



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4388 del 2010, proposto da:
Soc Coelna Impianti Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giampiero Manzo,
Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Francesco Vagnucci in Roma, via
G. Mercalli, 13;

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma,
via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- della nota CDG-0067222-P del 6 maggio 2010, con la quale l'ANAS s.p.a. ha
disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento della
progettazione esecutiva e dell'esecuzione dell'opera: "SS 145 Sorrentina –
progettazione esecutiva ed esecuzione dell'adeguamento alle attuali normative degli
impianti di illuminazione, ventilazione, cabine MT/BT, impianti ed opere civili a
servizio delle gallerie Varano e Privati;

della nota CDG-0067222-P del 6 maggio 2010 con la quale l'ANAS s.p.a. rigettava la richiesta di riammissione alla gara e contestuale avviso di ricorso formulata dalla ricorrente;

del bando di gara punto II.2.1. nella parte in cui assoggettava al limite del 30 per cento la subappaltabilità della categoria OS9;

di ogni verbale, atto e provvedimento presupposto o consequenziale ivi compreso l'eventuale contratto di appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2011 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta della Comunità il 6-3-2009, l'ANAS ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dell'adeguamento alle attuali normative degli impianti di illuminazione, ventilazione, cabine MT/BT, impianti ed opere civili a servizio delle gallerie Varano e Privati della strada statale Sorrentina, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara prevedeva al punto II 2.1. per la categoria OS 9 la classifica IV subappaltabile nel limite del 30% del suo importo ai sensi dell'art 37 comma 11 del d.lgs. n° 163 del 2006 a qualificazione obbligatoria. Quale categoria prevalente indicava la OG 11, classifica VI; classifica VII con riferimento all'intero ammontare dell'appalto.

Presentava domanda di partecipazione la Coelna s.p.a. quale capogruppo dell'ATI costituenda con Svei e studio Altieri

Nella lettera di invito era precisato (lettera C punto e) che nella documentazione amministrativa era richiesta una dichiarazione relativa alle opere che si intendono subappaltare, con la indicazione delle categorie alle quali dette opere sono riconducibili, tenendo conto che per i lavori facenti capo alla categoria prevalente e alle categorie specializzate, ove ricorrano le condizioni di cui all'art 37 comma 11 del d.lgs. n° 163 del 2006 è previsto il limite massimo del 30%.

Nella domanda di partecipazione alla procedura ristretta la ATI con a capo la Coelna s.p.a. dichiarava di “riservarsi la possibilità di ricorrere all'affidamento in subappalto nel rispetto di quanto stabilito dalla lettera di invito e dalla legislazione specifica della materia, le lavorazioni ricadenti nelle categorie OG11, OG 3, OG1, OS9, OS3,OS19 e OS10 entro i limiti previsti dalla norma in vigore”.

Con nota del 12-4-2010 l'Anas comunicava l'esclusione in quanto mancava la qualificazione per la categoria OS9 classifica IV subappaltabile nei limiti del 30%.

Avverso tale provvedimento, avverso il successivo diniego di riammissione alla gara del 6-5-2010 e avverso il bando di gara è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione degli artt. 37 comma 11 e 118 del d.lgs. n° 163 del 2006; 74 comma 2 e 72 comma 4 d.p.r. n° 554 del 1999; violazione della lex specialis; eccesso di potere; travisamento dei fatti; ingiustizia grave e manifesta;

violazione della lettera di invito punto A lettera e; eccesso di potere per errata e falsa applicazione di legge; sviamento; contraddittorietà; violazione del favor participationis; omessa motivazione;

violazione delle direttive comunitarie n° 17 e 18 del 2004;

Si è costituita l'Anas contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 16-6-2010 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 2 febbraio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Sostiene il ricorrente, in primo luogo, che la lex di gara andrebbe interpretata nel senso di ammettere il subappalto per la categoria OS 9, in quanto la previsione della categoria OG11 categoria VII con riferimento all'intero ammontare dell'appalto, comporterebbe che i partecipanti qualificati per la categoria OG 11 per l'intero ammontare dell'appalto potrebbero subappaltare totalmente le prestazioni oggetto dell'appalto.

Tale interpretazione non è suscettibile di accoglimento. L'unica interpretazione possibile è, infatti, quella contraria.

Bisogna tener conto che la categoria OG 11 , per sua natura, ha la particolarità di essere composta di varie categorie di lavori . Ciò che indica la stazione appaltante, nel bando, è che se si partecipa con la categoria OG 11, classifica VII, si può considerare la categoria OG 11 classifica VII per l'intero valore dell'appalto, senza considerare alcuna categoria come prevalente.

Le imprese che sono qualificate per la categoria OG 11 classifica VII possono quindi sicuramente partecipare comunque; ciò non comporta che sia possibile di per se' il subappalto, che rimane disciplinato dalla normativa specifica.

Non può valere, quindi, ciò che sostiene la difesa ricorrente riguardo al possesso da parte della Coelna della categoria OG 11 classifica VII. Infatti, il possesso di tale categoria la abilitava a partecipare alla gara, realizzando direttamente le opere, non tramite il subappalto, che rimaneva disciplinato dalle ulteriori previsioni del bando.

Per il subappalto, infatti, ogni impresa deve essere, comunque qualificata per il tipo di lavori che andrà a svolgere.

Inoltre, si deve ricordare che proprio rispetto alla Categoria OG 11 si era posto in passato un problema di divieto di subappalto essendo in parte assimilata alle categorie ad alto contenuto tecnologico (cfr CdS n° 4671 del 2003 rispetto all'art 13 comma 7 della legge n° 109 del 1994, che prevedeva il divieto di subappalto per tali ultime categorie).

Gli ulteriori motivi di ricorso sono sostanzialmente basati sulla violazione degli artt 118 e 37 comma 11 del d.lgs n° 163 del 2006, in quanto il bando di gara avrebbe disciplinato in difformità da tali disposizioni di legge.

L'art 118 del d.lgs. n° 163 del 2006 prevede, quale principio generale, che “i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice siano tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto nell'articolo 116”.

Ai sensi del secondo comma, la stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento.

L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni:

- 1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere

ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;

3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni .

Da tale disciplina deriva, in primo luogo, che il subappalto, pur essendo un istituto di carattere generale è disciplinato in maniera puntuale e sottoposto a determinate condizioni.

Il regolamento allo stato in vigore, d.p.r. n° 554 del 1999, prevede all'art 74 che le imprese aggiudicatarie, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara come categoria prevalente possono, fatto salvo quanto previsto al comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non sono in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.

Le lavorazioni relative a opere generali, e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se

prive delle relative adeguate qualificazioni; esse, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della Legge (che prevedeva il divieto di subappalto per le opere ad alto contenuto tecnologico), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Le medesime lavorazioni sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

Le imprese qualificate nella categoria di opera generale sono abilitate a partecipare alle gare indette per la manutenzione dell'opera generale stessa.

L'art 37 comma 11, nel testo modificato dal cd terzo correttivo, d.lgs n° 152 del 2008, che si riferisce specificamente ai raggruppamenti prevede, altresì, : “qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo”.

Da tutta tale disciplina deriva che per la categoria prevalente e per le categorie ad alto contenuto tecnologico e di rilevante complessità tecnica il subappalto è ammesso solo nei limiti del 30%.

Infatti l'art 37 comma 11 richiama l'art 118 secondo comma terzo periodo.

Secondo la difesa ricorrente la categoria OS 9 non rientrerebbe tra quelle di cui all'art 37 comma 11 e la stazione in maniera illegittima la avrebbe considerata tale.

Ritiene il collegio che tale argomentazione non possa essere condivisa.

La categoria OS 9 riguarda impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico.

Si tratta di una categoria specializzata, non rientrante , peraltro nelle indicazioni dell'art 72 comma 4.

Ritiene il collegio, conformemente ad un orientamento giurisprudenziale diffuso, che residua in capo alla stazione appaltante un margine di discrezionalità in ordine alla ammissibilità dei subappalti.

Ad avviso della difesa ricorrente, dalle norme dell'art 118 e del 37 comma 11 del codice degli appalti, invece, deriverebbe un vincolo per la stazione appaltante di ammettere i subappalti secondo le condizioni indicate in tali norme e di non poterne limitare l'applicazione nella specifica gara.

Tale ricostruzione non è condivisibile.

La giurisprudenza riguardo a tale disciplina ha affermato che il divieto di subappalto per alcune opere (di cui all'art. 74, comma 4, D.P.R. n. 554 del 1999) non implica affatto che le opere diverse da quelle in esso considerate non possano costituire oggetto di un divieto di subappalto imposto dalla stazione appaltante, che intenda garantirsi, il diretto controllo, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa chiamata ad eseguire una parte dell'appalto alla quale connette un autonomo ed importante rilievo (Cds Sez. V, sent. n. 3364 del 06-06-2006).

In generale, dunque, la disciplina dell'art 118 va intesa nel senso che pone i limiti entro cui la stazione appaltante può ammettere il subappalto, ma in base ai principi generali, anche dell'appalto civilistico , non impedisce alla stazione appaltante di

porre ulteriori limiti all'utilizzo del subappalto, limiti sindacabili nel bando di gara secondo i canoni della logicità e ragionevolezza, come avviene rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione.

Le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, non sono, infatti, intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato (CdS n. 1721 del 24-03-2010).

Una diversa ricostruzione non può derivare dalle norme comunitarie che se garantiscono il principio della massima partecipazione, affidano altresì ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara.

Comunque un divieto specifico non può trarsi dall'art 25 della direttiva n° 18 del 2004, che ha previsto che lo Stato membro possa richiedere o che l'Amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che siano indicate le parti dell'appalto che si intendano subappaltare.

Non deriva, quindi, dal diritto comunitario alcuna ammissibilità generalizzata del subappalto, restando sempre la discrezionalità della stazione appaltante nel limitarla.

Le norme citate dell'art 118 del d.lgs. n° 163 del 2006 e dell'art 73 del d.p.r. n° 554 del 1999 stabiliscono quindi il limite massimo di ammissibilità dell'appalto, ma non quello minimo che si deve ritenere nella discrezionalità della stazione appaltante.

Tale interpretazione trova conferma, altresì nella disciplina dell'autorizzazione al subappalto prevista dall'art 118. Se come afferma il Consiglio di Stato la stazione appaltante mantiene una discrezionalità nell'autorizzare il subappalto (sent. n° 1721 del 2010; 1713 del 2010, con le conseguenze che ne derivano anche in materia di giurisdizione) non può non averla nel fissare i limiti del subappalto, tenuto conto che si deve comunque far riferimento al principio generale del 1656 del codice civile , per cui il subappalto deve essere autorizzato dal committente.

Nel caso di specie, trattandosi di lavori relativi all'adeguamento degli impianti di illuminazione, la stazione appaltante ragionevolmente poteva chiedere che, per gli impianti di segnaletica luminosa e sicurezza del traffico, che costituiscono, quindi, un elemento essenziale della prestazione, il subappalto non superasse il trenta per cento.

In presenza di determinati presupposti può essere consentito alla stazione appaltante di negare il subappalto al fine di garantirsi il diretto controllo dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa aggiudicataria (Tar Lazio sez III ter n° 11692 del 2008).

In tema di appalti di lavori pubblici, la circostanza che la clausola del bando di gara proibisca il subappalto per le categorie a qualificazione non obbligatoria, non rende per ciò solo detta clausola illegittima. Difatti, in base ad una lettura contestuale della normativa di cui ai d.p.r. 554/99 e 34/2000, nonché dell'art. 37, D. Lgs. 163/2006, per stabilire se la p.a., nel vietare il subappalto, si è correttamente avvalsa della potestà interdittiva, occorre guardare, ad eccezione delle opere della categoria prevalente – per le quali il citato art. 37 stabilisce esplicitamente il divieto de quo-, al contenuto e alla complessità dell'opera (Tar Lazio sez. II ter n. 4409 del 2007).

La clausola del bando si deve dunque ritenere legittima.

Sostiene, inoltre, la difesa ricorrente che la stazione appaltante aveva già valutato i requisiti di partecipazione in sede di prequalifica.

Anche tale censura non è suscettibile di accoglimento. E' noto, infatti, l'orientamento giurisprudenziale per cui la stazione appaltante non consuma nella fase di prequalifica il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti dal bando (Consiglio Stato, sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2236; V, n° 416 del 2008).

Pertanto, l'Anas in maniera legittima, rilevando, anche solo nella fase della gara successiva alla prequalificazione, la mancanza dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando, ha escluso il raggruppamento ricorrente.

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto.

Ne deriva altresì l'infondatezza della domanda di risarcimento danni.

In considerazione della complessità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali

P.Q.M.

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

Rigetta la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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