

N. 04537/2018REG.PROV.COLL.
N. 04802/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 4802 del 2014,
proposto da

Due P s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati Andrea Corinaldesi, Alberto Mischi e Eleonora Chielli, con
domicilio eletto presso lo studio Adriano Giuffré, in Roma, via dei Gracchi, n. 39;

contro

ATER - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Padova,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avvocati Lucia Casella, Giovanni Scudier e Salvatore Di Mattia, con domicilio
eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Giuseppe Avezzana, n. 3;

nei confronti

Cavagnis Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro e Luigi
Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Federico
Confalonieri, n. 5;

Tecnica Restauri s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non
costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Veneto, Sezione I, n. 00530/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di realizzazione delle opere murarie e complementari occorrenti per l'intervento di recupero e riqualificazione di alcuni edifici;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATER di Padova e della Cavagnis Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Mischi, Paccagnella, su delega di Scudier, e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'ATER - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Padova ha bandito una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione delle opere murarie e complementari occorrenti per l'intervento di recupero e riqualificazione di alcuni edifici.

All'esito delle operazioni di gara e della verifica di congruità dell'offerta la commessa è stata definitivamente aggiudicata alla Due P. s.r.l.

2. La Cavagnis Costruzioni s.r.l., seconda classificata, ha impugnato l'aggiudicazione con ricorso al TAR Veneto il quale, con sentenza 18/4/2014, n. 530, lo ha accolto.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la Due P.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio l'ATER e la Cavagnis.

4. Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive. La Due P, in particolare, rilevato che il contratto ha avuto integrale esecuzione, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente (memoria datata 29/6/2018).

5. Alla pubblica udienza del 12/7/2018 la causa è passata in decisione.

6. In via preliminare va esaminata l'eccezione con cui la Cavagnis deduce che l'appello sarebbe divenuto improcedibile in conseguenza dell'omessa impugnazione, da parte della Due P, della delibera 31/7/2014, n. 1324-445 con cui l'ATER, a seguito della sentenza del TAR Veneto, ha disposto l'aggiudicazione in suo favore.

L'eccezione è infondata.

Come si ricava incontrovertibilmente dalla sua motivazione, la citata deliberazione (così come il conseguente contratto d'appalto) trova il suo unico fondamento nell'appellata sentenza del TAR Veneto ed in particolare nella sua immediata esecutività, rispetto al quale l'attività di esecuzione dell'amministrazione non è stata spontanea.

Da ciò consegue che l'odierna appellante non aveva alcun onere di impugnarla, atteso che quest'ultima, in applicazione della regola del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza d'appello sancito dall'art. 336, comma 2, c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, c.p.a., è destinata a restare automaticamente travolta dall'eventuale accoglimento del presente ricorso (cfr, Cons. Stato, A.P., n. 2/2017, Sez. V, 7/6/2018, n. 3734; 5/6/2017, n. 2675; 11/10/2016, n. 4182; Sez. III, 14/1/2015, n. 57; C.Si. 21/1/2015, n. 29; Cass. Civ., Sez. I, 23/2/2018, ord. n. 4456).

7. L'appello può essere quindi esaminato nel merito.

7.1. Col primo motivo si deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato a respingere l'eccezione con cui era stata dedotta l'irricevibilità del ricorso.

Diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale la Cavagnis avrebbe infatti acquisito conoscenza del provvedimento di aggiudicazione non a seguito dell'accesso agli atti, ma già dal giorno della seduta pubblica in data 16/10/2013 in cui si era dato atto dei positivi esiti della verifica di congruità compiuta sull'offerta risultata provvisoriamente aggiudicataria, posto che alla seduta in questione era presente un suo rappresentante.

Il motivo è infondato.

Al riguardo è sufficiente rilevare che il provvedimento di aggiudicazione definitiva, che costituisce l'atto conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e quindi l'atto lesivo da impugnare, è stato adottato in data 7/1/2014 (decreto presidenziale n. 3514 in pari data).

Nella seduta del 16/10/2013 sono stati adottati solo atti infraprocedimentali in relazione ai quali non sussisteva alcun onere impugnatorio.

Conseguentemente dall'acquisita conoscenza degli stessi non discendeva alcuna decadenza.

7.2. Col secondo motivo si lamenta che il Tribunale avrebbe omesso di scrutinare l'eccezione con cui era stata dedotta la carenza d'interesse all'impugnazione in conseguenza del fatto che l'eventuale accoglimento del ricorso non avrebbe fatto conseguire alla ricorrente l'automatica aggiudicazione della commessa, potendo da esso discendere solo l'obbligo della stazione appaltante di riesaminare il procedimento volto a verificare la congruità dell'offerta della Due P.

Il motivo è privo di pregio.

In base ad un pacifico orientamento giurisprudenziale l'omesso scrutinio da parte del giudice di primo grado di un motivo di gravame o di un eccezione non costituisce vizio della sentenza potendo l'eventuale deficit motivazionale di quest'ultima essere colmato in sede d'appello.

L'eccezione qui riproposta è inoltre infondata nel merito.

In qualità di concorrente seconda classificata la Cavagnis aveva interesse a impugnare il provvedimento di aggiudicazione, in quanto solo la sua caducazione consentiva la riapertura del procedimento di verifica della congruità dell'offerta della Due P e, nel caso di negativo esito di quest'ultimo, l'affidamento in proprio favore della commessa.

7.3. Col terzo motivo l'appellante denuncia che il Tribunale avrebbe accolto il gravame per un motivo non dedotto dalla ricorrente.

Quest'ultima infatti aveva dedotto che, avendo allegato alla domanda di partecipazione una dichiarazione di subappalto priva di sottoscrizione, la Due P non avrebbe potuto utilizzare, al fine di giustificare il proprio ribasso, i preventivi/offerta dei subappaltatori.

Il giudice di prime cure per contro ha motivato la propria decisione affermando che: *“il ricorso è suscettibile di essere accolto con riferimento al primo motivo di doglianza con cui si lamenta che la società aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura di gara per aver presentato una dichiarazione di subappalto, avente ad oggetto lavori rientranti in categorie per le quali la stessa non risulti in possesso delle relative qualificazioni, priva di timbro e sottoscrizione del proprio rappresentante legale.*

Non è, infatti, ammissibile che, stante la nullità di tale dichiarazione per mancanza di sottoscrizione, l'aggiudicazione sia disposta in favore di un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione per partecipare alla gara, al quale dovrebbe pertanto consentirsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire, ai fini dell'esecuzione dei lavori, i requisiti medesimi a procedura conclusa, in violazione del principio della par condicio fra i concorrenti alla selezione e con il concreto rischio per la stazione appaltante che l'appaltatore così individuato non adempia agli impegni assunti, rendendo necessaria la ripetizione della gara”.

La doglianza è fondata.

Come emerge dal ricorso di primo grado la Cavagnis non ha mai dedotto che la Due P dovesse essere esclusa dalla gara per mancanza di idonea qualificazione,

avendo invece lamentato che, essendo la dichiarazione di subappalto priva di sottoscrizione, i preventivi prodotti dai subappaltatori non potevano essere utilizzati al fine di giustificare il ribasso offerto.

7.4. L'accoglimento del mezzo di gravame testé affrontato impone di procedere all'esame degli ulteriori motivi del ricorso di primo grado assorbiti dal Tribunale e in questa sede riproposti.

7.5. Ha carattere assorbente la censura con cui la Cavagnis deduce che i preventivi forniti di subappaltatori non potevano essere utilizzati per giustificare l'offerta in quanto non corredati da idonee giustificazioni.

La doglianza è fondata.

In linea di massima deve ammettersi che nelle procedure ad evidenza pubblica il concorrente possa giustificare il ribasso proposto facendo riferimento ai preventivi o alle offerte a lui rivolte dagli operatori economici ai quali abbia deciso di subappaltare (entro i limiti di legge) una o più lavorazioni.

Ciò tuttavia a patto che le proposte dei subappaltatori siano a loro volta corredate da giustificazioni, poiché in caso contrario non vi sarebbe alcuna garanzia in ordine alla congruità dei prezzi da costoro praticati e si sottrarrebbe una parte della prestazione (quella subappaltata) al vaglio di sostenibilità da parte della stazione appaltante.

Ne consegue che il subappalto non possa essere invocato di per sé solo quale elemento di giustificazione dell'offerta sospetta di anomalia, poiché tale *modus operandi* si tradurrebbe in un sostanziale trasferimento dell'anomalia sul subappaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 7/7/2017, n. 3341; 27/9/2004, n. 6329; 15/5/2001, n. 2705).

Nel caso di specie non è contestato che i preventivi/offerte dei subappaltatori fossero privi di giustificazioni per cui gli stessi non erano idonei a comprovare la congruità dell'offerta della Due P.

8. Alla luce delle illustrate considerazioni l'appello, nella sua parte impugnatoria, va respinto confermando la sentenza gravata con la diversa motivazione sopra indicata.

Dalla reiezione della domanda impugnatoria discende l'infondatezza di quella risarcitoria, peraltro inammissibile in quanto proposta in questa sede con memoria non notificata alle controparti.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO