



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7291 del 2012, proposto da:
Safital s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dagli avvocati Riccardo Barberis e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso
Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, 354;

contro

Metropolitana Milanese S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Salvadori Del Prato e Giorgio Della
Valle, con domicilio eletto presso Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini, 8 -
Scala C;

nei confronti di

Profacta S.p.A.; Crezza s.r.l.; SIAS S.p.A.; S.C.T. s.r.l.; Alfa So.Ge.Mi. s.r.l.;
Impresa Duci s.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n.
2514/2012, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di realizzazione

della protezione dell'abitato con barriere fonoassorbenti – mcp - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 marzo 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Claudio De Portu e Giorgio Della Valle;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Safital s.r.l., avendo partecipato alla procedura aperta indetta da Metropolitana Milanese per l'affidamento dei lavori per l'installazione di barriere fonoassorbenti lungo la strada di accesso alle autostrade nord (ex Ghisallo) aggiudicata a Profacta S.p.A., con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, impugnava l'aggiudicazione e gli atti di gara, lamentando l'omessa esclusione dalla gara del raggruppamento Crezza s.r.l. - SIAS S.p.A. e del raggruppamento S.C.T. s.r.l. - Alfa So.Ge.Mi. s.r.l. - Impresa Duci s.r.l., che risultavano prive di taluni requisiti per partecipare alla gara.

Assumeva che l'esclusione dalla gara di entrambe o di una delle due, incidendo sul calcolo di determinazione della soglia dell'anomalia, avrebbe comportato l'aggiudicazione in suo favore.

Deduceva violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 49 e 118 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 92 e 109 del d.p.r. n. 207 del 2010; violazione della *lex* di gara,

con riferimento ai paragrafi 3 e 9 del bando di gara; violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m - *ter*) del d. lgs. n. 163 del 2006.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con sentenza n. 2514/2012 dell'11 ottobre 2012, resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., respingeva il ricorso, sull'assunto che:

a) il r.t.i. Crezza – SIAS era in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara (il raggruppamento, avendo dichiarato di voler subappaltare interamente i lavori delle categorie scorporabili, copriva con la ripartizione del 66 – 34% tra i due componenti la categoria prevalente per la quale erano entrambi qualificati); l'art. 118 del d. lgs. n. 163 del 2006 non impone di indicare già in sede di gara il subappaltatore, rimandando il controllo della qualificazione del subappaltatore al momento di stipulazione del relativo contratto; il principio di tassatività delle cause di esclusione non consente di introdurre restrizioni non previste dalla legge o dal bando alla partecipazione alle gare;

b) il r.t.i. SCT – Alfa Sogemi – Duci risultava legittimamente ammesso non sussistendo l'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006 per il socio possessore di un terzo del capitale sociale e perché, comunque, l'obbligo era stato assolto dalle dichiarazioni rese dagli altri due soci, rappresentanti, congiuntamente i due terzi del capitale sociale.

3.- Con l'atto di appello qui in esame, la società Safital chiede la riforma o l'annullamento della suddetta sentenza per *error in iudicando* alla stregua dei seguenti motivi:

illegittima ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo di imprese composto da Crezza s.r.l. - SIAS S.p.A.; violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 49 e 118 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 92 e 109 del d.p.r. n. 207 del 2010; violazione della *lex* di gara, con riferimento ai paragrafi 3 e 9 del bando di gara;

illegittima ammissione del raggruppamento temporaneo di imprese tra S.C.T. s.r.l. - Alfa So.Ge.Mi. s.r.l. - Impresa Duci s.r.l., per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m - *ter*) del d. lgs. n. 163 del 2006, perché pur essendo la Duci s.r.l., società con meno di quattro soci, il socio di maggioranza, Ernesto Duci, non avrebbe reso la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale; irragionevolezza della statuizione sotto il profilo della condanna alle spese di giudizio, in considerazione del fatto che l'istanza di giustizia sarebbe suffragata da giurisprudenza favorevole.

Si è costituita in giudizio Metropolitana Milanese che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 12 marzo 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato e va respinto.

1.- Con bando del 21 maggio 2012 Metropolitana Milanese S.p.A. indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per la realizzazione della protezione dell'abitato con barriere fonoassorbenti lungo la strada di accesso alle Autostrade Nord, in Milano.

L'importo era fissato in euro 4.830.637,64 oltre i.v.a. e l'aggiudicazione sarebbe avvenuta al massimo ribasso.

Il bando indicava quale categoria prevalente la categoria OS34, classifica V (sistemi antirumore per infrastrutture di mobilità – fino a euro 5.165.000,00).

Ripartiva gli importi stimati relativi alle lavorazioni oggetto dell'appalto in questo modo:

OS34 importo euro 3.575.064,44;

OG3 (strade, autostrade...) importo euro 781.897,46;

OG6 (acquedotti...opere di evacuazione) euro 315.853,09.

Precisava che le opere appartenenti alla categoria prevalente OS34 erano subappaltabili in misura non superiore al 30% e che le opere appartenenti alle categorie OG3 e OG6 non potevano essere eseguite dall'impresa aggiudicataria se priva della relativa adeguata qualificazione e ne consentiva il subappalto a imprese congruamente qualificate; le definiva "scorporabili" e aggiungeva che il subappalto era disciplinato dall'art. 118 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Alla gara venivano ammesse 24 imprese e veniva individuata la soglia di anomalia nella percentuale del 25,137% con automatica esclusione dei concorrenti che avevano presentato un ribasso maggiore.

Delle offerte rimaste in gara, risultava la migliore quella della società Profacta con il ribasso del 25,120% e ad essa veniva aggiudicata la gara con provvedimento del consiglio di amministrazione dell'11 luglio 2012.

Safital s.r.l., sull'assunto che il raggruppamento Crezza s.r.l. - SIAS S.p.A. e il raggruppamento S.C.T. s.r.l. - Alfa So.Ge.Mi. s.r.l. - Impresa Duci s.r.l. avevano violato le prescrizioni del bando o della legge sugli appalti, chiedeva l'esclusione di entrambe o di una delle due, rappresentando che per l'effetto, sarebbero risultate anomale l'offerta di Profacta e di altre due concorrenti (Marcegaglia e il r.t.i. Itineris – C9 Costruzioni) e la migliore offerta sarebbe risultata quella della deducente Safital, con diritto all'aggiudicazione.

Il TAR Lombardia respingeva l'appello, non ravvisando la fondatezza delle censure, con condanna della ricorrente alle spese di giudizio.

Fissati i termini della controversia, vanno esaminati i motivi di appello.

2.- Con il primo motivo di appello Safital assume l'erroneità della sentenza ed il suo carattere sommario nella misura in cui, senza approfondire adeguatamente la complessità delle questioni da essa ricorrente dedotte, avrebbe *"liquidato le censure con pochi superficiali, apodittici, banalizzanti postulati"*.

L'assunto della ricorrente non è condivisibile, attesa la correttezza del percorso motivazionale del giudice di primo grado che, in sostanza, ha applicato principi giurisprudenziali quieti, pertinenti alla fattispecie, diversamente da quelli invocati dall'appellante.

2.1- Assume l'appellante che il costituendo raggruppamento temporaneo Crezza – SIAS, essendosi definito di tipo orizzontale, avrebbe dovuto possedere la qualificazione per tutte le categorie di lavorazioni di cui si compone l'appalto, incluse le categorie scorporabili OG3 e OG6 a qualificazione obbligatoria o soddisfare la qualificazione mancante attraverso un surplus di qualificazione nella categoria prevalente, come consentirebbe l'art. 109, comma 1, d.p.r. n. 207 del 2010.

Senonché SIAS non possederebbe la qualificazione SOA per la categoria scorporabile OG6, né potrebbe soddisfare la qualificazione richiesta per tale categoria attraverso un surplus di qualificazione nella categoria prevalente, atteso che la qualificazione della mandante SIAS nella categoria prevalente OS34, pari alla III classifica, sarebbe idonea a coprire lavori sino a euro 1.239.495,60 computando l'incremento del quinto, quindi idonea a coprire la quota del 34% dei lavori nella suddetta categoria OS34, pari a euro 1.215.521,60 e non la quota del 34% della categoria OG6 pari a euro 107.390,05.

Aggiunge che ove la quota del 34% della mandante SIAS fosse riferita alla sola categoria prevalente OS34, anziché a tutte le categorie di lavorazioni, resterebbe del tutto incerta e non dichiarata la quota di lavori assunta dalla mandante SIAS per le categorie scorporabili OG3 e OG6, delle quali la mandante dovrebbe assumere la quota minima del 10% in presenza di espresso impegno a costituire un raggruppamento di tipo orizzontale.

L'assunto dell'appellante è infondato, basandosi su un'interpretazione inesatta e fuorviante dell'offerta del raggruppamento temporaneo Crezza - SIAS.

I concorrenti del suddetto raggruppamento in relazione alla quota di lavori da eseguirsi da ciascun componente del raggruppamento, nella domanda di ammissione hanno dichiarato che Crezza avrebbe eseguito la quota del 66% dei lavori della categoria OS34 prevalente quale capogruppo; la mandante SIAS la quota del 34% dei lavori della categoria OS34 e che i lavori relativi alle altre categorie sarebbero stati subappaltati a terzi (il raggruppamento Crezza nell'offerta dichiarava di voler subappaltare oltre alla quota di legge della categoria principale, anche e per intero le opere per le categorie scorporabili OG3 e OG6, quest'ultima non posseduta da nessuna delle concorrenti del raggruppamento).

E', dunque, indubbio che la suddivisione dei lavori tra le due imprese riguardava solo la categoria prevalente.

Poiché il subappalto era effettuato dal raggruppamento in persona della mandataria che possedeva nella categoria principale il surplus di qualificazione sufficiente a sopperire alla mancanza delle categorie scorporabili e concerneva per intero i lavori relativi a tali due categorie, non avrebbe avuto alcun senso ripartire tra i due componenti del raggruppamento questa parte dei lavori che nessuno dei due avrebbe eseguito.

Quindi tutti i conteggi effettuati dalla ricorrente risultano superflui perché nella categoria OS34 la qualificazione di entrambe le imprese consente loro di eseguire la quota di lavori indicata nell'offerta (66% la mandataria e 34% la mandante) e la abbondante qualificazione in OS34 della Crezza (categoria V, pari a euro 5.165.000,00 superiore alla base d'asta) consente al raggruppamento di partecipare all'appalto, salva la facoltà di subappaltare completamente le opere scorporabili per le quali sia o non sia qualificato, in conformità con quanto previsto dall'art. 92 commi 3 e 7 del d.p.r. n. 207 del 2010.

Ne consegue l'infondatezza dell'argomento relativo alla presunta insufficiente qualificazione di SIAS, avendo la stessa dichiarato di voler eseguire il 34% dei

lavori della categoria principale, importo per il quale era qualificata ($3.575.064,44 \times 34\% = 1.215.521,90$ a fronte di una qualificazione in categoria III per euro $1.033.000,00 + 20\% = 1.239.600,00$).

3.- Sostiene l'appellante che la suddivisione tra i partecipanti al raggruppamento Crezza dei soli lavori della categoria principale, lascerebbe indeterminata la suddivisione tra essi delle opere scorporabili, con conseguente inammissibilità della domanda di partecipazione.

L'argomento è solo apparente, perché l'obbligo di dichiarare in sede di offerta le ripartizioni interne al raggruppamento ha senso solo per quei lavori che sarà lo stesso raggruppamento a compiere.

Non ha senso, invece, né può costituire motivo di esclusione, una ripartizione di quote in relazione alle opere scorporabili per le quali vi è stata dichiarazione di volerle subappaltare interamente a terzi.

Sta di fatto che queste opere sono "scorporabili", cioè affidabili ad un soggetto terzo rispetto all'affidatario dei lavori, cioè stralciabili dalla commessa principale, sicché, ove come nel caso, l'offerta abbia previsto per tali opere il subappalto, non si configura l'obbligo di dichiararne la suddivisione tra le imprese del raggruppamento.

4.- Sostiene, ancora, l'appellante che essendo pacifico che nessuna delle due componenti del raggruppamento è qualificata per le opere in categoria OG6 e non avendo esse comunicato l'identità del subappaltatore al quale le volevano affidare, dimostrando anche la sua qualificazione per la categoria, il raggruppamento non avrebbe potuto partecipare alla gara.

Richiama a sostegno una recente decisione della sesta sezione del Consiglio di Stato, la sentenza n. 2508 del 2012.

Il riferimento giurisprudenziale non è pertinente, atteso che nel caso in esame, diversamente dal precedente richiamato, il bando di gara non richiedeva che fosse

indicato il subappaltatore contestualmente alla dichiarazione di voler subappaltare, sicché non può che trovare applicazione la norma di legge e del regolamento n. 207 del 2010, che non richiede l'indicazione del subappaltatore, allorché l'entità delle opere scorporabili trova capienza in un surplus di qualificazione nella categoria principale.

Infatti, l'art. 92 del d.p.r. n. 207 del 2010, in materia di partecipazione alla gara, stabilisce 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 ed alle categorie scorporabili per singoli importi”*.

E', dunque, l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti nelle categorie scorporabili, purché accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le scorporabili.

In sintesi, la qualificazione mancante deve essere 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 (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563; 26 marzo 2012, n. 1726; n. 6708 del 2009; n. 4572 del 2008).

Quanto alla identificazione del subappaltatore ed alla verifica del possesso da parte di questi di tutti i requisiti richiesti dalla legge e dal bando, essa attiene solo al momento dell'esecuzione (Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563).

In tal senso, da ultimo, è anche la determinazione dell'AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012 che nello stilare le norme che le stazioni appaltanti devono tenere in fase di stesura dei bandi di gara, rammenta che, come voluto dall'art. 92 del d.p.r. n. 207 del 2010, *“i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”*.

La stessa determinazione precisa che la normativa *“non comporta l’obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, ma solamente di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per le categorie scorporabili”*.

Tra l’altro va considerato che tale scelta è stata voluta dal legislatore.

Infatti, la prima stesura del d. lgs. n. 163 del 2006 prevedeva esplicitamente che le opere specializzate eccedenti il 15% potessero essere eseguite solo da a.t.i. nel caso in cui il partecipante alla gara non avesse avuto i requisiti tecnico – organizzativi ed economico – finanziari relativi alla categoria scorporabile; successivamente, con la modifica operata dal d. lgs. n. 152 dell’11 settembre 2008 è stata prevista la possibilità del subappalto anche per le opere specialistiche, senza alcuna specificazione, rinviando il tutto a quanto disposto dall’art. 118, comma 2, terzo periodo del d. lgs. n. 163 del 2006, non ritenendo di delineare in modo diverso le condizioni di partecipazione alla gara neppure nel caso in cui l’opera specialistica superi il 15% dell’importo complessivo.

Non può, quindi, nel caso che trovare applicazione la regola generale dettata dall’art. 118 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dall’art. 109 del d.p.r. n. 207 del 2010, che non impongono di indicare già in sede di qualificazione l’appaltatore, rimandano anche il controllo dei requisiti al momento in cui verrà depositato il contratto di subappalto.

5. – Con il secondo motivo di appello, l’appellante Safital assume che il raggruppamento temporaneo SCT – Alfa Sogemi – Duci avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché Ernesto Duci, pur essendo socio di maggioranza di società con meno di quattro soci, non avrebbe reso la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La disposizione normativa che l’appellante invoca è l’art. 38, come modificato dal d.l. n. 70 del 2011, che individua tra i soggetti tenuti ad attestare il possesso dei

requisiti di ordine morale “*il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci*”.

Richiama sul punto un parere dell’Autorità di Vigilanza (parere n. 105 del 2012) secondo il quale, nelle società con meno di quattro soci, tutti i soci rivestono posizione rilevante ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera c) del Codice dei Contratti, determinando l’ineludibilità dell’obbligo di dichiarazione dei requisiti di moralità da parte di ciascun socio.

L’interpretazione fatta propria dall’appellante non può essere condivisa, essendo evidente che non sussiste socio di maggioranza laddove il capitale sociale è ripartito in ragione di un terzo ciascuno per tre soci.

Questa interpretazione è estranea al tenore letterale della norma che deve essere interpretata secondo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole e la loro connessione, sicché socio di maggioranza non equivale a soci con quote paritetiche.

Se qualche dubbio può sorgere nel caso di società con due soci al 50%, nessun dubbio al contrario può sussistere laddove il capitale è ripartito tra tre soci in quote uguali, non essendo configurabile un socio maggioritario.

Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la lettera e la *ratio* della norma, essendo indubbio che in presenza di una ripartizione del capitale in parti uguali tra tre soci, manca la possibilità di ipotizzare alcuna forma di concentrazione di poteri in un unico soggetto, cui è correlato l’obbligo della dichiarazione ai sensi dell’art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici.

L’infondatezza delle censure comporta il rigetto dell’appello e della domanda di risarcimento danni, non sussistendo gli elementi della domanda risarcitoria.

6.- Quanto al gravame sul capo della sentenza relativa alle spese di giudizio, essendo correlata al valore della controversia e all’attività processuale svolta, non

appare eccessiva, non ravvisandosi, peraltro, l'incertezza giurisprudenziale invocata dall'appellante.

7.- In conclusione, l'appello deve essere respinto.

La condanna alle spese di questa fase del giudizio segue la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna Safital s.r.l. al pagamento in favore di Metropolitana Milanese s.p.a. di euro 5.000,00 oltre accessori di legge per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/07/2013

IL SEGRETARIO

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