

N. 00081/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00180/2010 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 180 del 2010, proposto da:  
Arnoldi Costruzioni S.r.l., quale capogruppo di costituenda A.T.I., e  
Idraulica Turri Bruno & C. S.n.c., quale mandante della stessa,  
rappresentate e difese dall'avv. Flavio Maria Bonazza e con domicilio  
eletto presso il suo studio in Trento, Piazza Mosna, n. 8

***contro***

Comune di Rovereto, in persona del Sindaco *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianpaolo Manica e Flavio  
Dalbosco ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo di  
essi in Trento, via Paradisi, n. 15/1

***nei confronti di***

- Consorzio Costruttori Trento, in qualità di capogruppo dell'A.T.I.  
con Luzzi Adelmo & C. S.n.c., quale impresa consorziata esecutrice  
dei lavori, e con Marcolini e Struffi S.n.c., mandante, non costituite in

giudizio;

- Edildrena S.r.l., quale capogruppo di costituenda A.T.I., e Termoidraulica S.n.c., quale mandante della stessa, non costituite in giudizio;

*per l'annullamento*

- della nota del Dirigente Area tecnica del Comune di Rovereto prot. n. 27411, di data 21.6.2010, con cui è stata comunicata l'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento dello stabile comunale denominato "Caserma dei Carabinieri", insistente sulla p.ed. 399 in C.C. Sacco, all'A.T.I. tra Consorzio Costruttori Trento e l'impresa Marcolini e Struffi S.n.c., con un ribasso pari al 17,683%;
- del conseguente atto di aggiudicazione;
- del verbale di aggiudicazione n. 2 di data 16 giugno 2010;
- del verbale di aggiudicazione di data 14 aprile 2010;
- della nota del Responsabile del procedimento di data 7 giugno 2010;
- della nota di data 16 giugno 2010 di trasmissione dell'atto ricognitorio di data 9.6.2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rovereto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il cons.

Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Il Comune di Rovereto ha indetto una gara mediante licitazione per l'appalto dei lavori di ricostruzione e ampliamento dello stabile comunale denominato "Caserma dei Carabinieri", tavolarmente individuato dalla p.ed. 399 in C.C. Sacco. L'importo complessivo dell'appalto era stato determinato in € 1.624.344,49 e per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso, da determinarsi mediante il sistema dell'offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. a), della L.p. 10.9.1993, n. 26, del relativo regolamento di attuazione e, per quanto compatibile, dell'art. 90 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554.

2. Le lavorazioni oggetto della commessa rientravano prevalentemente nella categoria OG1 (edifici civili ed industriali), per la quale era stata prevista la possibilità di subappaltare parte dei lavori nella misura massima del 30% dell'offerta. Il bando aveva poi specificato che nella categoria prevalente erano comprese anche le lavorazioni relative agli impianti di elevazione, di cui alla categoria OS4, e le lavorazioni concernenti gli impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi, di cui alla categoria OS30, per l'esecuzione dei quali era richiesta rispettivamente l'abilitazione prevista dal D.M. 22.1.2008, n. 37, o l'attestazione S.O.A. nella

categoria specializzata di riferimento. Il concorrente privo dell'abilitazione o dell'attestazione S.O.A. era tenuto, a pena di esclusione, a subappaltare interamente dette lavorazioni. Ciò, peraltro, non avrebbe inciso sulla quota del 30% dell'importo della categoria prevalente comunque subappaltabile.

Il bando aveva ulteriormente precisato che il rispetto del limite facoltativo del 30% delle opere subappaltabili appartenenti alla categoria prevalente sarebbe stato verificato durante l'esecuzione del contratto e che i concorrenti erano invitati ad avvalersi del modello di dichiarazione di subappalto allegato ad esso.

3. L'invito è stato inviato a 61 imprese, 52 delle quali hanno presentato la loro migliore offerta. Nel verbale della seduta del seggio di gara del 14 aprile 2010 si legge che nella graduatoria dell'offerta economica erano state graduate 49 offerte, sulle quali - secondo la procedura di cui agli artt. 40 della l.p. n. 26 del 1993 e 24 del regolamento di attuazione - è stata calcolata la soglia di anomalia, risultata pari al 17,694%.

La commessa è stata di seguito aggiudicata all'A.T.I. controinteressata, Consorzio Costruttori Trento con Marcolini e Struffi S.n.c., il cui ribasso percentuale offerto, pari al 17,683%, è risultato il più vicino alla soglia di anomalia, senza raggiungerla.

4. Con nota datata 28.5.2010 la società Arnoldi Costruzioni ha segnalato alla Stazione appaltante alcune irregolarità che, a seguito di un accesso agli atti compiuto il giorno 24 maggio, aveva riscontrato nelle offerte economiche depositate dalle concorrenti in

raggruppamento temporaneo Adico Sbrissa, La Primavera Pasinato, Vardanega Maroso, Vallò Lamone Moreda, Tecnocasa Rossi e Rocco Galvagni Bertolini. Arnoldi ha dunque chiesto che l'Amministrazione, in sede di autotutela, provvedesse ad escludere quelle offerte con conseguente rideterminazione della soglia di anomalia e aggiudicazione dei lavori alla stessa richiedente.

La Stazione appaltante ha disposto la riapertura dell'istruttoria, e successivamente, della seduta di gara. In data 16 giugno 2010, dopo l'esclusione delle concorrenti Adico Sbrissa e Tecnocasa Rossi, ha ricalcolato la soglia di anomalia, che è risultata pari al 17,6901%, e riformulato la graduatoria di gara, dalla quale è risultata nuovamente aggiudicataria l'A.T.I. controinteressata.

Con nota del 21 giugno 2010, spedita via fax e per lettera raccomandata a tutti i concorrenti ai sensi dell'art. 79 del Codice dei contratti, il Comune di Rovereto ha inviato la comunicazione dell'aggiudicazione dell'appalto all'A.T.I. Consorzio Costruttori Trento con Marcolini e Struffi S.n.c.

5. Con ricorso notificato in data 23 luglio 2010, e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 30, le società istanti hanno impugnato detta aggiudicazione, oltre ai provvedimenti connessi indicati in epigrafe, deducendo il seguente motivo di censura:

- "violazione di legge (punto 8 della lettera d'invito del 9 marzo 2010, relativo alle modalità di presentazione della dichiarazione di sub appalto, nonché dei principi che disciplinano le procedure di pubblica

evidenza e la par condicio dei partecipanti alla gara) ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, contraddittorietà tra i provvedimenti attuativi della lex specialis di gara e la medesima, difetto assoluto di motivazione”. Le ricorrenti lamentando la mancata esclusione dell’A.T.I. Edildrena S.r.l. con Termoidraulica S.n.c. che aveva presentato una dichiarazione di sub appalto non utilizzando il modello allegato alla lettere d’invito: in detta dichiarazione sarebbe stata omessa la specificazione della volontà di procedere al subappalto delle lavorazioni delle categorie OS4 e OS30 per l’intero loro ammontare. Le istanti affermano che l’esclusione dalla partecipazione alla gara dell’offerta contestata influirebbe a suo favore nella formulazione della graduatoria dei partecipanti, consentendole di ottenere l’aggiudicazione.

6. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno dapprima in forma specifica, mediante il richiesto annullamento dei provvedimenti impugnati, e quindi per equivalente, rapportato e al mancato conseguimento dell’utile d’impresa e al pregiudizio subito nel curriculum professionale delle istanti a causa della mancata qualificazione derivante dalla realizzazione delle opere appaltate.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

7. L’Amministrazione comunale di Rovereto si è costituita in giudizio, eccependo la tardività dell’impugnativa e comunque chiedendo la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

8. Con ordinanza n. 130, adottata nella camera di consiglio del 9

settembre 2010, la domanda cautelare è stata respinta.

9. La citata ordinanza è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato il quale, con l'ordinanza n. 4851, adottata nella camera di consiglio del 19 ottobre 2010, ha respinto l'appello.

10. In vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e memorie conclusionali.

11. Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1a. Pregiudizialmente occorre esaminare l'eccezione in rito opposta dalla difesa dell'Amministrazione comunale, volta a sostenere che il ricorso - notificato in data 23 luglio 2010 - sarebbe tardivo atteso che alla seduta della commissione di gara del 16 giugno 2010 era presente un rappresentante della società Arnoldi, tale rag. Luca Dellantonio, il quale avrebbe dunque preso diretta conoscenza del verbale di aggiudicazione definitiva. Al termine dei lavori, il sig. Dellantonio ha consegnato la nota, allegata al verbale della seduta, contenente la preventiva informativa circa l'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163. Con lettera datata 16 giugno, inviata via telefax alle società deducenti il successivo giorno 17, l'Amministrazione ha risposto all'informativa comunicando che non intendeva avvalersi della facoltà di intervenire in sede di autotutela.

Inoltre, il verbale della seduta del 16 giugno è stato pubblicato sul sito internet del Comune nella stessa giornata, come era stato previsto dal

paragrafo 7 della lettera d'invito alla licitazione datata 9.3.2010, laddove era stato altresì soggiunto che detta pubblicazione aveva valore di notifica a tutti i candidati ai quali non sarebbe stato pertanto inviato alcun ulteriore avviso.

Ne conseguirebbe che, quantomeno a decorrere dalla data del 17 giugno, le Società ricorrenti avrebbero avuto piena conoscenza e del verbale di aggiudicazione definitiva e delle intenzioni dell'Amministrazione precedente.

1b. L'eccezione non è fondata e, in quanto tale, deve essere respinta.

Si osserva, innanzitutto, che, contrariamente a quanto sancito dalla riportata clausola del paragrafo 7 della lettera d'invito, con nota raccomandata datata 21 giugno 2010, e ricevuta dalle istanti il giorno 25 giugno, il Dirigente dell'area tecnica dell'Amministrazione comunale ha inviato a tutti i concorrenti la comunicazione di aggiudicazione definitiva della commessa all'A.T.I. controinteressata, informando altresì che:

- la comunicazione era inviata ai sensi e per gli effetti di quanto stabilito dall'art. 79 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163;
- entro 30 giorni, decorrenti "*dalla data di ricezione della presente comunicazione*", era possibile ricorrere innanzi a questo Tribunale;
- alla stipulazione del contratto si sarebbe proceduto non prima di 35 giorni decorrenti dall'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

Il Collegio ricorda che l'art. 79, comma 5, del Codice dei contratti pubblici pone a carico della Stazione appaltante l'obbligo di

comunicare tempestivamente l'aggiudicazione all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria e a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara. Da ciò consegue che, essendo puntualmente disciplinata la fase di comunicazione dell'atto di aggiudicazione, la legale conoscenza dello stesso non può ricondursi a forme diverse di partecipazione dell'esito della procedura comparativa. In senso conforme si era già espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., sez. VI, 11.11.2008, n. 5624), recentemente ribadita con la precisazione che eventuali clausole difformi contenute nella lex specialis di gara non sono comunque in grado di *“esimere l'Amministrazione dall'osservanza dell'obbligo stabilito dall'art. 79, comma 5, di comunicare la aggiudicazione ai soggetti ivi indicati”*, in quanto detta comunicazione *“assolve allo scopo imprescindibile di offrire al concorrente la conoscenza piena di un elemento essenziale del provvedimento lesivo, ossia l'identità del soggetto che trae vantaggio dall'atto, che, come tale, assume la veste di contraddittore necessario nell'eventuale giudizio di impugnazione”* (cfr., C.d.S., sez. V, 12.7.2010, n. 4483). Se la riportata decisione si segnala perché ha riaffermato la centralità della comunicazione in quanto contenente gli elementi essenziali del provvedimento di aggiudicazione ai sensi del comma 5 bis dell'art. 79, ad avviso del Collegio alla doverosità di detto adempimento consegue anche che tra i suoi corollari vi sia la certezza della data in cui inizia a decorrere il termine decadenziale di impugnazione.

2a. Disattesa l'eccezione in rito, il ricorso, tuttavia, non è fondato nel merito.

2b. Le ricorrenti ritengono che la dichiarazione di subappalto presentata dalle imprese Edildrena e Termoidraulica non sia regolare, posto che essa elenca una serie di lavorazioni della categoria prevalente OG1 che, come stabilito dalla lex specialis di gara, potevano essere oggetto di subappalto nel rispetto del limite del 30% dell'importo offerto, nonché le opere rientranti nelle categorie OS4 e OS30, menzionate senza alcuna altra specificazione. Tuttavia, posto che le nominate imprese non risultano essere in possesso della qualificazione necessaria per le due categorie da ultimo citate, sarebbe stato necessario specificare la volontà di subappaltare interamente le predette lavorazioni, essendo tale omessa dichiarazione espressamente sanzionata dal bando di gara con l'esclusione dell'offerta.

2c. La difesa dell'Amministrazione oppone che dalla dichiarazione in esame emergerebbe univocamente la volontà subappaltare le lavorazioni relative agli impianti elettromeccanici trasportatori e quelle concernenti gli impianti elettrici, come si evincerebbe dalla carenza dell'abilitazione necessaria all'esecuzione di tali lavori; dall'iniziale dizione di "*voler subappaltare, in caso di aggiudicazione, nei limiti di legge*"; dal richiamo generale alle due categorie senza alcuna elencazione di eventuali voci rientranti nelle stesse (come invece operato per le categorie OG1 e OS28); dalla puntualizzazione in calce alla dichiarazione che tutte le lavorazioni sarebbero state subappaltate "*nei limiti ammessi*" (cfr., documenti n. 12 e n. 13 in atti dell'Amministrazione).

3. Il Collegio rammenta – come già esposto in punto di fatto - che le opere della gara in esame rientravano prevalentemente nella categoria OG1 (edifici civili ed industriali), per la quale era prevista la possibilità di subappaltare discrezionalmente parte delle lavorazioni fino alla misura massima del 30% dell'offerta. Nella categoria prevalente erano comprese anche le lavorazioni relative agli impianti di elevazione, di cui alla categoria OS4, e quelle relative agli impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi, di cui alla categoria OS30, per l'esecuzione delle quali era tuttavia richiesta un'aggiuntiva qualificazione e/o abilitazione; il concorrente non in possesso di essa era quindi tenuto a subappaltare obbligatoriamente dette lavorazioni senza che il relativo importo incidesse sulla quota subappaltabile della categoria prevalente pari al 30%. Segnatamente, il bando aveva specificato che qualora il concorrente non fosse stato in possesso dell'abilitazione, era tenuto *“pena l'esclusione dell'offerta, a subappaltare interamente le predette lavorazioni”*.

Anche le opere rientranti nella categoria non prevalente ma altamente specializzata OS28, relativa agli impianti termici e di condizionamento, richiedevano la qualificazione obbligatoria (il concorrente che era privo della stessa doveva presentarsi obbligatoriamente in associazione temporanea verticale), ma esse potevano invece essere subappaltate nel limite del 30% del loro importo.

4a. La ratio sottesa alle suddette prescrizioni era evidentemente volta a soddisfare l'esigenza della Stazione appaltante di conoscere in

anticipo quali sarebbero state le lavorazioni subappaltate, sia in parte che in toto. Per determinate categorie (OG1 e OS28) il subappalto era infatti consentito entro determinati limiti quantitativi, mentre per altre (OS4, OS30 e OS3) era la stessa *lex specialis* a prescriverlo per l'intero in difetto della necessaria abilitazione o di adeguata qualificazione.

4b. Le correlate previsioni di esclusione dell'offerta dalla gara in caso non fossero specificati i limiti di ogni subappalto devono dunque essere lette alla luce della suddetta ratio ed in correlazione con i criteri ermeneutici delle disposizioni del bando fissati dalla giurisprudenza, secondo cui le clausole della *lex specialis*, ancorché contenenti comminatorie di esclusione, devono essere applicate non già meccanicisticamente, ma secondo il principio di ragionevolezza, ed alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale che non rispondano ad esigenze reali della stazione appaltante e che si risolvano in una ingiustificata lesione del principio del *favor participationis* (cfr., C.d.S., sez. V, 21.12.2010, n. 9320; sez. V, 9.10.2007, n. 5289; sez. IV, 30.1.2006, n. 308 e sez. V, 22.6.2004, n. 4347).

5a. Ora, è indubbio che nel caso in esame l'individuata ratio sottesa alle viste disposizioni della normativa di gara è stata integralmente soddisfatta senza al contempo ledere l'affidamento dei partecipanti e la par condicio dei concorrenti.

L'Amministrazione, dalla documentazione prodotta dalle due imprese

controinteressate, aveva potuto evincere infatti che:

- la ditta Edildrena, quale capogruppo di costituenda associazione temporanea, era in possesso dell'attestazione SOA per le categorie OG1, classifica VI, e OG3, classifica IV;
- la ditta Termoidraulica, mandante, era invece in possesso dell'attestazione SOA per le categorie OS3, classifica II, e OS28, classifica II;
- nessuna delle due ditte in A.T.I. verticale era dunque in possesso di abilitazione e di attestazione per le categorie specializzate OS4 e OS30;
- per la categoria OG1 erano state elencate le voci che sarebbero state oggetto di subappalto;
- anche per la categoria specializzata OS28 erano state indicate le lavorazioni che sarebbero state subappaltate;
- le categorie OS4 e OS30 sono state menzionate senza null'altro specificare;
- all'inizio della dichiarazione era stato indicato che il subappalto delle sottoelencate voci sarebbe stato praticato *“entro i limiti di legge”*;
- in calce alla stessa dichiarazione è stato ulteriormente puntualizzato che *“tutte le lavorazioni sopra indicate sono subappaltabili nel limite ammesso al lordo degli oneri di sicurezza”*.

5b. Per conseguenza, rettamente la Stazione appaltante ha considerato del tutto irrilevante l'omissione del termine *<interamente>* accanto alle opere in questione, posto che - accertato in fatto che nessuna delle due imprese aveva dichiarato di possedere la qualificazione per

L'esecuzione delle opere rientranti nelle categorie OS4 e OS30 - quella dichiarazione di subappalto poteva e doveva leggersi in relazione a quanto imperativamente prescritto sul punto dalla lex specialis di gara. In altri termini, il limite di legge ammesso, citato nella dichiarazione in esame, si riferisce indiscutibilmente al 30% delle lavorazioni rientranti nelle categorie OG1 e OS28 (entrambe subappaltabili in base alla normativa di gara entro e non oltre tale limite), e all'intero importo delle categorie OS4 e OS30 (ambedue obbligatoriamente subappaltabili per l'intero in caso di concorrente non in possesso della relativa qualificazione).

In definitiva, nel quadro delle prescrizioni del bando, l'applicazione della normativa di gara operata dalla Stazione appaltante appare ragionevole e avulsa da ogni formalismo inutile, trovando essa conferma nella documentazione complessiva che accompagnava la contestata offerta: vi è stato dunque, nella specie, certezza in ordine all'offerta presentata dalle controinteressate Edildrena S.r.l. e Termoidraulica S.n.c.

5c. Tanto, peraltro, è stato apprezzato anche dal Consiglio di Stato che, sebbene in sede di delibazione sommaria tipica della fase cautelare, ha ritenuto regolare la contestata dichiarazione di subappalto.

5d. A ciò consegue che l'offerta delle controinteressate è stata regolarmente ammessa alla successiva fase della gara concorrendo alla graduatoria delle offerte economiche e alla successiva valutazione di quelle anomale.

6. In conclusione il ricorso deve essere respinto, congiuntamente all'avanzata domanda di risarcimento del danno.

Concorrono peraltro giusti motivi, in ragione della non uniforme posizione della giurisprudenza amministrativa sulla questione oggetto di causa, per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 180 del 2010, lo respinge.

Compensa le spese del giudizio.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2011

IL SEGRETARIO

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

