

N. 05545/2023REG.PROV.COLL.

N. 03985/2023 REG.RIC.



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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 del d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.)
sul ricorso numero di registro generale 3985 del 2023, proposto dalla
SICEA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avv. Alfredo Biagini e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in
Roma, via Flaminia, n. 56

contro

Università degli Studi di Padova, in persona della Rettrice *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avv.ti Roberto Toniolo, Marika Sala e Sabrina Visentin e con domicilio
digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia

nei confronti

SICE S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sebastiano Artale e Giuliano Neri e con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Seconda, n. 519/2023 del 20 aprile 2023, resa tra le parti, con cui è stato respinto il ricorso R.G. n. 386/2023.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata, presentata in via incidentale dalla società appellante;

Vista la memoria di costituzione e difensiva dell'Università degli Studi di Padova;

Visti la memoria di costituzione e difensiva e i documenti della SICE S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2023 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per le parti l'avv. Paolo Clarizia, su delega dell'avv. Alfredo Biagini per l'appellante, l'avv. Roberto Toniolo per l'Università appellata e l'avv. Giuliano Neri per la società controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Considerato:

- che con il ricorso indicato in epigrafe la SICEA S.r.l. ("SICEA") impugna la sentenza "breve" del T.A.R. Veneto, Sez. II, n. 519/2023 del 20 aprile 2023, chiedendone la riforma, previa sospensione dell'esecutività;

- che la sentenza appellata ha respinto il ricorso proposto dalla SICEA contro l'aggiudicazione da parte dell'Università di Padova alla SICE S.r.l. ("SICE") dell'appalto dei lavori di ristrutturazione del complesso "*Collegio Morgagni*", con valore a base d'asta di € 5.320.000,00;
- che come esposto con chiarezza dal primo giudice, i lavori oggetto di affidamento rientravano nella categoria prevalente OG1 (Edifici civili e industriali) per l'importo di € 3.738.466,36 e nella categoria scorporabile OG11 (Impianti tecnologici) per l'importo di € 1.581.533,64. Il disciplinare di gara ha previsto all'art. 4 tra i requisiti di partecipazione l'attestazione di qualificazione rilasciata da SOA in corso di validità per le categorie e classifiche adeguate alle categorie e all'importo di lavori (per la categoria OG1 la classifica IV *bis* e per la categoria OG11 la classifica III *bis*); prevedeva inoltre, al successivo art. 10.5, che i concorrenti dovessero indicare nell'offerta, compilando la Sezione D della parte II del *DGUE*, la parte dei lavori che intendevano subappaltare o concedere in cottimo, con avvertenza che in difetto di tale indicazione il subappalto sarebbe stato vietato. Da ultimo, era prevista come subappaltabile una percentuale massima di lavori pari al 40% dell'importo complessivo posto a base di gara;
- che all'esito della gara, risultava prima classificata in graduatoria l'offerta della SICE e a seguire quella dell'appellante SICEA;
- che facendo applicazione dell'inversione procedimentale *ex* art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, il Seggio procedeva all'apertura della busta con la documentazione amministrativa della sola prima graduata e rilevava: da un lato, l'insufficienza dell'attestato di qualificazione da questa posseduto in relazione alla categoria OG11 a coprire la quota di esecuzione dei lavori attinenti a detta categoria, dall'altro, che nel *DGUE* presentato la SICE aveva dichiarato di voler subappaltare "...*Lavori di*

cui alla categoria OG11". La stazione appaltante attivava quindi il c.d. soccorso istruttorio, invitando la società a chiarire le modalità con cui intendeva eseguire la parte non coperta della categoria di lavori OG11 e a precisare la percentuale di lavorazioni che intendeva subappaltare, atteso il limite del 40% fissato dalla *lex specialis*;

- che in base alla dichiarazione integrativa resa dalla SICE, avendo questa indicato gli importi che intendeva subappaltare per le due categorie di lavorazioni (OG1 e OG11), complessivamente inferiori alla soglia massima, la stazione appaltante assumeva il buon esito del c.d. soccorso istruttorio e, per l'effetto, procedeva ad aggiudicare l'appalto alla stessa SICE;

- che avendo la SICEA impugnato la citata aggiudicazione, nonché i verbali di gara e, *in parte qua*, il disciplinare, con la sentenza appellata il T.A.R. Veneto ha respinto il ricorso, sul presupposto che la posizione partecipativa dell'aggiudicataria dovesse considerarsi immune dalle dedotte criticità. In sintesi, il primo giudice ha valorizzato, ai sensi dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010, la circostanza che la società disponesse del requisito di qualificazione relativo alla categoria prevalente OG1 in misura idonea a coprire l'intero importo contrattuale e, dunque, anche il valore della categoria scorporabile OG11: in relazione a questa, perciò, restava il solo onere della concorrente di devolverne l'esecuzione ad un operatore in possesso del corrispondente requisito di qualificazione, senza obbligo di indicarne il nominativo all'atto dell'offerta (il T.A.R. richiama sul punto la pronuncia dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2 novembre 2015);

Considerato, inoltre:

- che nell'appello la SICEA contesta l'*iter* argomentativo e le conclusioni della sentenza di prime cure, deducendo a carico di questa, con un unico motivo, le

censure di: *error* in iudicando; violazione di legge; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 105 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 12 del d.l. n. 47/2014; eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta;

- che in estrema sintesi l'appellante lamenta come la SICE, essendo priva di qualificazione sufficiente per la categoria scorporabile OG11 (perché in possesso della qualificazione nella classifica II, anziché nella prescritta classifica III *bis*), avrebbe dovuto dichiarare sin dalla domanda di partecipazione che il subappalto della quota delle opere afferenti a tale categoria dovesse intendersi a scopo partecipativo, cioè per sopperire ai limiti di qualificazione della stessa SICE nella categoria *de qua* (c.d. subappalto necessario). Una tale specifica dichiarazione, comportante – come puntualizzato nella discussione orale dal difensore dell'appellante – non solo la volontà, ma l'impegno di ricorrere al subappalto, non sarebbe rinvenibile nella domanda della SICE, a tal fine non potendo bastare la dichiarazione espressa nel *DGUE*, che non è riferita al subappalto necessario;

- che l'insufficienza della generica dichiarazione da parte della società, nel *DGUE*, della volontà di ricorrere al subappalto per i lavori della categoria OG11 discenderebbe non solo dal fatto che in essa non si fa cenno alla circostanza che l'affidamento a terzi dei suddetti lavori risultava preordinato a sopperire ai limiti di qualificazione in relazione a tale categoria, ma altresì dalla constatazione che la dichiarazione *de qua* è contenuta nella Sezione del *DGUE* attinente all'indicazione dei subappaltatori, dei cui requisiti non si sarebbe fatto affidamento ai fini della qualificazione, mentre, come detto, nel caso di specie vi è un problema di qualificazione dell'impresa per i lavori della categoria scorporabile OG11;

- che l'appellante lamenta ancora, sul punto, che, trattandosi di requisito di partecipazione, in difetto della succitata dichiarazione specifica la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la concorrente dalla gara senza attivare illegittimamente, come invece ha fatto, il soccorso istruttorio (non consentito per supplire alle carenze dei requisiti di partecipazione). In ogni caso, nemmeno nella dichiarazione integrativa resa a seguito dell'esperimento del soccorso istruttorio la SICE avrebbe dichiarato che il subappalto dovesse intendersi come necessario, di tal ch , in definitiva, la stazione appaltante sarebbe incorsa in un errore nel non escludere la predetta societ  dalla gara;

- che si   costituita in giudizio l'Universit  degli Studi di Padova, replicando alle censure dell'appello e concludendo per la sua reiezione, siccome infondato nel merito, previa reiezione altres  dell'istanza cautelare;

- che si   inoltre costituita in giudizio la controinteressata SICE, eccependo a sua volta l'infondatezza nel merito delle censure dell'appellante e concludendo per la reiezione dell'appello, previa reiezione dell'istanza cautelare;

- che nella camera di consiglio del 23 maggio 2023 sono comparsi i difensori delle parti, i quali hanno brevemente discusso la causa;

- che il Collegio ha dato avviso alle parti, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., della possibilit  della pronuncia di una sentenza c.d. semplificata, quindi ha trattenuto la causa in decisione;

Ritenuta la sussistenza degli estremi per la pronuncia di una sentenza in forma semplificata, attesa la completezza del contraddittorio tra le parti e dell'istruttoria;

Ritenuto, in particolare, che le censure dell'appellante non siano suscettibili di condivisione;

Considerato, infatti:

- che è incontestato il possesso in capo a SICE di un'attestazione SOA nella categoria prevalente OG1 in classifica V, dunque idonea a coprire l'intero ammontare dell'appalto. L'appellante lamenta, però, che tale qualificazione non sarebbe sufficiente alla partecipazione alla gara, come ritenuto dal T.A.R., in quanto la controinteressata avrebbe dovuto sopperire al difetto di qualificazione per la categoria scorporabile OG11 attraverso una dichiarazione di impegno al subappalto necessario, che, tuttavia, non sarebbe stata dalla stessa espressa;
- che però in contrario vale osservare quanto già rilevato dal T.A.R. e cioè che in merito alla categoria scorporabile OG11 SICE ha dichiarato una qualificazione nella categoria II (fino ad € 516.000,00), a fronte di lavori complessivi nella categoria pari ad € 1.581.533,64, affermando contestualmente di voler subappaltare tali lavorazioni;
- che in particolare nel modello *DGUE* presentato dalla SICE era presente una dichiarazione relativa al subappalto con la quale la concorrente si dichiarava intenzionata a ricorrervi per una *“quota lavori cat. OG1 ai sensi di legge. Scavi, demolizioni, rinterrì, opere in c.a. e acciaio, impermeabilizzazione, murature, intonaci, pitture. Lattoneria, Tutti i tipi di pavimentazione. Restauri. Lavori di cui al D.M- 37.2008. Lavori di cui alla cat. OG11”*. A seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, la società precisava la quota di lavori che intendeva subappaltare;
- che il Collegio condivide le considerazioni del primo giudice, secondo cui la controinteressata: a) possedeva in proprio i requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010, nonché dei paragg. 4.1 e 10 del disciplinare di gara (quest'ultimo, in specie, avendo previsto che *“i requisiti relativi alla categoria scorporabile non posseduti dall'impresa singola devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente, ai sensi dell'art. 92, commi 1 e 7 del D.P.R. n. 207/2010 e dell'art.*

12, comma 2 del D.L. n. 47/2014 come modificato in sede di conversione dalla L. n. 80/2014”);

b) in ogni caso, ha correttamente dichiarato, come prescritto dall’art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 e dall’art. 10.5 del disciplinare di gara, già in sede di gara il ricorso al subappalto per la categoria di lavori OG11, per la cui esecuzione è necessaria idonea qualificazione, non posseduta – *rectius*: non integralmente posseduta – dalla controinteressata stessa;

- che quanto al primo punto le doglianze dell’appellante non convincono, poiché – come evidenziato dal T.A.R. con rilievo non confutato nel gravame – la SICE, in applicazione della disciplina di gara e dell’art. 92 cit., ha dichiarato nel *DGUE* un’attestazione SOA nella categoria prevalente OG1 in classifica V “*e dunque idonea a coprire l’intero ammontare dell’appalto, e pertanto in sé sufficiente alla partecipazione alla gara*”;

- che quanto al secondo punto, la SICE ha osservato in modo convincente di aver compilato il riquadro “D” del *DGUE* (l’unico utilizzabile per indicare la volontà di usufruire del subappalto) precisando l’intenzione di subappaltare i lavori di cui alla categoria OG11: la società, dunque, non si è limitata a dichiarare di riservarsi di subappaltare dette lavorazioni, ma ha espresso la volontà di farlo. In sede di riscontro al c.d. soccorso istruttorio, ha poi specificato che il subappalto per la categoria OG11 riguardava solo la quota di lavori di tale categoria non coperta dalla sua qualificazione, di tal ché, sommando a questa la quota di lavori subappaltata per la categoria OG1, sarebbe comunque rimasta all’interno della percentuale massima di lavori per i quali era ammesso il subappalto (40%, pari a € 2.128.000,00);

- che l’osservazione dell’appellante sul punto, precisata anche in sede di discussione della causa, in base alla quale sarebbe mancato un impegno specifico della controinteressata a subappaltare i lavori della categoria OG11, ineludibile trattandosi

di subappalto c.d. necessario e non potendo bastare a tal fine la (generica) volontà di subappaltare, pur suggestiva, non coglie nel segno: essa, da un lato, non considera che l'intenzione della SICE di subappaltare i lavori della suddetta categoria scorporabile è stata espressa in modo specifico già nel *DGUE*; dall'altro, pecca di eccessivo formalismo, in quanto invoca una sanzione che, oltre a non essere esplicitata, si mostra sproporzionata e ingiusta rispetto a una dichiarazione comunque presente nella domanda di partecipazione;

- che al riguardo soccorre anche l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, *“a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale”* (così C.d.S., Sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4640; v. altresì C.d.S., Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2232 e 24 febbraio 2017, n. 869). Pertanto, gli artt. 4 e 10 del disciplinare, regolanti rispettivamente i requisiti di partecipazione e il subappalto, non avendo previsto espressamente la necessità di un'apposita dichiarazione sul ricorso al c.d. subappalto necessario, con la specificazione dell'impegno allo stesso proprio in quanto subappalto necessario e quindi utilizzato per sopperire ad una carenza di qualificazione, a pena dell'esclusione dalla gara in caso di sua omissione, non possono essere interpretati nel senso che essi contengano comunque, pur se in via implicita, una clausola di tal fatta;

- che, infatti, l'art. 4.1 del disciplinare di gara si limita a disporre che il concorrente privo di adeguata qualificazione per la suddetta categoria scorporabile *“dovrà fare ricorso al subappalto, nei limiti consentiti”*, senza prevedere particolari requisiti formali per

la relativa dichiarazione, l'omissione dei quali sia sanzionata con l'esclusione, sicché deve ritenersi a questo fine sufficiente la compilazione esaustiva dell'apposito riquadro del *DGUE*;

- che, ulteriormente, appare corretta e condivisibile l'osservazione dell'Università di Padova, per la quale la dichiarazione della volontà di subappaltare le lavorazioni della categoria OG11, formulata dalla SICE nel *DGUE*, non solamente è ben diversa da una generica indicazione di subappalto, ma, soprattutto non può essere intesa atomisticamente, senza tener conto di quanto precisato dalla società in precedenza circa il possesso da parte sua, per la categoria OG11, della classifica II, anziché della III-*bis*: orbene, la lettura coordinata di siffatti due elementi fa ritenere che la società abbia dichiarato la volontà di ricorrere al subappalto proprio per sopperire con questo ad una categoria necessaria per l'esecuzione dei lavori, che la società stessa aveva dichiarato di non possedere, e che quindi, in ultima analisi, abbia reso nel *DGUE* la dichiarazione del c.d. subappalto necessario;

Ritenuto, in conclusione, per tutto quanto esposto, che l'appello sia infondato e da respingere e che la sentenza appellata debba essere confermata;

Ritenuta, da ultimo, la sussistenza di giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio d'appello, vista la complessità delle questioni trattate;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Settima (VII), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

Marco Valentini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO