

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia - Palermo, Sezione 1
Sentenza 29 aprile 2015, n. 1040
Integrale

Aggiudicazione appalto lavori

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SICILIA

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2838 del 2014, proposto da:

Sa. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Cl.de., con domicilio eletto in Palermo, via (...), presso lo studio dell'avv. Gi.Ab.;

contro

An. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via (...), è per legge domiciliata;

nei confronti di

Pe. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Al.Pa., con domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore in Palermo, via (...);

per l'annullamento

del provvedimento AN. (Direzione Regionale per la Sicilia) di data 15.9.2014 (prot. CPA-0056359-I), a firma del Direttore Regionale dell'AN. S.p.A., con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Pe. S.r.l. dell'appalto per l'esecuzione dei lavori di manutenzione stradale sulla S.S. n. 115 "Sud Occidentale Sicula", in particolare per il rifacimento dei cordoli, l'adeguamento delle barriere di sicurezza e la sostituzione dei giunti di dilatazione del Viadotto "Case Nuove" al Km 84 615 della S.S. 115 di competenza del C.M. "D", in provincia di Trapani (Gara PALAV038-14; N. Gara 38-14; CIG 5845933884);

nonché, per quanto occorrer possa,

della nota di comunicazione del suddetto provvedimento, anch'essa di data 15.9.2014 (prot. CPA-0056415-P), a firma del Dirigente Amministrativo di AN. S.p.A. (sia il provvedimento che la relativa nota di accompagnamento risultando trasmesse a mezzo PEC in data 16.9.2014);

degli atti connessi, presupposti e conseguenti, ivi compresi:

il verbale portante apertura delle buste, ammissione dei concorrenti e aggiudicazione provvisoria del 10.9.2014;

nella misura in cui, con gli stessi atti, la Commissione di gara, il Responsabile del Procedimento, i dirigenti responsabili e, dunque, la Stazione appaltante, ciascuno per quanto di propria pertinenza, non si sono determinati nel senso di non ammettere, ovvero escludere, la Pe. S.r.l. individuata, invece, quale aggiudicataria;

nonché, in via meramente subordinata e tuzioristica, il bando di gara, il relativo disciplinare e la lex specialis tutta, nella misura in cui si dovesse ritenere che alcuna sua clausola debba essere intesa in senso ostativo all'accoglimento delle ragioni fatte valere con il presente atto (come precisato in fra);

E PER LA CONSEGUENTE CONDANNA

della Stazione appaltante intimata (in via principale):

a) a risarcire il danno cagionato alla Sa. S.r.l. in forma specifica, conseguendo dall'annullamento dei predetti atti, la estromissione dell'Impresa controinteressata e il miglior posizionamento della ricorrente in graduatoria (da seconda a prima classificata) e, dunque, la conseguente aggiudicazione (anche considerandosi che si tratta di gara con esclusione automatica delle offerte anomale);

o, in via alternativa (e subordinata),

b) a risarcire il danno cagionato per equivalente all'Impresa deducente, in misura da precisarsi in corso di causa;

E, OVE OCCORRENTE,

PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO, ove lo stesso venga (o, contra legem, sia già stato) stipulato, e con espressa istanza della ricorrente, che qui si esplicita, a voler subentrare nello stesso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 CPA;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di An. Spa e di Pe. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 aprile 2015 la dott.ssa Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 13 ottobre 2014 e depositato il successivo giorno 20 la società ricorrente ha impugnato gli esiti di una gara per l'affidamento, da parte dell'AN., di lavori per rifacimento cordoli adeguamento di barriere di sicurezza, meglio in epigrafe indicata.

Per i lavori in questione il bando, al punto 1.1, prescriveva quale categoria prevalente la OG3, class. II[^]; l'ulteriore categoria indicata come a qualificazione obbligatoria era la OS12/A, class. I[^]; e l'altra categoria scorporabile e subappaltabile la OS11, class. I[^].

Alla gara partecipavano 59 concorrenti ed all'esito dell'apertura delle offerte economiche, la Pernice risultava prima in graduatoria e la Sa. seconda.

La ricorrente sostiene che la società Pernice avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, essendo priva di qualificazione nella categoria OS11, ha dichiarato di subappaltare per intero i lavori della categoria OS11, ma non ha fornito il nominativo del subappaltatore.

In vista della trattazione della domanda cautelare si costituiva la controinteressata Pernice, mentre l'Avvocatura dello Stato si costituiva verbalmente alla camera di consiglio del 29 ottobre 2014.

2. Con ordinanza n. 746/14 la Sezione respingeva la domanda cautelare, ritenendo insufficienti i profili di fumus boni iuris, avuto riguardo:

“- al combinato disposto degli artt. 38, co. 2 bis, e 46, co. 1 ter, del d. lgs. n. 163/2006, come modificati dall’art. 39 del d.l. n. 90/2014, applicabile alla procedura in interesse in base al terzo comma dello stesso art. 39; con conseguente obbligo, al più, della stazione appaltante, di attivare i poteri di soccorso istruttorio (v. T.A.R. Valle d’Aosta, ord. n. 17/2014);

- alla mancanza, nella legge di gara, di uno specifico obbligo, posto a pena di esclusione, di indicazione del nominativo del subappaltatore fin dalla fase di presentazione della domanda di partecipazione (v. anche modello di dichiarazione sostitutiva utilizzato dai concorrenti);

- all’esigenza di superare soluzioni formalistiche, in linea con la recente evoluzione della normativa in materia (v., in tale prospettiva, anche il contenuto del bando tipo approvato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione con provvedimento 02.09.2014, punto 9.2, in G.U.R.I. 22 ottobre 2014, n. 246, Suppl. Ord. n. 80)”.

La decisione cautelare veniva condivisa dal Giudice d’appello che precisava quanto segue:

“rilevato che alla presente gara si applicano le disposizioni introdotte con il [d.l. 24 giugno 2014 n. 90](#) (trattandosi di bando pubblicato in data 23 luglio 2014, si veda pagina 4 dell’appello);

rilevato che, in particolare, l’articolo 39 d.l. 90 cit. ha introdotto il comma 2 bis nell’articolo 38 Codice Contratti;

rilevato pertanto che, pur in presenza di mancanza, incompletezza e “ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive”, la stazione appaltante non può procedere all’immediata esclusione ma deve attivare il procedimento volto alla integrazione e regolarizzazione delle “dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere” e assegnando al concorrente un termine non superiore a dieci giorni;

considerato che tali disposizioni, pur essendo state inserite nel contesto della disciplina dei requisiti di ordine generale, trovano applicazione anche con riferimento ai c.d. requisiti speciali, giusta il richiamo effettuato dall’articolo 46, comma 1 ter, come introdotto dal già citato [d.l. 90/2014](#)” (CGA, ord. n. 618 del 15 dicembre 2014).

3. L’AN. medio tempore depositava agli atti di questo giudizio documentazione inerente la gara e con memoria depositata il 17 marzo 2015 la ricorrente sviluppava ulteriormente la propria tesi difensiva.

All’udienza pubblica del 2 aprile 2015 la causa è stata chiamata e posta in decisione.

4. È all’attenzione del Collegio, primariamente, la questione dell’obbligo di indicazione nominativa dei subappaltatori in caso di subappalto c.d. necessario.

Sul punto il Collegio ritiene di seguire l’orientamento prevalente, anche se non uniforme, cui la stessa parte ricorrente aderisce, secondo il quale “la previsione di cui all’art. 118, secondo comma, del codice degli appalti 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 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; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l’indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest’ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione” (così, tra le tante, Cons. St., V, 10 febbraio 2015, n. 676; Id, 26 agosto 2014, n. 4299; 21 novembre 2012, n. 5900).

La ratio di tale orientamento risiede nell’imprescindibile esigenza di evitare che l’aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto 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 procedente che l’appaltatore così designato non onori l’impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (in termini Cons. St., IV, 26 maggio 2014, n. 2675, in un contenzioso intrapreso dalla stessa Sa.).

In punto di fatto è pacifico che la Pe. non era in possesso della qualificazione per la categoria OS11, che ai sensi dell'art. 12, co. 2, D.l. 28/03/2014, n. 47 si tratta di lavori che non possono essere eseguiti direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente e che, pur avendo indicato di voler subappaltare i relativi lavori, l'affidataria non ha indicato il nominativo del subappaltatore.

5. Ciò premesso, occorre valutare le conseguenze che discendono dall'omissione nella quale è incorsa la società Pernice.

Come già osservato in sede cautelare, la gara in questione, dal momento che la pubblicazione del bando porta la data del 23 luglio 2014, ricade nell'ambito di applicazione temporale del [d.l. 24 giugno 2014 n. 90](#), conv. con modific. in l. n. 114/90, sugli obblighi dichiarativi e sul potere di soccorso istruttorio.

5.1. È utile, per una migliore intelligenza della questione, richiamare il contenuto della recente disposizione normativa.

Il [decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90](#) (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 18 agosto 2014, n. 114, ha modificato, con l'art. 39, gli articoli 38 e 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che riguardano – rispettivamente – i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione.

Per effetto di tale novella legislativa, è stato inserito, nell'art. 38, il nuovo comma 2-bis, ai sensi del quale "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Nell'art. [46](#) è stato, invece, inserito il comma 1-ter a tenore del quale "le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

In buona sostanza, con le norme sopra riportate, si è inteso rendere obbligatorio per "ogni ipotesi" di dichiarazione o elemento essenziale, incompleto o mancante, l'avvio di un procedimento di regolarizzazione ed integrazione, con un'istruttoria veloce preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta, autorizzando la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante.

5.2. Ciò premesso ritiene il Collegio, confermando sul punto quanto indicato in sede cautelare, anche dal giudice d'appello, che la disposizione in parola trovi applicazione anche per il caso di omessa indicazione del nominativo del subappaltatore, proprio in virtù del richiamo, di tenore ampliativo, effettuato dall'articolo 46, comma 1 ter, cit., che consente di utilizzare il soccorso istruttorio anche nell'ipotesi di carenze diverse da quelle afferenti i requisiti di ordine generale.

5.3. Va a questo punto specificato che nessuna delle procedure di gara vagliate nelle numerose pronunce giurisprudenziali invocate dal ricorrente, anche in sede di memoria difensiva, ricadono sotto l'egida della citata l.n. 114, compresa quella definita dal Tar Valle d'Aosta, dapprima con l'ordinanza n. 17/14, espressamente menzionata in sede cautelare, ed ora con sentenza n. 18 del 13 febbraio 2015, non sospesa dalla V sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1328 del 25 marzo 2015 (e con l'unica eccezione - data dalla ordinanza TAR Bari, n. 80/15, che - a dire del ricorrente, ma il dato non emerge dal provvedimento - si riferirebbe ad un bando pubblicato il 15 settembre 2014, ove però il Tribunale non ha neppure esaminato le disposizioni sul soccorso istruttorio).

6. La difesa della società ricorrente sostiene poi che l'esegesi del recente disposto proposta in fase cautelare consentirebbe al concorrente di correggere la propria offerta ed anzi addirittura – come ribadito in sede di discussione orale della controversia – di alterare la stessa composizione del soggetto offerente, mentre l'unica lettura ammissibile dovrebbe essere quella funzionale al recupero di documenti ed elementi preesistenti, ossia già certi ed esistenti, ancorchè non agli atti di gara.

L'obiezione non coglie nel segno.

6.1. Posto che la parte ha già manifestato l'impegno di avvalersi di altro operatore economico al fine di supplire al proprio deficit di qualificazione e, quindi, non si tratta di dichiarazione mancante ma incompleta, rileva il Collegio che il subappaltatore non è assimilabile al concorrente perché non è colui che presenta l'offerta né è legato alla stazione appaltante da un rapporto contrattuale.

Non ricorre, quindi, una causa di esclusione legata all'incertezza sulla provenienza dell'offerta ex art. 46, co. 1 bis, D.lgs. n. 163/06.

6.2. Né al subappalto può equipararsi l'avvalimento. Pur non negandosi delle interconnessioni tra la figura del subappalto e quella dell'avvalimento, è vero però che le due figure non sono integralmente sovrapponibili, tanto è vero che ai sensi dell'art. 49, co. 10, D.lgs. n. 163/06 l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, e comunque delle differenze importanti ai fini che qui interessano sussistono, anche nel caso di subappalto c.d. necessario. Basti pensare alla diversa ampiezza dell'oggetto dell'avvalimento e al fatto che, nel caso di avvalimento, il contratto tra offerente ed ausiliaria deve preesistere e va allegato insieme all'offerta, mentre nel subappalto, l'art. 118 consente la produzione del contratto direttamente alla stazione appaltante almeno 20 giorni prima dell'esecuzione delle relative prestazioni.

In altri termini l'avvalimento realizza un'integrazione temporanea dell'azienda del concorrente riguardo ai mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e l'impresa ausiliaria diviene parte sostanziale mediante l'assunzione di corresponsabilità in via solidale con il concorrente verso la stazione appaltante. Il subappalto, invece, non realizza un'integrazione delle capacità dell'aggiudicatario, ma costituisce uno dei modi di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore e comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale; ne consegue che unico responsabile verso la stazione appaltante per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali resta il concorrente aggiudicatario.

Ritiene, pertanto, il Collegio che, pur aderendo all'opinione che ritiene essenziale l'indicazione del nominativo del subappaltatore, questa indicazione, ove mancante, possa essere richiesta in via integrativa.

7. Qualche cenno meritano anche i rilievi fatti dal ricorrente alla determinazione ANAC n. 1/15.

7.1. Va considerato, in primo luogo, che nel predetto atto l'ANAC ha osservato che "l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento (art. 49, comma 2, lett. a) del Codice). La dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta. Anche il contratto di avvalimento è evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta. La nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento".

Rileva il Collegio che dette osservazioni confermano quanto sottolineato prima sulle differenze tra subappalto ed avvalimento.

7.2. In secondo luogo, in relazione al subappalto, la determinazione n. 1 cit. non contiene, ad avviso del Collegio, indicazioni contrarie all'esegesi del soccorso istruttorio qui prospettata.

Essa prevede, infatti, che "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, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle. La carenza di una simile dichiarazione non si

ritiene possa essere sanata. Laddove, infatti, si consentisse ad un concorrente, sprovvisto della necessaria qualificazione richiesta dalla lex specialis di gara, di indicare successivamente la volontà di subappaltare una quota dei lavori, con indicazione della relativa quota, al fine di dimostrare il possesso della qualificazione richiesta, si altererebbe il principio di par condicio tra i concorrenti. Tale dichiarazione, infatti, afferisce direttamente al possesso del requisito essendo espressione di un'autodeterminazione del concorrente in ordine alle modalità di acquisizione del medesimo." E non è questo il caso in esame, visto che la controinteressata ha reso la dichiarazione.

È vero che l'ANAC poi aggiunge che "La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta ma solamente l'obbligo di indicare le quote di attività che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile", lettura che, tuttavia, il Collegio ritiene di non seguire per le ragioni innanzi esposte, sia pure con conseguenze differenti in punto di sanzione per la mancata indicazione rispetto a quelle prospettate in ricorso.

8. Da ultimo si ritiene di ribadire che comunque, nel caso di specie, né la legge di gara né il modello di dichiarazione messo a disposizione dei concorrenti segnalavano l'esistenza di uno specifico obbligo, posto a pena di esclusione, di indicazione del nominativo del subappaltatore fin dalla fase di presentazione della domanda di partecipazione, sicché comunque – a prescindere dall'ambito di applicazione del nuovo testo dell'art. 46 - la stazione appaltante sarebbe stata, comunque, tenuta a richiedere l'integrazione della dichiarazione.

9. Il ricorso siccome diretto all'esclusione della controinteressata va, quindi, respinto, fermo restando l'onere della Stazione appaltante di intervenire sull'aggiudicazione così come disposta ai limitati fini di dare applicazione (qualora ciò non sia già avvenuto in esecuzione del dictum cautelare) agli artt. 38, co. 2 bis, e 46, co. 1 ter, del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#),

Data la novità delle questioni trattate e considerata anche l'assenza di difese scritte da parte di AN., le spese possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara integralmente compensate le spese della lite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 2 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone - Presidente

Caterina Criscenti - Consigliere, Estensore

Maria Cappellano - Primo Referendario

Depositata in Segreteria il 29 aprile 2015.