



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la 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 Garibaldi, 23;

contro

Comune di Capurso, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto presso Giuseppe Cozzi in Bari, corso Cavour 31;

nei confronti di

De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Francesco Paolo Bello in Bari, via P. Amedeo, 82/A; Mg Impianti S.r.l.;

per l'annullamento

previa adozione delle opportune misure cautelari

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 avente ad oggetto "Lavori di realizzazione verde pubblico attrezzato e valorizzazione ambientale del Piano di Zona 167";

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

NONCHE' PER LA CONDANNA

dell'Amministrazione intimata a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa, previa per quanto occorra dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata;

Visti il ricorso, il ricorso incidentale i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Capurso e di De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 la dott.ssa Flavia Risso e uditi per le parti i difensori avv. Elda Pastrore, su

delega dell'avv. Alessandro Bonanni, avv. Giuseppe Cozzi e avv. Saverio Nitti, su delega dell'avv. Francesco Paolo Bello;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

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).

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 3.6.3013 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 addotti 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 adottata 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 merita 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 debeat* 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.

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 Riso, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2014

IL SEGRETARIO

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