

N. 04405/2014REG.PROV.COLL.

N. 06418/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 6418 del 2014, proposto da:

Comas S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcella Pacchioli, Angela Gemma, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via Sabotino, n. 22;

contro

Impresa Intergeos S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Feroci, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Paolo Emilio, n. 32;

nei confronti di

Comune di Castelguglielmo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Caligiuri, con domicilio eletto presso Carlo Mario D'Acunti in Roma, viale delle Milizie, n. 9;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 967/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto per completamento itinerari e percorsi attrezzati a valenza turistico ricettiva.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Impresa Intergeos Srl e di Comune di Castelguglielmo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Marcella Pacchioli, Marco Feroci e Antonella Mastrocola su delega dell'avv. Giuseppe Caligiuri;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che la appellata sentenza del TAR per il Veneto ha accolto il ricorso di primo grado n. 834 del 2014 della s.r.l. Impresa Intergeos ed ha annullato l'atto n. 102 del 9 maggio 2014 con cui il Servizio Area Tecnica del Comune di Castलगuglielmo ha aggiudicato in via definitiva l'appalto per il completamento degli itinerari e dei percorsi attrezzati a valenza turistico ricettiva sovra comunale, finalizzati alla fruizione e alla valorizzazione degli ambienti di pregio naturalistico ambientale e storico culturale lungo l'asta fluviale Tartaro - Canalbianco alla contro interessata;

Rilevato che la sentenza del TAR ha accolto il ricorso in base alla seguente motivazione:

“considerato che l'art. 118, Il comma del DLgs n. 163/2006 sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione, fra le altre, che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare: onde, peraltro, evitare che l'aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione (con il conseguente rischio per l'amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara) va interpretata nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (cfr. CdS, IV, 26.5.2014 n. 2675; V, 21.11.2012 n. 5900; VI, 2.5.2012 n. 2508)”;

Rilevato che la s.r.l. Comas ha proposto l'appello in esame, deducendo che:

- la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto che essa - in sede di indicazione della scelta da parte dell'impresa di subappaltare alcuni lavori scorporabili - avrebbe dovuto indicare anche il nominativo del subappaltatore;
- la verifica del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore si sarebbe dovuta svolgere al momento della stipulazione del contratto;
- dal combinato disposto dell'art. 4, punto 2, del disciplinare e dell'art. 23 allegato A, si evincerebbe che al momento dell'offerta sarebbe stato necessario soltanto indicare le lavorazioni da subappaltare e la relativa categoria, risultando sufficiente a tutela della stazione appaltante il possesso dei requisiti da parte dell'offerente per la categoria prevalente (come anche si potrebbe desumere dall'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010);
- una diversa interpretazione violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Rilevato che la s.r.l. appellata ha chiesto la conferma della pronuncia impugnata, evidenziando che:

- nel bando è stato previsto che le categorie di lavorazioni OG13 – se non possono essere eseguite

dall'offerente - devono essere obbligatoriamente subappaltate ad una impresa avente una idonea qualificazione o devono essere eseguite in ATI;

.- la mancata indicazione del nominativo del subappaltatore comporterebbe, pertanto, la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto, mentre una diversa interpretazione lederebbe il principio della par condicio;

- sarebbe inconferente il richiamo all'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, perché questa è applicabile in casi diversi da quelli per i quali è prevista la qualificazione obbligatoria;

Rilevato che la società appellata ha anche riproposto i seguenti motivi non esaminati perché assorbiti dal TAR: a) sarebbe illegittimo il disciplinare, per violazione dell'art. 109 del d.P.R. n. 207 del 2010; b) sarebbe altresì illegittima la formula di attribuzione del punteggio all'elemento prezzo;

Rilevato che l'impresa appellata ha dedotto inoltre che i lavori sarebbero stati cominciati in violazione delle regole sullo stand still e che l'autorizzazione al subappalto sarebbe stata rilasciata in data 3 luglio 2014, dopo il deposito della sentenza di primo grado;

Considerato che l'appello risulta infondato nel suo complesso, poiché

- la lex specialis prevedeva che le lavorazioni scorporabili fossero eseguite da imprese dotate di idonea qualificazione, sicché risulta inconferente il richiamo all'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, dovendosi invece fare applicazione del disposto dell'art. 109, comma 2, del medesimo regolamento, per il quale “non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, relative a: a) categorie di opere generali individuate nell'allegato A; b) categorie di opere specializzate individuate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria. Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”;

- la Sezione condivide e fa proprio l'orientamento di questo Consiglio (Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), per il quale “l'art. 118, comma 2, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, va applicato tenendo presente che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui vi sia il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione deve indicare il subappaltatore e dimostrare il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione”;

- “il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare pubbliche può essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, ma anche quando le medesime disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione, e fra tali ipotesi rientra senz'altro quella del possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto”;

- “l'incompleta o l'erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di

subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato”;

Considerato che dunque risultano infondate le censure dell'appellante riguardanti l'irrelevanza della mancata indicazione del subappaltatore in possesso di tutti i necessari requisiti, nonché quelle secondo cui rileverebbero esclusivamente le previsioni del bando di gara e i principi sulla tassatività delle cause di esclusione.

Considerato che le spese devono seguire la soccombenza, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Comas S.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore di Impresa Intergeos S.r.l. Compensa le spese tra le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **28/08/2014**

IL SEGRETARIO

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