



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6422 del 2011, proposto dalla società Ingg. Paolo e Mario Cosenza S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ennio Magrì, con domicilio eletto presso Ennio Magrì in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 18;

contro

Università degli Studi di Roma 'La Sapienza', in persona del Rettore - legale rappresentante *pro tempore* -, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Bernardi, con domicilio eletto presso Giuseppe Bernardi in Roma, via Monte Zebio, n.28;

nei confronti di

Fatigappalti S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Lazio – Roma, Sezione III, 1° luglio 2011, n. 5806;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza' e della società Fatigappalti S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Barbara Del Duca per delega dell'avvocato Magrì, l'avvocato Bernardi e l'avvocato Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Ingg. Paolo e Mario Cosenza s.r.l. riferisce di aver partecipato alla procedura ristretta semplificata indetta dall'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza' nel febbraio 2010 avente ad oggetto l'intervento di manutenzione funzionale per la riqualificazione degli spazi situati all'interno dell'edificio del Rettorato, destinati ad Uffici dell'amministrazione (l'importo a base d'asta era pari a 763.543,13 euro e il criterio di aggiudicazione era quello del massimo ribasso).

Ai fini che qui rilevano, il bando di gara prevedeva che:

- la categoria prevalente fosse la OG2 (*“Manutenzione di beni immobili sottoposti a tutela”*), classifica III (fino a 1.032.913);
- la categoria scorporabile o subappaltabile (*“a qualificazione*

obbligatoria”) fosse la OG11 (“*impianti tecnologici*”), classifica II (fino a euro 516.457).

In sede di presentazione della domanda di partecipazione, l’odierna appellante dichiarava di possedere la necessaria qualificazione per la categoria prevalente OG2, mentre dichiarava che, in caso di aggiudicazione, avrebbe dato in subappalto le lavorazioni relative alla categoria OG11 (essendo pacifico in atti che l’appellante non possiede la necessaria qualificazione per la categoria e la classifica richiesti dalla *lex specialis* di gara).

Risulta ancora in atti che l’odierna appellante non abbia indicato in sede di domanda di partecipazione l’impresa alla quale, in caso di aggiudicazione, sarebbe stato affidato il subappalto in questione e che, conseguentemente, non abbia indicato a tal fine il possesso di alcuna qualificazione né *nomine proprio*, né *nomine alieno*.

Con proposto innanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 9053/2010, l’odierna appellante chiedeva l’annullamento degli atti conclusivi della procedura di gara, con cui la stessa era stata aggiudicata in favore della società Fatiga Appalti s.p.a. (la quale aveva offerto il ribasso maggiore).

In particolare, l’odierna appellante lamentava che erroneamente l’amministrazione aggiudicatrice avesse ammesso alla gara la società Fatiga Appalti, omettendo di considerare la carenza in capo ad essa della certificazione di qualità riguardo alla categoria prevalente OG2.

Nel costituirsi in giudizio, la società Fatiga Appalti chiedeva la reiezione del ricorso proposto in via principale e proponeva, altresì,

un ricorso incidentale con cui si affermava che l'odierna appellante non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, per non avere allegato in sede di domanda di partecipazione la necessaria documentazione attestante il possesso della necessaria qualificazione relativa alla categoria OG11, ovvero per non aver indicato quale subappaltatore un soggetto in possesso della necessaria qualificazione.

Con la sentenza oggetto del presente gravame, il Tribunale adito accoglieva il richiamato motivo di ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiarava inammissibile il ricorso proposto in via principale.

La sentenza in questione veniva gravata in sede di appello dalla società Ingg. Paolo e Mario Cosenza s.r.l., la quale ne chiedeva la riforma articolando i seguenti motivi di doglianza:

1) (sull'accoglimento del I profilo di impugnazione incidentale): Omessa dimostrazione del possesso della qualificazione SOA con riferimento alla categoria OG11 – Invalidità ed incompetenza della dichiarazione di subappalto.

La sentenza in epigrafe sarebbe viziata per violazione ed erronea applicazione degli articoli 73, 74 e 95 del d.P.R. 554 del 1999, nonché degli articoli 40 e 118 del d.lgs. 163 del 2006.

Il TAR avrebbe omesso di considerare che l'appellante (in possesso della qualificazione per la categoria OG2 e per l'intero importo dell'appalto) non aveva alcun obbligo di dimostrare - per sé o per l'impresa subappaltatrice - il possesso della qualificazione per la categoria OG11

Al contrario, del tutto correttamente l'appellante si era limitata a dichiarare, in sede di domanda, di voler subappaltare le lavorazioni

relative alla categoria OG11. Da tanto conseguiva che del tutto legittimamente essa avrebbe potuto produrre in un secondo momento all'amministrazione aggiudicatrice i documenti attestanti il possesso da parte della società subappaltatrice dei requisiti di qualificazione (in tal senso, il comma 2 dell'articolo 118 del d.lgs. 163 del 2006).

Del resto, già all'indomani della legge 415 del 1998, la disciplina nazionale in materia di appalti non prevede più l'obbligo di indicare, in sede di domanda di partecipazione, l'impresa cui si intenda affidare il subappalto, sussistendo unicamente l'obbligo di manifestare la volontà di ricorrere al subappalto.

2) (sul II profilo di impugnazione incidentale): Violazione degli articoli 48, commi 1 e 2 e 38, commi 1 e 3 del d.lgs. 163 del 2006 – Mancata comprova e dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

Del pari infondato sarebbe il secondo motivo di ricorso incidentale proposto dalla società aggiudicataria, la quale aveva osservato che l'odierna appellante avrebbe dovuto essere esclusa per mancato rispetto degli obblighi di legge in tema di diritto al lavoro dei disabili.

3) Violazione del punto 2 della lettera di invito – Carenza di un requisito di ammissibilità dell'offerta e di partecipazione alla gara – Eccesso di potere – Violazione del giusto procedimento – Violazione dei principi in materia di affidamento dei contratti con la P.A. – Sviamento – Irragionevolezza – Illogicità e disparità di trattamento – Difetto di istruttoria – Violazione del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla gara.

Venendo ai motivi di ricorso principale non esaminati dal T.A.R. per

l'accoglimento del primo motivo di ricorso incidentale, la società appellante li ripropone nella presente sede, chiedendone l'accoglimento.

In particolare, viene riproposto il motivo con cui si era lamentata l'illegittima ammissione alla gara della società appellata, per vizi nell'attestazione SOA relativa alla categoria OG2.

4) Violazione del punto 4 del bando di gara e dell'art. 75, co. 7, d.lgs. 163/2006 ivi richiamato – Violazione dei criteri di ammissibilità dell'offerta – Carenza di un ulteriore requisito di ammissibilità di partecipazione alla gara di cui al punto n. 4 del bando - - Eccesso di potere – Violazione del giusto procedimento – Violazione dei principi in materia di affidamento dei contratti con la P.A. – Difetto di istruttoria - Sviamento – Irragionevolezza – Illogicità e disparità di trattamento – Difetto di motivazione – Violazione della par condicio - Violazione del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla gara.

Anche in questo caso si tratta della riproposizione di un motivo di ricorso principale non esaminato dal T.A.R.

In particolare, il Tribunale avrebbe erroneamente omesso di considerare che l'appellata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione delle disposizioni in tema di versamento della garanzia provvisoria di cui all'art. 75 del d.lgs. 163 del 2006.

5) In via meramente gradata per il risarcimento dei danni per equivalente.

L'appellante reitera nella presente sede la domanda di risarcimento per equivalente pecuniario per l'ipotesi in cui non sia possibile ottenere la reintegrazione in forma specifica, attraverso il subentro

nell'appalto per cui è causa.

Si costituivano in giudizio l'Università degli Studi di Roma e la società Fatiga Appalti s.p.a., le quali concludevano nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza 31 agosto 2011, n. 3701, questo Consiglio di Stato respingeva l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza oggetto di impugnativa, per carenza del necessario requisito del *fumus boni juris*.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto - da una società attiva nel settore delle costruzioni - avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto dall'impresa aggiudicataria e, per l'effetto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dall'odierna appellante (ricorrente in via principale dinanzi al T.A.R., seconda classificata) in relazione a un appalto di lavori per la manutenzione degli Uffici del Rettorato dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

2. L'appello è infondato.

2.1. In punto di rito, si osserva che la sentenza in epigrafe ha fatto coerente applicazione delle statuizioni contenute nella sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4 per ciò che riguarda i rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale nell'ambito del contenzioso relativo a pubbliche gare.

In particolare, la decisione richiamata dai primi Giudici ha stabilito che il ricorso incidentale il quale sia rivolto a contestare la legittimazione al ricorso in capo al ricorrente principale (attraverso la censura relativa alla sua stessa ammissione alla procedura di gara) deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'esistenza di un interesse strumentale alla ripetizione dell'intera procedura.

Si tratta di un principio di diritto certamente pertinente alla risoluzione della presente controversia e dal quale il Collegio non ritiene di discostarsi, anche ai sensi del comma 3 dell'articolo 99 del c.p.a., non essendo state formulate nel presente giudizio argomentazioni critiche contro le statuizioni della Adunanza Plenaria o tali da far rimeditare la questione.

2.2. Nel merito, il fulcro del *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.

La tesi espressa dal T.A.R. può essere sintetizzata nei termini che seguono:

- l'art. 118, co. 2, del codice dei contratti richiede *expressis verbis* che i concorrenti, in sede di offerta, rendano una dichiarazione relativa alle lavorazioni che intendono affidare in subappalto, restando obbligati a depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante

almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio delle lavorazioni;

- il medesimo art. 118, co. 2, n. 3), stabilisce che, al momento del deposito del contratto di appalto presso la stazione appaltante, l'affidatario è tenuto altresì a trasmettere la certificazione attestante il possesso, da parte del subappaltatore, dei necessari requisiti di qualificazione;

- in base a un condiviso orientamento giurisprudenziale, il carattere incompleto o erroneo della dichiarazione di subappalto non giustifica *ex se* l'esclusione del concorrente (in specie, laddove questi sia fornito in proprio della qualificazione per eseguire le lavorazioni oggetto del possibile subappalto). 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;

- evidentemente, 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 necessariamente essere anticipato a quello della presentazione dell'offerta, conformemente alla previsione

di cui all'art. 49 del medesimo codice;

- non altrimenti potrebbe essere interpretata la clausola del comma 2, punto 3, della lettera di invito, secondo cui la dichiarazione di subappalto era prevista come obbligatoria a pena di esclusione “*qualora il concorrente non sia in possesso della qualificazione per la categoria OG11 e non intenda costituire un raggruppamento verticale*”.

La società appellante obietta al riguardo che sia la pertinente disciplina primaria e regolamentare (articoli 40 e 118 del codice dei contratti; articoli 73, comma 1, 74, comma 1, e 95, comma 1, del d.P.R. 554 del 1999), sia la *lex specialis* di gara si limitavano a richiedere che, nel caso in cui il concorrente non fosse in possesso dei requisiti di qualificazione per le lavorazioni scorporabili o subappaltabili, questi provvedesse a rendere in sede di domanda di partecipazione la sola dichiarazione relativa all'intenzione di fare ricorso al subappalto.

Solo in un secondo momento (e precisamente, secondo la scansione temporale di cui al comma 2 dell'art. 118 del codice dei contratti) il concorrente avrebbe dovuto rendere noto il nominativo del subappaltatore, provvedendo al rituale deposito del contratto di subappalto.

Quindi, secondo l'appellante, la validità della dichiarazione di subappalto resta subordinata unicamente all'indicazione dei lavori o delle parti di opere che si intendono subappaltare, non rinvenendosi – al contrario - alcun onere di indicare in via preventiva gli estremi delle imprese subappaltatrici.

Nella tesi dell'appellante, un'ulteriore conferma di quanto

rappresentato emergerebbe dalla previsione di cui all'articolo 34 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (come modificata dall'articolo 19 della l. 18 novembre 1998, n. 415) la quale, nel modificare l'articolo 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55, aveva soppresso l'obbligo (in precedenza sussistente) di indicare già in sede di domanda di partecipazione alla gara i nominativi di uno o più subappaltatori, nel caso di ricorso a tale istituto.

L'esempio in questione risulterebbe tanto più significativo in quanto relativo alla delicatissima materia della prevenzione dei fenomeni mafiosi nella materia dei pubblici appalti.

2.3. Ad avviso del Collegio, la tesi del Tribunale merita di essere condivisa per la parte in cui ritiene che la previsione di cui al comma 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.

Ed infatti, l'ipotesi – per così dire – ‘fisiologica’ in tema di subappalto è quella in cui il partecipante alla gara sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'appalto.

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

E solo in tale ottica si giustifica l'orientamento giurisprudenziale (correttamente richiamato dal T.A.R.) secondo cui la mancata o incompleta dichiarazione di subappalto non preclude la partecipazione alla gara, ma impedisce soltanto il ricorso al subappalto in quanto tale.

Per evidenti ragioni sistematiche, tuttavia, l'orientamento in questione presuppone che – appunto, in via ‘fisiologica’ – il partecipante a gara il quale intende far ricorso al subappalto posseda a propria volta per intero i requisiti per eseguire l'appalto.

Al riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che 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).

In entrambi i casi, 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.

Al contrario, ciò che non è sistematicamente ammissibile è che l'amministrazione ammetta – per così dire – ‘al buio’ un soggetto pacificamente carente di un requisito di partecipazione e che non si sia curato di dimostrare *ab initio* la possibilità di avvalersi dei requisiti di terzi soggetti.

In tal caso, è evidente che un sistema in tal modo articolato finirebbe per far gravare per intero in capo all'amministrazione il rischio che l'appaltatore non sia poi in grado di rinvenire gli apporti necessari per la corretta esecuzione delle lavorazioni, con i conseguenti rischi in termini di esecuzioni non adeguate, ovvero in termini di costi per l'integrale ripetizione della gara.

2.4. Giova, a questo punto, richiamare quanto già statuito da questo Giudice di appello con la sentenza 20 giugno 2011, n. 3698.

Nell'occasione è stato chiarito che 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, come si è detto, 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, ma il subappalto è, invece, altra cosa rispetto all'avvalimento, 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.

La pronuncia in questione (che il Collegio ritiene di condividere) conferma la correttezza della pronuncia del T.A.R., il quale ha ritenuto che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 118 del codice dei contratti, occorra distinguere fra: a) le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, a prescindere dalla conclusione di un subappalto (ipotesi definibile come di 'subappalto facoltativo') e b) le ipotesi in cui il concorrente sia privo di un requisito di qualificazione e pertanto intenda avvalersi di altra impresa non solo ai fini dell'esecuzione, ma – più a monte – ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara (ipotesi definibile come di 'subappalto necessario').

Del pari, la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove ha ritenuto che, nelle ipotesi di subappalto necessario, il richiamo ad altro operatore risulta assimilabile sotto ogni profilo ad un'ipotesi di avvalimento, con la conseguenza che, similmente a quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 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.

In definitiva, la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove ha ritenuto che l'odierna appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per essersi limitata, in sede di dichiarazione di subappalto, ad indicare l'intenzione di subappaltare parte delle lavorazioni (in relazione alle quali non possedeva i necessari requisiti di qualificazione), essendo al contrario necessario indicare già in tale sede (e a pena di esclusione) il soggetto di cui si sarebbe avvalsa ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Al riguardo, va rilevato che la stessa *lex specialis* di gara stabiliva che la categoria OG11 (pacificamente *non* posseduta dall'odierna appellante) fosse, ai fini della gara, “*a qualificazione obbligatoria*”.

3. Non sussistono i presupposti per il favorevole scrutinio della domanda risarcitoria, non risultando – per le ragioni che precedono - la sussistenza degli elementi oggettivi della fattispecie foriera di danno.

4. Per le ragioni sin qui esposte, l'appello in epigrafe deve essere respinto.

La complessità e parziale novità delle questioni coinvolte dal presente appello giustificano l'integrale compensazione delle spese del secondo grado di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 6422 del 2011, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate del secondo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)