



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 8 del 2011, proposto da:
S.T. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Elena Feresin e Michele Calligaris, con
domicilio eletto presso l'avv. Mario Reiner, in Trieste, largo Don Bonifacio 1;

contro

Comune di Aviano, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mazzoleni, con
domicilio eletto presso l'avv. Bruno Belleli, in Trieste, via Ginnastica 24;

nei confronti di

Telegamma S.a.s.;

per l'annullamento

- della determinazione a contrattare n. 921 dd. 22 novembre 2010 nella sola parte in cui approva il punto 13) subappalto della lettera-invito, prot. n. 27991 dd. 23 novembre 2010 parzialmente illegittima;
- della lettera di invito, prot. n. 27991 dd. 23 novembre 2010, limitatamente al punto 13) subappalto;

- del verbale di gara dd. 6 dicembre 2010 contenente l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata;
- della nota di comunicazione del provvedimento di esclusione, prot. n. 29448, dd. 7 dicembre 2010;
- della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 1036 dd. 15 dicembre 2010;
- della nota prot. n. 30603 dd. 21 dicembre 2010 di non luogo a provvedere ex art. 243-bis del d.lgs 163;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali compresa la determinazione di nomina della commissione di gara, n. 994 dd. 6 dicembre 2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Aviano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. - La ricorrente impugna la propria esclusione dalla gara d'appalto di cui si controverte ("per la fornitura e posa in opera dell'impianto di videosorveglianza territoriale comunale destinato alla vigilanza, al controllo, ed alla prevenzione per siti localizzati sul suolo pubblico del territorio comunale", bandita dal Comune di Aviano), in uno con l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata.

1.1. - Il punto controverso concerne l'ammissibilità del divieto parziale di subappalto previsto nella lex specialis (parimenti opposta in parte qua) e gli effetti della violazione di tale clausola.

In particolare, la S.A. ha distinto le prestazioni oggetto della procedura in "prestazioni principali" (comprendenti "la fornitura e posa in opera di tutte le

apparecchiature e gli impianti necessari per la realizzazione dei nodi WAN, dei nodi MAN, delle postazioni di videosorveglianza, dei sistemi NVS e NAS, ecc.”; “gli impianti elettrici” per la realizzazione di quanto sopra indicato; “l’installazione e configurazione dei componenti software per gli apparati attivi di rete e per i sistemi NVS sia server sia client”) e “prestazioni secondarie” (riguardanti: “scavi, reinterri, fornitura e posa in opera di tubazioni stradali, di plinti, pali e paline delle opere provvisionali), prevedendo la possibilità di subappalto solo per le “prestazioni secondarie”.

La ricorrente (che dichiara di essere in possesso dei requisiti per eseguire in proprio l’intero oggetto dell’appalto), in sede di gara, aveva dichiarato di voler subappaltare parte delle “prestazioni secondarie”, ma anche parte di quelle “principali” (in particolare: terminazione cavi e posa apparati); in ragione di ciò veniva esclusa dalla gara, e l’appalto veniva aggiudicato alla controinteressata Telegamma s.a.s..

2. - Questi i motivi di ricorso: violazione degli artt. 121, 125 e 118 del D.Lg. 163/06. Illegittimità del divieto di subappalto e, comunque, dell’esclusione.

3. - L’Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

4. - Il ricorso è fondato e va quindi accolto.

4.1. - La ricorrente sostiene, da un lato, che il divieto di subappalto previsto dalla lex specialis è illegittimo in quanto in contrasto con l’art. 118 del D.Lg. 163/06, che si applica anche agli appalti in economia, quale quello di cui si discute; al che consegue che il subappalto non poteva comunque essere vietato; dall’altro che, in ogni caso, anche ammesso che sia legittimo il divieto, la sua violazione non poteva condurre all’esclusione dalla gara dato che, per costante giurisprudenza, l’unica conseguenza della dichiarazione contrastante con le regole del subappalto (che non riguardano l’ ammissione alla gara, ma l’esecuzione del contratto) è che, se il

candidato è qualificato per l'esecuzione di tutti i lavori oggetto dell'appalto, resta obbligato in proprio.

4.2. - Per contro, il Comune afferma che l'esclusione era necessaria essendo espressamente prevista dal Bando.

4.3. - Partendo dal secondo motivo di ricorso, il Collegio osserva che, secondo consolidata giurisprudenza, le eventuali violazioni delle disposizioni relative al subappalto, non riguardando la fase di ammissione alla gara ma l'esecuzione del contratto, non possono condurre all'esclusione della Ditta, allorchè la stessa possieda i requisiti per svolgere in proprio tutte le prestazioni oggetto del contratto. In questo caso, la S.A. potrà solo vietare il subappalto e l'aggiudicatario dovrà eseguire in proprio tutte le prestazioni oggetto di gara. Si veda, in proposito la decisione del C.S. n. 6708/09, resa in una fattispecie analoga ove la *lex specialis*, come nel nostro caso, "espressamente escludeva la possibilità del subappalto". Il Giudice d'appello ha precisato che "l'incompleta o 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 sornito 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". Precisa inoltre la sentenza (e da ciò trae spunto la difesa del Comune) che "tale soluzione appare maggiormente in linea con il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione, tenuto conto che di solito - come nel caso che occupa - le prescrizioni relative alla dichiarazione sul subappalto non risultano assistite dalla comminatoria di esclusione dalla gara".

4.4. - Bisogna quindi verificare se, nel nostro caso, la *lex specialis* contenesse una specifica clausola di esclusione per il caso in cui il concorrente avesse dichiarato che intendeva subappaltare lavorazioni per le quali ciò non era consentito.

Ad avviso del Collegio, così non è.

Innanzitutto si osserva che il punto 13 della lettera di invito, che si occupa del subappalto, prevede che il concorrente che intenda avvalersene deve compilare una dichiarazione predisposta dalla SA, con cui “indica le prestazioni che intende eventualmente subappaltare”. Il punto si conclude con la seguente proposizione: “in caso di mancanza o incompletezza di tale dichiarazione sussiste il divieto assoluto di subappalto”, senza nulla precisare in merito all’eventuale conseguenza della violazione del divieto di subappalto delle prestazioni principali. Il punto 15, lett. f, per parte sua ribadisce la sola necessità della dichiarazione di subappalto “entro il limite sopra indicato”. Il punto 21 della lettera d’invito, infine, stabilisce che è causa di esclusione “la mancanza, irregolarità o incompletezza sostanziale dei documenti di cui al punto 15, qualora non sanabili in sede di gara”.

Ad avviso del Comune la dichiarazione di subappalto dimessa dalla ricorrente costituisce ipotesi di “irregolarità non sanabile”.

Osserva il Collegio che la violazione del divieto di subappalto per le prestazioni principali non risulta espressamente sanzionata con l’esclusione, né un tanto può desumersi (stante la tassatività delle ipotesi di esclusione, non suscettibili di interpretazione estensiva o analogica) dalla disposizione di chiusura che sanziona in siffatto modo le eventuali “irregolarità” della documentazione, non sanabili in sede di gara. La “irregolarità” della dichiarazione della ricorrente, cioè la manifestazione della volontà di voler subappaltare parti ritenute dalla S.A. non subappaltabili, può infatti agevolmente essere “sanata” o meglio, corretta, in sede di gara, come giustamente afferma la ricorrente nel suo secondo motivo, applicando i principi generali, a tenore dei quali, essendo comunque la ricorrente

qualificata per tutte le attività oggetto dell'appalto, in caso di incompleta o anche "erronea dichiarazione" (e in questo caso sicuramente può qualificarsi "erronea") resterà obbligata in proprio.

Il Collegio ritiene, in definitiva, che in mancanza di una espressa sanzione di esclusione per la violazione delle prescrizioni sul subappalto, e, per contro, della prevista possibilità di "sanare", le dichiarazioni irregolari in sede di gara, la ricorrente non potesse essere esclusa.

Ciò consente di accogliere il ricorso, senza necessità di verificare se al caso di specie si applichino o meno le disposizioni di cui all'art. 118 del D.Lg. 163/06.

5. - Sussistono giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa, ad eccezione del contributo unificato, pari ad € 2.000,00 (duemila/00), che il Comune di Aviano rifonderà alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti, ad eccezione del contributo unificato, pari ad € 2.000,00 (duemila/00), che verrà rifuso alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza). Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2011

IL SEGRETARIO

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