

Le dichiarazioni di subappalto devono specificare a quali lavori si riferiscono, anche all'interno della singola categoria: si pensi ad un'impresa munita di qualificazione per una data categoria, ma in classifica insufficiente a coprire l'intero importo delle relative opere: è evidente che, in questo caso, la dichiarazione di subappalto dovrà individuare con precisione a quali lavori si riferisca, anche all'interno di quella stessa categoria, onde consentire di verificare se la qualificazione posseduta autorizzi l'impresa ad eseguire le lavorazioni rimanenti, escluse dal subappalto; a maggior ragione, nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria

Appare importante segnalare la decisione numero 7090 resa dal Consiglio di Stato in data 1 dicembre 2006 in tema di dichiarazioni delle opere da subappaltare:

< non si può sostenere, come fanno l'appellante incidentale e l'amministrazione appellata, che, stante l'unitarietà della categoria, la dichiarazione di voler subappaltare i lavori di arredo urbano dovrebbe intendersi riferita anche alle opere a verde (e viceversa).

In primo luogo, l'eterogeneità delle opere contemplate dalla declaratoria legale della categoria OS 24 non sembra autorizzare una considerazione unitaria del verde e dell'arredo urbano, intesa come assimilabilità delle due tipologie di lavori; in ogni caso, anche a voler ritenere che si tratti di una categoria omogenea, le dichiarazioni di subappalto debbono comunque specificare a quali lavori si riferiscono, anche all'interno della singola categoria, come si ricava dall'art. 18 co. 3 n. 1) della legge 55/90, nel testo sostituito dall'art. 34 l. 109/94 e da ultimo modificato dall'art. 231 D.P.R. 554/99, norma che - espressamente prevedendo la possibilità che il subappalto riguardi opere rientranti all'interno di un'unica categoria - richiede pur sempre che la dichiarazione indichi i lavori o le "parti di opere" che si intendono subappaltare (e, del resto, si pensi ad un'impresa munita di qualificazione per una data categoria, ma in classifica insufficiente a coprire l'intero importo delle relative opere: è evidente che, in questo caso, la dichiarazione di subappalto dovrà individuare con precisione a quali lavori si riferisca, anche all'interno di quella stessa categoria, onde consentire di verificare se la qualificazione posseduta autorizzi l'impresa ad eseguire le lavorazioni rimanenti, escluse dal subappalto; a maggior ragione, nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria, il che, per le opere OS 24, impone quantomeno di specificare - alla luce della già rilevata eterogeneità contenutistica della declaratoria - se la dichiarazione si riferisca alle sole opere a verde, o a quelle di arredo urbano, o a entrambe, ai fini della dichiarazione di subappalto non assimilabili le une alle altre).>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 7090/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 5093 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5093/2005 R.G., proposto dalla soc. ** S.R.L. rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Bormioli, Paolo Vaiano con domicilio eletto in Roma Lungotevere Marzio 3 presso l'avv. Paolo Vaiano;

CONTRO

- il COMUNE DI BORDIGHERA rappresentato e difeso dagli

avv.ti Guido Francesco Romanelli, Pier Giuseppe Genna, Piergiorgio Alberti con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 5, presso l'avv. Guido Francesco Romanelli;

e nei confronti

- la soc. ** S.R.L. IN PROPRIO E QUALE CAPOGRUPPO MANDATARIA A.T.I. rappresentata e difesa dall'avv. Santino Garufi con domicilio eletto in Roma via Ottaviano, n. 9 presso Renato Botrugno;

- la soc. ATI - ** S.R.L. E IN PROPRIO non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR LIGURIA – GENOVA, SEZIONE II, n. 433/2005 del 4 aprile 2005, resa tra le parti, concernente ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE GARA APPALTO REALIZZAZIONE PARCHEGGIO E SISTEMAZIONE PIAZZA-RISARCIMENTO DANNO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI BORDIGHERA,

- la soc. ** S.R.L. IN PROPRIO E QUALE CAPOGRUPPO MANDATARIA A.T.I..

Viste le memorie difensive;

Visto l'appello incidentale proposto da **;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 597/2005;

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2005, relatore il Consigliere Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati G. Bormioli, G. F.Romanelli e R. Botrugno per delega dell'avv. Garufi;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso ex art. 23-bis l. 1034/71, notificato a mezzo del servizio postale il 26 novembre 2004 e depositato il 1° dicembre successivo presso il TAR della Liguria, la Orion S.c. a r.l. e la ** S.r.l. - premesso di aver partecipato, in associazione temporanea fra loro, alla gara indetta dal Comune di Bordighera per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di realizzazione di un parcheggio interrato e di contestuale sistemazione della sovrastante Piazza Garibaldi - esponevano che il progetto dei lavori anzidetti prevedeva la sistemazione dell'area di superficie con opere a verde e di arredo urbano, dichiaratamente finalizzate a dar vita "ad una tranquilla isola di calma" (secondo la relazione generale al progetto), dove il passaggio e la sosta dei cittadini fossero allietati dalla presenza di verde e di due ampie fontane circolari; che, in considerazione di tali contenuti del progetto, il bando di gara aveva precisato le necessarie qualificazioni dei concorrenti nel modo

seguente: categoria prevalente OG 1 (per un importo di euro 3.147.833,44), categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria non subappaltabile OS 21 (euro 893.801,00), categoria scorporabile subappaltabile OS 24 (euro 472.885,08); che la lettera di invito prescriveva a pena di esclusione che le imprese partecipanti alla gara presentassero, unitamente agli altri documenti, la dichiarazione delle opere che intendessero subappaltare, o che fossero obbligate a subappaltare per mancanza della relativa qualificazione; che alla gara erano state ammesse, fra le altre, le associazioni temporanee di imprese fra ** Costruzioni S.p.A. e ** S.p.A., fra ** S.r.l. e ** Carlo e C. s.n.c., e fra ** Immobiliare S.r.l. e ** S.r.l., le quali, oltre a non possedere le necessarie qualificazioni per le opere della categoria OS 24, neppure avevano reso dichiarazioni di subappalto idonee e sufficienti in relazione alle opere da subappaltare; che, in particolare, l'A.T.I. **/**, munita di qualificazione in classifica I (fino ad euro 258.228,00) per le opere comprese nella categoria OS 24, aveva dichiarato di voler subappaltare le sole opere da vivaista, vale a dire solo una parte di quelle appartenenti a detta categoria, ed era pertanto sprovvista di legittimazione per l'esecuzione della parte rimanente di opere a verde e delle opere di arredo urbano, non essendo in possesso di una qualificazione adeguata all'importo delle stesse; che analoghe considerazioni potevano essere svolte in merito alla posizione dell'A.T.I. **/**, la quale si era limitata a dichiarare di voler subappaltare le opere a verde, ma non quelle di arredo urbano, per le quali non possedeva una qualificazione sufficiente; che la A.T.I. ** Immobiliare/**, del tutto sprovvista di qualificazione per le opere della categoria OS 24, aveva dichiarato di voler subappaltare le sole opere di arredo urbano, e non anche quelle relative al verde; che, sebbene sprovviste di adeguata qualificazione per le opere rimaste al di fuori delle dichiarazioni di subappalto, le offerte delle tre A.T.I. dianzi menzionate erano state ammesse alla gara, ciò che aveva condotto a individuare la soglia di anomalia nel ribasso del 18,095%, con la conseguenza che l'offerta dell'A.T.I. ricorrente aveva conseguito una posizione non utile in graduatoria, e l'appalto era stato aggiudicato alla controinteressata; che, ove la stazione appaltante avesse proceduto alla dovuta esclusione delle tre A.T.I. mancanti dei requisiti di partecipazione alla gara, la soglia di anomalia sarebbe stata quella del 16,416%, rispetto alla quale l'offerta della ricorrente sarebbe risultata la migliore delle non anomale, ed avrebbe quindi meritato l'aggiudicazione; che la ricorrente aveva immediatamente rappresentato al Comune di Bordighera, con lettera raccomandata A.R. anticipata a mezzo fax, la illegittimità dell'aggiudicazione, ricevendone in risposta la nota del responsabile del procedimento indicata in epigrafe, contenente l'enunciazione dei criteri di esclusione e di ammissione alla gara adottati dalla Commissione aggiudicatrice, e la conferma della statuzioni adottate fino a quel momento; che, stante l'infondatezza delle giustificazioni addotte dal Comune in via amministrativa, la ricorrente era stata costretta ad invocare la tutela giurisdizionale.

In diritto, l'A.T.I. ricorrente articolava le proprie censure in due complessi motivi e concludeva per l'annullamento degli atti in epigrafe, previa sospensione cautelare dell'esecutività degli stessi, proponendo altresì domanda - subordinata alla mancata aggiudicazione dell'appalto - di risarcimento per equivalente dei danni patiti a seguito dell'illegittima condotta dell'amministrazione.

Con controricorso depositato il 14 dicembre 2004, il Comune di Bordighera si costituiva in giudizio, resistendo alla pretesa e concludendo per l'integrale rigetto del ricorso.

Con memoria depositata il 14 dicembre 2004, si costituiva altresì la controinteressata A.T.I. fra ** S.r.l. ed ** S.r.l., la quale eccepiva in via pregiudiziale l'improcedibilità ed inammissibilità del ricorso, la cui fondatezza contestava anche nel merito, del pari concludendo per il rigetto della domanda di annullamento.

Successivamente, con atto notificato il 31 dicembre 2004 e depositato il 13 gennaio 2005, la ricorrente medesima proponeva motivi aggiunti, mediante i quali deduceva di aver appreso che né

l'impresa **, né l'impresa ** Carlo e C., fra loro riunite in associazione temporanea, erano munite di alcuna qualificazione per la categoria di opere OS 24 e, sulla scorta di tale elemento nuovo, sostanzialmente riformulava l'impugnazione, riproponendo le medesime allegazioni in fatto e in diritto già contenute nell'atto introduttivo.

Con sentenza n. 433 del 2005 il TAR Liguria rigettava il ricorso, sulla base della considerazione che l'ATI **/** sarebbe munita di classificazione nella categoria in classifica I della OS24, vale a dire fino alla concorrenza dell'importo di euro 258.228,00, che con l'aumento del quinto previsto dall'art. 3 del DPR 34/2000 consente la copertura fino all'importo di euro 309.873,60; infatti, posto che tale ATI in sede di gara aveva dichiarato di voler subappaltare le “opere di scavo in genere, opere in cemento armato in genere, realizzazione di camminamenti in genere, impianti tecnologici in genere, opere da decoratore, opere da vivaista in genere, opere di impermeabilizzazione in genere”, tale dichiarazione veniva ritenuta idonea e sufficiente di per sé, tenuto conto della qualificazione in classificazione I della OS24, a consentire la realizzazione dei lavori in proprio delle opere subappaltabili residue in OS24.

In particolare il giudice di prime cure riteneva che l'espressione “opere da vivaista”, contenuta nella dichiarazione resa da tale ATI, potesse ricondursi alle opere a verde e che inoltre nelle opere di arredo urbano andavano ricompresse anche la realizzazione delle due fontane, una grande ed una piccola, individuate ai numeri 64 e 65. Gli impianti tecnologici inerenti a tali interventi decorativi di arredo urbano venivano stimati per difetto in euro 40.000,00. Avendo la predetta ATI dichiarato in sede di gara di voler subappaltare gli impianti tecnologici e gli impianti di impermeabilizzazione, tale dichiarazione comprenderebbe certamente tutti gli impianti di qualsiasi natura e le opere di impermeabilizzazione in genere previsti dal progetto, ivi compresi quelli strumentali alla realizzazione delle fontane, l'importo dei quali deve essere pertanto scorporato da quello complessivamente attribuibile alle opere dfi arredo urbano.

Conclude il giudice di prime cure che la esclusione delle altre due ATI **/** e **/**, non determinerebbe uno scostamento della soglia di anomalia sufficiente a consentire alle ricorrenti di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, con conseguente infondatezza del gravame spiegato sotto il profilo della mancanza di interesse ad impugnare.

La predetta sentenza, depositata in data 4 aprile 2005, è stata appellata dalla s.r.l. **, con ricorso notificato l'11 giugno 2005 e depositato il 17 giugno successivo, con cui se ne deduce l'erroneità e l'ingiustizia nella parte in cui ha disposto che la sola esclusione dell'ATI **/** non determinerebbe di per sé stesso uno spostamento della soglia di anomalia tale da consentire l'aggiudicazione in favore della ricorrente dell'appalto per cui è causa, nonché nella parte in cui ricomprende gli impianti tecnologici delle fontane nell'ammontare delle opere di arredo urbano e nella parte in cui considera che l'espressione “opere da vivaista”, indicate dall'ATI **/** debba intendersi riferita a tutte le opere a verde. Ripropone, pertanto, le censure già avanzate nel ricorso di primo grado, chiedendo, per l'effetto, la riforma della sentenza impugnata e l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto per cui è causa, nonché il risarcimento dei danni asseritamente subiti per effetto degli atti impugnati.

Si sono costituiti in giudizio l'** s.r.l. ed il Comune di Bordighera, chiedendo che l'appello venga dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile o, comunque, infondato nel merito e, quindi, rigettato.

In particolare, la ** s.r.l. ha eccepito l'irritualità sia della procura apposta a margine del ricorso in appello, che della sua notificazione. ** ha, inoltre, proposto appello incidentale, definito come autonomo, notificato il 21 ottobre 2005 e depositato il 26 ottobre successivo, con cui deduce

l'erroneità della sentenza sia nella parte in cui ha ritenuto che le ATI **/** e **/** andavano escluse dalla gara per mancanza di qualificazione in OS24, sia nella parte in cui l'ATI **/** viene ritenuta non in possesso dei requisiti di legge per eseguire i lavori residui in OS24 che non ha dichiarato di voler subappaltare, per eseguire i quali non è necessaria la qualifica I in OS24.

Prima dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

E' appellata la sentenza del TAR Liguria n. 433 del 4 aprile 2005, che ha respinto il ricorso proposto dalla ** s.r.l. avverso gli atti della gara espletata dal Comune di Bordighera per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un parcheggio interrato e della sistemazione di Piazza Garibaldi.

Occorre preliminarmente esaminare le eccezioni pregiudiziali sollevate dall'appellata s.r.l. **.

L'eccezione relativa alla ritualità della procura è infondata.

La giurisprudenza è, infatti, concorde nel ritenere che la procura rilasciata in calce o a margine dell'atto di ricorso è valida anche se non contiene uno specifico riferimento al giudizio per il quale è stata rilasciata e ancorché non sia certa la contestualità tra sottoscrizione della procura e autenticazione della sottoscrizione (cfr. Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2004, n. 256, che richiama altri precedenti).

Nella specie, la procura è stata apposta sulla prima pagina accanto all'epigrafe del ricorso, dove è sintetizzata la domanda con espressa menzione della sentenza gravata, il che esclude di per sé ogni dubbio sulla volontà della parte di proporlo, quale che sia il tenore dei termini usati nella redazione dell'atto; qualsiasi incertezza al riguardo va, infatti, in tal caso superata, attribuendo alla parte la volontà che consenta all'atto di produrre i suoi effetti, secondo il noto principio di conservazione (cfr. art. 1367 c.c.), di cui è espressione, a proposito del processo, l'art. 159 c.p.c..

Nella specie, inoltre, il sottoscrittore della procura è nominativamente individuato, è speso altresì il nome della società ed il potere di legale rappresentanza della medesima, sussistente in capo al sottoscrittore, è specificamente indicato.

Anche l'eccezione di irritualità della notifica dell'appello principale per mancanza di notifica alla s.r.l. ** (mandante dell'ATI controinteressata, capeggiata dalla s.r.l. **) è infondata.

In primo grado, infatti, ** si è costituita in giudizio domiciliandosi presso la Segreteria del TAR e specificando di agire in proprio e quale mandataria dell'ATI con la s.r.l. **, la quale, invece, non si è costituita in proprio.

Pertanto, del tutto ritualmente l'appello è stato notificato all'** in tale duplice veste, ossia espressamente in proprio ed in quanto capogruppo dell'ATI con la **, presso la Segreteria del TAR della Liguria (oltre che ad abundantiam presso la sede).

Per quanto concerne, poi, l'eccezione della controinteressata ** - riproposta, peraltro, nella memoria, e non anche nell'atto di appello incidentale - secondo cui la ricorrente **, odierna appellante, non avrebbe ritualmente chiesto l'annullamento anche dell'ammissione alla gara dell'ATI **/**, deve dirsi che anch'essa è destituita di fondamento.

Come, infatti, correttamente statuito dal giudice di prime cure, sebbene l'epigrafe dell'atto introduttivo, recante l'indicazione degli atti impugnati, faccia riferimento unicamente alle A.T.I. **/** e **/**, le doglianze svolte nella parte narrativa del ricorso risultano inequivocabilmente rivolte avverso l'ammissione tanto delle associazioni predette, che dell'A.T.I. ** Immobiliare/**, la cui posizione è esaminata sia autonomamente (si vedano ad esempio la pagina 6 del ricorso per la parte in fatto, e la pagina 10 per quella in diritto), che in unione con quella delle altre due associazioni da escludere (si vedano le pagine 6 e 7, nella parte in cui dall'esclusione delle tre A.T.I. si fa discendere la variazione della soglia di anomalia delle offerte e l'aggiudicazione della gara in proprio favore, o la pagina 11): di talché non può dubitarsi - posto che l'atto introduttivo va interpretato alla stregua non di criteri meramente formalistici, ma del sostanziale contenuto della pretesa azionata, quale emerge dal complessivo esame delle deduzioni, delle allegazioni e dei motivi di censura svolti dall'istante - che l'impugnazione coinvolga anche l'ammissione alla gara dell'A.T.I. ** Immobiliare/**, implicandone la richiesta di esclusione.

Venendo ora ad esaminare più da vicino il merito della controversia, si è visto che il TAR ha affermato che le ATI **/** e **/** avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, in quanto carenti di qualificazione per la categoria di opere OS24, e, quindi, per violazione di legge e dei limiti imposti dal bando di gara e dalla lettera di invito, mentre ha ritenuto infondate le doglianze rivolte avverso l'ammissione anche dell'ATI **/**. Il TAR ha, però, ritenuto che la eliminazione dalla gara delle suddette ATI **/** e **/** non avrebbe spostato la soglia di anomalia in modo tale da far risultare aggiudicataria la ricorrente ** s.r.l. in luogo della controinteressata **.

Ora, la statuizione dei primi giudici secondo cui le ATI **/** e **/** avrebbero dovuto essere escluse, è stata impugnata dall'appellata ** con appello incidentale che, in quanto riferito a capi della sentenza di primo grado autonomi rispetto a quelli impugnati dall'appellante principale, viene definito come autonomo dalla stessa appellante incidentale.

In realtà, a ben vedere, nella specie non si è in presenza di capi autonomi della sentenza di primo grado, quantomeno non nel senso di capi autonomi ai quali corrisponda, in capo ad **, un interesse autonomo all'impugnazione, che prescinde dall'esistenza dell'impugnazione principale proposta dalla **.

In altri termini, **, in quanto aggiudicataria vincitrice in prime cure, non ha un interesse alle proprie censure incidentali, se non in relazione al fatto che l'appello principale della ** sia fondato e meritevole di accoglimento; se l'appello della ** non vi fosse, ** non avrebbe alcun motivo per impugnare in proprio.

Del resto, il meccanismo dell'esclusione automatica applicato in questa gara determina un'inscindibile interdipendenza tra le posizioni di graduatoria dell'appellante principale, dell'appellante incidentale e delle altre imprese, sull'ammissione delle quali il TAR ha statuito.

Ne consegue, allora, la carenza di autonomia tra le statuzioni impugnate, rispettivamente, con il gravame principale della ** ed incidentale di ** - le quali sono avvinte da un chiaro vincolo di connessione logica e presupposizione - e, dunque, l'inconfigurabilità di un interesse autonomo di **.

E la giurisprudenza, appunto, afferma che l'appello incidentale può considerarsi in realtà autonomo - e come tale sottratto al termine di cui all'art. 37 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 - solo se rivolto contro un capo autonomo della sentenza e/o (quindi) diretto a far valere un interesse autonomo (cfr. Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2004, n. 2331).

L'appello di ** è, invece, incidentale in senso stretto.

Tuttavia, ciò premesso, il Collegio ritiene di poter comunque prescindere dall'esame della questione relativa alla tardività o meno dell'appello incidentale proposto da **, oggetto di apposita eccezione contenuta nella memoria della appellante **, in quanto esso è, comunque, infondato nel merito.

Come, invero, correttamente sottolineato dai primi giudici, secondo la ripartizione contenuta nel bando di gara, l'intervento oggetto dell'appalto per cui è causa si componeva di opere appartenenti alla categoria prevalente OG 1, nonché alle categorie OS 21, scorporabile e non subappaltabile, a qualificazione obbligatoria, ed OS 24, scorporabile e subappaltabile, a qualificazione obbligatoria.

Ciò posto, dalla documentazione in atti risulta che, in sede di partecipazione alla gara, la A.T.I. **/** ha dichiarato di voler subappaltare le opere di “taglio piante, demolizioni e rimozioni, impermeabilizzazioni, opere d’arte, opere di verde, pavimentazioni, scavi, opere impiantistiche, canalizzazioni, noli a caldo”, mentre la A.T.I. ** Immobiliare/** ha dichiarato di voler subappaltare le opere di “demolizioni; scarificazioni; opere in cemento armato; impermeabilizzazioni; fornitura e posa in opera di cordoli; pavimentazioni; rivestimenti; opere in ferro; serramenti; controsoffitto; tinteggiature; arredo urbano; impianti” (cfr. docc. 3 e 5 prodotti dal Comune resistente). Come si vede, la prima delle dichiarazioni di subappalto in esame contiene un chiaro riferimento alle opere a verde, ma non fa alcun cenno alle opere di arredo urbano previste dal progetto, quali ad esempio la fornitura e posa in opera di chioschi e pensiline (nn. 62, 63 e 66 del computo metrico); la seconda dichiarazione ha invece per oggetto, fra l’altro, le opere di arredo urbano, ma nulla dice circa le opere a verde: in entrambi i casi, le dichiarazioni di subappalto non coprono dunque l’intero ambito delle opere appartenenti alla categoria OS 24, con la conseguenza che, non essendo le due A.T.I. in possesso di alcuna qualificazione per detta categoria, le relative offerte avrebbero effettivamente dovuto essere escluse, secondo le chiare previsioni del bando di gara e del punto h) della lettera di invito.

In contrario, come pure fondatamente rilevato dal giudice di prime cure, non si può sostenere, come fanno l'appellante incidentale e l'amministrazione appellata, che, stante l'unitarietà della categoria, la dichiarazione di voler subappaltare i lavori di arredo urbano dovrebbe intendersi riferita anche alle opere a verde (e viceversa). In primo luogo, l'eterogeneità delle opere contemplate dalla declaratoria legale della categoria OS 24 non sembra autorizzare una considerazione unitaria del verde e dell'arredo urbano, intesa come assimilabilità delle due tipologie di lavori; in ogni caso, anche a voler ritenere che si tratti di una categoria omogenea, le dichiarazioni di subappalto debbono comunque specificare a quali lavori si riferiscano, anche all'interno della singola categoria, come si ricava dall'art. 18 co. 3 n. 1) della legge 55/90, nel testo sostituito dall'art. 34 l. 109/94 e da ultimo modificato dall'art. 231 D.P.R. 554/99, norma che - espressamente prevedendo la possibilità che il subappalto riguardi opere rientranti all'interno di un'unica categoria - richiede pur sempre che la dichiarazione indichi i lavori o le “parti di opere” che si intendono subappaltare (e, del resto, si pensi ad un'impresa munita di qualificazione per una data categoria, ma in classifica insufficiente a coprire l'intero importo delle relative opere: è evidente che, in questo caso, la dichiarazione di subappalto dovrà individuare con precisione a quali lavori si riferisca, anche all'interno di quella stessa categoria, onde consentire di verificare se la qualificazione posseduta autorizzi l'impresa ad eseguire le lavorazioni rimanenti, escluse dal subappalto; a maggior ragione, nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria, il che, per le opere OS 24, impone quantomeno di specificare - alla luce della già rilevata eterogeneità contenutistica della declaratoria - se la dichiarazione si riferisca alle sole opere a verde, o a quelle di arredo urbano, o a entrambe, ai fini della dichiarazione di subappalto non assimilabili le une alle altre).

Dunque, relativamente all'ammissione alla gara delle offerte presentate dalle due A.T.I. **/** e ** Immobiliare/**, carenti di qualificazione per la categoria di opere OS 24, del tutto giustamente il Tribunale ha ritenuto fondati i vizi di legittimità denunciati dalla ricorrente sotto il profilo della violazione di legge e dei limiti imposti dal bando di gara e dalla lettera di invito.

Lo stesso, invece, come si è visto in precedenza, il Tribunale non ha ritenuto di dover fare con riguardo all'ammissione dell'A.T.I. **/** (munita di qualificazione nella categoria in classifica I, vale a dire fino alla concorrenza dell'importo di euro 258.228,00 che, con l'aumento del quinto previsto dall'art. 3 D.P.R. 34/00, consente la copertura fino all'importo di euro 309.873,60), ritenendo che, non potendosi escludere tale offerta, l'ipotetica esclusione delle sole offerte presentate dalle A.T.I. **/** e ** Immobiliare/** non sarebbe idonea a determinare uno scostamento della soglia di anomalia sufficiente per consentire alla ricorrente di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in luogo della controinteressata, con conseguente inaccoglitività del ricorso ed il rigetto di tutte le domande proposte.

Tale statuizione è, invece, impugnata con l'appello principale dalla **, sia sotto il profilo della mancata esclusione dalla gara dell'ATI **/**, sia sotto quello del difetto di motivazione in ordine all'affermazione secondo cui, pur dovendosi escludere dalla gara le ATI **/** e **/**, ciò non avrebbe comunque determinato alcuno spostamento della soglia di anomalia in modo tale da far risultare aggiudicataria la ricorrente **.

Il Tribunale ha ritenuto ammissibile la partecipazione dell'ATI **/** perché in essa vi è un'impresa qualificata per la cat. OS24, in classe I, come tale abilitata ad assumere lavori di arredo urbano e verde fino ad euro 309.873,60, e l'ATI ha dichiarato di voler subappaltare, tra l'altro, opere da vivaista, impermeabilizzazioni ed impianti.

Secondo i primi giudici, nel dichiarare di voler subappaltare opere da vivaista l'ATI avrebbe inteso riferirsi a tutte le opere riguardanti il verde, compresi il taglio, l'asportazione ed il trasporto in discarica delle palme esistenti.

Tale affermazione appare al Collegio corretta sul piano logico-giuridico ed immune dai vizi lamentati dall'appellante principale.

Quanto alle opere di arredo urbano, aggiungono i primi giudici, l'ATI non ha fatto dichiarazione di subappalto, ma essa potrebbe eseguirle direttamente grazie alla propria qualificazione per la cat. OS24 in classe I, anche perché la sua dichiarazione di voler subappaltare gli impianti varrebbe anche rispetto a quelli afferenti alle opere di arredo urbano come sono le fontane e quindi ridurrebbe l'importo delle opere di arredo urbano da eseguire direttamente.

Il TAR, senza alcun supporto istruttorio di carattere tecnico, ha stimato che nel prezzo delle fontane indicato nel computo a base di gara, potesse considerarsi insita una quota-parte di almeno il 50% corrispondente al valore degli impianti destinati a far funzionare le fontane stesse.

In realtà, come fondatamente dedotto dall'appellante, è sufficiente esaminare il computo a base di gara per avvedersi che le fontane sono previste nel computo delle opere architettoniche, mentre i relativi impianti sono previsti nel computo delle opere impiantistiche.

Quindi, gli impianti non sono compresi nel prezzo delle fontane e la dichiarata volontà di subappaltare i primi non può equivalere ad alcuna volontà di subappaltare la metà del valore delle seconde. Ne consegue che, malgrado la dichiarata volontà di subappaltare gli impianti, l'ATI **/**

non ha reso una dichiarazione sufficiente, quanto alle opere di cat. OS24, a “coprire” tutte quelle previste e che essa non può realizzare in proprio con la sola qualificazione in classe I.

La presente decisione di annullamento non incide sui criteri di aggiudicazione, ma spiega i suoi effetti solo sull’operato della Commissione, ritenuto illegittimo nella parte in cui non ha escluso dalla gara talune ATI. La decisione lascia, quindi, inalterato il bando di gara; incide, invece, sui due successivi momenti della procedura, e, precisamente, la fase dell’ammissione e quella dell’aggiudicazione. In tali limiti opera l’annullamento e va circoscritto il conseguente onere dell’Amministrazione di rinnovare la procedura.

Siffatto onere, infatti, deve – ad avviso del Collegio – essere rapportato alle statuizioni ed ai criteri emersi dal giudicato, che può essere circoscritto a talune fasi o atti riconosciuti illegittimi in via giudiziale e non estendersi necessariamente al procedimento nel suo insieme.

Occorre, dunque, che l’Amministrazione provveda a rinnovare le fasi di gara dichiarate illegittime con salvezza di quelle non incise dall’annullamento giudiziale. Gli effetti della sentenza, direttamente dipendenti dalle censure introdotte nel ricorso, non impingono la fase preparatoria della gara, nel cui ambito vanno collocati il bando e i criteri di aggiudicazione ivi stabiliti. Occorre, invece, rideterminare la media dei ribassi tenendo conto dell’esclusione delle offerte presentate dalle tre associazioni temporanee sopra menzionate (ATI **/**, **/** e **/***) e procedere, quindi, alle successive fasi di valutazione delle offerte e di aggiudicazione all’offerta migliore.

Appare inaccoglibile, invece, la richiesta di risarcimento dei danni riproposta dall’appellante, danni di cui egli avrebbe dovuto provare specificamente l’esistenza (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281).

Del resto non è ancora iniziata l’esecuzione dell’appalto (cfr. memoria del Comune di Bordighera), mentre l’annullamento dell’aggiudicazione alla controinteressata e la disposta conseguente rinnovazione della gara, appaiono statuizioni giudiziali sufficienti a ristorare il pregiudizio da perdita di chances vantato dall’appellante.

L’appello della ** s.r.l., deve, pertanto, essere accolto e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere annullati gli atti impugnati in primo grado, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa, nei sensi di cui sopra, in ordine alla rinnovazione delle fasi della procedura di gara non colpite dalla presente statuizione giudiziale di annullamento.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l’appello e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata annulla i provvedimenti impugnati in primo grado, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’Autorità amministrativa nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 novembre 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 1° dicembre 2006