

**N. 04299/2014REG.PROV.COLL.
N. 08002/2013 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 8002 del 2013, proposto da
Costruzioni generali Balsamo s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria
del RTI con Morviducci s.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Loria e Luigi Cesaro, ed
elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via
Mantova n. 13, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Ministero della difesa, in persona del ministro legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e
presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;
Cooperativa Mucafer per azioni, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, ed elettivamente
domiciliata presso quest'ultimo in Roma, piazza dell'Orologio n. 7, come da
mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

nei confronti di

CSEIT Compagnia studi ecologici impianti trattamenti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Effegi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione prima, n. 1354 del 3 ottobre 2013, resa tra le parti e concernente l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione della palazzina comando gruppi di volo e simulatori di volo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Loria, Marcone e l'avvocato dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 8002 del 2013, Costruzioni generali Balsamo s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con Morviducci s.r.l., propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione prima, n. 1354 del 3 ottobre 2013 con la quale sono stati riuniti e decisi due diversi ricorsi, e precisamente:

a) il ricorso n. 1817 del 2012, proposto da Cooperativa Mucafer per azioni

contro il Ministero della difesa e Costruzione generali Balsamo s.p.a. per l'annullamento della determinazione dirigenziale n.11 del 12 novembre 2012 del Ministero della difesa, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'ATI costituita fra la Costruzioni Generali Balsamo s.p.a. e la Morviducci s.r.l.; della nota del 13 novembre 2012, con la quale detta aggiudicazione definitiva veniva comunicata alla Mucafer; di tutti i verbali di gara; in particolare dell'ammissione alla gara delle imprese Costruzione Generali Balsamo s.p.a. – Morviducci s.r.l, C.S.E.I.T., Compagnia Studi Ecologici Impianti Trattamenti s.p.a., Effegi Italia s.p.a., di cui al verbale prot. 2869 del 19.6.2012; del diniego di autotutela opposto dalla stazione appaltante con la nota del 6.12.2012; di ogni altro atto antecedente, connesso o consequenziale a quelli sopra indicati ed espressamente impugnati, ancorché non conosciuti; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nel frattempo stipulato, con susseguente subentro nel contratto medesimo, o nel caso in cui ciò fosse impossibile, per il risarcimento del danno per equivalente;

b) il ricorso n. 1829 del 2012, proposto da C.S.E.I.T. Compagnia studi ecologici impianti trattamenti s.p.a. contro il Ministero della difesa e Costruzioni generali Balsamo s.p.a. per l'annullamento della comunicazione del Ministero della difesa di aggiudicazione definitiva dell'appalto per la progettazione esecutiva e la realizzazione della palazzina comando gruppi di volo e simulatori di volo presso l'aerobase di Amendola (codice esigenza 056409) al RTI composto da Costruzioni generali Balsamo (mandataria) e Morviducci srl (mandante) resa ai sensi dell'art. 79, comma 5 d.lgs. n.163/06 e trasmessa a mezzo fax in data 13 novembre 2012; della determinazione di aggiudicazione definitiva; dei verbali di gara e, in

particolare, quello datato 19 giugno 2012; in subordine ed ove occorra della *lex specialis* di gara; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, con richiesta espressa di subentro anche in corso di esecuzione.

I gravami sopradescritti erano entrambi diretti a contestare gli atti della procedura negoziata esperita dal Ministero della difesa – ai sensi dell'art.122 del D.P.R. n.170/2005 - per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione della palazzina comando gruppi di volo e simulatori di volo presso l'aerobase di Amendola, di importo a base d'asta pari ad euro 12.030.998,02, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle valutazioni tecniche ed economiche, l'aggiudicazione è stata disposta in favore del raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla società Costruzioni generali Balsamo p.a. (mandataria) e dalla società Morviducci a r.l. (mandante), avendo conseguito il punteggio più elevato (90,2912/100).

Seconda classificata è risultata la C.S.E.I.T. Compagnia Studi Ecologici Impianti Trattamenti s.p.a., ricorrente nel gravame iscritto al n.1829/2012 R.G.; terza la Effegi Italia s.p.a. e quarta la Cooperativa Mucafer per azioni, ricorrente nel gravame iscritto al n.1817/2012 R.G..

Davanti al primo giudice si costituivano in entrambi i giudizi sia il Ministero della difesa, con atti depositati in data 5 gennaio 2013, sia il raggruppamento temporaneo primo classificato ed aggiudicatario, con atti in data 28 dicembre 2012.

La richiesta tutela cautelare non veniva accordata in nessuno dei due giudizi, né in primo né in secondo grado, essenzialmente sulla scorta di

valutazioni relative al profilo del danno.

All'udienza del 5 giugno 2013 le cause sono state congiuntamente discusse e decise con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R., dando assorbente rilievo alle censure mosse da Cooperativa Mucafer per azioni, poiché recante una censura trasversale, ritenuta fondata e assorbente in quanto diretta a contestare l'ammissione delle prime tre, provvedeva accogliendo il ricorso iscritto al n.1817/2012 e, per l'effetto, annullando gli atti e i provvedimenti impugnati nei limiti di cui in motivazione. Ne discendeva, per altro verso, la dichiarazione di inammissibilità del gravame iscritto al n.1829/2012.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, in relazione alla valutazione operata sulla questione ritenuta assorbente del cd. subappalto necessario.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero della difesa nonché Cooperativa Mucafer per azioni, quest'ultima chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 10 dicembre 2013, l'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 4932/2013.

Alla pubblica udienza del giorno 1 luglio 2014, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.
2. - Osserva la Sezione come la questione in scrutinio ruoti fondamentalmente intorno all'interpretazione dell'art. 118, comma secondo, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e sulla domanda se

questa disposizione imponga già in sede di presentazione delle offerte l'individuazione e l'indicazione nominativa dei subappaltatori, per il caso in cui la concorrente risulti sfornita in proprio della qualificazione per le lavorazioni che dichiara di voler subappaltare, ovvero per il caso di subappalto c.d. necessario.

La difficoltà connessa all'applicazione di tale complesso normativo aveva peraltro spinto il Collegio ad accogliere la domanda cautelare proposta (ordinanza n. 4932/2013), proprio perché la questione in diritto continuava ad essere oggetto di dibattito giurisprudenziale, giustificandosi così sia la necessaria valutazione nel merito della vicenda, come la salvaguardia, nelle more della decisione, della salvaguardia dei profili di danno evidenziati dall'appellante.

L'evoluzione della giurisprudenza (in particolare, si veda Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1224 del 13 marzo 2014) consente ora di ritenere consolidato l'orientamento qui adottato anche dal giudice di prime cure.

Si legge, condivisibilmente, nella sentenza ora citata che "l'art. 118, co. 2, del D.Lgs. 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 o concedere in cottimo. Secondo la giurisprudenza prevalente, la disposizione – che non richiede espressamente l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore – va peraltro 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 a cagione del

mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; id., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698). L'affermazione appare pienamente coerente con lo speculare e consolidato indirizzo giurisprudenziale che circoscrive i casi di legittima esclusione del concorrente autore di una incompleta o erronea dichiarazione di subappalto alle sole ipotesi in cui il concorrente stesso risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, mentre negli altri casi gli unici effetti negativi si avrebbero in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato (cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; id., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

“La ratio di tale orientamento – che il Collegio ritiene di dover condividere, non ravvisando valide argomentazioni per discostarsene – risiede nell'esigenza, ricavabile in via sistematica, che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto, mentre non può ammettersi che l'aggiudicazione venga disposta “al buio” in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al

quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l'amministrazione precedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (cfr., in particolare, Cons. St., n. 5900/2012 e 2508/2012, citt.).

“Non convince, di contro, l'opposto orientamento, abbracciato dal giudice di prime cure ed invocato dalla difesa degli appellati, pure emerso in giurisprudenza, che, sulla scorta del dato testuale, non rinviene nell'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 alcun obbligo di indicare – tantomeno a pena di esclusione – il nominativo dell'impresa subappaltatrice, ancorché si tratti di lavorazioni per le quali la concorrente sia priva di qualificazione; e rifiuta, di conseguenza, la possibilità che la stessa legge di gara debba ritenersi di volta in volta eterointegrata dalla previsione di un siffatto, inesistente, obbligo (così Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139). La lettera dell'art. 118 è, infatti, compatibile, come già osservato, con la sola ipotesi “fisiologica” in cui il partecipante alla gara, essendo autonomamente in possesso dei requisiti di aggiudicazione, può riservarsi per la fase esecutiva del contratto la facoltà di subappaltare una parte delle lavorazioni; nel caso in cui il subappalto rappresenti, invece, lo strumento per acquisire requisiti obbligatori mancanti, la riserva sul nome del subappaltatore finisce per collidere con la ragion d'essere e con il funzionamento del sistema di qualificazione delineato dal legislatore, tale apparente contraddizione dovendo allora essere superata facendo ricorso a criteri sistematici e teleologici che valorizzino, piuttosto, la funzione e i limiti connaturati all'istituto del subappalto, attraverso il quale non possono eludersi le norme

tassative sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

“Non può dirsi d’altro canto, come, invece, erroneamente ritenuto dai primi giudici, che, aderendo all’opzione ermeneutica che distingue il subappalto “facoltativo” da quello “necessario”, ne risulti violato il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 46 co. 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006. Nell’accezione sostanzialista fatta propria dall’Adunanza Plenaria con la sentenza 7 giugno 2012, n. 21, il principio di tassatività va inteso nel senso che l’esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui dette 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.”

3. - Le ragioni sopra espresse sono integralmente condivise anche nella fattispecie in esame e, sulla scorta di tale assunto ermeneutico, consentono di ritenere infondato l’appello.

Tuttavia, prima di esaminare in concreto le ragioni di appello, occorre sottolineare la correttezza della ricostruzione della fattispecie come operata nella sentenza gravata.

In prime cure, il T.A.R. aveva ritenuta fondata (e assorbente) la ragione per cui la quarta classificata, ossia l’attuale appellata Cooperativa Mucafer per azioni, contestava l’ammissione alla gara della EFFEGI s.r.l., della C.S.E.I. e dell’ATI Balsamo-Morviducci, rispettivamente terza, seconda e prima classificata, poiché, pur non possedendo la categoria OS5 a qualificazione obbligatoria secondo le espresse previsioni della lex specialis, dichiaravano

di subappaltare le lavorazioni riconducibili a tale categoria senza indicare il nominativo dell'impresa sub affidataria, in violazione dell'art.118, comma 2, del d.lgs. n.163/2006.

In primo luogo, aveva ritenuto come effettivamente, sulla base della lex specialis, la qualificazione rispetto alla categoria OS5 dovesse considerarsi obbligatoria e non mutuabile con l'iscrizione alla categoria OG11.

In secondo luogo, aveva evidenziato come la Costruzioni generali Balsamo s.p.a., mandataria del raggruppamento aggiudicatario e qui appellante, possedesse la qualificazione nella categoria OS5 per un importo però insufficiente, essendo iscritta per la classifica II pari a €. 516.000,00, a fronte dell'importo complessivo dei lavori relativi a questa categoria di €.664.404,83. Le altre due imprese aggredite in prime cure erano invece carenti in toto della richiesta qualificazione specifica.

L'applicazione dell'indirizzo interpretativo, condiviso dal Collegio, alla fattispecie de qua è stato quindi del tutto lineare, atteso che il primo giudice ha esattamente rilevato l'assenza della qualificazione richiesta, superando agevolmente l'eccezione per cui la categoria OS5 avesse acquisito autonomia soltanto a seguito del regolamento più recente, mentre era invece contemplata anche nell'all. A al D.P.R. n. 34 del 2000, accogliendo così l'impugnazione proposta da Cooperativa Mucafer per azioni.

La ricostruzione in fatto operata dal T.A.R. appare del tutto corretta, e non superata dalle allegazioni di parte che ne confermano la fondatezza. Nel dettaglio, le ragioni di appello sono tutte tese a infirmare la correttezza giuridica del ragionamento condotto dal primo giudice e quindi, stante la sua condivisione da parte del Collegio, per le ragioni prima dedotte, possono essere esaminate in dettaglio e sinteticamente.

3.1. - Il primo motivo di appello lamenta l'erroneità della motivazione in ragione del possesso da parte dell'ATI Balsamo – Morviducci della qualificazione nella categoria prevalente OG1 per l'importo dell'intero appalto, con conseguente non necessità del possesso integrale delle categorie OS5 e OG11, avendo l'ATI dichiarato di volerle subappaltare.

Si tratta di una situazione integralmente riconducibile alla vicenda del cd. subappalto necessario, atteso che, come prima evidenziato, le opere delle due categorie in esame erano scorporabili e la qualificazione rispetto alla categoria OS5 era obbligatoria e non mutuabile con l'iscrizione alla categoria OG11 e la Balsamo non era qualificata per tale realizzazione.

3.2. - Il secondo motivo di appello si duole della erronea motivazione della sentenza per aver ritenuto la Balsamo non qualificata in OG11.

Si tratta di un elemento di fatto, atteso che non è contestato che la Balsamo non fosse qualificata in maniera sufficiente per lo svolgimento dei lavori in categoria OG11 (lavori per €. 3.637.871,27 a fronte di qualificazione per €. 2.852.000,00).

La possibilità di mutuare la carente qualificazione sulla base del possesso in altre categorie non è comunque idonea a risolvere il tema centrale della qualificazione carente nella categoria OS5, dimostrandosi così inconferente.

3.3. - Il terzo motivo di appello aggredisce la sentenza per erronea motivazione per aver ritenuto non coperto da parte della Balsamo l'importo dei lavori di cui alla OS5.

La carenza in fatto di una sufficiente qualificazione nella categoria OS5 non è contestata, ma ritenuta superabile in base alla qualificazione OG1 per un importo di gran lunga eccedente l'importo complessivo dell'appalto.

Tuttavia, la natura la richiesta qualificazione obbligatoria rispetto alla

categoria OS5, come desumibile dalla disciplina di gara, rende irrilevante, come sopra evidenziato, la ricostruzione operata dall'appellante.

4. - Il rigetto dell'appello e i limiti connessi a una pronuncia integralmente confirmatoria della sentenza del T.A.R. impediscono al Collegio si soffermarsi sulle domande della parte appellata, respinte dal primo giudice e non riproposte come autonomi capi d'impugnazione. Si tratta delle domande di subentro nel contratto, previa sua dichiarazione di inefficacia e, in via subordinata, del susseguente risarcimento per equivalente.

Sebbene la situazione al momento della pronuncia di prime cure fosse del tutto diversa da quella attuale, tanto da giustificare la posizione assunta dal T.A.R. sulla possibilità di procedere all'assegnazione dell'appalto alla Cooperativa Mucafer per azioni (e, infatti, in sentenza si evidenzia come, non risultando nemmeno stipulato il contratto, ben vi fosse spazio per una reintegrazione in forma specifica ove ne ricorrano tutti i presupposti di legge), non può non notarsi come nelle more l'interesse risarcitorio si sia effettivamente concretizzato. Infatti, da un lato, il contratto è stato stipulato con conseguente inizio dei lavori e, dall'altro, la situazione in concreto, che ha giustificato il pagamento dei primi due stati di avanzamento, pare escludere una utile possibilità di subentro.

Tuttavia, sebbene per le evidenziate ragioni processuali la sua soddisfazione non sia possibile in questa sede, questo non comporta una deminutio di tutela, stante l'azionabilità della stessa pretesa in sede di ottemperanza, ex art. 30 sgg. del codice del processo amministrativo.

5. - L'appello va quindi respinto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo

diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalle oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisa (così da ultimo, Cassazione civile, sez. un., 30 luglio 2008 n. 20598).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 8002 del 2013;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Michele Corradino, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/08/2014

IL SEGRETARIO

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