



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7784 del 2009, proposto da:
La Felce S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Paola Chirulli e
Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma,
via Emilia N. 88;

contro

Rutilianus Srl, società unipersonale del Comune di Rudiano, , in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso Paolo Rolfo in Roma,
via Appia Nuova 96;

Baitelli Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Ramadori e Mauro
Ballerini, con domicilio eletto presso Giuseppe Ramadori in Roma,

via Marcello Prestinari, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01370/2009, resa tra le parti, concernente APPALTO DI COSTRUZIONE DEL NUOVO POLO SCOLASTICO NEL COMUNE DI RUDIANO.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rutilianus Srl unipersonale del Comune di Rudiano e di Baitelli Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Inglese e Buccellato, per delega dell'Avv. Ramadori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società La Felce s.a.s., seconda classificata nella gara d'appalto per l'affidamento da parte di Rutilianus s.r.l., società controllata dal Comune di Rudiano, dei lavori di costruzione del nuovo polo scolastico comunale con il criterio del massimo ribasso, ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti della procedura, compreso il bando di gara, per mancanza di adeguata attestazione SOA nella categoria prevalente OG1 da parte dell'aggiudicataria. Essendo

l'importo a base d'asta (pari complessivamente ad euro 3.400.000) composto, per la maggior parte (euro 2.829.918), da lavori della categoria prevalente OG1 e, per la restante parte, da altre lavorazioni di altre categorie, ciascuna di importo inferiore al 10% del valore dell'opera ovvero a 150.000 euro, le partecipanti avrebbero dovuto possedere l'attestazione nella categoria prevalente OG1 nella classifica V (fino ad euro 5.164.569) e non IV (fino a euro 2.582.284), che è invece quella esibita dall'affidataria dei lavori, in quanto l'affidamento in subappalto delle lavorazioni diverse da quelle appartenenti alla categoria prevalente non esonererebbe l'impresa partecipante dalla necessità di possedere la qualificazione nella categoria prevalente per la classifica relativa all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto, compresi quelli che essa dichiara di affidare in subappalto.

2. Il Tar ha respinto il ricorso, richiamando il principio, accolto dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, che consente ad un prestatore di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto facendo riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica del vincolo che li lega, quindi sia attraverso il raggruppamento in a.t.i., sia attraverso il subappalto, in cui si manifesta, in buona sostanza, una potestà di avvalimento. Pertanto, l'affidataria, adeguatamente qualificata nella categoria prevalente, non era tenuta a computare, in aggiunta ai lavori della categoria

prevalente, l'importo delle opere speciali a qualificazione non obbligatoria che ha dichiarato di realizzare attraverso il subappalto, essendo le imprese subappaltatrici in possesso della qualificazione adeguata in rapporto all'ammontare dei lavori ad esse affidati.

Ha giudicato parimenti infondati gli altri motivi relativi alla omessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, all'eccesso di potere per brevità del tempo intercorso tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, all'incompetenza del presidente del seggio di gara a pronunciare l'aggiudicazione.

3. Propone appello La Felce s.a.s. affidandolo ai seguenti motivi.

- erroneità nell'interpretazione ed applicazione degli artt. 49 e 118 d. lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di avvalimento ed in materia di subappalto;

- erroneità nell'interpretazione ed applicazione dell'art. 3 d.P.R. n. 34/2000, nonché degli artt 72, 73, 74 e 95, c. 1 del d.P.R. n. 554/1999 in relazione all'art. 3.3. del bando di gara;

- erroneità nell'interpretazione e applicazione degli artt 49 e 118 d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 3 d.P.R.n. 34/2000 nonché degli artt 72, 73, 74 e 95, c. 1 del d.P.R. n. 554/1999 in relazione all'art. 3.3. del bando di gara;

- erroneità nell'interpretazione ed applicazione per violazione dell'art. 79, comma 5 lett. a) e dell'art. 11, comma 10 d. lgs. n. 163/2006, violazione degli artt. 48, comma 2 e dell'art. 11, comma 5 d. lgs. n. 163/2006.

4. Si sono costituite in resistenza Rutilianus s.r.l. e la controinteressata Baitelli Costruzioni sostenendo la sufficienza della qualificazione nella IV classifica della categoria prevalente, come previsto dal bando e dal disciplinare di gara, la cui impugnazione, tramite motivi aggiunti, era da considerarsi, peraltro, tardiva.

5. All'udienza del 22 novembre 2011, in vista della quale le parti hanno depositato memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. I primi tre motivi di appello, data la loro connessione logico-giuridica, possono essere trattati congiuntamente.

7. Con essi l'appellante si duole di una erronea applicazione della disciplina sull'avvalimento e sul subappalto, tale da condurre ad una assimilazione dei due istituti sotto il profilo della qualificazione. Di contro, solo il primo potrebbe essere configurato come strumento di qualificazione mentre al secondo andrebbe riconosciuta natura esclusiva di strumento di esecuzione dell'appalto. L'interpretazione fornita dal primo giudice contrasterebbe anche con il sistema delineato dagli artt. 95, comma 1 e 74 d.P.R. n. 554/1999, per cui le imprese partecipanti devono essere in possesso di una qualificazione che copra l'importo totale dei lavori almeno nella categoria prevalente, salva la possibilità, una volta ottenuta l'aggiudicazione, di eseguire direttamente tutte le lavorazioni, comprese quelle delle categorie diverse dalla prevalente per le quali non abbia adeguata qualificazione, ovvero affidare in subappalto le lavorazioni scorporabili, col solo limite di farle eseguire ad imprese dotate di

qualificazione nel caso di lavorazioni specializzate a qualificazione obbligatoria.

8. Giova, preliminarmente, considerare che le opere oggetto dell'affidamento attengono, per un importo di euro 2.829.918, alla categoria prevalente OG1 e, tenuto conto dell'aumento di un quinto, ricadono nella IV classifica. Le rimanenti opere, riguardanti la realizzazione di impianti che, atteso il loro valore, non possono considerarsi alla stregua di opere speciali, presentano, ciascuna, un importo inferiore al dieci per cento dell'importo dell'opera e, comunque, a 150.000 euro.

L'art. 73 del d.P.R. 21.12.1999, n. 554, applicabile *ratione temporis*, prevede, al comma 1, come condizione di partecipazione alla gara, la qualificazione nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, ossia quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento.

Il comma 2 prevede l'indicazione nel bando di gara dell'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, della categoria prevalente nonché di tutte le parti di cui si compone l'opera con i relativi importi e categorie che, a scelta del concorrente, sono appaltabili o scorporabili.

Similmente, l'art. 95 del medesimo regolamento stabilisce che l'impresa singola può partecipare alla gara ove in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero alla

categoria prevalente e alle categorie scorporabili.

Tali disposizioni vanno coordinate con il comma 3 dell'art. 73, che precisa che le parti costituenti l'opera o il lavoro di cui al comma 2 (ossia che devono essere indicate nel bando) sono quelle di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

Dalle suindicate norme si trae il principio dell'unicità della categoria prevalente, individuata sulla base del criterio del maggior importo riferito ai valori di tutte le categorie componenti l'intervento. In secondo luogo, se ne deduce che le lavorazioni inferiori al decimo del valore dell'appalto o a 150.000 euro sono al di fuori del sistema di qualificazione, non devono essere indicate nel bando (Cons. St. Sez. V, 24.3.2011, n. 1782, C.G.A. 9.5.2005, n. 334) ed, eccezion fatta per quei casi in cui è richiesta la qualificazione obbligatoria a causa dell'elevato valore tecnologico della lavorazione, sono eseguibili dal soggetto qualificato per la categoria prevalente e sono, comunque, interamente subappaltabili o scorporabili.

Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante ha ammesso a gara l'impresa, poi risultata aggiudicataria, che era in possesso della qualificazione nella categoria prevalente secondo la classifica indicata nel bando conformemente all'art. 73, comma 2 (diversamente dal caso deciso da Cons. St. Sez. V, 20.6.2011, n. 3698, in cui l'impresa offerente non era in possesso della qualificazione nella categoria prevalente) e che aveva dichiarato nella propria offerta di voler

affidare in subappalto ad imprese, peraltro dotate della relativa qualificazione, le lavorazioni appartenenti a categorie diverse, scorporabili e subappaltabili, tutte di importo inferiore a quello indicato al comma 3 dell'art. 73 del d.P.R. n. 554/1999 e, quindi, escluse ai fini della qualificazione dell'impresa concorrente.

Tanto sarebbe sufficiente per giudicare infondati i motivi con cui si deduce violazione della suindicata disciplina.

9. Merita , tuttavia, ulteriore esame il motivo con cui si lamenta che erroneamente la sentenza di primo grado conterrebbe una equiparazione tra avvalimento e subappalto sotto il profilo della qualificazione.

A riguardo, va richiamata quella consolidata giurisprudenza (Cons. St. Sez. IV, 30.10.2009, n. 6708; 12.6.2009, n. 3696; 22.9.2008, n. 4572) che , nel circoscrivere i casi di esclusione dell'impresa offerente che abbia dichiarato di volersi avvalere di un subappaltatore alle sole fattispecie in cui essa non disponga della qualificazione in relazione ai lavori interessati dal subappalto, implicitamente ammette che , legittimamente, l'offerente possa ricorrere al subappalto proprio allo scopo di integrare requisiti di qualificazione di cui non sia in possesso.

Peraltro, senza negare le differenze strutturali che intercorrono tra l'avvalimento, istituto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria , recepito dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE e trasfuso nell'art. 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006, volto a consentire ad un

imprenditore il possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara , ed il subappalto, contratto secondario o derivato, posto “a valle” del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione, devono rilevarsi numerosi profili della disciplina di cui agli artt 37, comma 11 e. 118 del codice sui contratti pubblici che , sotto il profilo funzionale, possono essere considerati indici di un sostanziale inserimento del subappalto tra gli strumenti idonei a garantire la maggiore concorrenza tra gli operatori economici e l'allargamento del mercato, nella prospettiva propria dell'art. 47 della direttiva 2004/18, al pari dell'avvalimento.

Tra questi meritano rilievo: l'inserimento del subappalto tra gli strumenti che consentono la realizzazione di lavori ad elevato contenuto tecnologico da parte di soggetti affidatari non in grado di eseguirli nell'art. 37, disciplinante i raggruppamenti temporanei; l'obbligo a carico dei concorrenti, all'atto dell'offerta, di indicare i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare, con la conseguenza, in caso di mancata indicazione, che l'autorizzazione al subappalto non potrà essere accordata; l'obbligo di deposito presso la stazione appaltante del contratto di appalto e della certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata oltre alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale; l'insussistenza nei confronti del subappaltatore dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575/1965 e successive

modificazioni; l'autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, previa verifica dei requisiti in capo al subappaltatore; la possibilità che la stazione appaltante stabilisca nel bando di gara di corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le sue prestazioni; l'obbligo per il subappaltatore di praticare per le prestazioni affidate in subappalto gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione; la responsabilità solidale dell'appaltatore degli adempimenti da parte del subappaltatore relativi agli obblighi di sicurezza.

Si tratta di disposizioni e condizioni che, nell'intento di ridurre i margini di autonomia del rapporto appaltatore – subappaltatore, attraendolo sotto il controllo diretto della stazione appaltante ed imponendo il rispetto di regole di trasparenza volte a scongiurare i rischi di aggiramento della disciplina dell'evidenza pubblica tramite il subingresso di un soggetto diverso da quello scelto tramite la gara, tendono a stabilire una relazione diretta tra committente e subappaltatore.

Nel contempo, esse soddisfano la finalità dell'art. 47 , p.2 della direttiva 2004/18/CE («Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti») , già

sottolineata dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. 2.12.1999, n. 176), di consentire all'autorità aggiudicatrice la verifica delle capacità dei terzi ai quali un prestatore, che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, intenda ricorrere, con lo scopo di fornire garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione i mezzi di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami" con l'ausiliario e, quindi, anche in virtù di un contratto di subappalto.

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha considerato il subappalto come strumento negoziale che, pur differenziandosi dall'avvalimento sotto il profilo strutturale, ha tuttavia in comune la funzione di allargare la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti sforniti dei requisiti di partecipazione.

10. Infondato è, altresì, il motivo d'appello con cui si censura l'erroneità della sentenza di primo grado per non avere giudicato l'illegittimità dell'aggiudicazione nonostante l'omessa comunicazione ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici.

Invero, l'omissione della comunicazione dell'esito della gara non costituisce un vizio dell'atto, né comporta l'illegittimità della procedura di aggiudicazione, ma assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale (Cons. St. Sez. VI, 15.6.2009, n. 3823).

11. Né la ricorrente ha fornito elementi atti a suffragare

l'insufficiente verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria provvisoria, non essendo previsto un termine minimo per il compimento di dette operazioni, ma solo il termine massimo di 30 giorni ai sensi dell'art. 12 del codice dei contratti pubblici.

12. Quanto al vizio di incompetenza del Presidente della società Rutilianus a pronunciare l'aggiudicazione definitiva, deve rilevarsi la genericità del motivo di violazione dell'art. 11, comma 5 del d. lgs. n. 163/2006 (secondo cui la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva) non essendo stati forniti elementi in base ai quali il Presidente della società non disporrebbe dei poteri per provvedere al suddetto atto.

Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica, tuttavia, la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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