



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

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso n. 2500 del 2014, proposto da:

- Conscoop, in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita con la Fanuli s.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Federico Massa e Domenico Mastrolia, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Lecce alla via Montello 13/A;

contro

- il Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'Avv. Laura Astuto, con domicilio eletto presso il Municipio;

nei confronti di

- Mello s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita con la Arboviridis s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Lecce alla via 95° Rgt. Fanteria 9;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale C.d.r. VIII n. 307 del 12 settembre

2014, comunicata a mezzo fax il 17 novembre 2014, con la quale si è aggiudicato in via definitiva l'appalto per i lavori di valorizzazione integrata delle Mure Urbiche - Recupero e fruizione Mura Urbiche - tratto nord occidentale - sistemazione area ex Carlo Pranzo - 2° stralcio funzionale, nel Comune di Lecce;

- di tutti gli atti e i provvedimenti (*anche quelli eventuali di silenzio - rigetto*) di gara, dei verbali della procedura di gara, nonché, per quanto lesivi degli interessi della ricorrente, della lex specialis;
- di ogni altro provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more sottoscritto;
- e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Lecce e della Mello s.r.l..

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Mello s.r.l..

Visti gli atti della causa.

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a..

Relatore all'udienza pubblica del 18 dicembre 2014 il Cons. Ettore Manca e gli Avv.ti Mastrolia, Astuto ed Ernesto Sticchi Damiani *-in sostituzione dell'Avv. Saverio Sticchi Damiani.*

Osservato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Premesso che l'a.t.i. ricorrente:

- partecipava alla procedura aperta bandita dal Comune di Lecce per i lavori di valorizzazione integrata delle 'Mura Urbiche' (2° lotto), da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- si collocava al secondo posto della graduatoria (*con 84,64 punti*), dietro l'a.t.i. contro-interessata (*con 85,14 punti*);

- contesta, con il presente ricorso, da un lato la partecipazione alla procedura della ditta Mello, capogruppo dell'a.t.i. aggiudicataria (*deducendone la mancanza delle prescritte qualificazioni, l'illegittima formulazione dell'offerta tecnica, la quale avrebbe compreso elementi idonei a renderne palese anche l'offerta economica, e la violazione della normativa posta a tutela del diritto al lavoro dei disabili*), e, dall'altro, sotto il profilo dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, la genericità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche.

2.- Rilevato che la Mello s.r.l. formula, a sua volta, ricorso incidentale, muovendo rispetto alla partecipazione alla procedura della ricorrente una censura di carattere 'escludente'.

3.- Richiamato l'indirizzo espresso da Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, secondo cui *<<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>*, sicché *<<nel giudizio di primo grado avente a oggetto*

procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale 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>> (in tal modo 'vincolato' l'ordine nel quale esaminare le diverse questioni, non è dunque significativo che la contro-interessata abbia formulato il ricorso incidentale per l'ipotesi subordinata che il Tribunale non condividesse le proprie argomentazioni difensive tese a contrastare il primo, speculare motivo di ricorso principale); regola che subisce un'eccezione per l'ipotesi in cui le <<offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale>> unicamente nel caso in cui <<gli operatori rimasti in gara siano solo due>> (<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale- ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>); e ancora: <<Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara [...] Esemplicando, sono identici -e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici

due contendenti- solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria>>; Consiglio di Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

4.- Rilevato che alla procedura in parola partecipavano tredici ditte concorrenti (*una delle quali poi esclusa*), sicché non v'è spazio per la richiamata ipotesi derogatoria.

5.- Ritenuto che la censura formulata dalla ricorrente incidentale con riferimento alla qualificazione della ricorrente principale è fondata e dev'essere accolta, atteso che:

- ai sensi dell'art. 201, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 [*<<Per l'esecuzione dei lavori indicati all'articolo 198 (appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, n.d.r.), è sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo>>*] era nella procedura *de qua* necessaria, rispetto ai previsti lavori della categoria OS25 (*scavi archeologici*), la relativa qualificazione delle ditte partecipanti;
- Conscoop non era in possesso della qualificazione in parola;
- il dichiarato sub-appalto dei lavori *de quibus*, dunque, aveva carattere c.d. 'necessario';
- ciò comportava, per le ragioni da ultimo efficacemente esposte da Consiglio di Stato n. 1224 del 2014, la necessità che la dichiarazione in questione contenesse un riferimento nominativo al subappaltatore,

unitamente alla prova del possesso, in capo a costui, dei prescritti requisiti di qualificazione: riferimento, invece, omesso da Conscoop (<<Reputa [...] il Collegio, in accoglimento delle tesi esposte dall'appellante, che l'art. 118, co. 2, del D.Lgs. n. 163/2006 sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione, fra le altre, che i concorrenti all'atto dell'offerta 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. Secondo la giurisprudenza prevalente, la disposizione -che non richiede espressamente l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore- va peraltro interpretata nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; id., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698). L'affermazione appare pienamente coerente con lo speculare e consolidato indirizzo giurisprudenziale che circoscrive i casi di legittima esclusione del concorrente autore di una incompleta o erronea dichiarazione di subappalto alle sole ipotesi in cui il concorrente stesso risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, mentre negli altri casi gli unici effetti negativi si avrebbero in

fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato (cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; id., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

La ratio di tale orientamento -che il Collegio ritiene di dover condividere, non ravvisando valide argomentazioni per discostarsene- risiede nell'esigenza, ricavabile in via sistematica, che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto, mentre non può ammettersi che l'aggiudicazione venga disposta 'al buio' in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l'amministrazione precedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (cfr., in particolare, Cons. St., n. 5900/2012 e 2508/2012, citt.).

Non convince, di contro, l'opposto orientamento, abbracciato dal giudice di prime cure ed invocato dalla difesa degli appellati, pure emerso in giurisprudenza, che, sulla scorta del dato testuale, non rinviene nell'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 alcun obbligo di indicare -tantomeno a pena di esclusione- il nominativo dell'impresa subappaltatrice, ancorché si tratti di lavorazioni per le quali la concorrente sia priva di qualificazione; e rifiuta, di conseguenza, la possibilità che la stessa legge di gara debba ritenersi di volta in volta eterointegrata dalla previsione di un siffatto, inesistente, obbligo (così Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139). La lettera dell'art. 118 è, infatti, compatibile, come già osservato,

con la sola ipotesi 'fisiologica' in cui il partecipante alla gara, essendo autonomamente in possesso dei requisiti di aggiudicazione, può riservarsi per la fase esecutiva del contratto la facoltà di subappaltare una parte delle lavorazioni; nel caso in cui il subappalto rappresenti, invece, lo strumento per acquisire requisiti obbligatori mancanti, la riserva sul nome del subappaltatore finisce per collidere con la ragion d'essere e con il funzionamento del sistema di qualificazione delineato dal legislatore, tale apparente contraddizione dovendo allora essere superata facendo ricorso a criteri sistematici e teleologici che valorizzino, piuttosto, la funzione e i limiti connaturati all'istituto del subappalto, attraverso il quale non possono eludersi le norme tassative sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Non può dirsi d'altro canto, come, invece, erroneamente ritenuto dai primi giudici, che, aderendo all'opzione ermeneutica che distingue il subappalto 'facoltativo' da quello 'necessario', ne risulti violato il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 co. 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006. Nell'accezione sostanzialista fatta propria dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 7 giugno 2012, n. 21, il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione: e fra tali ipotesi rientra senz'altro quella del possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

Merita, tuttavia, una espressa confutazione l'obiezione con cui si lamenta che la tesi, sin qui seguita dal Collegio, erroneamente finirebbe per equiparare il

subappalto all'avalimento sotto il profilo della qualificazione.

A riguardo, va richiamata quella consolidata giurisprudenza (Cons. St. Sez. IV, 30.10.2009, n. 6708; 12.6.2009, n. 3696; 22.9.2008, n. 4572) che, nel circoscrivere i casi di esclusione dell'impresa offerente che abbia dichiarato di volersi avvalere di un subappaltatore alle sole fattispecie in cui essa non disponga della qualificazione in relazione ai lavori interessati dal subappalto, implicitamente ammette che, legittimamente, l'offerente possa ricorrere al subappalto proprio allo scopo di integrare requisiti di qualificazione di cui non sia in possesso.

Peraltro, senza negare le differenze strutturali che intercorrono tra l'avalimento, istituto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, recepito dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE e trasfuso nell'art. 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006, volto a consentire ad un imprenditore il possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara, ed il subappalto, contratto secondario o derivato, posto 'a valle' del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione, devono rilevarsi numerosi profili della disciplina di cui agli artt. 37, comma 11 e 118 del codice sui contratti pubblici che, sotto il profilo funzionale, possono essere considerati indici di un sostanziale inserimento del subappalto tra gli strumenti idonei a garantire la maggiore concorrenza tra gli operatori economici e l'allargamento del mercato, nella prospettiva propria dell'art. 47 della direttiva 2004/18, al pari dell'avalimento.

Tra questi meritano rilievo: l'inserimento del subappalto tra gli strumenti che consentono la realizzazione di lavori ad elevato contenuto tecnologico da parte di soggetti affidatari non in grado di eseguirli nell'art. 37, disciplinante i raggruppamenti temporanei; l'obbligo a carico dei concorrenti, all'atto dell'offerta, di indicare i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare, con la

conseguenza, in caso di mancata indicazione, che l'autorizzazione al subappalto non potrà essere accordata; l'obbligo di deposito presso la stazione appaltante del contratto di appalto e della certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata oltre alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale; l'insussistenza nei confronti del subappaltatore dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575/1965 e successive modificazioni; l'autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, previa verifica dei requisiti in capo al subappaltatore; la possibilità che la stazione appaltante stabilisca nel bando di gara di corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le sue prestazioni; l'obbligo per il subappaltatore di praticare per le prestazioni affidate in subappalto gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione; la responsabilità solidale dell'appaltatore degli adempimenti da parte del subappaltatore relativi agli obblighi di sicurezza.

Si tratta di disposizioni e condizioni che, nell'intento di ridurre i margini di autonomia del rapporto appaltatore - subappaltatore, attraendolo sotto il controllo diretto della stazione appaltante ed imponendo il rispetto di regole di trasparenza volte a scongiurare i rischi di aggiramento della disciplina dell'evidenza pubblica tramite il sub-ingresso di un soggetto diverso da quello scelto tramite la gara, tendono a stabilire una relazione diretta tra committente e subappaltatore.

Nel contempo esse soddisfano la finalità dell'art. 47, p.2 della direttiva 2004/18/CE ('Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio

mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti'), già sottolineata dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. 2.12.1999, n. 176), di consentire all'autorità aggiudicatrice la verifica delle capacità dei terzi ai quali un prestatore, che non soddisfa da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, intenda ricorrere, con lo scopo di fornire garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione i mezzi di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto 'a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami' con l'ausiliario e, quindi, anche in virtù di un contratto di subappalto.

Correttamente, quindi, va considerato il subappalto come strumento negoziale che, pur differenziandosi dall'avalimento sotto il profilo strutturale, ha tuttavia in comune la funzione di allargare la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti sforniti dei requisiti di partecipazione>> (Consiglio di Stato sez. IV 13 marzo 2014 n. 1224).

- né poteva applicarsi -*come pur suggestivamente dedotto dalla difesa di Conscoop-* la disciplina derogatoria prevista, per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro, dagli artt. 90 e 248 d.p.r. 207/2010, richiedendo essa, ai sensi dell'art. 90, commi 1 e 3, un'autodichiarazione avente a oggetto i requisiti di cui al combinato disposto delle previsioni citate, autodichiarazione che invece Conscoop nel caso *de quo* non rendeva.

6.- Ritenuto, dunque, che, illegittimamente formulata l'offerta di Conscoop e pertanto accolto il ricorso incidentale, debba dichiararsi l'inammissibilità di quello principale (Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9 cit.; Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4).

7.- Ritenuti infine sussistenti eccezionali motivi, attesa la particolarità in diritto delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di questo giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Seconda di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2500 del 2014 indicato in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile quello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 18 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Marco Rinaldi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2015

IL SEGRETARIO

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