, mentre in sede di prequalifica il raggruppamento si era presentato come raggruppamento orizzontale con una ripartizione meramente percentuale di lavori, in sede di gara la tipologia era mutata in ATI verticale mista, con le stesse quote di partecipazione del 90% e del 10%. del totale per la progettazione generale di ciascuna associata. Ciò posto:

- la quota del 10% della P.F. Ingegneria non sarebbe stata affatto relativa solo alla progettazione stradale in quanto tale circostanza sarebbe stata introdotta in primo grado come affermazione difensiva al solo fine di cercare di ridurre la quota di qualificazione necessaria dal raggruppamento Technital;

- comunque anche se la dichiarazione del 10% delle progettazioni fosse stata riferita alle sole progettazioni stradali, e non al totale delle progettazioni, le altre tipologie di prestazioni (es. project management, integrazioni prestazioni specialistiche, controllo di qualità, progettazione strutturale, eccetera) non essendo più coperte dall'esecuzione della mandataria PF Ingegneria del 10% del totale, avrebbero dovuto essere integrate da una maggiore quota della Technical, la quale però aveva dichiarato di voler eseguire solo il 90% del totale delle progettazioni.

Il T.A.R., ritenendo di poter richiamare l'istituto della cooptazione, non aveva considerato che l'impresa Matarrese aveva, in sostanza, contestato la mancanza dei requisiti di capacità tecnica che il raggruppamento Technital Spa - Pf Ingegneria non si era neanche preoccupata di dimostrare.

L'assunto merita adesione nei sensi che seguono.

Contrariamente a quanto vorrebbe il RTI C.C.C., la censura non è inammissibile in quanto motivo nuovo, poiché era stata puntualmente introdotta in primo grado (a pag. 27 del ricorso introduttivo).

In proposito si osserva che l'indicazione di un'impresa partecipante ad un RTI non può -- in sede interpretativa -- essere successivamente qualificata in termini di "associazione per cooptazione" in quanto la formulazione dell'offerta negoziale di un'ATI ha ragioni organizzative ed economiche che attengono a scelte di natura esclusivamente imprenditoriale (arg. ex Consiglio di Stato sez. VI 14/11/2012 n. 5749).

Con la cooptazione di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 554/1999 (ma in origine ex art. 23 d.lg. n. 406/1991 di attuazione della direttiva 89/440/CEE ed oggi dell'art. 93 VI co del D.P.R. n. 207/2010) un'impresa -- priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione -- può in via eccezionale e derogatoria -- essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione S.O.A. sempreché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori. Il soggetto cooptato non acquista lo *status* di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non è contraente e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori. Pertanto, la scelta di associare una cooptata non può prescindere da una chiara, espressa ed inequivoca dichiarazione in tal senso del concorrente, in assenza della quale l'indicazione di un'altra impresa deve essere sempre ricondotta alla figura di carattere generale dell'associazione temporanea (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI 13/01/2012 n. 115).

Va infine sottolineato che i soggetti titolari delle attività di progettazione, in quanto mandanti dell'ATI, sono "concorrenti" in senso tecnico e quindi erano pienamente soggetti alle relative regole. Né la cooptazione può essere un mezzo per l'elusione dell'inderogabile disciplina in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato sez. V 27/08/2013 n. 4270 Consiglio di Stato sez. V 13/05/2011 n. 2900; Consiglio di Stato sez. V 16/09/2011 n. 5187).

Ciò premesso, e venendo all'esame della fattispecie, anche se la mandataria Technital da sola era in possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica, ciò non toglie che una volta che l'ATI Grandi Lavori Fincosit - Socostramo aveva designato, per la progettazione un RTI composto per il 90% dalla Technital S.p.A. e per il 10 % dalla PF Ingegneria, innanzitutto non si poteva qualificare in maniera differente tale partecipazione.

In ogni caso non si poteva poi far luogo *ex post* ad un mutamento del titolo di partecipazione dell'impresa *de qua*. Per cui se per il suo 90%, la Technital S.p.A. aveva dichiarato di avere conseguito un fatturato "superiore a quattro volte l'ammontare degli oneri di progettazione per € 237.368.584,00"; la PF Ingegneria non risulta avesse realizzato il fatturato in misura pari al restante 10%, e corrispondente all'importo di € 1.024.472,31, in quanto il suo fatturato globale dei migliori 5 anni nel decennio antecedente, pari ad € 888.996,00. Risulta così evidente che la quota di esecuzione della PF Ingegneria del 10 % del totale indicata in sede di prequalifica non era coperta da sufficienti requisiti di qualificazione, e che la successiva modifica delle quote di partecipazione innanzitutto non poteva sortire alcuna influenza su quanto dichiarato in prequalifica e, qualsiasi conclusione contraria nel senso di una differente ripartizione qualitativa delle lavorazioni non poteva essere ammessa in quanto palesemente diretta a sopperire una carenza di requisiti che dovevano essere posseduti *ab origine* (cfr. Consiglio di Stato sez. III 5/03/2013 n. 1328).

3.1.2.) Nel secondo motivo l'appellante principale contesta l'ammissione del RTI FINCOSIT-Socostramo il quale avrebbe altresì violato le regole sul **subappalto**.

Il RTI FINCOSIT in sede di offerta, avrebbe dichiarato il possesso della qualificazione SOA per la sola categoria prevalente OG3 e per la categoria OS 21, e quindi sarebbe stato carente della qualificazione SOA per le categorie a qualificazione obbligatoria OS 12- OG13-OG11 OS10 e OS 11. Il T.A.R. Lecce, richiamando una decisione della V Sezione n. 3563 del 19 giugno 2012 -- peraltro non conferente nel caso di specie -- avrebbe ritenuto legittimo che l'indicazione dei subappaltatori debba avvenire solo in fase esecutiva al momento della costituzione del relativo rapporto contrattuale.

Al contrario - prosegue l'appellante - una corretta interpretazione dell'articolo 118 del Codice dei Contratti implica che, ove il concorrente difetti dei requisiti richiesti per la partecipazione, possa

coprire requisiti di cui è carente, fornendo nell'offerta l'indicazione nominativa del subappaltatore e delle relative qualificazioni onde consentire il possesso integrale del requisito. Del resto la stessa V sezione del Consiglio di Stato, con la successiva n. 5900 del 21 novembre 2012, aveva specificato che la mera indicazione della volontà di concludere **subappalto** concerne solo le ipotesi in cui il concorrente sia qualificato e quindi di **subappalto** sia una facoltà e non una condizione necessitata. L'assunto merita complessivamente adesione.

Alla luce del principio ricavabile dall'art. 37 del codice degli appalti pubblici, nonché dall'[art. 74, del d.P.R. n. 554/1999](#) 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 come "categorie a qualificazione obbligatoria subappaltabili" (vedi oggi conforme l'[art. 109 secondo comma del d.p.r. n. 207/2010](#)), i concorrenti ad una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, a prescindere dalla forma che rivestano (impresa singola, R.T.I. orizzontale o R.T.I. verticale) possono dimostrare in sede di offerta il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara per le categorie di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria" con le seguenti modalità:

- o associando imprese specificamente qualificate in tal senso;
- o con l'avvalimento *ex art. 49 d.lgs. n. 163 cit.*;
- ovvero accompagnando la dichiarazione di voler ricorrere al **subappalto** con l'indicazione specifica delle imprese e della loro qualificazione.

A tal proposito, proprio in quanto si tratta di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria", non può farsi riferimento alla possibilità della mandataria di fare riferimento -- per i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti - alla cifra posseduta nella categoria prevalente di cui all'art. [art. 95, d.P.R. n. 554/1999](#) (ed oggi dell'art. 92 del D.P.R. n. 207 cit.).

Né per le categorie di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria" può essere invocato l'art. 118 comma 2, d.lgs. n. 163 cit., laddove dispone che l'affidamento in **subappalto** è sottoposto alla condizione "che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo".

La dichiarazione generica dianzi ricordata e relativa all'eventuale ricorso al **subappalto** e che deve essere resa in sede di offerta presuppone infatti che il concorrente abbia comunque compiutamente dimostrato i propri requisiti e dunque superato la fase della qualificazione. Il suo ambito concerne quindi le sole ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, e quindi che il ricorso al **subappalto** rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessaria per partecipare alla gara.

Al contrario, nell'ipotesi in cui il ricorso al **subappalto** si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione in sede di offerta deve contenere anche la precisa indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione ([Consiglio di Stato sez. III 05 dicembre 2013 n. 5781](#)).

È l'offerente perciò che -- in mancanza di alcuno dei requisiti di qualificazione per partecipare ad una gara di appalto -- nel dichiarare di volersi avvalere del **subappalto** deve completare la sua dichiarazione con il nominativo ed i necessari requisiti di qualificazione del subappaltatore in quanto la stazione appaltante, in sede di ammissione, deve essere posta in condizione di valutare fin dall'inizio l'idoneità dell'offerente all'aggiudicazione del contratto e al rispetto del limite generale fissato dall'[art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006](#) (cfr. [Consiglio di Stato, Sez. IV 13/03/2014 n. 1224](#)). In definitiva dunque, un RTI può far riferimento alla categoria prevalente per la qualificazione delle "lavorazioni scorporabili" non assunte dalle mandanti, mentre nel caso di "**subappalto** necessario" concernente "categorie di opere specializzate ...a qualificazione obbligatoria" il mancato autonomo possesso, da parte della mandataria e delle mandanti, dei necessari requisiti di qualificazione, comporta necessariamente che la dichiarazione da presentare in sede di offerta debba obbligatoriamente essere accompagnata dall'indicazione del nominativo del subappaltatore e dalla

dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione (cfr. [Consiglio di Stato sez. III 04 settembre 2013 n. 4431](#); [Consiglio di Stato sez. V 21 novembre 2012 n. 5900](#); [Consiglio di Stato sez. V 19 giugno 2012 n. 3563](#); [Consiglio di Stato sez. VI 02 maggio 2012 n. 2508](#)).

Se così non fosse infatti la stessa obbligatorietà della qualificazione verrebbe del tutto vanificata in via di fatto.

Per questo non può condividersi l'avviso dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (cfr. vedi Det. n. 4 del 10 ottobre 2012; n. 165 del 10 ottobre 2012; n. 187 del 7 novembre 2012 e n. 70 del 9 maggio 2013) secondo cui l'affidatario che sia in possesso della qualificazione per la categoria prevalente potrebbe subappaltare senza alcun limite le lavorazioni e le opere specializzate soggette a qualificazione obbligatoria perché mancherebbe un'espressa causa di esclusione ai sensi all'[art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006](#).

Al contrario la possibilità che, in caso di ricorso al c.d. "**subappalto** necessario", il concorrente possa acquisirli a gara conclusa in sede di esecuzione, costituisce una precisa violazione delle norme sulla qualificazione che sono previste a pena di esclusione e della parità di trattamento in danno dei concorrenti più diligenti. In base ai canoni dell'imparzialità e della *par condicio* non si può infatti consentire che vengano ammesse alla gara offerte provenienti da soggetti sprovvisti dei requisiti che, in ragione della loro peculiare rilevanza sul piano economico e tecnico, la legge prevede debbano essere "a qualificazione obbligatoria" (cfr. [Consiglio di Stato sez. VI 2/05/2012 n. 2508](#); [Consiglio di Stato sez. V 26/03/2012 n. 1726](#); [Consiglio di Stato Sez. III 05/12/2013 n. 5781](#)).

Né appare rilevante il rilievo secondo cui, la richiesta in fase di offerta dei nominativi e delle qualificazioni dell'impresa subappaltatrice consentirebbe l'aggiramento delle norme in materia di avvalimento ex art. 49 del codice dei contratti.

Al contrario, come visto, si tratta di due differenti modalità di partecipazione che, se pure ontologicamente e proceduralmente assimilabili, possono essere facoltativamente ed indifferentemente scelti dall'offerente senza alcun documento per la stazione appaltante. Ciò non toglie tuttavia che una volta effettuata la scelta tra avvalimento o **subappalto** debbano essere rispettate le regole formali e sostanziali tipiche di ciascun istituto.

In definitiva, nel caso di specie la dichiarazione dell'ATI Fincosit in sede di offerta di voler ricorrere al **subappalto**, non era a questi fini sufficiente in assenza dell'indicazione delle imprese subappaltatrici e del relativo possesso dei prescritti requisiti di qualificazione per le numerose categorie di opere "a qualificazione obbligatoria".

Il motivo è dunque fondato.

_3.1.3. In conclusione l'ATI Grandi Lavori Fincosit - Socostramo anche soltanto per il motivo da ultimo esaminato avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla Gara.

_3.2.) Con una seconda rubrica l'appellante ripropone le censure di primo grado dirette avverso l'ammissione della prima classificata "A.T.I. Uniland Scarl Consorzio Stabile - Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa (Già Consorzio Ravennate) - Aleandri S.P.A - Igeco Costruzioni S.p.A" e che non sono state esaminate dal Tar in conseguenza della ritenuta legittimità della partecipazione dell'ATI Fincosit.

_3.2.1.) In primo luogo, per il medesimo identico ordine di considerazioni di cui al punto _2.1.2.) che precede, deve essere accolto il sesto motivo con cui si lamenta che, anche l'ATI Uniland, avrebbe violato la disciplina del **subappalto** necessario.

Illegittimamente l'ATI Uniland si sarebbe infatti limitata solamente a dichiarare la volontà di subappaltare senza fornire anch'essa alcuna indicazioni sul nominativo e sui requisiti di qualificazione dell'impresa subappaltatrice in violazione del combinato disposto di cui all'[art. 37 e 118 del d.lgs. n. 163/06](#), nonché degli artt. [92 e 109 del D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010](#) e ciò in quanto carente della qualificazione SOA per la categoria OS 12 classifica VIII "a qualificazione obbligatoria" richiesta per € 33.749.612,45.

_3.2.2) Per ragioni di economia processuale devono poi essere esaminati congiuntamente il primo, il quarto ed il quinto motivo dell'appello dell'ATI Matarrese tutti diretti avverso l'Uniland.

_ 3.2.2.1. Con il primo motivo si assume che illegittimamente l'amministrazione avrebbe "preso atto" della modifica del RTI e disposto la stipula di un nuovo contratto, in luogo di annullare l'aggiudicazione e dichiarare la nullità del contratto già stipulato, in violazione dell'articolo 37, commi 9° e 10°, del [d.lgs. n. 163/2006](#), a seguito del recesso della società Uniland, mandataria del raggruppamento aggiudicatario.

_ 3.2.2.2. Con il quarto motivo si lamenta poi che l'originaria capogruppo Uniland avrebbe dovuto essere esclusa perché, partecipando come mandataria di una associazione temporanea d'impresе tipo orizzontale aveva in dichiarato di partecipare per la quota del 36,5% e ciò in violazione delle norme del bando di gara secondo le quali, in conformità a quanto disposto dall'[articolo 95](#) del regolamento di cui al [d.p.r. 554/1999](#), in caso di consorzi tipo orizzontale la mandataria avrebbe dovuto coprire non solo i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi nella misura minima del 40%, ma anche nella stessa percentuale la quota di partecipazione al raggruppamento.

_ 3.2.2.3. Nel quinto motivo si deduce che il Consorzio Stabile Uniland aveva partecipato alla gara indicando quale impresa designata per l'esecuzione la consorziata In. An.. Tale impresa, per la quale, per il periodo che va dal 16 maggio 2011 data di scadenza in cui doveva essere fatto un versamento di € 191.364,38 di contributi Inps, alla data del 19 maggio 2011 di accoglimento della domanda di rateizzazione, non avrebbe avuto per quel periodo il requisito della regolarità fiscale. Pertanto l'uscita dalla compagine della mandante Uniland sarebbe stata finalizzata dall'intento elusivo di occultare il difetto del requisito di regolarità contributiva come accertato *inter partes* in altra causa (cfr. Consiglio di Stato III§ Sez. ordinanza n. 1342 del 13 aprile 2013). Inoltre, l'Anas avrebbe formulato la richiesta di verifica di regolarità contributiva solo con riferimento alla data dell'aggiudicazione e non all'intero arco temporale della gara ed in tal modo l'irregolarità non sarebbe emersa (quinto motivo).

_ 3.2.2.4. I predetti motivi devono essere accolti nei sensi che seguono.

Quanto al primo motivo, il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei tra la fase procedurale della presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è inequivocabilmente imposto dall'[art. 37, co. 9, del D.Lgs n. 163/2006](#). Anche le eccezioni alla detta regola di cui ai commi 18 e 19, concernenti il fallimento del mandante del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia riguardano tutti motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e sono giustificate dall'interesse della stazione appaltante alla continuazione del procedimento.

È quindi assolutamente inconferente il richiamo fatto al riguardo dalla difesa del C.C.C. alla decisione n. 8 del 4.5.2012 dell'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, con cui al contrario tra l'altro è stato affermato:

-- che un consorzio non possa "sostituire il soggetto indicato come esecutore dell'appalto" in quanto, il codice appalti ha indicato i "casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva dell'a.t.i. già aggiudicataria, sempre in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario (art. 37, comma 18 e 19)";

-- che il "...principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere ([Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903](#); [Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081](#))";

-- che possono essere fatte salve le "modifiche soggettive che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, non si verifica una violazione della *par condicio* dei concorrenti .. "perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti.

In ogni caso non vi sono dubbi che il divieto imposto dall'[art. 37, co. 9, d.lgs. n. 163 del 2006](#), riguarda "qualsiasi modificazione", per cui se la mandataria del raggruppamento dichiara all'amministrazione aggiudicatrice di voler "rinunciare" - anche solo in proprio - agli effetti dell'aggiudicazione o del contratto, ovvero di non avere più intenzione di eseguire le prestazioni cui era obbligata ai sensi dell'offerta, si realizza un'inammissibile differente composizione del raggruppamento rispetto a come si era presentato quale concorrente in sede di gara.

In conseguenza la stazione appaltante, in tali casi, deve procedersi ai sensi dell'art. 37, comma 10, all'annullamento dell'aggiudicazione o alla declaratoria di nullità del contratto, fermo ogni ulteriore profilo di (eventuale) responsabilità dell'impresa nei confronti dell'amministrazione appaltante. Quanto alla quarta doglianza esattamente la Matarrese lamenta che la partecipazione dell'Uniland al RTI orizzontale per la quota del 36,5% e non del prescritto 40 % dell'importo complessivo dei lavori costituiva una diretta violazione della norma del bando di gara e dell'obbligo di cui all'[articolo 95](#) del regolamento di cui al [d.p.r. 554/1999](#).

Contrariamente a quanto vorrebbero le resistenti, l'[articolo 95](#) del regolamento di cui al [d.p.r. 554/1999](#) (e il corrispondente successivo [art. 92 secondo comma del d.p.r. n. 207/2010](#)) laddove impone alla mandataria di assumere la misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori mentre la restante percentuale deve essere assunta nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori, pone anche indirettamente il limite massimo di 7 imprese per la costituzione di un raggruppamento. In questo senso la norma è palesemente diretta ad evitare che la compresenza di una miriade indeterminata di piccoli soggetti che in sede di esecuzione finirebbe per compromettere il buon esito dei lavori e, sotto questo profilo non appare né illogica né illegittima. Quanto alla quinta rubrica si deve osservare che, in ogni caso, qualsiasi modifica della compagine soggettiva non può esser diretta ad eludere la legge di gara ed ad evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (cfr. [Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842](#)). Nel caso di specie, l'uscita dal raggruppamento della mandante Uniland appare invece finalizzata dall'intento di eludere la perdita del requisito di regolarità contributiva come del resto rilevato dall'ordinanza *inter partes* n. 1342 del 13 aprile 2013 della III[§] sezione del Consiglio di Stato pronunciata in altra causa. Anche la sostituzione della consorziata In. An. poteva essere in realtà stata originata dal fatto che la stessa, che per un certo periodo avrebbe perso il requisito della regolarità fiscale. Sono al riguardo del tutto inconferenti le considerazioni generali -- in astratto condivisibili ma in concreto irrilevanti - sulla natura dei consorzi essendo pacifico che la regolarità contributiva deve essere posseduta durante tutto l'arco temporale del procedimento di gara.

In definitiva, essendo al di fuori delle ipotesi normativamente previste, non era ammissibile alcuna "presa d'atto del recesso" della Uniland, mandataria del raggruppamento aggiudicatario ed illegittimamente l'ANAS avrebbe "preso atto" della modifica della composizione del raggruppamento affidatario.

_ 3.2.3.) Parimenti meritevoli di unitaria favorevole considerazione sono i motivi di cui alla seconda doglianza con cui si lamenta che illegittimamente il C.C.C. -- in precedenza mandante poi subentrato alla Uniland come mandatario -- aveva comunicato la sostituzione della consorziata designata MUCAFER -- l'unica che aveva comprovati requisiti di carattere generale -- con altre 3 cooperative sociali e altresì ha designato per la progettazione l'impresa Grandi Progetti Infrastrutture in violazione dell'articolo 37, comma 7 del d.lgs. n. 163 il quale prescrive che in sede di offerta i consorzi di cui all'articolo 34, comma primo lettera b) sono tenuti a indicare le imprese e consorziare per le quali il consorzio concorre.

Si deve annotare al riguardo che il Codice dei contratti impone l'obbligo di ".. indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre" (art. 36 V co) sia per i consorzi stabili, sia per quelli fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della [legge 25 giugno 1909, n. 422](#) (art. 37, VII co.).

L'attenzione del legislatore a tal proposito rende evidente come, in assenza di una differente e specifica indicazione, in sede esecutiva il Consorzio aggiudicatario debba avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara.

Una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio non può individuare *ad libitum* un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa -- fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal Codice -- ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio. Sono al riguardo del tutto inconferenti le considerazioni generali -- in astratto condivisibili ma in concreto irrilevanti - sulla natura dei consorzi.

Nel caso di specie inoltre il C.C.C. non smentisce nemmeno la circostanza, riferita nella memoria di replica di Matarrese del 10 marzo 2014 pag. 34 per cui la reale ragione della sostituzione della Mucafer sarebbe stato un debito di oltre 4 milioni di euro nei riguardi dell'Erario e che quindi la sua sostituzione avrebbe avuto la finalità di eludere una causa di esclusione.

_3.2.4.) Deve invece essere disatteso il terzo capo di doglianza, con cui si assume che, a seguito del subentro del CC.C. la mandante ALEANDRI avrebbe poi assunto una quota di partecipazione, pari al 25,70%, che non sarebbe coperta da requisiti posseduti ed in particolare relativamente alla cifra d'affari non inferiore a 3 volte l'importo a base di gara (di cui al III. 2.2, lettera a) del bando) e quindi pari a € 154.741.385,00.

Al contrario l'impresa ALEANDRI aveva un fatturato dichiarato di € 154.703.767,00 e quindi possedeva esattamente il 25,70% di € 602.106.559,00 cioè della cifra d'affari non inferiore a 3 volte dell'importo a base di gara.

_3.2.7.) Infine infondata è anche la censura secondo cui la polizza presentata dal consorzio Uniland non avrebbe rispettato l'articolo 75 del codice dei contratti in quanto non risulterebbe l'attestazione del pagamento del premio e quindi l'attivazione della garanzia.

Nel caso di polizza stipulata a titolo di cauzione ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, il garante, istituto di credito o di assicurazione, ai sensi dell'[art. 1936 c.c.](#) assume l'obbligo direttamente nei confronti del beneficiario (Stazione appaltante) e il contratto si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo.

In conseguenza, la mancanza di attestazione circa l'avvenuto pagamento del prezzo, afferendo ai rapporti tra garante e partecipante alla gara è prestata per cui si presta la cauzione, è del tutto irrilevante ai fini della validità e dell'opponibilità della polizza presentata in allegato ad un'offerta.

_3.2.8) Matarrese con ulteriore motivo sostiene che il consorzio Uniland avrebbe perso il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione ben prima che fosse completato l'*iter* della verifica dei requisiti e quindi prima della sottoscrizione del contratto di appalto del 7 agosto 2012 e ciò in quanto l'An. In. S.r.l. consorziata del consorzio Uniland, aveva ceduto in affitto un ramo d'azienda con l'esclusione di tutte le partecipazioni detenute da In. in Società e/o consorzi "...*fatta eccezione per la partecipazione all'ATI titolare di uno dei contratti di appalto oggetto del presente contratto...*" tra i quali non comparirebbe l'appalto della statale 275 in questione.

Tuttavia per effetto dell'affitto del ramo d'azienda la società In. An. Srl avrebbe perso i requisiti afferenti al ramo d'azienda ceduto come peraltro confermato dall'Autorità di Vigilanza Contratti Pubblici- AVCP. Di conseguenza, dalla data del 6 luglio 2012 anche il consorzio Uniland a cui In. An. srl partecipava con una quota del 60%, con i medesimi requisiti aveva perso la capacità tecnica ed economica per poter risultare aggiudicatario della gara.

L'assunto non merita adesione in punto di fatto.

La cessione di ramo d'azienda si distingue dal trasferimento di singoli cespiti aziendali poiché nella prima viene ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presenta quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi.

Le imprese cedenti a qualunque titolo, dalla data di stipula dell'atto con l'impresa cessionaria, non possono partecipare agli appalti di lavori pubblici per le categorie cedute. Con la cessione di un ramo di azienda si determina di norma il subingresso del cessionario nel complesso dei rapporti

attivi e passivi del cedente, compresi anche il possesso di titoli, referenze o requisiti specifici maturati nello svolgimento dell'attività ed anche dei contratti connessi con il ramo ceduto. Nel caso in esame invece, dalla cessione dei requisiti era stata esclusa la categoria OG3- Classifica VIII (che il consorzio Uniland aveva dichiarato avrebbe eseguito direttamente), per cui a tal proposito non si era verificata alcuna scissione tra qualificazione SOA del Consorzio e requisiti sostanziali dell'impresa conferente, e quindi restava salva la partecipazione al contratto in questione. Il motivo va dunque respinto.

_3.2.9.) Rimangono tuttavia salve le doglianze proposte dalla Matarrese precedentemente esaminate e ritenute fondate, in virtù delle quali, in conclusione, per le ragioni di cui sopra, anche il primo classificato R.T.I. "A.T.I. Uniland Scarl Consorzio Stabile - Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa (Già Consorzio Ravennate) - Aleandri S.P.A - Igeco Costruzioni S.p.A" avrebbe dovuto comunque essere escluso.

_3.3.) Con la 3ª rubrica si contesta infine la posizione della terza classificata RTI Salini-IRCOP.

_3.3.1.) In primo luogo, con riferimento alle considerazioni a tal proposito che precedono, deve essere accolto il secondo capo di doglianza con cui si lamenta che anche l'ATI Salini, al pari delle altre, l'ATI appellante, aveva violato la disciplina del **subappalto** necessario.

Pur essendo carente della qualificazione SOA per le categorie OS 12-OG 13-OG 11- OS 10 e OS11, non aveva specificato i nomi e la qualificazione delle imprese subappaltatrici delle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria ai sensi dell'art. 37 del codice degli appalti pubblici, nonché degli artt. [92](#) e [109 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207](#).

In sede di ammissione alla gara dell'ATI Salini, la carenza della qualificazione relativa alle categorie scorporabili "a qualificazione obbligatoria" delle parti che si sarebbero subappaltate avrebbe imposto la sua esclusione dalla gara.

_3.3.2.) Con un secondo motivo si lamenta che l'ATI Salini meritava l'esclusione anche per inidoneità tecnica dell'offerta perché avrebbe presentato la propria offerta senza tenere in nessun conto l'*addendum* con le modifiche progettuali, di cui alla lettera di invito del 27.6.2011 seguito ad un accordo con l'Anas, la regione Puglia, e la provincia di Lecce.

Nello strutturare l'offerta seguendo le soluzioni progettuali espressamente stralciate dall'ANAS il Raggruppamento Salini avrebbe offerto un "*aliud pro alio*". Inespugnabilmente l'ATI Salini avrebbe avuto il massimo (15 punti) relativamente al criterio concernente la "verifica del recepimento le caratteristiche ambientali, con particolare riferimento alle prescrizioni espresse dai soggetti interessati". Tale elemento sarebbe stato decisivo in quanto la differenza fra l'offerta della Matarrese e quella della Salini era di soli 4,5 punti.

L'assunto merita comunque adesione.

Al riguardo ha dunque ragione l'appellante quando afferma che del tutto singolarmente l'ANAS non aveva tenuto conto del fatto l'offerta della Salini aveva ignorato la sostituzione di un viadotto -- originariamente previsto per circa 500 m comprensivo di galleria di pari lunghezza -- con un tracciato in rilievo e con la riduzione del tratto terminale della strada SS 275 da 4 a 2 corsie.

Non poteva essere ammissibile una proposta non aggiornata alle modifiche progettuali richieste della stazione appaltante.

Né la stessa poteva essere assimilata ad una variante progettuale (peraltro consentita) in quanto era incompatibile con l'*addendum* successivamente adottato.

Sotto il profilo funzionale appare poi del tutto singolare che, invece di penalizzarla nel punteggio per effetto del vizio sostanziale di un'offerta non appropriata, l'ANAS aveva attribuito al R.T.I. Salini Grandi Lavori S.p.a. il massimo punteggio previsto per la componente tecnica.

_3.3.3.) Deve invece farsi riferimento alle considerazioni di cui al punto 2.1.2.) per disattendere della censura relativa alla violazione dell'articolo 75 del d.lgs. n. 163/2006 per la mancanza dell'attestazione del pagamento del premio per la cauzione provvisoria dell'ATI Salini che sarebbe rimasto in bianco, inconferente appare poi anche il fatto che la sigla non consentirebbe di risalire al sottoscrittore.

_3.3.4.) In conclusione anche il terzo classificato R.T.I. Salini Grandi Lavori S.p.a. avrebbe dovuto comunque essere esclusa.

_4.) Infine deve essere dichiarato inammissibile il ricorso *ad resistendum* dell'AGI (e non *ad adiuvandum* come erroneamente intestato) diretto ed a sostegno dell'ATI "Grandi Lavori-Fincosit S.P.A.".

Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto associativo allegato all'intervento non vi è infatti alcun esplicito riferimento alla possibilità di impugnativa in sede giurisdizionale sia pure a dichiarato sostegno di una partecipante ad una gara. Anche la riferita generica finalità della tutela delle imprese generali di costruzione di cui al n. 4 del detto art. 3 resta circoscritta alla "elaborazione di normative e provvedimenti di interesse della categoria". Peraltro, anche a voler ritenere il contrario, le tesi dell'Associazione sono state in radice sostanzialmente smentite e disattese dal Collegio nelle precedenti considerazioni che precedono

_5. In conclusione l'appello principale del R.T.I. Salvatore Matarrese S.p.A., deve essere accolto. Il ricorso incidentale del R.T.I. C.C.C. deve invece essere respinto.

L'intervento dell'A.G.I. Associazione Imprese Generali deve invece essere dichiarato inammissibile, oltre che comunque infondato.

Tuttavia va respinta la richiesta dell'ATI Matarrese di far luogo alla declaratoria della nullità del contratto per il mutamento della compagine associativa ai sensi dell'[articolo 37 comma 10 del d.lgs. n. 163/06](#), in relazione al carattere prevalente della norma di carattere speciale dell'[art. 125](#), III co. del c.p.a..

Ciò nonostante, resta comunque salva la possibilità che l'ANAS nella sua esclusiva e responsabile competenza, in relazione alla macroscopicità delle illegittimità rilevate, faccia luogo all'eventuale autoannullamento in autotutela dell'aggiudicazione ed alla conseguente risoluzione del contratto. Allo stato invece deve essere pronunciata la condanna dell'ANAS al risarcimento del danno per equivalente nella misura del 5% e del danno curriculare e di chance nella misura di 1,5% del prezzo offerto in gara dal RTI Matarrese.

Restano in ogni caso assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Infine le spese, in ragione della natura controversa e della complessità delle questioni possono tuttavia essere integralmente compensate tra le parti.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

_1. accoglie l'appello principale del R.T.I. Salvatore Matarrese Spa, come in epigrafe proposto, e per l'effetto ai sensi dell'[art. 125](#), IV comma del c.p.a. condanna l'ANAS al pagamento in favore della predetta Salvatore Matarrese S.p.A. che viene liquidato, in proporzione alle quote di partecipazione rispettivamente:

a) del risarcimento del danno nella misura del 5% del prezzo offerto in gara dal predetto raggruppamento temporaneo;

b) del danno curriculare e di chance nella misura di 1,5% del prezzo offerto in gara dal predetto R.T.I.;

Il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi dalla data del ricorso di primo grado alla pubblicazione della presente decisione.

Successivamente sono dovuti gli interessi legali sino al soddisfo.

_2. Respinge il ricorso incidentale del R.T.I. con mandatario il C.C.C.;

_3. Dichiarata inammissibile l'intervento *ad resistendum* dell'A.G.I. Associazione Imprese Generali.

_4. Compensa integralmente le spese di giudizio nei confronti di tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente
Diego Sabatino, Consigliere
Raffaele Potenza, Consigliere
Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore
Leonardo Spagnoletti, Consigliere
DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 03 LUG. 2014.

T.A.R. Lecce (Puglia) sez. II 30/06/2014 1646

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a - In genere - Appalti - Gara - Offerta - Subappalto - Dichiarazione incompleta o erronea - Conseguenze.

Nelle gare pubbliche il carattere incompleto o erroneo della dichiarazione di **subappalto** non giustifica ex se l'esclusione del concorrente ma al contrario, in tali ipotesi, gli resta preclusa solo la possibilità di concludere il **subappalto**, e non anche di eseguire in proprio le lavorazioni oggetto del bando.

35
17 REPUBBLICA ITALIANA
35
17 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
35
17 Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
35
17 Lecce - Sezione Seconda
35
17 ha pronunciato la presente
35
17 SENTENZA
35
17 ex art. 60 cod. proc. amm.;;
35
17 sul ricorso numero di registro generale 1239 del 2014, proposto da:
35
17 Edil Restauro Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Maria
35
17 Corsi e Alberto Pepe, con domicilio eletto presso lo studio della
35
17 prima in Lecce, via Imperatore Augusto 16;
35
17 contro
35
17 Comune di Torchiarolo, rappresentato e difeso dall'avv. Dario Lolli,
35
17 con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Mormando in Lecce, piazzetta
35
17 D'Enghien N. 1;
35
17 nei confronti di
35
17 Impresa Geometra Gi. De Bl., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo
35
17 Vantaggiato, con domicilio eletto presso il proprio studio in Lecce,
35
17 via Zanardelli 7;
35
17 New House Srl;
35
17 per l'annullamento
35
17 - dell'atto n. 209/RG del 15 aprile 2014 di aggiudicazione definitiva
35
17 dell'appalto di progettazione esecutiva, coordinamento in fase di
35
17 progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione
35
17 del progetto "Cantine della legalità" disposto in favore della Ditta
35
17 Gi. De Bl. e comunicato alla ricorrente a mezzo pec in data 16 aprile
35
17 2014;
35
17 - di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;
35
17 - del verbale di gara n. 2 del 6 marzo 2014 e dei successivi verbali
35
17 di gara;
35
17 - ove occorra degli atti inditivi;
35
17 nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto
35
17 ove nelle more sottoscritto;
35
17 per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica,

35 mediante subentro nel contratto e, in subordine, per equivalente.
17
35 Visti il ricorso e i relativi allegati;
17
35 Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Torchiarolo e
17 di Impresa Geometra Gi. De Bl.;
35 Viste le memorie difensive;
17
35 Visti tutti gli atti della causa;
17
35 Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 il dott.
17 Mario Gabriele Perpetuini e uditi per le parti i difensori avv. A. M.
35 Corsi per la ricorrente, avv. D. Lolli per la P.A. e avv. A.
17 Vantaggiato per la controinteressata;
35 Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

35 **Fatto**

35 **FATTO E DIRITTO**

35 La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Torchiarolo per l'affidamento della
17 "progettazione esecutiva, coordinamento in fase di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori
per la realizzazione del progetto Cantine della legalità".

Le categorie di lavori che componevano l'opera erano, secondo le prescrizioni del disciplinare di
gara, la OG 1 classifica III, prevalente e la OG 11, classifica I, scorporabile o subappaltabile per un
importo pari al 27,13% sul totale dei lavori.

In data 5 marzo 2014 la Commissione di gara ha proceduto alla verifica della regolarità della
documentazione amministrativa inserita nella busta A, ammettendo con riserva le imprese Geometra
Gi. De Bl. e New House srl, onde "approfondire la possibilità di subappaltare al 100% le
lavorazioni della categoria OG11".

Nella successiva seduta del 6 marzo 2014, la Commissione, sciogliendo la riserva, ha riammesso le
predette ditte sul presupposto che "l'articolo 109, comma 2, allegato A e l'articolo 107, comma 2,
DPR 207/10, sono stati soppressi".

A seguito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, l'appalto è stato aggiudicato
definitivamente alla Ditta geometra Gi. De Bl. mentre la ricorrente si è collocata al terzo posto in
graduatoria immediatamente dopo la Ditta New House srl.

La ricorrente impugna l'aggiudicazione lamentando la violazione degli articoli 107 e 109 del DPR
207/10, nonché dell'art. 118, d. lgs. 163/06.

Si sono costituite l'amministrazione intimata e la controinteressata impresa geometra Gi. De Bl.
chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 12 giugno 2014, avvisate le parti ai sensi dell'art. 60 cpa, la causa è
stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

In primo luogo il Collegio rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata dal
Comune resistente in relazione alla mancata impugnazione immediata della clausola del bando che
prevedeva la possibilità di subappaltare i lavori rientranti nella categoria OG11. Non appaiono,
infatti, sussistenti motivi validi per discostarsi dall'orientamento consolidato secondo il quale le
uniche clausole del bando che necessitano di impugnazione immediata sono quelle immediatamente
lesive, ad esempio, quelle cd. "escludenti". Nel caso di specie, la disposizione non assume il
carattere di immediata lesività per cui deve ritenersi che la stessa possa essere validamente
impugnata con il provvedimento applicativo.

Nel merito, affrontando congiuntamente i due motivi di ricorso, appare necessario riepilogare,
brevemente, le vicende normative che hanno di recente interessato la questione in decisione.

Il D.P.R. 207/2010 adotta la ripartizione tra categorie di:

1) "Opere generali" (OG), che riguardano attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di
opere, o interventi finiti in ogni loro parte e pronti all'uso da parte dell'utilizzatore finale, per la cui
realizzazione occorrono una pluralità di lavorazioni;

2) "Opere specializzate" (OS), che si riferiscono invece a specifiche lavorazioni o interventi, di norma facenti parte di opere di maggiore complessità, per la cui realizzazione si ritiene necessaria una particolare e più elevata specializzazione e professionalità. Le categorie di opere generali e opere specializzate sono puntualmente elencate nell'Allegato A al D.P.R. 207/2010, che prevede anche l'importante distinzione, tra queste, delle categorie che sono "a qualificazione obbligatoria". In relazione a quanto sopra, il bando di gara deve indicare, nell'ambito dell'importo complessivo dell'intervento (articolo 108, commi 2 e 3, del D.P.R. 207/2010), la categoria prevalente, cioè quella di importo superiore, e le ulteriori categorie diverse dalla categoria prevalente (categorie scorporabili), specificando per ciascuna l'importo, qualora queste costituiscano un lavoro autonomo e siano di importo superiore al 10% del valore complessivo dell'appalto oppure di importo superiore a 150.000 Euro.

In base al combinato disposto dell'articolo 92, comma 1, e dell'articolo 109, comma 1, del D.P.R. 207/2010, la partecipazione a una gara di un concorrente è subordinata al possesso dei requisiti economici e tecnici relativi a tutte le categorie previste nel bando, prevalenti e scorporabili. Nel caso in cui il concorrente non abbia i requisiti per le categorie scorporabili, è consentita comunque la sua partecipazione alla gara purché possieda i requisiti speciali riferibili alla categoria prevalente, commisurati all'importo globale della gara. Quindi, la regola generale prevede che l'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente anche le lavorazioni riferite alle categorie scorporabili.

Tuttavia, la regola predetta soffre di alcune eccezioni. La prima è prevista dall'articolo 109, comma 2, del D.P.R. 207/2010, ai sensi del quale non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario non in possesso della specifica qualificazione le lavorazioni riferite alle categorie scorporabili che siano a qualificazione obbligatoria. In tali casi il concorrente dovrà obbligatoriamente subappaltare le corrispondenti lavorazioni a soggetti adeguatamente qualificati.

L'altra deroga alla regola generale è prevista per le opere cd. "superspecialistiche" di cui all'articolo 107, comma 2, del D.P.R. 207/2010. In questi casi infatti l'articolo 109, comma 2, ultimo periodo, del medesimo D.P.R. 207/2010 prescrive l'applicazione del limite al **subappalto** del 30% per le suddette categorie di opere superspecialistiche di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

Al ricorrere di questi requisiti, non potendo subappaltare per intero la lavorazione né eseguirla in proprio trattandosi di opere a qualificazione obbligatoria, il concorrente non qualificato per quella categoria di opere dovrà obbligatoriamente associarsi a imprese in possesso della relativa qualificazione al fine di partecipare alla gara.

Sul quadro normativo così delineato ha inciso in modo decisivo il parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 3014 del 26 giugno 2013, che ha dichiarato illegittimi, per quanto di interesse nel giudizio odierno, gli articoli 109, comma 2 (in relazione all'Allegato A, e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categorie"), e 107, comma 2, del D.P.R. 207/2010.

Secondo il Consiglio di Stato, il sistema delineato dalla normativa in vigore, sarebbe contraddittorio in relazione alla regola generale di cui all'art. 109, comma 1, del D.P.R. 207/2010, il quale come detto stabilisce che l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche qualora sia privo delle relative qualificazioni.

L'articolo 109, comma 2, e l'articolo 107, comma 2, infatti, prevedevano tali e tante deroghe da svuotare di contenuto la regola generale tanto da ridurla ad una norma eccezionale destinata a trovare applicazione in casi marginali.

Il DPR del 30 ottobre 2013, recependo il parere del Consiglio di Stato, ha perciò annullato le suddette disposizioni del DPR 207/2010.

Il vuoto normativo è stato colmato con l'art. 3, comma 9, del decreto legge n. 151/2013, che rinviava al settembre 2014 gli effetti del DPR 30 ottobre 2013.

Il nuovo assetto normativo è venuto meno il 1 marzo 2014 non essendo stato convertito il Decreto Legge 151/2013 che, conseguentemente, ha perso efficacia ai sensi dell'art. 77 Cost.

Il quadro normativo si è ulteriormente arricchito con il Decreto Legge n. 47/2014, pubblicato il 28 marzo 2014, il cui art. 12 ha dato la stura all'emanazione del Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti 24 aprile 2014. Successivamente, con la conversione in legge del Decreto n. 47, l'art. 12 è stato modificato provvedendo ora ad adottare direttamente le disposizioni sostitutive di quelle del D.P.R. 207/2010, riproducendo in gran parte le norme del citato D.M. 24 aprile 2014, che avevano individuato le categorie di lavorazioni che richiedono l'esecuzione da parte di operatori economici in possesso di specifica qualificazione.

Le disposizioni in questione si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente al 27 aprile 2014 nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

La questione centrale da risolvere è l'individuazione della normativa applicabile al caso oggetto di ricorso. Rileva il collegio che, individuando la disciplina applicabile al caso di specie nella normativa in vigore al 3 marzo 2014, ossia la disciplina vigente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, le disposizioni regolatrici della procedura sono quelle risultanti dall'applicazione del DPR 30 ottobre 2013 di annullamento degli artt. 109 comma 2 e 107 comma 2 DPR n. 207/10. A quella data, infatti, non era applicabile il D.L. 151/2013 in quanto già decaduto e non era ancora applicabile il D.L. 47/2014 in quanto non ancora emanato.

Ai sensi della normativa predetta, quindi, venuti meno gli artt. 109, comma 2, e 107 comma 2, DPR n. 207/10, è venuto meno il divieto, per il concorrente sprovvisto della qualificazione nelle categorie scorporabili "a qualificazione obbligatoria", di eseguire le relative lavorazioni.

È, quindi, venuto meno l'obbligo di possedere la qualificazione specifica in tali categorie scorporabili (direttamente o associando un soggetto qualificato quale mandante in raggruppamento temporaneo) o l'obbligo, previsto quale alternativa, di impegnarsi a subappaltare i lavori appartenenti a tali categorie scorporabili delle quali gli era preclusa l'esecuzione diretta. Lo stesso art. 109, comma 2, prevedeva il limite del 30% al **subappalto** delle cosiddette s.i.o.s. già trattate al precedente articolo 107, comma 2, limite a sua volta travolto dall'annullamento di quest'ultima norma.

Conseguenza di quanto detto è la possibilità di subappaltare al 100% le opere scorporabili per le quali l'impresa resistente concorreva.

In ordine al secondo motivo di ricorso il thema decidendum consiste nello stabilire l'ampiezza degli obblighi di comunicazione che incombono sul partecipante ad una gara pubblica ai sensi del comma 2 dell'articolo 118 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora questi intenda concludere un **subappalto** per categorie diverse da quella indicata come prevalente in sede di lex specialis di gara.

In base a un condiviso orientamento giurisprudenziale, il carattere incompleto o erroneo della dichiarazione di **subappalto** non giustifica ex se l'esclusione del concorrente. Al contrario, in tali ipotesi resterà soltanto preclusa la possibilità di concludere il **subappalto**, restando comunque al concorrente la possibilità di eseguire in proprio le lavorazioni.

A conclusioni diverse deve giungersi nelle ipotesi in cui il concorrente non sia autonomamente in possesso della qualificazione per svolgere le lavorazioni oggetto del **subappalto**. In tali ipotesi, non sarà consentito all'impresa di effettuare le dichiarazioni relative al **subappalto** nella fase esecutiva, dovendosi piuttosto ritenere che il **subappalto** si configuri come una sorta di 'avvalimento sostanziale'. Conseguentemente, il momento in cui devono necessariamente essere rese le dichiarazioni (ivi comprese quelle del soggetto indicato come esecutore delle lavorazioni subappaltabili o scorporabili) deve essere anticipato a quello della presentazione dell'offerta, conformemente alla previsione di cui all'art. 49, D. lg. 163/2006.

Nel caso oggetto dell'odierno ricorso, venuto meno l'obbligo di subappaltare ed il divieto per l'impresa in possesso della certificazione per la sola categoria prevalente di eseguire in proprio i lavori della categoria scorporabile, ci si trova in presenza di un **subappalto** facoltativo con conseguente possibilità di indicare solo le lavorazioni subappaltabili.

Questo Collegio non mette in discussione l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di **subappalto** è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare (Sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708).

Infatti, la ratio complessiva del sistema di **subappalto** postula la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto il quale dimostri di possedere (in proprio, ovvero attraverso l'apporto altrui) le qualificazioni necessarie per la corretta esecuzione del contratto. La situazione, però, non si verifica nel caso di specie in considerazione della particolare situazione verificatasi in ordine alle problematiche di diritto transitorio dovute alla predetta e singolare successione di norme nel tempo.

Infatti, a causa del vuoto normativo verificatosi a seguito della decadenza del D.L. 151/2013, la disciplina del **subappalto** in analisi rientra nell'ipotesi - per così dire - 'fisiologica', ossia quella in cui il partecipante sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'intero appalto.

In tale ottica, quindi, si giustifica la possibilità che il partecipante possa integrare ex post la dichiarazione di **subappalto** (attraverso la postuma indicazione del subappaltatore).

Per i motivi esposti il ricorso non può trovare accoglimento.

In considerazione della particolarità della materia trattata e del complesso quadro normativo di riferimento si ritengono sussistenti giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Mario Gabriele Perpetuini, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 GIU. 2014.

Consiglio di Stato sez. V 30/06/2014 3288

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Subappalto - Omessa indicazione del subappaltatore - Esclusione - Legittimità - Condizione.

Nelle gare pubbliche, la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce legittima causa di esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, atteso che al di fuori di tali ipotesi gli unici effetti negativi di una incompleta o erronea dichiarazione concernente il **subappalto** rilevano in fase esecutiva, precludendo al concorrente di ricorrere al **subappalto**.

³⁵
¹⁷
³⁵
¹⁷
³⁵
¹⁷

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

35
17 in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
35
17 ha pronunciato la presente

35
17 SENTENZA

35
17 sul ricorso numero di registro generale 6197 del 2013, proposto dalla
35
17 s.r.l. Società Ceit Impianti., in proprio e quale mandataria del
35
17 raggruppamento costituito con Famas System Spa e Sonet Srl,
35
17 rappresentata e difesa dall'avv. Damiano Florenzano, presso
35
17 quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma, alla via Paolo
35
17 Emilio, n. 7;

35
17 contro

35
17 Atac Spa Azienda per la Mobilità di Roma Capitale, rappresentata e
35
17 difesa dall'avv. Enrico Michetti, con domicilio eletto presso il suo
35
17 studio in Roma, via Giovanni Nicotera, 29;

35
17 Aristeia Service Soc.Coop. Arl, in proprio e quale mandataria del
35
17 raggruppamento costituito con Sifis Società Impianti Ferroviari
35
17 Industriali Stradali Srl, Consorzio Cooperative Costruzioni e Ccc
35
17 Società Cooperativa, Tecnologie e Mobilità Soc. Coop., rappresentata
35
17 e difesa dagli avvocati Raffaele Izzo e Diego Vaiano, con domicilio
35
17 eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma,
35
17 Lungotevere Marzio n. 3;

35
17 per la riforma

35
17 della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 03851/2013,
35
17 resa tra le parti, concernente l'affidamento della progettazione
35
17 esecutiva e della realizzazione di sistemi di automazione per il
35
17 controllo degli accessi veicolari, gestione parcheggi di scambio,
35
17 indirizzamento all'utenza, centralizzazione nonché opere civili e
35
17 recinzione parcheggi;

35
17 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

35
17 Visti gli atti di costituzione in giudizio di Atac Spa Azienda per la
35
17 Mobilità di Roma Capitale e di Tecnologie e Mobilità Soc. Coop.;

35
17 Viste le memorie difensive;

35
17 Visti tutti gli atti della causa;

35
17 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2014 il Cons.

35
17 Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Damiano
35
17 Florenzano, Enrico Michetti e Diego Vaiano;

35
17 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35
17 **Fatto**

35
17 **FATTO e DIRITTO**

1. Il giudizio ha ad oggetto la procedura di gara indetta da ATAC S.p.A. - Azienda per la Mobilità di Roma Capitale, per l'affidamento dell'appalto integrato "relativo alla progettazione esecutiva e realizzazione di sistemi di automazione per il controllo degli accessi veicolari, la gestione dei parcheggi di scambio, l'indirizzamento dell'utenza, la centralizzazione (compreso l'allestimento della Centrale di Controllo), il controllo remoto di tutti gli impianti di automazione di nuova realizzazione e degli impianti esistenti di ATAC, nonché delle opere civili e della recinzione dei parcheggi" (importo complessivo pari ad € 4.017.433,02).

La gara si concludeva con l'aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. tra la Società Cooperativa Aristeia Service a r.l. (in qualità di mandataria) e S.I.F.I.S. - Società Impianti Ferroviari Industriali Stradali s.r.l.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso n. 8673 del 2012, proposto avverso gli atti della procedura da CEIT, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento concorrente, classificatosi al terzo posto della graduatoria finale.

Con l'atto d'appello CEIT contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum*.

Resistono la stazione appaltate ed il raggruppamento aggiudicatario.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 20 maggio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato.

2.1. Non è condivisibile, in primo luogo, il motivo di ricorso con il quale parte appellante ripropone la tesi secondo cui il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in ragione dell'estraneità al raggruppamento e del mancato possesso della necessaria qualificazione da parte della società PARKIT, indicata nell'offerta quale soggetto incaricato dei servizi di assistenza *on-site*. La doglianza non valutazione può essere accolta.

In merito al profilo del difetto del requisito di qualificazione di Parkit, si deve convenire con i Primi Giudici che, alla stregua dell'articolo 108 del D.P.R. 5 maggio 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163*), l'attività demandata alla società in esame non va annoverata nella categoria prevalente OG3, ma in una categoria scorporabile non necessitante di qualificazione. Detta norma dispone, infatti, al comma 1, che "è richiesta la qualificazione nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare", soggiungendo che "nei bandi di gara ... nei quali assume carattere prevalente una lavorazione specializzata, la gara è esperita con espressa richiesta della qualificazione nella relativa categoria specializzata. Si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento" (comma 1);

Il comma 2 dispone, a sua volta, che "nel bando di gara è indicato l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente nonché le ulteriori categorie generali e specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro, con i relativi importi che sono scorporabili e che, a scelta del concorrente, sono subappaltabili o affidabili a cottimo, con i limiti di cui all'articolo 109".

Il comma 3, infine, dispone che "le ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2 sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono o di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro".

Nella procedura selettiva al vaglio di questo Consiglio, a fronte di un importo complessivo dell'appalto a base di gara pari ad € 4.017.433,26, l'importo previsto per gli oneri per la manutenzione in garanzia per 24 mesi consiste in € 142.213,52, ossia in un importo inferiore non soltanto al 10% del valore dell'appalto, ma anche all'importo di € 150.000,00 individuato dal riportato comma 3 quale soglia per l'obbligatorietà del possesso della corrispondente qualificazione. Si deve, peraltro, rimarcare che l'ipotetica assenza dei requisiti di qualificazione in capo a Parkit, al pari dell'irrituale o carente dichiarazione del soggetto concorrente in merito all'esercizio della facoltà di **subappalto** e, più in generale, al ruolo assunto da Parkit nei rapporti con il raggruppamento concorrente, non avrebbe potuto condurre all'esclusione del raggruppamento Aristeia dalla procedura, ma, in ossequio alla costante giurisprudenza relativa al cd. **subappalto non necessario**, alla concentrazione, in chiave esecutiva, degli obblighi prestazionali in capo al concorrente dotato *ex se* dei necessari requisiti di qualificazione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224, secondo cui "nelle gare pubbliche, la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce causa di legittima esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, atteso che al di fuori di tali ipotesi gli unici effetti negativi di una incompleta o erronea dichiarazione concernente il **subappalto** rilevano in fase esecutiva, precludendo al concorrente di ricorrere al **subappalto**").

Va soggiunto che la società Parkit è stata incaricata di un'attività- la subfornitura degli impianti tecnologici- che non costituisce **subappalto** ai sensi dell'art. 118, comma 12, del codice dei contratti pubblici e che implica lo svolgimento, da parte del subfornitore, dell'attività manutentiva strettamente connessa al ricambio delle parti afferenti al sistema tecnologico utilizzato.

2.2. Anche la doglianza sulla mancata produzione, da parte dell'Ing. Serafini, della dichiarazione relativa ai servizi di progettazione svolti nelle pertinenti categorie e classi di progettazione, risulta infondata, poiché le dichiarazioni richieste dalla *lex specialis* sono state rese dal suddetto tecnico attraverso la compilazione del modello "RH-PROG": la sussistenza degli stessi requisiti è stata poi attestata in sede di comprova dei requisiti mediante l'inoltro delle necessarie certificazioni.

2. 3. Non possono trovare accoglimento neanche le censure con le quali parte appellante contesta il capo della sentenza che ha respinto i motivi di ricorso relativi ai giudizi formulati dalla commissione sulle offerte tecniche dei concorrenti.

Va rilevato, in via preliminare, che il disciplinare di gara (art. 9-bis) prevede l'attribuzione massima di 65 punti per l'offerta tecnica e di 35 punti per la componente economica.

Il successivo art. 11.2, punto 11.2.1 demanda alla Commissione giudicatrice l'attribuzione del punteggio tecnico, "sulla base degli elementi rilevabili dalla documentazione tecnica pervenuta ..., secondo quanto previsto all'art. 10 del Capitolato speciale".

La disposizione di *lex specialis* da ultimo richiamata reca una declaratoria dei criteri/sub-criteri e dei punteggi/sub-punteggi, precisando che "i punteggi relativi ai singoli sub-elementi saranno assegnati, ove il numero delle offerte ammesse sia maggiore di due, con il metodo del confronto a coppie".

Lo stesso art. 10, poi, esplicita in modo puntuale le formule matematiche per effetto delle quali, attraverso l'applicazione di coefficienti variabili tra zero ed uno (che "rappresentano le valutazioni relative all'i-esima impresa per quanto riguarda, rispettivamente, gli elaborati tecnici, la manutenzione ed il piano di gestione delle attività"), l'applicazione del metodo del confronto a coppie è suscettibile di consentire l'attribuzione del punteggio massimo al miglior offerente e, agli altri concorrenti, di un punteggio proporzionalmente valutato.

Nella fattispecie all'esame, dunque, la *lex specialis* della gara elenca in modo puntuale gli elementi da apprezzare in sede di valutazione di ciascuno dei sub-criteri.

Si deve allora convenire con i Primi Giudici che, in presenza della dettagliata descrizione della metodologia e degli elementi/sub-elementi di valutazione delle offerte tecniche, l'analisi comparativa dei punteggi e dei criteri valutativi consente, pur in assenza di una motivazione discorsiva, la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dalla stazione appaltante per pervenire ai risultati oggetto di contestazione (Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 2012 n. 1939).

L'assunto è viepiù avvalorato dal rilievo che nella specie l'utilizzo del metodo del confronto a coppie comporta una comparazione diretta operata fra tutti i concorrenti in relazione a ciascuno dei profili dell'offerta individuati in via preventiva ed astratta dalla stazione appaltante.

L'applicazione del metodo in questione, in presenza di parametri predeterminati, comporta, inoltre, che non sia richiesta alcuna estrinsecazione logico-argomentativa della preferenza accordata, atteso che il giudizio è insito nella stessa assegnazione della preferenza (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2007, n. 2943, 31 agosto 2007, n. 4543, e 17 settembre 2008, n. 4439).

Si deve soggiungere che le ulteriori censure svolte dall'appellante sui punteggi attribuiti dalla Commissione all'esito della valutazione delle offerte tecniche mirano all'introduzione di un sindacato sul merito della discrezionalità tecnica, che non risulta ammissibile laddove, come nella specie, non siano apprezzabili profili di sviamento, di illogicità o di carenza istruttoria e motivazionale.

3. L'infondatezza delle censure relative alla posizione dell'aggiudicataria rende evidente l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, dei motivi volti a conseguire l'esclusione del soggetto classificatosi al secondo posto.

4. Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello deve essere respinto.

Le spese del secondo grado del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura fissata in dispositivo.

³⁵₁₇ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 6197 del 2013, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese relative al presente grado di giudizio, che liquida nella misura di euro 8.000//00 (ottomila//00) da dividere in parti eguali tra Atac s.p.a Azienda per la Mobilità di Roma Capitale e Aristeia Service Soc Coop., oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 GIU. 2014.

T.A.R. Palermo (Sicilia) sez. III 23/05/2014 1345

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalti - Gara - Partecipanti - Raggruppamenti temporanei d'impresa - Offerta - Ripartizione interna delle prestazioni - Obbligo - Anche per le opere da affidare in subappalto - Esclusione.

L'obbligo di dichiarare in sede di offerta le ripartizioni interne al raggruppamento ha senso solo per quei lavori che sarà lo stesso raggruppamento a compiere. Non ha senso, invece, né può costituire motivo di esclusione, una ripartizione di quote in relazione alle opere scorporabili per le quali vi è stata dichiarazione di volerle subappaltare interamente a terzi

³⁵₁₇ REPUBBLICA ITALIANA

³⁵₁₇ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

³⁵₁₇ Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

³⁵₁₇ (Sezione Terza)

³⁵₁₇ ha pronunciato la presente

³⁵₁₇ SENTENZA

³⁵₁₇ sul ricorso numero di registro generale 164 del 2014, proposto da
³⁵₁₇ SA.MA. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
³⁵₁₇ rappresentata e difesa dall'Avv. Ignazio Cucchiara, con domicilio
³⁵₁₇ eletto presso lo studio dell'Avv. Armando Buttitta in Palermo, viale
³⁵₁₇ Regina Margherita n. 42;

³⁵₁₇ contro

³⁵₁₇ il Comune di Menfi in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
³⁵₁₇ e difeso dall'Avv. Adriana Ferrara, con domicilio eletto presso la
³⁵₁₇ Segreteria del T.A.R. Sicilia in Palermo, via Butera, n. 6;

³⁵₁₇ l'Assessorato infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana,
³⁵₁₇ sezione provinciale di Agrigento, in persona del legale

³⁵₁₇ rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
³⁵₁₇ distrettuale dello Stato presso i cui uffici è domiciliato per legge

³⁵₁₇ in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81;

³⁵₁₇ nei confronti di

35
17 - a.t.i. P.P.P. s.r.l. (mandataria) - Alkantara costruzioni s.r.l.,
35
17 in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
35
17 difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Benedetta
35
17 Caruso e Gabriella Caudullo con domicilio eletto presso il loro
35
17 studio in Palermo, via Pacini, n. 5;
35
17 per l'annullamento
35
17 - "della determinazione n. 408 del 5 dicembre 2013, comunicata alla
35
17 ricorrente in data 6 dicembre 2013, con la quale il responsabile del
35
17 procedimento presso il Comune di Menfi ha disposto l'aggiudicazione
35
17 definitiva del pubblico incanto relativo ai lavori di risanamento del
35
17 vecchio centro urbano - opere di urbanizzazione primarie e della
35
17 riqualificazione dei cortili storici e delle aree pubbliche
35
17 residuali, Il stralcio;
35
17 - di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali e, in
35
17 particolare:
35
17 - del verbale reso dall'UREGA in data del 22 ottobre 2013 e
35
17 precedenti;
35
17 - della nota prot. 34038 del 30 dicembre 2013 con la quale il
35
17 responsabile del procedimento presso il Comune di Menfi ha ritenuto
35
17 di 'non accogliere' il reclamo - informativa ex art. 243-bis del d.
35
17 lgs. n. 163/2006 proposto dalla ricorrente;
35
17 - nonché, ai sensi dell'art. 120 e ss. del d. lgs. n. 104 del 2010,
35
17 per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato, del
35
17 diritto della ricorrente al subentro [...] e al risarcimento del
35
17 danno [...]".
35
17 Visto il ricorso con i relativi allegati;
35
17 Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato
35
17 infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana - UREGA sez. prov.
35
17 Agrigento;
35
17 Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Menfi;
35
17 Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata
35
17 a.t.i. P.P.P. s.r.l. - Alkantara costruzioni s.r.l.;
35
17 Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
35
17 tesi difensive;
35
17 Vista l'ordinanza n. 121/2014 con la quale è stata fissata l'odierna
35
17 udienza pubblica;
35
17 Visti gli atti tutti della causa;
35
17 Relatore il dott. Giuseppe La Greca;
35
17 Uditi nell'udienza pubblica del 13 maggio 2014 gli Avv.ti
35
17 L.Cucchiara, su delega dell'Avv. I. Cucchiara, per la parte
35
17 ricorrente; A. Ferrara, per il Comune di Menfi; B. Caruso, per
35
17 l'a.t.i. P.P.P. s.r.l. - Alkantara costruzioni s.r.l.; l'Avvocato
35
17 dello Stato G. Tutino per la resistente Amministrazione regionale;
35
17 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

35 17 **Fatto**

FATTO e DIRITTO

1.- La ricorrente ha partecipato, collocandosi al secondo posto, alla gara indetta dal Comune di Menfi per l'aggiudicazione dei lavori di risanamento del vecchio centro urbano - opere di urbanizzazione primaria e di riqualificazione dei cortili storici e delle aree pubbliche residuali (CIG 4744982304).

La gara è stata aggiudicata al controinteressato raggruppamento temporaneo la cui esclusione, ciò a cui tende l'odierno ricorso, farebbe conseguire alla ricorrente l'aggiudicazione.

2.- Il ricorso si articola in tre motivi di doglianza con cui si deducono i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 6 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 75 e 113 d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria. La polizza provvisoria prodotta dalla contro interessata e contenente l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva "valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione lavori risultante dal relativo certificato" non sarebbe conforme al disposto di cui al punto 6 del disciplinare di gara ed al tenore degli artt. 75, comma 8 e 113, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, sicché il medesimo raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso dalla gara;

2) Violazione del bando di gara come rettificato con avviso del 7 febbraio 2013. La controinteressata avrebbe reso una dichiarazione che reca l'assunzione del formale obbligo di subappaltare le opere delle categorie scorporabili per le quali risulta priva della relativa qualificazione, considerato che il bando prevedrebbe una espressa comminatoria di esclusione per l'ipotesi di dichiarazione non conforme alla prescrizione di che trattasi;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006. Nella dichiarazione di impegno a costituire l'associazione temporanea di imprese non risultano specificate le quote di partecipazione al raggruppamento con riferimento ai lavori appartenenti alle categorie destinate al **subappalto**; con riferimento alle categorie scorporabili OG6 e OG10 il bando avrebbe stabilito la subappaltabilità al 100% senza consentire il frazionamento, nel caso di specie operato dall'a.t.i. controinteressata (la quale si è candidata ad eseguire il 69% dei lavori della categoria ed ha dichiarato di subappaltare il restante 31%).

3.- Si sono costituiti in giudizio il Comune di Menfi e l'a.t.i. controinteressata. Entrambi hanno chiesto il rigetto del ricorso nel merito.

4.- Si è altresì costituita la resistente Amministrazione regionale la quale ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva stante l'estraneità alla controversia.

5.- All'udienza pubblica del 13 maggio 2014, presenti i procuratori delle parti che si sono riportati alle già rassegnate domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

6.- Il ricorso, poiché infondato, deve essere rigettato.

7.- Tale esito consente, per ragioni di economia processuale e, ad un tempo, di sinteticità (art. 3 cod. proc. amm.), di omettere l'esame dell'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione di un atto endoprocedimentale siccome sollevata dalla parte controinteressata.

8.- Sempre in rito, va preliminarmente dichiarato il difetto di legittimazione passiva della resistente Amministrazione regionale, e ciò in linea con la consolidata giurisprudenza del Giudice d'appello. Tale conclusione non è infirmata dall'avvenuto utilizzo, segnalato dalla difesa del Comune di Menfi, del bando-tipo approvato dalla stessa resistente Amministrazione regionale considerato che, nel caso di specie, non è mutata la natura delle attività dell'Ufficio regionale gare ed appalti che, in procedimenti quale quello per cui è causa, si concreta nell'adozione di atti di tipo endoprocedimentale con le conseguenze processuali che ne derivano.

9.- Con il primo motivo la ricorrente deduce l'inidoneità della polizza fideiussoria prodotta dalla parte controinteressata, aggiudicataria della gara, la quale contemplerebbe un periodo di copertura della garanzia definitiva, oggetto dell'impegno assunto dal garante, inferiore a quello previsto dalla legge e dal disciplinare di gara.

L'aggiudicataria ha prodotto una polizza fideiussoria "ai sensi dell'art. 30, comma 1 della legge n. 109/94" rilasciata dalla Sace BT s.p.a., la cui appendice ("parte integrante della polizza" e dello "schema tipo 1.1.- scheda tecnica 1.1 [...] di cui al d.m. 12.03.2004, n. 123 [...]"), per quanto qui d'interesse, così stabilisce: "il garante si impegna a rilasciare in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta [...] la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 30, comma 2 della

legge n. 109 del 11.02.1994 e s.m.i., valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato".

Il disciplinare di gara al punto 6) stabilisce che "le fidejussioni bancarie, le polizze assicurative e le fidejussioni rilasciate dagli intermediari finanziari dovranno prevedere, pena l'esclusione, [...] l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva ai sensi dell'art. 113 del Codice dei contratti qualora l'offerente risultasse aggiudicatario (art. 75, comma 8, del Codice dei contratti)".

Il predetto art. 75, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006 (oggetto di rinvio, nell'ordinamento regionale, ai contenuto nella l.r. n. 12 del 2011) stabilisce che "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Si tratta di verificare la conformità della polizza - e, segnatamente, dell'impegno in essa contenuto - versata agli atti della procedura di gara al modello legale di riferimento e, comunque, se la produzione di siffatta garanzia possa ipoteticamente dar luogo all'invocata espulsione della controinteressata dalla procedura.

La doglianza è infondata.

Il Collegio ben conosce la giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa e di questo Tribunale - che condivide - secondo cui, nella vigenza dell'art. 30 della l. n. 109 del 1994 nel testo richiamato dalla l.r. n. 7 del 2002 e successive modificazioni, in ipotesi di tal guisa dovesse predicarsi che "l'oggetto della garanzia presentata [...] non è conforme al precetto recato dal [...] bando, dal momento che - nell'appendice allegata alla polizza quale parte integrante - è dato leggere che la garanzia fideiussoria è "valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato"" (C.G.A., sez. giur., 16 luglio 2012, n. 631, relativa ad una gara celebrata anteriormente all'entrata in vigore della l.r. n. 12 del 2011).

Il dato normativo di riferimento, il comma 2-ter del sunnominato art. 30, correlava (così come oggi l'art. 75, comma 8 del d. lgs. n. 163 del 2006) il termine finale di efficacia della garanzia soltanto alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

A diverse conclusioni deve, ad avviso del Collegio, giungersi oggi - quantomeno ai fini del cd. soccorso istruttorio - per effetto delle sopravvenienze normative che hanno esteso all'ambito regionale siciliano le previsioni del d. lgs. n. 163 del 2006 (e quelle regolamentari di attuazione) sul tema della cauzione provvisoria e dell'annesso impegno del garante alla stipulazione della garanzia definitiva.

Sul punto, non è, infatti, superfluo tratteggiare l'evoluzione ordinamentale intervenuta in materia.

Sul versante primario, all'originaria previsione dell'art. 30, comma 2-ter della l. n. 109 del 1994, secondo la quale il termine finale di efficacia della garanzia era agganciato unicamente alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio, è seguita quella contenuta nell'art. 113, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, di analogo contenuto (quest'ultima disposizione differisce dalla prima soltanto per il richiamo anche al "certificato di regolare esecuzione" contenuto nell'art. 113).

Per effetto dell'art. 141 dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006, il termine per il collaudo dell'opera è stato fissato in sei mesi dall'ultimazione dei lavori, elevati ad un anno nei casi di particolare complessità dell'opera.

Sul versante delle disposizioni regolamentari di attuazione vanno, invece, registrate (ulteriori) sensibili novità non tanto perché sia intervenuta, per quanto qui interessi, un'innovazione di tipo sostanziale rinvenibile ad una lettura comparata tra l'abrogato d. P.R. n. 554 del 1999 (attuativo della legge n. 109 del 1994) ed il d. P.R. n. 207 del 2010 (attuativo del d. lgs. n. 163 del 2006), quanto per via dell'introduzione, in ambito regionale, di specifiche norme regolamentari (con il d.P.R. n. 207 del 2010) alcune delle quali, prima contenute nel d.P.R. n. 554 del 1999, erano pacificamente ritenute nella Regione Siciliana inapplicabili (inapplicabilità sulla cui base si basava il giudizio di inidoneità di una polizza di tal guisa).

Più precisamente:

- l'art. 101 del d. P.R. n. 554 del 1999, emanato in attuazione della legge n. 109 del 1994, stabiliva che "La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato"; tale sintagma è corrispondente a quello contenuto nella garanzia in argomento (che riproduce, a sua volta, lo schema-tipo di polizza di cui al d.m. n. 123 del 2004)
- tale disposizione regolamentare, poiché configgente con il dato normativo primario regionale, è stata ritenuta inapplicabile in ambito regionale (in tal senso, C.G.A., sentenza n. 631/2012, *cit.*);
- una corrispondente previsione era contenuta nel d.m. n. 145 del 2000 ("Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici") anch'esso ritenuto, *in parte qua*, inapplicabile (*cf.* T.A.R. Sicilia, Sezione III, 2 dicembre 2010, n. 14239);
- l'art. 123 del d.P.R. n. 207 del 2010 (oggetto di richiamo ex l.r. n. 12 del 2011) ha sostanzialmente riprodotto l'abrogato (e sopramenzionato) art. 101 del d. P.R. n. 554 del 1999, con conseguente applicazione del suo contenuto in ambito regionale;
- il successivo art. 235 del medesimo d. P.R. n. 207 del 2010 ha stabilito che "il decorso del termine fissato dalla legge per il compimento delle operazioni di collaudo, ferme restando le responsabilità eventualmente accertate a carico dell'esecutore dal collaudo stesso, determina l'estinzione di diritto della garanzia fideiussoria relativa alla cauzione [...]".

Ciò precisato, la astratta previsione di estinzione della garanzia per effetto del decorso del termine per il collaudo che - nella peggiore delle ipotesi - deve avvenire in un anno dall'ultimazione dei lavori, rende oggi, alla luce del nuovo contesto normativo regionale, non difforme una polizza fideiussoria definitiva (*recte*: dell'impegno a sottoscriverla) che indichi un periodo di copertura di fatto corrispondente a quello di cui al predetto art. 235. Periodo oltre il quale il rapporto di garanzia - secondo quanto previsto - si estingue.

È vero - ed in ciò non vi è stata modifica sostanziale del dato normativo salvo quanto sopra si è detto - che l'odierno dato legislativo, così come l'art. 30 della l. n. 109 del 1994, prevede l'efficacia della polizza fino al collaudo provvisorio e non contempla una correlazione temporale della cessazione di siffatta copertura al compimento del dodicesimo mese dall'ultimazione dei lavori; a tale dato di fatto va, per converso, affiancato l'altro elemento, che non può ritenersi irrilevante, secondo il quale il d. P.R. n. 207 del 2010, nel testo richiamato in ambito regionale, ha elevato il termine dei dodici mesi dall'ultimazione dei lavori al rango di norma regolamentare.

Orbene, al di là dell'effettiva idoneità della (sola) norma regolamentare a comminare lo scioglimento del rapporto di garanzia in caso di mancato collaudo nei termini - ciò che non è qui specifico oggetto di indagine - è pur vero che la complessità dell'assetto normativo di riferimento, congiuntamente alla genericità, sul punto, sia del d. P.R. n. 207 del 2010 (il quale non distingue tra mancato collaudo dovuto a colpa dell'appaltatore e mancato collaudo imputabile alla stazione appaltante) sia della legge di gara (che si limita ad un rinvio alle disposizioni del Codice dei contratti) non potevano, obiettivamente, dar luogo all'esclusione invocata da parte ricorrente se non disattendendo gli obblighi di buona fede che pure devono permeare i rapporti tra gli attori del procedimento in fattispecie quale quella per cui è causa.

Né a diverse conclusioni può giungersi in ragione di una disapplicazione dell'art. 123 del d. P.R. n. 207 del 2010 ove essa fosse, a tutto concedere, ipotizzabile. Il termine di legge entro il quale effettuare il collaudo (art. 141 d.lgs. n. 163 del 2006: "Il regolamento definisce le norme concernenti il termine entro il quale deve essere effettuato il collaudo finale, che deve avere luogo non oltre sei mesi dall'*ultimazione dei lavori*, salvi i casi, individuati dal regolamento, di particolare complessità dell'opera da collaudare, in cui il termine può essere elevato sino ad un anno") coincide con quello di copertura della garanzia, la quale cessa di avere efficacia solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio (art. 113, comma 5, d. lgs. n. 163 del 2006) che costituisce l'ultima fase delle relative operazioni.

Per tali ragioni, l'ipotizzata illegittima ammissione della controinteressata alla gara risulta fortemente dequotata dai corrispondenti obblighi di cd. soccorso istruttorio gravanti sulla

commissione di gara che, nel caso di specie, sarebbero comunque venuti in evidenza in presenza di un assetto normativo quale quello sopra delineato.

In definitiva, va affermato che qualora la cauzione provvisoria presenti l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva "valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio [...] o comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato", in presenza di una legge di gara che si limiti, quanto al contenuto della garanzia, al rinvio agli artt. 75, comma 8 e 113, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, non può disporsi l'esclusione dalla gara e la commissione è tenuta al cd. soccorso istruttorio, avuto riguardo, in primo luogo, al termine ex art. 141 d.lgs. n. 163 del 2006 entro il quale il collaudo deve aver luogo ed alle previsioni del d. P.R. n. 207 del 2010 che prevedono il progressivo svincolo della garanzia e la sua totale estinzione, decorso, in ogni caso, il termine di dodici mesi dall'ultimazione dei lavori.

Imporre la copertura della garanzia oltre tale termine dall'ultimazione dei lavori, al quale ha fatto riferimento anche la cauzione prodotta dall'aggiudicataria della gara, non avrebbe, dunque, nessuna utilità per l'Amministrazione, ed anzi, ad avviso del Collegio, porrebbe qualche dubbio di compatibilità con la previsione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006.

10.- Con la seconda questione sottoposta all'attenzione del Tribunale parte ricorrente si duole della non conformità della dichiarazione resa dall'a.t.i. controinteressata con riferimento ai lavori da subappaltare poiché essa non avrebbe assunto, in tal senso, un formale obbligo.

Il motivo non è meritevole di condivisione.

Sul punto va rilevato che l'impegno del legale rappresentante della P.P.P. s.r.l. (documento n. 8 produzione di parte ricorrente), è stato reso nel segno di "riservarsi di subappaltare i lavori della categoria prevalente [...] nei limiti imposti dalla legge [...] in caso di aggiudicazione subappalterà il restante 31% della categoria OG6 e il 100% della categoria subappaltabile OG10". La dichiarazione, in una prospettiva sostanzialistica ed in adesione anche alle indicazioni recentemente intervenute, sul punto, dal Giudice d'appello, deve considerarsi, in ragione del suo complessivo tenore, rispettosa dei dettami della legge di gara e, dunque, validamente resa.

11.- Con il terzo ed ultimo motivo la SA.MA s.r.l. deduce l'illegittimità della mancata esclusione dell'a.t.i. controinteressata poiché essa avrebbe omesso di specificare le quote di partecipazione al raggruppamento con riferimento alle categorie scorporabili e subappaltabili.

L'a.t.i. controinteressata, per converso, sottolinea che la *lex specialis* della procedura ha previsto, con riferimento al **subappalto**, soltanto l'indicazione delle eventuali opere da subappaltare mentre non avrebbe richiesto la specificazione delle quote di partecipazione al raggruppamento con riferimento alle categorie subappaltabili.

La doglianza è priva di fondamento.

Sul punto, deve prestarsi adesione all'orientamento del Giudice d'appello - peraltro richiamato da parte controinteressata in memoria - secondo il quale "l'obbligo di dichiarare in sede di offerta le ripartizioni interne al raggruppamento ha senso solo per quei lavori che sarà lo stesso raggruppamento a compiere. Non ha senso, invece, né può costituire motivo di esclusione, una ripartizione di quote in relazione alle opere scorporabili per le quali vi è stata dichiarazione di volerle subappaltare interamente a terzi. Sta di fatto che queste opere sono "scorporabili", cioè affidabili ad un soggetto terzo rispetto all'affidatario dei lavori, cioè stralciabili dalla commessa principale, sicché, ove come nel caso, l'offerta abbia previsto per tali opere il **subappalto**, non si configura l'obbligo di dichiararne la suddivisione tra le imprese del raggruppamento (Cons. St., V, 25 luglio 2013, n. 3963). Né, va aggiunto, la mancata indicazione, nel caso di specie, mette in pericolo le esigenze che ordinariamente sottendono l'obbligo della specificazione di che trattasi, quale quella sottesa ad una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto.

12.- Da ultimo, va disattesa anche la censura inerente all'asserita illegittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato poiché l'impresa capogruppo P.P.P. s.r.l. in relazione alle lavorazioni appartenenti alla categoria scorporabile OG6 si è candidata ad eseguirle per il 69 per

cento e per il resto subappaltarle, in (ritenuta) violazione della previsione della legge di gara che invece ammetterebbe la subappaltabilità del cento per cento.

La dichiarazione in argomento è in linea con la previsione della legge di gara la quale ha inteso esprimere la misura massima delle lavorazioni subappaltabili, incontestato per le altre il possesso del requisito per l'esecuzione in proprio.

13.- Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso deve essere rigettato.

14.- La complessità e la parziale novità delle questioni trattate danno luogo alle gravi ed eccezionali ragioni per compensare le spese del giudizio tra tutte le parti, compresa quella priva di legittimazione passiva, ai sensi degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 92, comma 2, c.p.c.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così statuisce:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Assessorato alle infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana - UREGA sezione provinciale di Agrigento;
- rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Nicolò Monteleone, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Giuseppe La Greca, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 23 MAG. 2014.

Consiglio di Stato sez. III 07/04/2014, N. 1636

L'istituto dell'avvalimento, che è volto a consentire a un imprenditore di avvalersi dei requisiti posseduti da altri ai fini della partecipazione ad una gara, va tenuto distinto dal **subappalto**, che è invece un contratto che riguarda la fase (successiva) dell'esecuzione del contratto; peraltro l'impresa ausiliaria ben può, ai sensi dell'art. 49 comma 10, c.p.a. assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati ed ovviamente nei limiti entro i quali è ammesso il contratto di **subappalto**.

³⁵
¹⁷ REPUBBLICA ITALIANA
³⁵
¹⁷ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
³⁵
¹⁷ Il Consiglio di Stato

³⁵
¹⁷ in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

³⁵
¹⁷ ha pronunciato la presente

³⁵
¹⁷ SENTENZA

³⁵
¹⁷ sul ricorso numero di registro generale 8061 del 2013, proposto da:

³⁵
¹⁷ Rivoira S.p.A., in persona del rappresentante legale p.t., in proprio

³⁵
¹⁷ e quale componente di R.T.I. con Siad S.p.A. e Delta P S.r.l.,

³⁵
¹⁷ rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto

³⁵
¹⁷ in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

³⁵
¹⁷ contro

³⁵
¹⁷ Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, in persona del legale

³⁵
¹⁷ rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Sergio

35 Carnevale e Alessandro Cannone, con domicilio eletto presso Sergio
17 Carnevale in Roma, via dei Dardanelli n. 46;
35 nei confronti di
17 Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
35 rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi e Maria Rosaria
17 Ambrosini, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via
35 Federico Confalonieri, n. 5;
17 per la riforma
35 della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione
17 I, n. 2306 del 15 ottobre 2013, resa tra le parti, concernente
35 l'aggiudicazione della gara per la fornitura di gas per uso medico, i
17 controlli analitici e le manutenzioni degli impianti di diversi
35 presidi ospedalieri.
17 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
35 Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera
17 di Desio e Vimercate e di Sapio Life S.r.l.;
35 Viste le memorie difensive;
17 Visti tutti gli atti della causa;
35 Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;
17 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2014 il Cons.
35 Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Andrea Zanetti,
17 Alessandro Cannone e Andrea Manzi;
35 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35
17 **Fatto**

35
17 **FATTO e DIRITTO**

1.- La società Sapio Life è risultata aggiudicataria del lotto 2 della gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, per la fornitura di gas medicali e tecnici, la manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione e per il servizio di analisi dei gas medicinali per i diversi presidi ospedalieri dell'Azienda.

2.- La società Rivoira, classificatasi al secondo posto della graduatoria per il lotto 2, in R.T.I. con le società Siad e Delta P, ha impugnato l'esito della gara davanti al T.A.R. per la Lombardia sostenendone l'illegittimità.

3.- Il T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, con ordinanza n. 85 del 13 gennaio 2011 ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati. Tale decisione è stata confermata da questa Sezione con ordinanza n. 536 del 4 febbraio 2011.

Il 20 aprile 2011 è stato quindi stipulato fra le parti il contratto e l'appalto è stato eseguito dall'aggiudicataria Sapio Life.

Il T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, con sentenza della Sezione I, n. 2306 del 15 ottobre 2013, ha poi respinto nel merito il ricorso proposto.

4.- La società Rivoira ha appellato l'indicata sentenza del T.A.R. per la Lombardia sostenendone l'erroneità sotto diversi profili.

5.- Con il primo motivo ha sostenuto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto infondato il suo primo motivo di ricorso.

La società Rivoira ha ricordato che, in adesione alle norme di legge, il regolamento di gara prevedeva che sia il concorrente sia l'eventuale impresa ausiliaria presentassero la specifica dichiarazione in merito al rispetto della normativa sui disabili, di cui all'art. 17 della legge n. 68 del 1999, attraverso l'utilizzo del modello di dichiarazione di cui all'allegato 2 dello stesso regolamento di gara. Tuttavia tutte e tre le imprese ausiliarie, di cui Sapio Life aveva dichiarato di avvalersi ai fini della partecipazione alla gara (Sapio Produzione Idrogeno e Ossigeno, Eurogas e Gascar), avevano omesso di produrre la dichiarazione che era prescritta, a pena di esclusione.

5.1.- Né, ha aggiunto l'appellante, tale carenza dichiarativa poteva essere sanata dalla generica dichiarazione, rilasciata dalle tre ausiliarie, di "essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38" del codice dei contratti, come affermato dal T.A.R., posto che la necessità di una specifica dichiarazione è prevista dall'art. 17 della legge n. 68 del 1999 e tenuto conto che è lo stesso art. 38 a prevedere l'esclusione dalla gara nel caso di mancata presentazione della certificazione.

5.2.- Peraltro tale obbligo incombeva anche sull'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006 e tenuto conto che il regolamento di gara prevedeva che anche l'eventuale ausiliaria doveva presentare la dichiarazione di cui al citato allegato 2.

5.3.- La presentazione anche da parte delle ausiliarie della specifica dichiarazione prevista dall'art. 17 della legge n. 68 del 1999 non costituiva, quindi, un inutile aggravamento del procedimento (o un inutile orpello burocratico), come sostenuto dal T.A.R., ma un requisito di partecipazione alla gara la cui allegazione ab origine era richiesta, a pena di esclusione, anche per le ausiliarie.

6.- Il motivo non è fondato e deve essere respinto.

Si deve, innanzitutto, ricordare che, per la partecipazione alle gare pubbliche, occorre presentare, ai sensi dell'art. 38, lett. l, del d.lgs. n. 163 del 2006, anche la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (sul rispetto della normativa sui disabili). Secondo quanto stabilito dal comma 2 del medesimo articolo, tale certificazione può essere peraltro sostituita da una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso della certificazione.

Come ha ricordato il T.A.R. nella sentenza appellata, in base al disposto degli artt. 38 e 49 del codice dei contratti pubblici, tutti i soggetti, che a qualunque titolo concorrono ai pubblici appalti, e quindi anche gli ausiliari in sede di avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti generali previsti dal citato art. 38, e devono anche dichiarare il possesso di tali requisiti.

6.1.- Nel caso di specie, le citate imprese ausiliarie di Sapio Life hanno dichiarato di essere in possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti, sia pure senza specificare di aver rispettato le disposizioni in favore dei disabili.

6.2.- Ciò stante, considerato che, come sottolineato dal T.A.R. per la Lombardia, la disciplina di gara si limitava a richiedere, per le imprese ausiliarie, nel punto C), una dichiarazione attestante il possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti (senza prevedere la loro specifica elencazione), si deve ritenere del tutto legittima la mancata esclusione dalla gara della Sapio Life. Peraltro è incontestato, come affermato dal giudice di primo grado, che tutte le imprese ausiliarie di Sapio Life fossero, sotto il profilo sostanziale, rispettose delle norme sul diritto al lavoro dei disabili.

6.3.- In assenza di un'apposita prescrizione più rigorosa, contenuta nel bando o nel disciplinare di gara, il concorrente ad una gara può infatti attestare, ai sensi del comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti, il possesso dei requisiti di partecipazione di carattere generale (previsti dal comma 1 dello stesso art. 38) mediante una (complessiva) dichiarazione sostitutiva, in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. n. 445 del 2000).

6.4.- Pertanto, nella fattispecie, correttamente è stata ritenuta sufficiente (dalla stazione appaltante e dal T.A.R.) la dichiarazione, resa da ciascuna delle imprese ausiliarie di Sapio Life, di essere in possesso di tutti i requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti, incluso (ovviamente) quello previsto dalla lettera l) riguardante il rispetto delle disposizioni sui disabili.

6.5.- Ciò, ovviamente, ai soli fini dell'ammissione alla gara e fermo restando il dovere dell'amministrazione di verificare successivamente l'effettiva sussistenza di tutti i requisiti dichiarati.

7.- Con il secondo motivo la società Rivoira ha sostenuto l'erroneità della sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha ritenuto infondato il secondo motivo di ricorso.

La società Rivoira ha sostenuto che Sapio Life doveva essere esclusa dalla gara non potendosi ritenere possibile l'avvalimento per le attestazioni e le certificazioni che attengono a requisiti soggettivi dell'impresa e che sono necessari ex lege per lo svolgimento dell'attività posta in gara.

In particolare, Sapio Life doveva essere esclusa perché è ricorsa all'avvalimento anche con riferimento alle richieste certificazioni di qualità UNI EN ISO 9001:2008 e UNI EN ISO 13485:2004.

7.1.- La società Rivoira ha aggiunto che, nella fattispecie, non era necessario produrre in gara il contratto di avvalimento, in quanto Sapio Life e la sua ausiliaria fanno parte dello stesso gruppo, tuttavia Sapio Produzione Idrogeno e Ossigeno, nella sua dichiarazione di avvalimento, ha affermato, in modo del tutto generico, di mettere a disposizione della Sapio Life tutte le certificazioni possedute ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di gara. E in tale dichiarazione non vi è, secondo l'appellante, alcuna specifica indicazione delle risorse di cui è carente la Sapio Life.

7.2.- La società Rivoira ha poi sostenuto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che Sapio Life era comunque in possesso delle certificazioni e abilitazioni richieste a pena di esclusione.

8.- Al riguardo, si deve ricordare che la disciplina di gara prevedeva, ai fini dell'ammissione, il possesso di numerose certificazioni e abilitazioni (pagine 10 e 11 del Regolamento di gara) e precisava che, in caso di RTI, il possesso di tali certificazioni ed abilitazioni doveva essere dimostrato dall'impresa che all'interno del raggruppamento si sarebbe occupato delle attività per le quali le certificazioni sono richieste (pag. 11 del Regolamento).

8.1.- Il T.A.R. per la Lombardia, dopo aver ricordato che, nelle gare d'appalto, l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione, consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ha poi affermato, sul punto, di condividere "l'orientamento secondo cui tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento e, quand'anche la certificazione di qualità riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento".

8.2.- In proposito l'art. 49, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, in applicazione di quanto previsto dall'art. 48, Par. 3) della dir. n. 2004/18/CE, prevede che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. L'art. 49, al comma 2, aggiunge che chi intende fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per la partecipazione alla gara, deve indicare l'impresa ausiliaria con i relativi requisiti, deve dichiarare di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 e, per quel che qui interessa, deve allegare una dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

8.3.- Sulla base di tali disposizioni la giurisprudenza ampiamente prevalente ha affermato che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale e deve ritenersi ammesso, senza rilevanti preclusioni, per ogni tipo di requisito tecnico professionale o finanziario (Corte Giustizia UE, 10 ottobre 2013, causa C94/12), limitandosi a richiedere la specificità dell'indicazione dei requisiti utilizzati e dell'impresa ausiliaria.

Del resto l'avvalimento ha la funzione di consentire la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 5161 del 1° ottobre 2012).

8.4.- Questa Sezione, con una recente pronuncia (citata in memoria dall'appellante) ha peraltro sostenuto che la certificazione di qualità aziendale - che rientra fra i requisiti soggettivi di carattere tecnico, essendo finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio da parte dell'impresa secondo un livello qualitativo minimo, accertato da un organismo qualificato sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro - non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a

disposizione dell'intero complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, essendo il relativo certificato inerente ad un determinato sistema aziendale e preordinato a garantire un elevato livello di esecuzione del rapporto contrattuale (Consiglio di Stato, sez. III n. 887 del 25 febbraio 2014).

In tale decisione si è, infatti, osservato che "l'intima connessione tra qualità e status... dell'impresa ausiliaria comporta che l'una non è cedibile ad altre organizzazioni se non congiuntamente all'altro, ossia in una con l'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità".

8.5.- Tale decisione risulta del tutto coerente con la precedente sentenza, n. 2344 del 18 aprile 2011, con la quale questa Sezione aveva affermato che l'istituto dell'avvalimento può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità", atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale, ma che tuttavia è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.

9.- Ciò chiarito, ritiene la Sezione che, nella fattispecie, non siano state violate le citate disposizioni dettate in materia di avvalimento, come interpretate dalla giurisprudenza di questa Sezione, né le regole di partecipazione alla gara, dettate dalla stazione appaltante, in relazione alla dimostrazione del possesso dei requisiti di qualità aziendale.

9.1.- La società Sapio Life e le due società del gruppo Sapio ausiliarie (Sapio Produzione Idrogeno e Ossigeno e Gascar) disponevano, infatti, di tutte le certificazioni di qualità e di tutte le autorizzazioni necessarie per l'esecuzione dell'appalto in questione.

In particolare, Sapio Life si è avvalsa, anche per l'esecuzione dell'appalto, della Sapio Produzione Idrogeno e Ossigeno e della società Gascar che fanno parte di uno stesso gruppo che dispone di un sistema di qualità aziendale che risulta evidentemente a disposizione di tutte le singole imprese che ne fanno parte. Ciò del resto costituisce uno dei vantaggi dell'appartenenza di più società ad un unico gruppo aziendale.

Deve ritenersi quindi rispettata l'esigenza dettata dalla stazione appaltante di far eseguire l'appalto (nelle sue diverse componenti) ad un soggetto che nelle sue articolazioni (anche dotate di autonoma soggettività giuridica) era in possesso di adeguata qualità aziendale.

10.- Con il terzo motivo di appello la società Rivoira ha sostenuto l'erroneità della sentenza del T.A.R. per la Lombardia nella parte in cui ha ritenuto infondato il terzo motivo di ricorso.

La società Rivoira aveva lamentato che Sapio Life, con la sua dichiarazione di avvalimento, aveva determinato, in realtà, una sua sostituzione integrale nell'esecuzione dell'appalto con la società Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno, in violazione dell'art. 49, comma 10, del d. lgs. n. 163 del 2006, secondo cui il contratto è, in ogni caso, eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, e del successivo art. 118 del codice dei contratti, che ammette il **subappalto** nei limiti del 30%.

Secondo l'appellante, Sapio Life non ha dichiarato di avvalersi di Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno al fine di avere a disposizione requisiti non posseduti e necessari per poter partecipare alla gara ma ha prodotto una dichiarazione con la quale ha ammesso che sarebbe stata Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno, con tutti i propri mezzi, a svolgere l'appalto, pur essendo Sapio Life la partecipante alla gara.

11.- La censura è infondata.

Come ha giustamente osservato il T.A.R., occorre distinguere l'istituto dell'avvalimento, che è volto a consentire a un imprenditore di avvalersi dei requisiti posseduti da altri ai fini della partecipazione ad una gara, dal **subappalto**, che è invece un contratto che riguarda la fase (successiva) dell'esecuzione del contratto.

Peraltro l'impresa ausiliaria ben può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (art. 49, comma 10, del codice dei contratti) ed ovviamente nei limiti entro i quali è ammesso il contratto di **subappalto**.

11.1.- Ciò chiarito, nella fattispecie, ai fini della partecipazione alla gara, Sapiro Life ha dimostrato la disponibilità di tutti i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto (anche servendosi della struttura organizzativa e dei prodotti del gruppo di cui fa parte). Ciò, come affermato dal T.A.R., "non contraddice in alcun modo l'impegno (contrattuale) assunto quale esecutrice dell'appalto".

11.2.- Né risulta in alcun modo provato che, in concreto, nell'esecuzione dell'appalto le suddette disposizioni siano state violate.

12.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

³⁵₁₇ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore di ciascuna delle parti resistenti di Euro 3.500,00 (per un totale di Euro 7.000,00, per le spese e competenze del grado di appello).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 07 APR. 2014

T.A.R. Bari (Puglia) sez. II , 27/03/2014, 393

Anche per il **subappalto** dei lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria da parte di impresa priva della relativa qualificazione, deve trovare applicazione la disciplina generale di cui all'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, che non impone l'obbligo di indicare il nominativo dei subappaltatori, né a maggior ragione, i loro requisiti soggettivi generali e di qualificazione, ma si limita a richiedere al concorrente l'indicazione della volontà di subappaltare, rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di **subappalto** e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006, in capo alle imprese subappaltatrici.

³⁵

₁₇

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 945 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ipomagi S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Bonanni, con domicilio eletto presso Luigi D'Ambrosio in Bari, piazza

35 Garibaldi, 23;
17
35 contro
17
35 Comune di Capurso, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cozzi,
17 con domicilio eletto presso Giuseppe Cozzi in Bari, corso Cavour 31;
35 nei confronti di
17
35 De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv.
17 Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Francesco Paolo
35 Bello in Bari, via P. Amedeo, 82/A; Mg Impianti S.r.l.;17 per l'annullamento
35
17 previa adozione delle opportune misure cautelari
35 del provvedimento con cui il Comune di Capurso ha disposto, nei
17 confronti della Ipomagi S.r.l. e di ulteriori 26 concorrenti,
35 l'esclusione dalla gara avente ad oggetto "Lavori di realizzazione
17 verde pubblico attrezzato e valorizzazione ambientale del Piano di
35 Zona 167";
17 nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti,
35 ancorché attualmente non conosciuti;
17
35 NONCHÉ PER LA CONDANNA
17 dell'Amministrazione intimata a risarcire il danno cagionato alla
35 ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente
17 monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa, previa
35 per quanto occorra dichiarazione di inefficacia del contratto
17 eventualmente stipulato con la controinteressata;
35 Visti il ricorso, il ricorso incidentale i motivi aggiunti e i
17 relativi allegati;
35 Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Capurso e di
17 De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l.;35 Viste le memorie difensive;
17 Visti tutti gli atti della causa;
35 Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;17 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 la
35 dott.ssa Flavia Riso e uditi per le parti i difensori avv. Elda
17 Pastore, su delega dell'avv. Alessandro Bonanni, avv. Giuseppe Cozzi
35 e avv. Saverio Nitti, su delega dell'avv. Francesco Paolo Bello;
17 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35 **Fatto**

17

Il Comune di Capurso, con bando pubblicato il 18.04.2013 ha indetto una procedura di gara aperta avente ad oggetto l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, dei "Lavori di realizzazione verde pubblico attrezzato e valorizzazione ambientale aree del piano di zona 167" (Categoria prevalente Verde e arredo urbano OS24, classifica II; Categorie scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria Strade etc., OG3, classifica I e Impianti di pubblica illuminazione, OG10, classifica I) per un importo di € 446.242,68 di cui € 12.750, 96 oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso. Durante la seduta di gara pubblica tenutasi il 03.06.2013, il Presidente del seggio ha ammesso con riserva alla gara la società Ipomagi S.r.l. e altre 26 concorrenti. Nella successiva seduta del 04.06.2013 il Presidente del seggio di gara ha sciolto le riserve "concludendo di escludere tutte le imprese che non hanno indicato nell'offerta i costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale" e, dopo aver proceduto al calcolo della soglia di anomalia delle offerte, ha individuato quale aggiudicatario

provvisorio il concorrente De Grecis Cos.E.Ma Verde S.r.l., la cui offerta risultava essere la migliore tra quelle non giudicate anomale.

La società Ipomagi S.r.l., con ricorso ritualmente notificato e depositato, ha impugnato il provvedimento con cui il Comune di Capurso ha disposto, nei confronti della società medesima e di ulteriori 26 concorrenti, l'esclusione dalla gara, nonché gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, chiedendo altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Avverso il provvedimento di esclusione impugnato la ricorrente deduce i seguenti motivi di censura:

- 1) Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, concorrenza, massima partecipazione alla gara, favor participationis, tassatività delle cause di esclusione;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 46, 64, 86 e 87 del D.Lgs. 163/2006, nonché all'art. 26 del D.Lgs. 81/2008;
- 3) Violazione della lex specialis di gara, con riferimento ai parr. 3 e 9 del disciplinare di gara nonché al modello per la presentazione dell'offerta allegato allo stesso disciplinare;
- 4) Violazione del "bando-tipo" approvato dall'A.V.C.P.;
- 5) Eccesso di potere per contraddittorietà, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante con atto depositato in data 26.08.2013.

L'aggiudicataria si è costituita in giudizio con atto depositato in data 30.07.2013 e, successivamente, ha spiegato ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato e integrato da motivi aggiunti sostenendo che la società Ipomagi S.r.l. avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla procedura di gara "per il mancato possesso della categoria di qualificazione OG10 (richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione) e per la mancata produzione in sede di gara della dichiarazione del subappaltatore richiesta dal punto 4.5 del disciplinare di gara ovvero per la produzione di una dichiarazione del subappaltatore manchevole del documento d'identità del sottoscrittore (come tale inesistente) e, peraltro, priva della dichiarazione in ordine alla categoria di qualificazione posseduta dallo stesso".

Sulla scorta delle censure dirette a contestare l'illegittimità del provvedimento di esclusione contenute nel ricorso principale, è stata accordata tutela cautelare, giusta ordinanza di questo Tribunale (Sezione unica) n. 469/2013, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 4686/2013.

All'udienza del 27 febbraio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Su richiesta delle parti è stato pubblicato il dispositivo (n. 287 del 28 febbraio 2014).

³⁵₁₇ **Diritto**

1. - L'esame della controversia non può che prendere le mosse dal ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti presentato dalla società De Grecis Cos.E. Ma. Verde S.r.l. poiché la sua eventuale fondatezza determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale per il venir meno della legittimazione ad agire, nonché dell'interesse a ricorrere della società Ipomagi S.r.l. Sul punto si richiama il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2014 "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario - in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione - deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale..."(Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sentenze 4 del 2011, 7 e 9 del 2014). Le censure sollevate con il ricorso incidentale rivestono pertanto priorità logica. La controinteressata in via incidentale chiede l'annullamento:

- del verbale del 27.05.2013 nella parte in cui il seggio di gara ha ritenuto che la società Ipomagi S.r.l. abbia presentato la documentazione conforme a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare, ammettendo così la stessa al prosieguo della gara;
- del verbale del 3.6.2013 nel quale il seggio di gara ha proceduto all'apertura dell'offerta economica della società Ipomagi S.r.l.;
- del verbale del 4.6.2013, nella parte in cui, dopo lo scrutinio della documentazione amministrativa, è stata ritenuta legittima l'ammissione della società Ipomagi S.r.l. alla procedura di gara;
- del provvedimento tacito con cui è stata disposta l'approvazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione provvisoria, nella parte in cui è stata approvata l'ammissione alla gara della ricorrente principale all'esito dell'apertura della documentazione amministrativa ed è stata disposta l'apertura della sua offerta economica, nonché di tutti gli atti presupposti e consequenziali.

Nessuno dei due motivi adottati con il ricorso incidentale può tuttavia trovare accoglimento.

1.1.- Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente incidentale sostiene che la società Ipomagi S.r.l. avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa in quanto le autocertificazioni e le dichiarazioni dell'impresa subappaltatrice dei lavori appartenenti alla categoria OG10 (lavori per i quali la società Ipomagi S.r.l. non possiede la relativa qualificazione), in violazione sia degli artt. 47 e 38 del D.P.R. n. 445/2000, sia del disciplinare di gara, non sarebbero corredate dalla fotocopia di un documento di identità del sottoscrittore.

Deve subito essere evidenziato, in punto di fatto, che la società Ipomagi S.r.l. nella memoria di controdeduzioni al ricorso incidentale, ha affermato che il documento d'identità era stato senz'altro prodotto in calce alle dichiarazioni del subappaltatore. Tale affermazione risulta confermata dal verbale di gara del 27.05.2013, in virtù del quale la documentazione amministrativa presentata dalla società Ipomagi S.r.l. era "conforme a quanto richiesto da bando e dal disciplinare di gara".

Il disciplinare di gara (punto 5), lett. c. 1) prescrive l'allegazione alle dichiarazioni di una fotocopia del documento di riconoscimento del sottoscrittore o dichiarante. Pertanto, in base allo stesso verbale di gara si deve ritenere presentata anche la fotocopia del documento di identità del subappaltatore.

Non solo, nelle autocertificazioni e dichiarazioni l'impresa subappaltatrice dichiara testualmente di allegare copia di un proprio documento di riconoscimento in corso di validità e il documento di identità del subappaltatore risulta presente anche nella copia dell'offerta che la stessa Ipomagi S.r.l. ha conservato ed ha allegato alla memoria di controdeduzioni, nonché nella copia delle dichiarazioni del subappaltatore depositata dalla ricorrente principale in data 26.08.2013. Senonché, in data 6.2.2014 la controinteressata ha prodotto una nota del Comune datata 26.09.2013 (data successiva alla proposizione del ricorso principale), redatta sotto forma di verbale e firmata dal Responsabile Unico del Procedimento, dal Capo Servizio Amministrativo del Settore lavori pubblici e dal presidente del c.d.a., nonché legale rappresentante della Impresa De Grecis Cos. e. ma. Verde S.r.l., attestante la mancanza del documento di identità del sottoscrittore nelle dichiarazioni della società subappaltatrice.

Tale attestazione, oltre ad essere stata redatta in un momento successivo all'apertura delle buste esterne e ad essere in palese contraddizione con quanto dichiarato nel verbale di gara del 27.05.2013, non è stata redatta in contraddittorio tra le parti interessate. Considerato che da quanto attestato nel verbale di gara del 27.05.2013 emerge la completezza della documentazione presentata dalla società Ipomagi S.r.l. (infatti la stessa non è stata esclusa per carenza documentale), il Comune avrebbe dovuto quantomeno invitare la società medesima e ricostituire il contraddittorio tra le parti, prima di sconfessare a posteriori l'esito degli accertamenti sulla adeguatezza della documentazione presentata dalle imprese concorrenti racchiuso nel verbale citato..

Ne consegue che l'attestazione del Comune prodotta dalla controinteressata in data 6.2.2014 non ha la forza di sostituire (rectius cancellare) quanto risultante dal verbale del 27.05.2013 circa la completezza della documentazione presentata dalla società Ipomagi S.r.l.

Pertanto, il verbale di gara del 27.05.2013, quale atto pubblico, fa prova, fino a querela di falso, della circostanza che Ipomagi S.r.l. abbia presentato la documentazione conforme a quanto richiesto del bando e dal disciplinare di gara.

Anche se si dovesse tenere in considerazione l'attestazione circa la mancata presentazione del documento di identità da parte della società subappaltatrice, la società Ipomagi S.r.l. non avrebbe comunque potuto essere esclusa per tale omissione.

La censura addotta dalla ricorrente incidentale dà per presupposto l'obbligo, a pena di esclusione, della società Ipomagi S.r.l. di indicare il nominativo, nonché i requisiti soggettivi generali e di qualificazione della società a cui la ricorrente intendeva subappaltare i lavori di cui alla categoria OG10.

Prioritariamente, pertanto, la questione d'affrontare è se il combinato disposto di cui agli artt. 118, comma secondo, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e 92, 108 109 del D.P.R. 207/2010 per il caso in cui la concorrente risulti sfornita in proprio della qualificazione per i lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria che dichiara di voler subappaltare, imponga già in sede di presentazione delle offerte l'individuazione e l'indicazione nominativa dei subappaltatori, nonché dei relativi requisiti soggettivi generali e di qualificazione come sostiene una parte della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508, nonché T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 16 aprile 2013, n. 565, T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 1173 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1 luglio 2011, n. 5806).

Per esaminare la questione risulta opportuno procedere ad un breve inquadramento normativo.

L'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 fissa la disciplina generale del **subappalto** nell'ambito dei contratti pubblici e dispone che "tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili...", stabilendo, tra l'altro, quale condizione di legittimità del **subappalto** medesimo "che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario...all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere... che intendono subappaltare...". L'art. 118 si limita, quindi, a richiedere l'indicazione della volontà di subappaltare rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di **subappalto** e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali delle imprese subappaltatrici le quali, a differenza di quanto accade nell'avvalimento, non devono essere preventivamente individuate in sede di offerta.

L'art. 92 del D.P.R. 207/2010 rubricato "Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti" che si inserisce nel Capo IV rubricato "Soggetti abilitati ad assumere lavori" del Titolo III rubricato "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori" indica i requisiti necessari per la partecipazione alle gare e al comma 1, dispone che "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

La norma su richiamata, pertanto, consente ad un'impresa che non sia in possesso dei requisiti relativi alle categorie scorporabili di partecipare comunque alla gara alla sola ed esclusiva condizione che la stessa posseda i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori.

L'art. 108 del Regolamento, rubricato "Condizioni per la partecipazione alle gare" prevede che nel bando di gara debba essere indicato "l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto...nonché le ulteriori categorie generali e specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro, con i relativi importi che sono scorporabili e che a scelta del concorrente, sono subappaltabili...con i limiti di cui all'art. 109", precisando che tali ulteriori categorie generali o specializzate "sono quelle ... di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro".

Da ultimo, l'art. 109 del Regolamento, rubricato "Criteri di affidamento delle opere generali e delle opere specializzate non eseguite direttamente", si riferisce ai requisiti necessari non per la

partecipazione, ma per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, distinguendo l'esecuzione di prestazioni c.d. a qualificazione non obbligatoria (che potranno essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della sola categoria prevalente anche se sprovvisto delle relative qualificazioni), dall'esecuzione di prestazioni c.d. a qualificazione obbligatoria (che, invece, non potranno essere eseguite direttamente dall'affidatario qualificato nella sola categoria prevalente se sprovvisto della qualificazione nella relativa categoria, ma che sono subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni).

Il tenore letterale dell'art. 92 e dell'art. 109 (l'art. 92 fa riferimento al "concorrente" mentre l'art. 109 all'"affidatario"), nonché i Titoli ai quali tali articoli si riferiscono (l'art. 92 al Titolo "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori" e l'art. 109 al Titolo "Sistemi di realizzazione dei lavori e selezione delle offerte") evidenziano che gli stessi attengono a due fasi ben distinte dell'appalto e, più precisamente, l'art. 92 alla fase di partecipazione alla gara e l'art. 109 alla fase di esecuzione.

Pertanto, anche per il **subappalto** dei lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria da parte di impresa priva della relativa qualificazione (come nel caso di specie) deve trovare applicazione la disciplina generale di cui all'art. 118.

La norma, come già osservato, non impone l'obbligo di indicare il nominativo dei subappaltatori, né a maggior ragione, i loro requisiti soggettivi generali e di qualificazione, ma si limita a richiedere al concorrente l'indicazione della volontà di subappaltare, rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di **subappalto** e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006, in capo alle imprese subappaltatrici.

Quindi, le norme vigenti in materia di **subappalto**, a differenza dal caso di avvalimento (dove la società ausiliaria deve essere preventivamente indicata in sede di offerta), non richiedono che le società subappaltatrici debbano essere preventivamente individuate in sede di offerta.

La diversa disciplina si spiega per la diversa natura dei due istituti. Infatti, l'avvalimento è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara, mentre il **subappalto**, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori; infatti, la società ausiliaria non è un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare sia verso l'impresa concorrente sia - solidalmente - verso la stazione appaltante. Nel **subappalto**, invece, il soggetto responsabile verso la stazione appaltante è la sola impresa appaltatrice, mentre il subappaltatore rimane estraneo alla procedura di gara e compare solamente in fase esecutiva.

È stato correttamente osservato che le norme in materia di **subappalto** costituiscono l'esito di una consapevole operazione legislativa che si è concretizzata nella soppressione (da parte dell'art. 9, comma 66, della legge 18 novembre 1998, n. 415) dell'obbligo d'immediata indicazione dei subappaltatori, previsto nell'art. 34, primo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 29 maggio 2013, n. 859).

L'interpretazione letterale, sistematica e storica delle norme citate induce quindi ad escludere che le disposizioni vigenti prescrivano l'obbligo di indicare il nominativo dei subappaltatori, nonché i loro requisiti soggettivi generali e di qualificazione.

Tale conclusione deve ritenersi estesa anche al caso di **subappalto** di lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria da parte di impresa priva della relativa qualificazione in quanto il legislatore non introduce, sotto tale profilo, alcuna distinzione tra diverse tipologie di **subappalto** e quod voluit dixit, quod non dixit noluit.

In conclusione, il combinato disposto dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e degli artt. 92, 108 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010 consente ai concorrenti che siano sprovvisti della relativa qualificazione di subappaltare i lavori rientranti nelle categorie non prevalenti e scorporabili a qualificazione obbligatoria, fermo restando l'obbligo di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso delle relative qualificazioni.

In questo caso, "quando il **subappalto** è utilizzato come strumento d'integrazione della qualificazione, espressamente il legislatore ha preteso (unicamente) che l'importo delle categorie

subappaltate debba essere compensato attraverso un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, senza richiedere anche l'indicazione del nominativo del subappaltatore in fase di gara" (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 29 maggio 2013, n. 859).

Attraverso questo meccanismo si garantisce la tutela della stazione appaltante circa la sussistenza della complessiva capacità economico-finanziaria in capo all'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963; 26 marzo 2012, n. 1726).

Tale interpretazione è confermata altresì dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture che con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici", in conformità all'art. 92 del D.P.R. n. 207 del 2010, rammenta che "La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa". Secondo l'Autorità, l'esclusione potrà essere disposta dalla stazione appaltante solo nel caso in cui "il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro **subappalto**".

Nello stesso senso l'AVCP si è espressa con i successivi pareri n. 165 del 10 ottobre 2012; n. 187 del 7 novembre 2012 e n. 70 del 9 maggio 2013.

Con tali pareri l'Autorità ha precisato che "in virtù della normativa in esame e del principio di tassatività della clausole di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006 potrà costituire causa di esclusione la violazione dell'obbligo, sancito dal legislatore, di indicare in sede di offerta la prestazione che il concorrente intende subappaltare e non la mancata identificazione dell'impresa subappaltatrice".

Il diverso orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 16 aprile 2013, n. 565) secondo il quale, nel caso di **subappalto** di lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria da parte di impresa priva della relativa qualificazione, vige l'obbligo di indicare in sede di offerta il nominativo, nonché i requisiti del subappaltatore, presuppone una distinzione e un diverso regime applicativo tra il **subappalto** dell'impresa in possesso di tutte le qualificazioni SOA (c.d. "**subappalto** facoltativo") e il **subappalto** dell'impresa che invece è priva della qualificazione per i lavori scorporabili o totalmente subappaltabili a qualificazione obbligatoria (c.d. "**subappalto** necessario"), distinzione che non trova alcuna conferma nella normativa vigente. Come osservato da questa sezione "per aderire a tale tesi, occorrerebbe ammettere che una ricostruzione di natura sistematico-teleologica, seppur pregevole e autorevole, possa prevalere sulla legge stessa" (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 29 maggio 2013, n. 859).

L'identificazione del subappaltatore, nonché il controllo sulla sussistenza dei relativi requisiti soggettivi di ordine generale e di qualificazione è rimandata pertanto al momento dell'esecuzione. Infatti, ai sensi dell'art. 118 del decreto legislativo n. 163/2006, l'affidatario, al momento del deposito del contratto di **subappalto** presso la stazione appaltante, deve consegnare altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti soggettivi generali e di qualificazione richiesti in relazione alla prestazione subappaltata e, in caso di accertata mancanza di tali qualità, l'impresa aggiudicataria non otterrà dalla stazione appaltante la relativa autorizzazione. Passando all'analisi della lex specialis, per quanto riguarda la capacità tecnica, il bando di gara richiedeva: "a) l'attestazione SOA nella categoria prevalente OS24 in classifica II; oppure in classifica ridotta degli importi delle categorie scorporabili per le quali è posseduta la relativa qualificazione in classifica adeguata; a. 1) attestazione SOA nelle categorie scorporabili OG3 ed OG10 in classifica I; in alternativa obbligo di dichiarare il **subappalto** delle predette categorie; a. 2)

in ogni caso obbligo di dichiarare il **subappalto** delle categorie scorporabili OG3 e OG10 se non è posseduta la relativa qualificazione; a. 3) in ogni caso i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti direttamente devono essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente". La società Ipomagi S.r.l., risulta essere in proprio in possesso della qualificazione SOA nella categoria prevalente dell'appalto (OS24 - classifica V) in misura idonea a soddisfare l'intero importo del contratto, così come previsto dall'art. 92 del D.P.R. 207/2010. Per quanto riguarda le lavorazioni a qualificazione obbligatoria di cui la società Ipomagi S.r.l., non possiede le relative qualificazioni (OG10) e che pertanto, ai sensi dell'art. 109, comma 2 non può eseguire direttamente, la società Ipomagi S.r.l.:

1) formulava la dichiarazione di **subappalto** ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 così come previsto dal punto a. 2) della sezione "III. 2.3) Capacità tecnica" del bando di gara;

2) indicava l'impresa subappaltatrice e allegava le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti così come richiesto dal punto VI. 3 lett. e) del bando di gara e dal punto 4.5 del disciplinare.

In merito è necessario precisare che la prescrizione di cui al punto VI. 3 lett. e) del bando di gara e di cui al punto 4.5 del disciplinare non può essere interpretata come imposta a pena di esclusione.

Se così fosse la clausola contenuta al punto VI. 3 lett. e) del bando di gara e al punto 4.5 del disciplinare dovrebbe ritenersi nulla ai sensi del comma 1-bis dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006 (introdotto dall'art. 4, comma secondo, lett. d), n. 2), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106), che ha affermato nel nostro ordinamento il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione dai pubblici appalti.

La sanzione della nullità deve ritenersi estesa anche alla clausola contenuta alla lettera c 8) del punto 5 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede l'esclusione nel caso in cui "uno o più d'uno dei subappaltatori incorrono in una delle condizioni di esclusione di cui alla presente lettera c), punti c. 1)...", dove il punto c. 1) ricomprende tra le cause di esclusione la presentazione di dichiarazioni "non corredate, anche cumulativamente, da almeno una fotocopia del documento di riconoscimento di ciascun sottoscrittore o dichiarante".

Ai sensi della norma sopra richiamata la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di:

a) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice dei contratti pubblici e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti;

b) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta;

c) difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;

d) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Al fine di assicurare il rispetto di tale principio, l'articolo 64 del decreto legislativo n. 163/2006 è stato integrato con il comma 4-bis (sempre ad opera dell'art. 4, comma secondo, lett. h), D.L. 13 maggio 2011, n. 70), che recita "i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo". In base a tale previsione, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha redatto il "bando-tipo", approvato con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, che, nelle "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara", come già sottolineato, afferma esplicitamente "La normativa... non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta ..., ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente..".

Pertanto, poiché il Comune non avrebbe potuto escludere la società Ipomagi S.r.l. per la mancata indicazione dell'impresa subappaltatrice o per la mancata allegazione delle dichiarazioni relative ai

suoi requisiti, a maggior ragione la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la società Ipomagi S.r.l. per non aver allegato la semplice fotocopia di un documento di identità del subappaltatore.

Il primo motivo del ricorso incidentale non può pertanto essere accolto.

1.2. - Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione al secondo motivo del ricorso incidentale.

Con il secondo motivo di ricorso, infatti, l'aggiudicataria sostiene che la società Ipomagi S.r.l. avrebbe dovuto essere comunque esclusa in quanto la società subappaltatrice non avrebbe dichiarato il possesso di alcuna attestazione SOA in violazione della lex specialis, procedendo anzi a "sbarrare" il punto 6 dell'allegato E "Autocertificazioni e dichiarazioni dell'impresa subappaltatrice".

La ricorrente nella memoria di controdeduzioni al ricorso incidentale precisa che il punto 6 dell'allegato E è stato sbarrato dall'impresa subappaltatrice in quanto l'esecuzione dei lavori oggetto di **subappalto** non richiede il possesso della SOA, trattandosi di lavori di valore inferiore a euro 150.000.

Ciò posto, anche tale censura dà per presupposto l'obbligo, a pena di esclusione della ricorrente principale, della società subappaltatrice Mg. Impianti S.r.l. di dichiarare il possesso delle relative qualificazioni.

Tale obbligo, per la controinteressata, discenderebbe dal combinato disposto di:

- punto III. 2.3 del bando di gara (che richiede per la partecipazione alla procedura il possesso di attestazione SOA nella categoria prevalente OS24 in classifica II, nonché attestazione SOA nelle categorie scorporabili OG3 e OG10 in classifica I o in alternativa, obbligo di dichiarare il **subappalto**);

- punto VI. 3 lett. e) del bando di gara (della cui eventuale nullità, nel caso di interpretazione a pena di esclusione, si è già detto) che prevede l'obbligo per i subappaltatori di presentare "dichiarazioni sul possesso dei requisiti di cui ai punti III. 2.1) e III. 2.3)".

Più nello specifico, la clausola contenuta alla lettera c 8) del punto 5 del disciplinare di gara prevede l'esclusione nel caso in cui "uno o più d'uno dei subappaltatori incorrono in una delle condizioni di esclusione di cui alla presente lettera c), punti... c. 2)...", dove il punto c. 2) prevede l'esclusione per i concorrenti che non abbiano dichiarato "il possesso di uno o più d'uno dei requisiti di partecipazione in misura sufficiente oppure non hanno dichiarato il possesso di una o più d'una delle qualificazioni rispetto a quanto prescritto".

Ebbene, la nullità di cui all'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006 deve ritenersi estesa anche alla clausola di cui alla lettera c8) del punto 5 nella parte in cui prevede, a pena di esclusione del concorrente, l'obbligo dell'eventuale società subappaltatrice di dichiarare il possesso delle relative qualificazioni.

Infatti, tale causa di esclusione non è riconducibile a nessuna di quelle tassativamente indicate all'art. 46, comma 1 del D.Lgs. 163/2006. Tale conclusione pare essere confortata dalla posizione assunta dall'Autorità di Vigilanza con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, nonché con i successivi pareri n. 165 del 10 ottobre 2012; n. 187 del 7 novembre 2012 e n. 70 del 9 maggio 2013. Neanche il secondo motivo del ricorso incidentale pertanto merita accoglimento.

1.3. - Per quanto asserito nei motivi aggiunti al ricorso incidentale, è appena il caso di sottolineare che le considerazioni che precedono valgono anche nel caso in cui - anziché la SOA - si ritenesse necessaria, da parte della società subappaltatrice, la sola dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. 207/2010.

Il ricorso incidentale proposto dalla società De Grecis Cos. E. Ma. Verde S.r.l. pertanto deve essere respinto perché infondato.

2.1. Prima di procedere all'esame delle censure articolate nel ricorso principale, è necessario preliminarmente esaminare le eccezioni processuali sollevate dal Comune e dalla controinteressata.

2.1.1. La stazione appaltante, infatti, sostiene che essendo oggetto del ricorso principale solo l'esclusione della società Ipomagi S.r.l. e non quella delle altre 26 concorrenti, anche qualora la

ricorrente fosse riammessa alla gara, la stessa sarebbe esclusa per anomalia della propria offerta e aggiudicataria resterebbe la controinteressata. Conseguentemente, venendo meno l'interesse a ricorrere della società Ipomagi S.r.l., il ricorso principale sarebbe improcedibile. Al fine di dimostrare tale assunto il Comune allega alla memoria di costituzione una tabella di simulazione della graduatoria in caso di riammissione della sola Ipomagi S.r.l.

L'eccezione processuale sollevata dal Comune non merita accoglimento. Oggetto del ricorso presentato dalla Ipomagi S.r.l. è il provvedimento di esclusione nella sua totalità, ivi compresa la parte relativa alla esclusione delle altre 26 concorrenti.

Si chiede infatti l'annullamento "del provvedimento con cui il Comune di Capurso ha disposto, nei confronti della Ipomagi S.r.l. e di ulteriori 26 concorrenti, l'esclusione dalla gara...". A pagina quattro del proprio ricorso, la società Ipomagi S.r.l. afferma l'illegittimità del "provvedimento di esclusione dettato dal Comune di Capurso nei confronti della Ipomagi S.r.l. e di altre 26 imprese concorrenti alla stessa gara".

L'intento poi di impugnare la totalità del provvedimento di esclusione è confermato dal fatto che la ricorrente, nella simulazione di calcolo della soglia di anomalia abbia presupposto la riammissione anche delle altre 26 concorrenti escluse.

La ricorrente non ha dunque limitato l'impugnazione alla parte del provvedimento che la riguardava direttamente, né vi sono nel ricorso espressioni che facciano ritenere sussistente tale limitazione, anzi è chiaro che proprio al fine di ottenere un nuovo calcolo della soglia di anomalia la ricorrente abbia interesse ad estendere la richiesta di annullamento alla totalità del provvedimento.

Non coglie nel segno il Comune quando qualifica il verbale contenente l'esclusione come "atto plurimo". Infatti, l'atto plurimo si caratterizza per essere composto da più parti, tutte indipendenti l'una dall'altra. Le parti costituenti il verbale oggetto di impugnazione, invece, sono tutte interdipendenti: se il verbale in questione si ritiene scindibile in tante parti quante sono le esclusioni disposte con lo stesso, non può non evidenziarsi che tali parti sono tutte riconducibili alla medesima causa di esclusione, vale a dire la mancata indicazione nell'offerta degli oneri della sicurezza.

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune nella memoria di costituzione, non rileva che tutti gli altri concorrenti esclusi abbiano prestato acquiescenza alla disposta esclusione, non avendo presentato ricorso giurisdizionale, ben potendo questi ultimi non avere interesse a far valere giurisdizionalmente tale illegittimità ove il calcolo delle probabilità escluda che la riammissione in gara possa far conseguire loro una qualche utilitas.

Al contrario, tale illegittimità, come qualunque altra illegittimità dell'azione amministrativa, può essere sollevata dagli altri partecipanti alla gara per finalità processuale propria, ove abbia condizionato e direzionato in maniera non corretta l'esito della gara con lesione dell'interesse all'aggiudicazione in proprio favore della gara.

Ed è lo stesso meccanismo di aggiudicazione secondo il criterio del massimo ribasso ad implicare l'interesse dei partecipanti a far valere giudizialmente gli eventuali errori della stazione appaltante in ordine all'ammissione alla gara delle altre imprese, in quanto condizionanti l'esito della gara.

Ovviamente, tale interesse deve essere dimostrato dall'impresa che impugna l'esclusione altrui. Nel caso in esame la società Ipomagi S.r.l. ha dimostrato tale interesse allegando al ricorso principale una simulazione del calcolo della soglia di anomalia a seguito della riammissione dei concorrenti illegittimamente esclusi sulla base della quale la ricorrente risulterebbe aggiudicataria.

Tale allegazione basta a dimostrare l'interesse della ricorrente a impugnare l'intero provvedimento di esclusione.

Proprio in merito alla questione dell'interesse e della legittimazione di un concorrente escluso ad impugnare l'esclusione di altri concorrenti si è pronunciato di recente la sezione quinta del Consiglio di Stato con la sentenza 30 settembre 2013 n. 4833, la quale ne ha riconosciuto la sussistenza, qualora l'esclusione abbia condizionato e direzionato in maniera non corretta l'esito della gara. Il Consiglio di Stato ha dunque respinto la tesi contraria, secondo la quale non sarebbe ravvisabile tale legittimazione in mancanza di impugnazione da parte della diretta interessata.

2.1.2. - La controinteressata sostiene che il ricorso principale sia inammissibile in quanto la ricorrente non avrebbe fornito la c.d. prova di resistenza e non avrebbe altresì offerto la prova dell'utilità dell'accoglimento del ricorso. La controinteressata, partendo dallo stesso presupposto posto a base del ragionamento del Comune (e cioè che l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe la riammissione della sola ricorrente e non delle altre 26 concorrenti) sostiene che anche nell'ipotesi della riammissione in gara della ricorrente la stessa sarebbe comunque esclusa per anomalia dell'offerta.

Anche tale eccezione processuale non merito accoglimento. Infatti anch'essa prende le mosse da un presupposto errato e cioè che l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe la riammissione in gara della sola ricorrente, ma - come è stato ampiamente illustrato nel punto 2.1.1. - l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe la riammissione anche delle ulteriori 26 concorrenti escluse. Pertanto la verifica matematica sull'anomalia dell'offerta operata dalla controinteressata (come quella operata dal Comune) non è corretta. La società Ipomagi S.r.l., invece, ha fornito la c.d. prova di resistenza allegando al ricorso una simulazione del calcolo della soglia di anomalia a seguito della riammissione dei concorrenti illegittimamente esclusi.

È necessario, quindi, analizzare ora le censure sollevate con il ricorso principale.

2.2. - La ricorrente principale lamenta l'illegittimità della esclusione disposta dal Comune di Capurso nei suoi confronti e nei confronti di altre 26 concorrenti per non aver indicato, in sede di offerta economica, i costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale. Secondo la ricorrente il provvedimento sarebbe illegittimo in quanto né il bando, né il disciplinare di gara, né il modulo predisposto dalla stazione appaltante prescrivevano la necessità di scorporare dall'offerta gli oneri della sicurezza da rischio specifico, anzi contenevano prescrizioni contrarie che avrebbero indotto ben 27 concorrenti a ritenere di non dover indicare detti oneri nell'offerta. Più nello specifico, il disciplinare di gara, al par. 3, pag. 8 e al par. 9, pag. 21 avrebbe previsto espressamente che i concorrenti dovessero quantificare i costi della sicurezza da rischio specifico solo in caso di verifica dell'anomalia. Anche il modulo attraverso cui esprimere l'offerta economica predisposto dalla stazione appaltante non avrebbe recato alcuna indicazione in merito, anzi non aveva uno spazio utilizzabile per l'indicazione dei costi della sicurezza da rischio specifico.

In ogni caso, la ricorrente ritiene in linea generale che le norme vigenti non introducano un obbligo, a pena di esclusione, di indicare in sede di offerta economica, i costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale in quanto la quantificazione e la giustificazione degli stessi troverebbe una ratio solo nell'ambito della verifica dell'anomalia.

Le norme poste a base del provvedimento di esclusione sono gli art. 86 e 87 del D.Lgs. 163/2006. Pertanto è dall'analisi di queste disposizioni che occorre partire per stabilire la legittimità o meno del provvedimento oggetto di impugnazione.

L'art. 86 dispone che "Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture". Il successivo articolo 87, comma quarto, invece, si limita a prescrivere che "Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza" per poi concludere che "Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture".

Non si ritiene che le norme sopra richiamate introducano in modo espresso la sanzione dell'esclusione nel caso di mancata indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza da rischio aziendale.

Anzi, occorre riconoscere che l'articolo 87, quarto comma, è collocato sistematicamente non già in sede di disciplina del contenuto essenziale delle offerte, bensì nell'ambito dei "criteri di verifica delle offerte anormalmente basse" (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 novembre 2013, n. 1495).

Secondo il Comune, invece, l'omessa indicazione di tali costi, indipendentemente da esplicita previsione del bando-disciplinare di gara, rende l'offerta incompleta e, come tale, suscettibile di determinare l'esclusione del concorrente che l'abbia formulata.

In merito alla questione della legittimità dell'esclusione nel caso di mancata indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza da rischio specifico in assenza di specifica indicazione in tal senso negli atti di gara, si registra un contrasto giurisprudenziale.

Infatti, una parte della giurisprudenza, attribuendo alle norme in esame valore cogente ed immediatamente precettivo e facendo richiamo al concetto di eterointegrazione del bando, nonché qualificando l'indicazione dei costi per la sicurezza da "rischio specifico" come "elemento essenziale" dell'offerta, a norma dell'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, ritiene che l'esclusione del concorrente sia in tal caso del tutto automatica (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348; T.A.R. Palermo, sez. I, 14 febbraio 2013, n. 351). Più in generale, è stato osservato che tale imposizione sarebbe posta dal legislatore a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori e della stessa sicurezza pubblica (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348).

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, l'omessa specificazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza da "rischio specifico" non potrebbe mai giustificare la sanzione espulsiva, dato che l'art. 87, quarto comma, del D.Lgs. 163/2006 non prevede l'esclusione dalla gara, ma impone un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, vietando all'impresa di dimostrare la remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 novembre 2013, n. 1495; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 27 settembre 2012, n. 1700; Sez. II, 31 maggio 2013 n. 896; T.A.R. Umbria, 22 maggio 2013 n. 301).

Tale orientamento si pone in linea con il già citato principio di "tassatività delle cause di esclusione", di cui al comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 ed è stato seguito anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (parere 8 marzo 2012 n. 27) che non ha compreso, in sede di determinazione sui "bandi - tipo", ai sensi dell'articolo 64, comma 4-bis, del codice dei contratti pubblici, tra le cause tassative di esclusione la mancata indicazione degli oneri di sicurezza da "rischio specifico" (AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Al di là della corretta interpretazione delle norme in questione, nel caso in esame, non solo gli atti di gara nulla dicono in ordine all'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza nell'offerta economica, ma anzi contengono prescrizioni contrarie che hanno indotto ben ventisette concorrenti a ritenere di non dover scorporare detti oneri dall'offerta.

Più nello specifico, il par. 3 del disciplinare di gara - recante "Contenuto della busta interna - offerta economica" - precisa che nella busta dovesse essere contenuta esclusivamente l'offerta economica, facendo peraltro salve alcune eccezioni tra le quali non si ravvisa l'indicazione degli oneri di sicurezza da rischio aziendale, mentre il successivo par. 9 recante "Eventuale verifica delle offerte anormalmente basse" al punto 2 lett. d) prevede che le giustificazioni dovessero riguardare, tra l'altro, anche "gli oneri di sicurezza aziendali propri dell'impresa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 86, comma 3-bis e 87, comma 4, secondo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo n. 81 del 2008".

È evidente che in questo caso (a prescindere dall'interpretazione degli art. 86 e 87 del D.Lgs. 163/2006 circa la loro idoneità ad introdurre nel nostro ordinamento un obbligo, a pena di esclusione, di indicare gli oneri di sicurezza nell'offerta economica) l'esclusione viene a colpire (in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e del favor participationis) concorrenti che hanno presentato un'offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite dal bando, dal relativo disciplinare e dall'allegato modulo d'offerta e che hanno incolpevolmente fatto affidamento sulla possibilità di partecipare alla selezione secondo gli adempimenti formali letteralmente previsti nel bando (sull'applicazione del principio di affidamento nelle procedure di gara vedasi Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 1 agosto 2013, n. 1219; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 14 giugno 2013 n. 980; T.A.R. Milano, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; T.A.R. Umbria, 22 maggio 2013 n. 301; T.R.G.A. Trento 17 aprile 2013, n.

123). Ebbene i principi dell'affidamento e della buona fede impediscono che le conseguenze di una condotta della stazione appaltante possano essere trasferite sui partecipanti ad una gara mediante l'applicazione della sanzione dell'esclusione (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2973).

Sul punto, di recente, il Consiglio di Stato ha evidenziato che "il rigore formalistico cede, come si è detto, in presenza di una scusabilità dell'errore riconducibile a formulazioni degli atti di gara che possono indurre dubbi interpretativi, tanto più che vige oggi la regola della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1 bis, Codice dei contratti, che s'ispira ad un criterio sostanzialistico e riafferma il favor participationis"(Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507). Pertanto, nella fattispecie in esame, dirimente è il fatto che la stazione appaltante abbia indotto in errore la ricorrente (e altri ventisei concorrenti) sulla necessità di indicare gli oneri di sicurezza, ledendo così il legittimo affidamento della stessa sulla possibilità di partecipare alla gara secondo gli adempimenti formali letteralmente previsti nel bando.

Sulla base delle considerazioni su esposte il ricorso principale deve ritenersi fondato e va accolto.

2.3. In merito all'istanza risarcitoria in forma specifica si ritiene invece di non poterla accogliere allo stato nei termini richiesti "aggiudicazione dell'appalto" in favore della ricorrente in quanto ciò comporterebbe la sostituzione di questo collegio alla stazione appaltante nel nuovo calcolo dell'anomalia dell'offerta che, in base a costante giurisprudenza, costituisce potestà tecnico-discrezionale affidata alla stazione appaltante, sindacabile solo per manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o errore di fatto (Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; Cons. Stato, Sezione IV, 27 giugno 2011, n. 3862; Cons. Stato, Sezione V, 23 giugno 2011, n. 3807; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1040).

Sul punto giova ricordare che ai sensi dell'art. 34, comma 2 del codice del processo amministrativo "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

L'ulteriore attività amministrativa che l'Amministrazione dovrà compiere in esecuzione della presente sentenza, secondo le indicazioni conformative ivi specificate, preclude allo stato ogni possibilità di delibazione del merito della domanda risarcitoria, atteso che anche l'*an debeatur* risulta condizionato dall'esito del procedimento, dovendosi di conseguenza dichiarare inammissibile e comunque respingere *allo stato* la domanda risarcitoria di che trattasi.

Pertanto, ritenuto ammissibile e fondato l'interesse della ricorrente ad impugnare integralmente il provvedimento di esclusione, anche con riferimento alle altre ventisei imprese concorrenti, dall'integrale annullamento dell'atto in questione deriva, come effetto conformativo del giudicato, l'obbligo della stazione appaltante di riammettere in gara la società ricorrente, nonché le altre ventisei imprese concorrenti escluse con l'atto medesimo, al fine di rideterminare la soglia di anomalia dell'offerta e, conseguentemente, individuare sulla base dei nuovi conteggi, il nuovo aggiudicatario.

Essendo inoltre stata concessa tutela cautelare e non risultando in atti stipulato il contratto, potendo la ricorrente essere riammessa alla gara insieme alle altre ventisei concorrenti illegittimamente escluse, non può riconoscersi alcun interesse alla decisione dell'istanza di risarcimento danni per equivalente, avanzata in subordine.

2.4. - Non è possibile infine pronunciarsi sul contratto in quanto il Comune di Capurso, dopo l'adozione dell'ordinanza cautelare che ha sospeso gli atti impugnati, non ha proceduto alla sua stipulazione.

Alla luce delle su esposte considerazioni, il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti vanno respinti.

Il ricorso principale va invece accolto per quanto riguarda l'istanza impugnatoria e, per l'effetto, va integralmente annullato il provvedimento che dispone l'esclusione della ricorrente e di altre ventisei imprese in quanto illegittimo e, conseguentemente, va annullata la nota prot. n. 12335 del 6.6.2013, il verbale di gara relativo alla seduta del 4.6.2013, anch'essi illegittimi per illegittimità derivata ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e definitiva disposta in favore dell'impresa controinteressata.

Come effetto conformativo del giudicato il Comune dovrà riammettere la società Ipomagi S.r.l., nonché tutte le altre ventisei concorrenti illegittimamente escluse e, conseguentemente, dovrà rideterminare la soglia di anomalia e procedere alla nuova aggiudicazione.

In considerazione della complessità e parziale novità delle questioni sottese alla presente controversia, nonché dei contrasti giurisprudenziali esistenti sulle stesse, vanno ravvisate gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese del presente giudizio ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) respinge il ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti;
- b) accoglie parzialmente il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento recante l'esclusione della ricorrente e di altre ventisei imprese, nonché tutti gli atti e i provvedimenti impugnati nei limiti di cui in motivazione;
- c) respinge la richiesta di risarcimento in forma specifica o per equivalente.

Spese di lite compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario

Flavia Risso, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 27 MAR. 2014.

MASSIME

Consiglio di Stato, sez. IV , 13/03/2014, 1224

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Procedura ristretta - Subappalto - Dichiarazione - Termine - Individuazione.

Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 118 comma 2, 12 aprile 2006 n. 163, la dichiarazione di **subappalto** va resa al momento della partecipazione alla gara vera e propria che, nelle procedure ristrette, si ha dopo l'invito a partecipare e, quindi, dopo la fase di prequalifica

Consiglio di Stato, sez. IV, 13/03/2014, 1224

In tema di gare, i casi di esclusione dell'impresa offerente che abbia dichiarato di volersi avvalere di un subappaltatore, va circoscritto alle sole fattispecie in cui essa non disponga della qualificazione in relazione ai lavori interessati dal **subappalto**. In questo modo il legislatore ammette implicitamente che l'offerente possa legittimamente ricorrere al **subappalto** proprio allo scopo di integrare requisiti di qualificazione di cui non sia in possesso.

T.A.R. Firenze (Toscana) sez. II, 16/12/2013, 1722

Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa: contratti della P.A. - In genere - Risoluzione del contratto di subappalto per iniziativa dell'impresa appaltatrice a seguito di informativa antimafia - Devoluzione al G.O.

Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa dall'impresa subappaltatrice di lavori pubblici per contestare la risoluzione del contratto di **subappalto** comunicatole dalla sua dante causa a seguito di comunicazione interdittiva antimafia a carico della subappaltatrice medesima, trattandosi di rapporto nel quale vengono in essere potestà meramente privatistiche.

Consiglio di Stato sez. III, 05/12/2013, 5781

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Requisiti di partecipazione - Subappalto - Obbligo di comunicazione per il partecipante alla gara - Limiti - Individuazione.

La previsione di cui all'art. 118 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 in tema di dichiarazione di subappalto deve essere intesa nel senso che essa può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessaria per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nell'ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Consiglio di Stato sez. V, 25/07/201, 3963

Nelle gare pubbliche l'obbligo di dichiarare, in sede di offerta, le ripartizioni interne al raggruppamento sussiste solo per i lavori che sarà lo stesso raggruppamento a compiere; invece non ha senso, né può costituire motivo di esclusione, una ripartizione di quote in relazione alle opere scorporabili per le quali vi è stata dichiarazione di volerle subappaltare interamente a terzi, trattandosi di opere affidabili ad un soggetto terzo rispetto all'affidatario dei lavori, cioè stralciabili dalla commessa principale sicché, ove l'offerta abbia previsto per tali opere il **subappalto**, non si configura l'obbligo di dichiararne la suddivisione tra le imprese del raggruppamento.

T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 17/07/2012, n. 715

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - Appalto forniture - Dimostrazione disponibilità beni per svolgimento contratto - Modalità.

In un appalto di fornitura (nella specie, la stampa e la distribuzione della cartellonistica/segnaletica in occasione di un determinato evento scolastico), la disponibilità (integrante i requisiti di capacità dell'impresa) dei beni necessari per lo svolgimento del contratto non può essere assicurata con ricorso a forme che non garantiscono l'utilizzo esclusivo del bene e l'accesso diretto al medesimo e si sostanziano nella mera possibilità di ricevere le relative prestazioni come cliente di chi ha la reale disponibilità del bene; in caso contrario, una differenza e più ampia interpretazione del concetto di disponibilità sarebbe tradotta in un subappalto generalizzato senza il rispetto dei prescritti limiti.

A. G. P. c. Prov. Cagliari
Red. amm. TAR 2012, 7-8

**Documento n. 2 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere**

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalto - Gara - Offerta - Subappalto - Dichiarazione erronea o incompleta - Conseguenza.

L'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato.

T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 05/07/2012, n. 812
A.C. s.r.l. c. Com. Magliano Alpi, T.R. s.r.l.
Red. amm. TAR 2012, 7-8

**Documento n. 3 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere**

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 comma 2 D.LG.

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Appalti - Gara - Offerta - Dichiarazione di ricorso al sub appalto - Sufficienza - Mancata indicazione del subappaltatore - Irrilevanza.

È illegittima l'esclusione da gara pubblica dell'impresa che ha dichiarato di volersi avvalere del subappalto, ma non ha indicato il nominativo del subappaltatore, atteso che l'art. 118 comma 2 n. 1), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, chiede al concorrente solo di indicare, all'atto dell'offerta, i lavori, servizi o forniture o parti di essi che intende subappaltare.

(AnnullaTarMolise, n. 1561 del 2010).

Consiglio di Stato, sez. V, 19/06/2012, n. 3563

Unione Com. Basso Biferno c. (avv. Pappalepore) c. C.S.S. s.c., T.S.E. s.r.l. c. (avv. SDui Pardo), (avv. Guiducci, Ruta).

Foro amm. CDS 2012, 6, 1617 (s.m.)

Documento n. 4 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Subappalto - Mancata indicazione nell'offerta della volontà di ricorrere al subappalto - Impedisce la formazione del silenzio - Assenso sull'istanza di autorizzazione al subappalto - Per carenza di un presupposto indispensabile.

Il titolo abilitativo tacito si forma soltanto ove ricorrano tutti i presupposti necessari, essendo questi ultimi gli elementi costitutivi della fattispecie ed è onere della parte che invoca la formazione di un provvedimento favorevole per silenzio assenso dimostrare la ricorrenza di tutti i presupposti di fatto all'uopo necessari, perché i suddetti presupposti si atteggiino quali elementi costitutivi della fattispecie di cui la parte deduce il perfezionamento (nel caso di specie, la mancata indicazione — all'atto della formulazione dell'offerta — dell'intenzione di ricorrere al subappalto ex art. 118 d.lg. n. 163 del 2006 — ha impedito ed impedisce il decorso del termine di formazione del silenzio — assenso sull'istanza di autorizzazione al subappalto, difettando un presupposto indispensabile, quale deve considerarsi la succitata indicazione, per il decorso del termine).

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31/05/2012, n. 4976

F.I. s.p.a. c. (avv. Luschi) c. Min. infrastrutture e trasp. ed altro, A.D.R. s.p.a., F.L.E. s.r.l., già A. s.r.l., A.A. s.p.a. c. (Avv. Stato), (avv. Mazzei), (avv. Furlotti), (avv. Pierallini, Sperati).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1647 (s.m.)

(2) Cfr. Cons. St., sez. V, 11 febbraio 1999 n. 145, in questa *Rivista* 1999, 321.

Documento n. 5 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Subappalto - Quota parte subappaltabile - Non può superare il 30%.

In base all'art. 118 comma 2, d.lg. n. 163 del 2006, la quota parte subappaltabile non può eccedere il 30% (per i lavori, della categoria prevalente, per i servizi e le forniture, dell'importo complessivo del contratto), con il corollario che non si può, dunque, affidare in subappalto l'intero oggetto del contratto.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31/05/2012, n. 4976

F.I. s.p.a. c. (avv. Luschi) c. Min. infrastrutture e trasp. ed altro, A.D.R. s.p.a., F.L.E. s.r.l., già A. s.r.l., A.A. s.p.a. c. (Avv. Stato), (avv. Mazzei), (avv. Furlotti), (avv. Pierallini, Sperati).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1647 (s.m.)

Documento n. 6 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Mancata dichiarazione di ricorrere al subappalto in sede di offerta - Implica l'obbligo per l'impresa di svolgere in proprio le prestazioni.

La mancata dichiarazione di ricorrere al subappalto in sede di offerta implica l'obbligo, per l'impresa, di svolgere in proprio le prestazioni (in modo analogo a quando il concorrente dichiara di ricorrere al subappalto per prestazioni che la legge o il bando non consentono siano eseguite con questa modalità).

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31/05/2012, n. 4976

F.I. s.p.a. c. (avv. Luschi) c. Min. infrastrutture e trasp. ed altro, A.D.R. s.p.a., F.L.E. s.r.l., già A. s.r.l., A.A. s.p.a. c. (Avv. Stato), (avv. Mazzei), (avv. Furlotti), (avv. Pierallini, Sperati).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1647 (s.m.)

(1) Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 16 marzo 2011 n. 487, in questa *Rivista TAR* 2011, 3, 959.

Documento n. 7 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 comma 2 D.LG.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Affidamento in subappalto - Condizioni e presupposti - Ai sensi dell'art. 118 comma 2, n. 1), d.lg. n. 163 del 2006.

In base all'art. 118 comma 2, n. 1), d.lg. n. 163 del 2006, l'affidamento in subappalto è sottoposto, anzitutto, alla condizione che il concorrente all'atto dell'offerta abbia indicato i lavori, i servizi, le forniture o la parti di essi che intende subappaltare. La suddetta indicazione è fondamentale e deve essere tale da specificare in maniera chiara e precisa quali prestazioni si intendono effettivamente subappaltare, giacché essa, consentendo alla P.A. di conoscere in anticipo quali parti del servizio si intendono subappaltare, le permette di verificare l'affidabilità dell'impresa subappaltatrice, tant'è vero che la sua omissione o la sua redazione in forma ipotetica, generica ed indeterminata, rendono legittima l'esclusione del concorrente dalla gara.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31/05/2012, n. 4976

F.I. s.p.a. c. (avv. Luschi) c. Min. infrastrutture e trasp. ed altro, A.D.R. s.p.a., F.L.E. s.r.l., già A. s.r.l., A.A. s.p.a. c. (Avv. Stato), (avv. Mazzei), (avv. Furlotti), (avv. Pierallini, Sperati).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1647 (s.m.)

Documento n. 8 di 25 Archivio: Giurisprudenza

**OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi)
Subappalto**

LS 19 marzo 1990 n. 55 art. 17 comma 3 L.

Opere pubbliche (lavori pubblici) - Subappalto - Subappalto non autorizzato - Divieto - Norma - Differenze con l'art. 17 comma 3, l. n. 55 del 1990 - Individuazione.

In riferimento ad un appalto di lavori pubblici, sussiste un'ontologica differenza tra la previsione ex art. 17 comma 3, l. 19 marzo 1990 n. 55, siccome richiamato dall'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, e quella regolatrice il divieto di subappalto non autorizzato; seppur si tratti di due disposizioni che concorrono a prevenire fenomeni di delinquenza organizzata e si collochino nell'ambito della disciplina antimafia, le stesse non possono essere confuse sul piano della verifica dei requisiti di moralità rispondendo, esse, a distinte finalità e regole differenti.

T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10/05/2012, n. 933

Soc. F.C. s.r.l. c. (avv. Capizzi, Bivona) c. Com. Gela, Soc. A. s.r.l. c. (avv. Immordino).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1791 (s.m.)

Documento n. 9 di 25 Archivio: Giurisprudenza

**OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi)
Subappalto**

Opere pubbliche (lavori pubblici) - Subappalto - Ricorso - Lex specialis - Obiettiva oscurità - Intendimento di subappaltare i lavori - Dichiarazione - Impresa - Non può essere esclusa dalla gara.

In presenza di un'obiettiva oscurità della lex specialis circa l'ambito di ricorrere al subappalto, potendo l'interpretazione oscillare tra un primo significato nella direzione di consentire la subappaltabilità delle opere appartenenti alla categoria prevalente ed un altro nel senso di escludere ogni effetto del disposto di cui all'art. 34, l. 11 febbraio 1994 n. 109, nel testo vigente in Sicilia, non può essere esclusa dalla gara l'impresa che ha dichiarato l'intendimento di subappaltare i lavori.

T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10/05/2012, n. 933

Soc. F.C. s.r.l. c. (avv. Capizzi, Bivona) c. Com. Gela, Soc. A. s.r.l. c. (avv. Immordino).

Foro amm. TAR 2012, 5, 1791 (s.m.)

Documento n. 10 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Appalti - Gara - Bando - Requisiti di partecipazione - Subappalto e avalimento - Differenze.

Il subappalto rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l'eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante; questi può integrare, nel caso ciò non sia vietato dal bando, le proprie carenze in materia di requisiti mediante il cosiddetto avalimento, che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara, ma il subappalto è, invece, altra cosa rispetto all'avalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al solo fine della esecuzione dei lavori, e che avrà eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà appaltatore dopo la stipulazione del contratto, potendo, solo a partire da quel momento, procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto.

(Conferma Tar Lazio Roma, sez. III, n. 5806/2011).

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
P.M.C. s.r.l. c. (avv. Magri) c. Univ. di Roma 'La Sapienza' c. (avv. Bernardi).
Foro amm. CDS 2012, 5, 1273 (s.m.)

(3) Cons. St., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698, in questa *Rivista*, 2011, 6, 1981.

Documento n. 11 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 comma 2 D.LG.

p.a. (p.a.) - Contratti della p.a. - Appalti - Gara - Bando - Requisiti di partecipazione - Subappalto - Obblighi di comunicazione per il partecipante alla gara - Ipotesi.

La previsione di cui al comma 2 dell'art. 118 (in tema di dichiarazione di subappalto) del codice dei contratti pubblici deve essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto del subappalto (ossia, nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, ma non anche una via necessitata per la partecipazione alla gara); al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice (nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione) nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione. Pertanto, l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare.

(Conferma Tar Lazio Roma, sez. III, n. 5806/2011).

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
P.M.C. s.r.l. c. (avv. Magri) c. Univ. di Roma 'La Sapienza' c. (avv. Bernardi).
Foro amm. CDS 2012, 5, 1273 (s.m.)

(2) Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, in questa *Rivista*, 2009, 10, 2309.

Documento n. 12 di 25 Archivio: Giurisprudenza

OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi)

Subappalto

L'incompleta o l'erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare.

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
Soc. Cosenza s.r.l. c. Univ. studi Roma "La Sapienza" e altro
Guida al diritto 2012, 27, 100 (s.m.)

Documento n. 13 di 25 Archivio: Giurisprudenza
OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi)
Subappalto

Il subappalto rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l'eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante; pertanto questi può integrare, nel caso ciò non sia vietato dal bando, le proprie carenze in materia di requisiti mediante il cosiddetto avvalimento, che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara, mentre il subappalto potrà realizzarsi solo dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà appaltatore dopo la stipulazione del contratto, potendo, solo a partire da quel momento, procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto.

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
Soc. Cosenza s.r.l. c. Univ. studi Roma "La Sapienza" e altro
Guida al diritto 2012, 27, 100 (s.m.)

Documento n. 14 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 comma 2 D.LG.
LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 49 comma 2 D.LG.

Nelle ipotesi di subappalto necessario, il richiamo ad altro operatore risulta assimilabile sotto ogni profilo ad un'ipotesi di avvalimento sostanziale, con la conseguenza che, similmente a quanto previsto dal co. 2, art. 49 del 'codice dei contratti', il concorrente dovrà necessariamente allegare, già in occasione della domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso (il quale dovrà essere puntualmente individuato) dei necessari requisiti di qualificazione.

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
Soc. Ingg. P. e M. Cosenza S.r.l., c. Univ. La Sapienza Roma
Redazione Giuffrè 2012

Documento n. 15 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 comma 2 D.LG.

La previsione di cui al co. 2 dell'articolo 118 (in tema di dichiarazione di subappalto) del codice di contratti debba essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto del subappalto (ossia, nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, ma non anche una via necessitata per la partecipazione alla gara). Al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice (nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di

qualificazione) nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2012, n. 2508
Soc. Ingg. P. e M. Cosenza S.r.l., c. Univ. La Sapienza Roma
Redazione Giuffrè 2012

Documento n. 16 di 25 Archivio: Giurisprudenza
OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi)
Subappalto

Opere pubbliche (lavori pubblici) - Subappalto - Imposizione di divieto di subappalto - Valutazione della correttezza della potestà interdittiva esercitata dall'Amministrazione - Deve tenere conto del contenuto e della complessità dell'opera.

In base ad una lettura contestuale della normativa di cui ai d.P.R. n. 554 del 1999 e n. 34 del 2000, nonché dell'art. 37, d.lg. n. 163 del 2006, per stabilire se la P.A., nel vietare il subappalto, si è correttamente avvalsa della potestà interdittiva, occorre guardare, ad eccezione delle opere della categoria prevalente, per le quali l'art. 37 citato stabilisce esplicitamente il divieto de quo — al contenuto e alla complessità dell'opera.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/04/2012, n. 3346
P. s.p.a. in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I., con la P. & A. s.p.a. c. (avv. Notti, Canonaco) c. A. s.p.a., Cons. Ravennate delle coop. di produzione e lav. soc. coop. per azioni c. (Avv. Stato)
Foro amm. TAR 2012, 4, 1245 (s.m.)

Documento n. 17 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto -Divieto di subappalto - Può essere imposto dalla Stazione appaltante - Al fine di garantirsi il diretto controllo dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa aggiudicataria.

In presenza di determinati presupposti può essere consentito alla Stazione appaltante di negare il subappalto al fine di garantirsi il diretto controllo dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa aggiudicataria. In tema di appalti di lavori pubblici, la circostanza che la clausola del bando di gara proibisca il subappalto per le categorie a qualificazione non obbligatoria, non rende per ciò solo detta clausola illegittima.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/04/2012, n. 3346
P. s.p.a. in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I., con la P. & A. s.p.a. c. (avv. Notti, Canonaco) c. A. s.p.a., Cons. Ravennate delle coop. di produzione e lav. soc. coop. per azioni c. (Avv. Stato)
Foro amm. TAR 2012, 4, 1245 (s.m.)

Documento n. 18 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 D.LG.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Condizioni di ammissibilità del subappalto - Di cui all'art. 118, d.lg. n. 163 del 2006 - Finalità.

Le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 d.lg. n. 163 del 2006, non sono intese unicamente a tutelare l'interesse dell'Amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato. Una diversa ricostruzione non può derivare dalle norme comunitarie che se garantiscono il principio della massima partecipazione, affidano altresì ampia discrezionalità alle Stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara. Non deriva, quindi, dal diritto comunitario alcuna ammissibilità generalizzata del subappalto, restando sempre la discrezionalità della Stazione appaltante nel limitarla.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/04/2012, n. 3346

P. s.p.a. in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I., con la P. & A. s.p.a. c. (avv. Notti, Canonaco) c. A. s.p.a., Cons. Ravennate delle coop. di produzione e lav. soc. coop. per azioni c. (Avv. Stato)

Foro amm. TAR 2012, 4, 1245 (s.m.)

**Documento n. 19 di 25 Archivio: Giurisprudenza
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)
Contratti della P.A.
- in genere**

LS 21 dicembre 1999 n. 554 art. 74 comma 4 D.P.R.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Divieto di subappalto per alcune opere - Di cui all'art. 74 comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999 - Non implica che opere diverse possano costituire oggetto di un divieto di subappalto imposto dalla Stazione appaltante.

Il divieto di subappalto per alcune opere (di cui all'art. 74 comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999) non implica affatto che le opere diverse da quelle in esso considerate non possano costituire oggetto di un divieto di subappalto imposto dalla Stazione appaltante, che intenda garantirsi il diretto controllo, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa chiamata ad eseguire una parte dell'appalto alla quale connette un autonomo ed importante rilievo. In generale, dunque, la disciplina dell'art. 118, d.lg. n. 163 del 2006 va intesa nel senso che pone i limiti entro cui la Stazione appaltante può ammettere il subappalto, ma in base ai principi generali, anche dell'appalto civilistico, non impedisce alla Stazione appaltante di porre ulteriori limiti all'utilizzo del subappalto, limiti sindacabili nel bando di gara secondo i canoni della logicità e ragionevolezza, come avviene rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/04/2012, n. 3346

P. s.p.a. in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I., con la P. & A. s.p.a. c. (avv. Notti, Canonaco) c. A. s.p.a., Cons. Ravennate delle coop. di produzione e lav. soc. coop. per azioni c. (Avv. Stato)

Foro amm. TAR 2012, 4, 1245 (s.m.)

(1) Cfr. Cons. St., sez. V, 6 giugno 2006 n. 3364, in questa *Rivista C.d.S.* 2006, 6, 1799.

Documento n. 20 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Gara - Requisiti di partecipazione - Possesso - Prova - Modalità.

È consentito al partecipante a gara pubblica d'appalto di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione facendo riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica del vincolo che li lega, quindi sia con il raggruppamento in a.t.i., sia mediante il subappalto in cui si manifesta, in buona sostanza, una potestà di avvalimento.

(ConfermaTarLombardia, Brescia, sez. II, n. 1730 del 2009).

Consiglio di Stato, sez. V, 26/03/2012, n. 1726

L.F. s.a.s. c. (avv. Vinti, Chirulli, Inglese) c. R. s.r.l., B.C. s.r.l. c. (avv. Bezzi), (avv. Ramadori, Ballerini).

Foro amm. CDS 2012, 3, 641 (s.m.)

Documento n. 21 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- controlli

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 118 D.LG.

Le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 d.lg. n. 163 del 2006, non appaiono intese (unicamente) a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario, ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato.

Consiglio di Stato, sez. V, 23/01/2012, n. 262

G. c. Reg. Lazio e altro

Diritto & Giustizia 2012 (s.m.)

Documento n. 22 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- controlli

L'eventuale irregolarità e/o incompletezza della dichiarazione resa in sede di offerta circa le opere, i servizi o le forniture che il concorrente intenda subappaltare non costituisce causa di esclusione dalla gara, ma semplicemente preclude a chi ne sia risultato aggiudicatario la possibilità, in fase dei lavori, di fare ricorso al subappalto.

Consiglio di Stato, sez. V, 23/01/2012, n. 262

G. c. Reg. Lazio e altro

Diritto & Giustizia 2012 (s.m.)

Documento n. 23 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

LS 5 ottobre 2010 n. 207 art. 276 D.P.R.

LS 5 ottobre 2010 n. 207 art. 93 D.P.R.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Consorzi stabili - Caratteristiche e funzioni.

I consorzi stabili costituiscono, già per definizione, un soggetto che, a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, sono chiamati all'attività esecutiva del contratto in maniera unitaria, con la propria struttura, ovvero tramite i consorziati senza che quest'ultima ipotesi costituisca subappalto. Si tratta di una fattispecie opposta a quella disciplinata dagli artt. 93 e 276 del d.P.R. n. 207 del 2010: il soggetto aggiudicatario è fin dall'origine costituito in una forma collettiva finalizzata all'esecuzione unitaria dell'appalto, salva la possibilità di assegnazione di singole prestazioni contrattuali ai consorziati, senza che ricorrano gli estremi del subappalto. In una logica perfettamente coerente con quella di cui alle disposizioni sopra menzionate, la norma prevede che, in caso di scioglimento del consorzio stabile, i requisiti tecnici ed economici maturati con l'esecuzione unitaria sono attribuiti ai consorziati pro quota, mentre per le prestazioni eseguite singolarmente (o quando, è possibile identificare l'apporto effettivo di ciascuno all'esecuzione), l'attribuzione avviene in ragione della misura di effettiva partecipazione all'esecuzione dell'appalto.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/01/2012, n. 283

Soc. E. c. Soc. R.F.I.

Foro amm. TAR 2012, I, 174 (s.m.)

Documento n. 24 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

LS 5 ottobre 2010 n. 207 art. 276 D.P.R.

LS 5 ottobre 2010 n. 207 art. 93 D.P.R.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Creazione di una società anche consortile per l'esecuzione unitaria delle prestazioni affidare - ex art. 276, d.P.R. n. 207 del 2010 - Requisito tecnico professionale connesso alla partecipazione all'appalto - Riferimento ai singoli secondo le rispettive quote di partecipazione alla società.

L'art. 276, d.P.R. n. 207 del 2010, che ripete in materia di forniture la disposizione di cui all'art. 93, d.P.R. n. 207 del 2010 in materia di appalti di lavori, riguarda non già l'ipotesi del consorzio ordinario quanto piuttosto la diversa fattispecie in cui concorrenti riuniti nella forma del raggruppamento temporaneo o del consorzio, dopo l'aggiudicazione, per l'esecuzione del contratto, costituiscono fra loro una società, anche consortile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale delle

prestazioni affidate. Un'ipotesi in cui, dunque, i soggetti riuniti o consorziati, dopo l'aggiudicazione, decidano di costituire una società per l'esecuzione unitaria delle prestazioni affidate, pur mantenendo nel nuovo soggetto societario una quota corrispondente alla percentuale originaria di partecipazione al raggruppamento o al consorzio; una società che subentra nell'esecuzione totale o parziale dell'appalto, senza che ciò dia luogo in alcun modo a subappalto o cessione del contratto e senza necessità di autorizzazione o approvazione da parte della stazione appaltante. In siffatta fattispecie si comprende allora il significato della disposizione per la quale, ai soli fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali di partecipazione, le prestazioni dei servizi e delle forniture (come anche dei lavori) eseguite in maniera unitaria dalla società a questo scopo costituita sono riferite ai singoli secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa. Essendo, infatti, l'esecuzione del contratto, proprio a seguito e grazie alla costituzione della società, rimessa unitariamente al nuovo soggetto societario, non è in alcun modo possibile una concreta imputazione dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali a ciascuno dei concorrenti riuniti nel raggruppamento o nel consorzio; cosicché, al fine dell'attribuzione del requisito tecnico professionale connesso alla partecipazione all'appalto, attesa l'esecuzione unitaria, non rimane che fare riferimento al criterio del riconoscimento pro quota.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12/01/2012, n. 283

Soc. E. c. Soc. R.F.I.

Foro amm. TAR 2012, 1, 174 (s.m.)

Documento n. 25 di 25 Archivio: Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.)

Contratti della P.A.

- in genere

LS 12 aprile 2006 n. 163 art. 49 D.LG.

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Appalto - Subappalto - Presupposti.

Nelle gare pubbliche si ha subappalto quando la ditta appaltatrice demanda ad altro soggetto l'esecuzione di attività rientranti nell'appalto stesso, e non già quando il soggetto si rifornisce di beni prodotti da altra azienda, né in questo caso viene in rilievo un avvalimento mascherato in spregio alle regole poste ed ai limiti sanciti dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

(ConfermaTarMolise n. 110 del 2011).

Consiglio di Stato, sez. V, 20/12/2011, n. 6693

Soc. A. c. Reg. Molise e altro

Foro amm. CDS 2011, 12, 3707 (s.m.)

Tutti i diritti riservati - © copyright 2012 - Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A