

N. 01405/2024 REG.PROV.COLL.

N. 12647/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12647 del 2023, proposto da Cec Consorzio Stabile Europeo Costruttori Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9511512BFF, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Maria Ida Leonardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Anas S.p.A.- Gruppo Fs Italiane,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Medil S.c.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per l'annullamento

- della nota ricevuta il 26.7.2023 con la quale ANAS S.p.A. comunicava, ai sensi dell'art. 76, comma 2 bis e comma 5, lettera b, del D. Lgs. 50/2016 che con verbale del Sedggo di Gara Rep. DAA 14799/2023 del 11/07/2023 è stata disposta l'esclusione del Consorzio CEC dalla GARA DG 24/22 - Accordo Quadro biennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte suddiviso in 5 lotti. Lotto 2_ST Emilia Romagna, Toscana, Umbria, Marche. Codice CIG 9511512BFF;
- del provvedimento di aggiudicazione eventualmente intervenuta nelle more della proposizione del ricorso e non comunicato;
- della Determina di Approvazione dell'Aggiudicazione CDG UFF REGISTRO UFFICIALE U. 0629328 del 04.08.2023 mediante la quale il Responsabile Unità Appalti Lavori ha disposto l'approvazione, ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33 comma 1, del codice nonché ai sensi del disciplinare di gara della proposta di aggiudicazione riportata nelle premesse, in favore del concorrente 3[^] graduato Consorzio Stabile Medili Società Consortile per Azioni (CF/PIVA 01483060628);
- verbali di gara, ed i provvedimenti assunti da ANAS in relazione alle determinazioni con le quali ha disposto l'esclusione ed in particolare il verbale del Sedggo di Gara Rep. DAA 14799/2023 del 11/07/2023, non conosciuto;
- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la proposta di aggiudicazione e, all'occorrenza, il bando, il disciplinare, il

capitolato di appalto e qualsiasi documento facente parte della lex specialis, nonché i chiarimenti di gara nella parte di interesse ai fini dell'esclusione;

nonché

per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto eventualmente stipulato, previa declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia dello stesso e per il risarcimento in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente (con riserva di quantificazione in corso di causa o in separato giudizio).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Medil S.c.p.A. e di Anas Gruppo Fs Italiane;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2024 il dott. Giuseppe Grauso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Cec Consorzio Stabile Europeo Costruttori Soc. Cons. a r.l. ha impugnato il provvedimento del 26 luglio 2023 con il quale Anas S.p.A. gli comunicava, ai sensi dell'art. 76, comma 2 bis e comma 5, lettera b, del d. lgs. 50/2016 che con verbale del Seggio di Gara Rep. DAA 14799/2023 del 11/07/2023 era stata disposta l'esclusione dello stesso dalla *GARA DG 24/22 - Accordo Quadro biennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte suddiviso in 5 lotti. Lotto 2_ST Emilia Romagna, Toscana, Umbria, Marche. Codice CIG 9511512BFF*, unitamente alla determina di approvazione della graduatoria e agli

ulteriori provvedimenti sopra specificati in epigrafe, chiedendone l'annullamento sulla base del seguente unico motivo:

Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, comma 2, lett. a) d.l. n. 47/2014, convertito con modifiche in L. 23 maggio 2014, n. 80. Violazione e falsa applicazione dell'art. 105, comma 4, lett. c) del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, dell'art. 9 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dei principi in tema di qualificazione.

Eccesso di potere per travisamento, erroneità nei presupposti, illogicità manifesta, irrazionalità, falsa applicazione dei principi di proporzionalità e favor participationis, difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

2. Si sono costituite in giudizio la ANAS S.p.a., quale Amministrazione resistente, nonché il Consorzio Stabile Medil Società Consortile per Azioni, quale soggetto controinteressato, primo classificato nella procedura, chiedendo l'integrale reiezione del ricorso.

3. All'udienza del 17 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Espone parte ricorrente di avere partecipato alla procedura per l'affidamento relativa all'Accordo Quadro biennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte suddiviso in 5 lotti, pubblicata con bando in G.U. – Serie Speciale – n. 148 del 19/12/2022, con affidamento mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2019, n. 50 e ss.mm.ii. Codice dei contratti pubblici e dell'art. 2, comma 2, della Legge 11 settembre 2020, n. 120 di conversione con modificazioni del D.L. Semplificazioni n. 76/2020.

All'esito dell'apertura delle offerte il consorzio CEC risultava primo in graduatoria, ma in data 26 luglio 2023 riceveva comunicazione di esclusione ex art. 76, comma 5, lett. b) del d. lgs. n. 50/2016, in questa sede impugnata.

5. Con il primo e unico motivo di ricorso parte ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di esclusione con cui veniva accertato il *“DIFETTO DI QUALIFICAZIONE relativo alla ulteriore categoria a base di gara a qualificazione obbligatoria OS 18-A.”*, in quanto *“Dall'esame dell'Attestazione SOA n. 23005 AL/07/00 del 06/12/2022 del concorrente è emerso che, relativamente alla ulteriore categoria di lavori a qualificazione obbligatoria OS 18-A, posta a base di gara per l'importo di € 20.000.000,00, l'impresa concorrente possiede una qualificazione SOA per la classifica 5[^], che l'abilita all'esecuzione di lavori per l'importo massimo, incrementato di un quinto, di € 6.198.000,00”,* avendo la Stazione Appaltante rilevato il *“difetto di qualificazione del concorrente relativamente alla categoria OS 18-A per il valore di € 16.302.000,00, (pari alla quota della categoria eccedente la qualifica posseduta dall'impresa) e scaturente dalla insuperabile inadeguatezza della dichiarazione di subappalto resa a sopperire il difetto di qualificazione nella categoria medesima”*.

Richiama il Consorzio ricorrente il disciplinare di gara laddove richiede tra i requisiti di capacità tecnica e professionale la *“Attestazione di qualificazione in corso di validità, adeguata per categorie e classifiche ai valori dell'appalto da aggiudicare di cui al punto II.2.6 del bando, rilasciata da una S.O.A. appositamente autorizzata, per le attività di costruzione; La comprova del requisito di cui alla lett. b) è fornita con attestazione di qualificazione SOA in corso di validità.*

Tale attestazione deve essere prodotta nella busta amministrativa, nonché fornita attraverso il FVOE.”

Sostiene parte ricorrente di avere partecipato regolarmente alla gara, qualificandosi correttamente in ogni categoria richiesta dalla *lex specialis* di gara, dichiarando di possedere l'attestazione SOA OG3 cat. VIII nella categoria prevalente.

Precisa, poi, in relazione alle categorie scorporabili previste nel bando rientranti tra quelle a "*qualificazione obbligatoria*", di essere sprovvista di adeguata capacità per una di esse e di avere pertanto dichiarato di far ricorso al subappalto "*per la categoria OS18/A nel proprio DGUE*", dichiarando che "*il Consorzio intende subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OS18-A, nei limiti di legge*".

Sostiene, a tal punto, che sia sufficiente, ai fini dell'integrazione della predetta dichiarazione, l'affermazione che "*il Consorzio intende eventualmente subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OG3 nei limiti di legge*", la quale costituirebbe "*certamente una chiara e sufficiente manifestazione della volontà di ricorrere al subappalto necessario per completare la qualificazione*".

Sarebbe pertanto applicabile ad avviso della difesa della ricorrente il principio di cui all'art. 109 del d.p.r. n. 207/2010, poi abrogato e sostituito dall'art. 12 del dl 28 marzo 2014 n. 47, il cui secondo comma (rimasto in vigore in una normativa quasi totalmente abrogata), alla lettera a), stabilisce che: "*l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni*".

A sostegno della propria tesi difensiva, parte ricorrente richiama una recente pronuncia del Consiglio di Stato sez. VII sentenza del 6 giugno 2023, n. 5545 con cui è stata dichiarata corretta la decisione di considerare valida la "*dichiarazione relativa*

al subappalto con la quale la concorrente si dichiarava intenzionata a ricorrervi, precisando la quota di subappalto a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio”.

Il provvedimento di esclusione sarebbe inoltre illegittimo per mancato esercizio del soccorso istruttorio, in quanto lo stesso avrebbe condotto *“solo ad una conferma della portata e dell'efficacia di quanto già dichiarato, senza nulla aggiungere sul piano sostanziale al contesto delineato e quindi senza alterazioni possibili della par condicio, in perfetta aderenza altresì, alle regole e ai principi di cui all'art. 14 del Disciplinare e della normativa di riferimento”.*

6. Il ricorso è fondato.

Appare infatti scorretta la decisione dell'Amministrazione di escludere il Consorzio ricorrente in quanto privo dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara, essendo possibile evincere dalla documentazione prodotta dal ricorrente una compiuta qualificazione con riferimento alla categoria prevalente OG3 (classifica VIII) e alle categorie OS 11, OS 21 OS 12-A (scorporabili a qualificazione obbligatoria) e avendo lo stesso espressamente dichiarato in modo inequivoco nel proprio DGUE di voler ricorrere al subappalto con riferimento alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS 18-A.

Rispetto alla predetta categoria di lavori la parte ricorrente risulta infatti avere espressamente manifestato la volontà di avvalersi di subappalto “necessario”, cioè di subappaltare i lavori della categoria perché privo di corrispondente qualificazione, risultando, infatti, del tutto inequivoca la dichiarazione con cui il Consorzio ricorrente ha affermato che *“intende subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OS 18-A, nei limiti di legge”.*

Per le predette dichiarazioni infatti *“il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore*

economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto “...nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell’operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche”; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596) (Cons. di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 3180 del 28 marzo 2023).

Non persuade, inoltre, l’eccezione con cui la Stazione appaltante afferma l’insufficienza della dichiarazione presentata dal Consorzio ricorrente in quanto “*nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto nelle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (cd. Subappalto qualificante/necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto “necessario”, cioè di subappaltare i lavori della/e categoria/e perché privo di corrispondente qualificazione*”.

I requisiti per il subappalto necessario vengono infatti pienamente integrati dalla dichiarazione effettuata dal Consorzio ricorrente, effettuata in modo espresso e non meramente eventuale, emergendo nel DGUE presentato dallo stesso l’inequivocabile intenzione di avvalersi del subappalto per qualificarsi nella categoria OS 18-A per la quale è richiesta obbligatoriamente la qualificazione, così assicurando alla Committente che, una volta giunti alla fase di esecuzione del contratto, lo stesso sarà eseguito da un soggetto in possesso delle opportune garanzie.

Nel caso che qui ci impegna, infatti, la dichiarazione resa da CEC non presenta alcun elemento di ambiguità, atteso che con l'utilizzo dell'avverbio "*intende*" – diversamente da quanto erroneamente sostenuto dall'Amministrazione resistente – la parte ricorrente appare aver inequivocabilmente manifestato l'intenzione di adottare l'istituto del subappalto con riferimento alla categoria OS-18 A, garantendo la copertura in fase esecutiva da parte di un subappaltatore fornito dei requisiti richiesti.

Dalla lettura della dichiarazione emerge, infatti, che il ricorrente per le categorie di cui era già titolare di adeguata SOA, abbia affermato nel proprio DGUE con un'espressione solo eventuale ed ipotetica che "*intende eventualmente subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OG3 nei limiti di legge*", laddove per la categoria OS18/A, non posseduta dallo stesso, afferma in modo chiaro che "*intende subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OS18-A, nei limiti di legge*".

Pertanto, stante l'inequivoco tenore letterale delle proprie dichiarazioni, appare diversa – contrariamente da quanto sostenuto dalla resistente – la volontà rappresentata dal Consorzio nell'ambito del DGUE nelle due dichiarazioni, avendo lo stesso rappresentato la sola eventuale possibilità di subappaltare le lavorazioni con riferimento alla categoria OG3, a fronte di una volontà certa e inequivoca di subappaltare per le lavorazioni in OS18/A.

Non appare inoltre dirimente ad avviso del Collegio la mancata espressa specificazione della natura necessaria e/o qualificatoria del subappalto relativo alla predetta categoria, stante l'inequivoca manifestazione di volontà di subappaltare per la stessa e il possesso dei requisiti per la categoria prevalente.

Secondo il più recente indirizzo di questa Sezione (Tar Lazio, Sez. Quarta, n.15165/2023), infatti "*La questione giuridica che pone l'esame del presente motivo è se*

l'operatore in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e che abbia formalizzato la richiesta di subappalto per le lavorazioni a qualificazione obbligatoria possa essere escluso dalla gara per la mera circostanza di non aver specificato nella domanda di gara che il subappalto cui faceva ricorso era da intendersi "qualificatorio" e/o "necessario".

È opinione del Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa.

6.7. Si deve, anzitutto, con specifico riguardo al caso di specie, prendere le distanze dalla tesi dell'Amministrazione secondo cui la mancata indicazione nel DGUE della natura "qualificatoria" del subappalto renderebbe la dichiarazione di subappalto eccessivamente generica e dunque inidonea a colmare il deficit di qualificazione in capo a -OMISSIS-.

Difatti, se pure la dichiarazione di subappalto non conteneva la specificazione che lo stesso fosse "necessario", deve sottolinearsi che la -OMISSIS- aveva formalizzato la dichiarazione di subappalto nell'apposita sezione del DGUE, indicando espressamente le singole categorie di lavorazioni oggetto di subappalto e la classifica di riferimento.

La dichiarazione, quindi, era in linea a quanto chiesto dal bando, il quale non era formulato in termini tali da indurre il concorrente a ritenere che fosse necessaria la specificazione in ordine alla natura "qualificatoria" del subappalto (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VII, 6 giugno 2023, n. 5545, il quale, in vicenda simile all'episodio odierno, ha affermato come la dichiarazione della volontà di subappaltare le lavorazioni di categorie di cui l'operatore non possiede la qualificazione non solamente è ben diversa da una generica indicazione, ma permette di ritenere che la società abbia scelto di ricorrere all'istituto proprio per sopperire con questo ad una categoria necessaria per l'esecuzione dei lavori e che quindi, in ultima analisi, abbia reso nel DGUE la dichiarazione del c.d. subappalto necessario).

Vale in secondo luogo osservare che l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato e ribadita nelle difese dell'Amministrazione, secondo cui -OMISSIS- non avesse i requisiti di partecipazione alla gara si scontra con il tenore letterale delle disposizioni richiamate in precedenza,

le quali chiariscono in termini inequivoci che è la categoria prevalente capiente a garantire l'ammissione del concorrente alla gara, mentre il subappalto e la relativa dichiarazione, che pure deve essere resa, ha la diversa funzione di colmare le preclusioni esecutive derivanti dal mancato possesso delle specifiche qualifiche per le categorie a qualificazione obbligatoria.

Questa conclusione, del resto, è confermata da costante giurisprudenza:

- Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015 n. 9, secondo cui: “per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili; le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); il concorrente deve subappaltare l'esecuzione di queste ultime lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare” (conf. T.a.r. Lazio – Roma, sez. III, 6 dicembre 2021, n. 12555, che ha ulteriormente specificato quanto segue: “il possesso della qualificazione nella categoria prevalente, per l'importo totale dei lavori, giustifica di per sé la partecipazione ad una gara, indipendentemente dalla qualificazione nelle categorie scorporabili, da rendere necessariamente oggetto di subappalto in sede di offerta e di successivi adempimenti, attinenti alla fase di esecuzione contrattuale”);

- Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873: «Emerge la regola generale in forza della quale l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, con l'eccezione delle lavorazioni indicate alla lettera b) della norma e cioè delle categorie cosiddette a qualificazione obbligatoria, che, non potendo essere eseguite direttamente dall'affidatario, qualificato solo per la categoria prevalente, “sono comunque subappaltabili” ad imprese munite delle specifiche attestazioni»;

- *Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2022, n. 8223: «l'obbligatoria (per legge o disciplinare) indicazione nell'offerta della terna di subappaltatori e dei servizi che si intendono subappaltare non trasforma il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) in un istituto strutturalmente diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, presentando questi ultimi presupposti, finalità e regolazioni diverse (in tal senso, anche Consiglio di Stato, Ad. plen. n. 9 del 2015).*

A differenza di quanto accade con l'avvalimento, anche nel caso di subappalto c.d. necessario il rapporto con l'impresa subappaltatrice non viene attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella successiva fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, commi 7 (in tema di obbligazioni che sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) ed 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla sola fase esecutiva e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto. È dunque corretto quanto rilevato nella sentenza appellata laddove, diversamente dall'impresa ausiliaria nel caso di avvalimento, "Il subappaltatore, dunque, non "presta" o "fornisce" alcunché al concorrente subappaltante. Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti» (conf.: T.a.r. Lombardia - Milano, sez. IV, 15 maggio 2023, n. 1124)"

Il ricorso deve essere pertanto accolto, rimanendo assorbiti gli ulteriori motivi.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna ANAS S.p.A.- Gruppo FS Italiane, in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese del giudizio in favore della parte ricorrente, che vengono liquidate in € 5.000,00, oltre alla restituzione del contributo unificato versato da quest'ultima.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario

Giuseppe Grauso, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Grauso

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO