

T.A.R. Piemonte, Torino, sezione II, 17 gennaio 2018, n. 94

La presenza nell'appalto (rilevabile dal computometrico) delle lavorazioni maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, impone la richiesta della terna dei subappaltatori.

Tuttavia la mancata indicazione della terna NON è causa di esclusione ma è rimediabile mediante soccorso istruttorio.

T.A.R. Abruzzo, Pescara, sezione I, 5 febbraio, 2018, n. 43

La presenza nell'appalto di prestazioni accessorie (nel caso di specie appalto di lavori che prevede anche "trasporto a discarica di materiali", per il quale il bando richiede anche l'iscrizione all'Albo dei Gestori ambientali) è sottratta alla disciplina restrittiva sul subappalto, non concorre al limite del 30%, non necessita dell'indicazione della terna, ma rientra tra le prestazioni che "non costituiscono subappalto" per le quali è sufficiente la comunicazione del sub-contratto alla stazione appaltante prima del sub-affidamento.

C.G.A.R.S., Sezione giurisdizionale, 31 gennaio 2018, n. 48

Va esclusa dalla gara una ditta che non ha indicato nell'offerta la terna dei subappaltatori, così come previsto dall'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In caso di richiesta di integrazione (con la terna) la mancata risposta integra un'autonoma causa di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

N. 00094/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01168/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1168 del 2017, proposto da:

Consorzio stabile Artek, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati ...

contro

Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ...

nei confronti di

Marchetti & C S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ...

per l'annullamento

- della Determinazione n. 2162 dell'A.T.C. Piemonte Nord del 06.11.2016 di aggiudicazione definitiva della procedura di gara alla Marchetti & C. S.r.l., trasmessa dalla stazione appaltante al ricorrente in data 01.12.2017, soltanto a seguito di reiterata istanza di accesso;

- di ogni atto e provvedimento indicato nella prefata determina e, in particolare, del verbale di gara del 30.10.2017, della graduatoria e dell'aggiudicazione provvisoria in tale sede approvate nonché, per quanto occorrer possa, dei vari pareri del RUP, del DL, del Dirigente dell'Area Tecnico-Immobiliare, del Dirigente Area Appalti, ivi richiamati, tutti sconosciuti, laddove non dispongono l'esclusione della controinteressata dalla procedura di gara;

- della nota, recante "*Comunicazione di cui all'art. 76, c. 5, D. Lgs. 50/2016*" trasmessa ai concorrenti a mezzo PEC in data 10.11.2017, con la quale l'A.T.C. Piemonte Nord ha comunicato l'avvenuta pubblicazione della graduatoria sul proprio sito <http://www.atcpiemontenord/esiti> e ha preteso con ciò di far decorrere i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva ex art. 120, c. 5, cpa, senza aver tuttavia prima trasmesso, né pubblicato, il relativo provvedimento;

- di tutti i chiarimenti ai quesiti, forniti dal RUP, per la parte in cui si indica che *<<è possibile partecipare alla gara, in assenza dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in cat. 10.a a condizione di indicare in sede di partecipazione di voler subappaltare tutte le opere relative ai manufatti contenenti amianto – e non limitatamente allo smaltimento – previste nel Progetto Esecutivo, ad Impresa in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in cat. 10.a>>*;

- del "*dettaglio esito appalto n. 771*" pubblicato l'8.11.2017 sul sito della Stazione Appaltante, nonché della graduatoria e della lista ammessi/esclusi cui esso rinvia tramite link ipertestuale;

- degli eventuali atti e provvedimenti di consegna dei lavori in via di urgenza nelle more adottati;

- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale a quelli sopra indicati;

nonché, sempre previa sospensione, per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, e per la conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 121, c. 1, lett. c) o 122 cpa;

nonché, in ogni caso, per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, tramite subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel

contratto ai sensi dell'art. 124 cpa, e, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente economico, ai sensi e per gli effetti degli artt. 30 e 124 cpa, nella misura di seguito indicata ovvero nella diversa misura ritenuta di giustizia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord e di Marchetti & C S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2018 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Si controverte dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta indetta dall'Agenzia territoriale per la casa del Piemonte Nord per l'affidamento di "*Lavori di rifacimento copertura in cemento-amianto e sostituzione dei serramenti. Fabbricati di proprietà ATC Piemonte Nord - Novara - via Mantova 10/12 e via Mantova 14/16/18*" (importo complessivo: euro 1.840.905,27 Iva esclusa; criterio di aggiudicazione: al minor prezzo ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. a) del Codice dei contratti pubblici).

Nella seduta del 30/10/2017 sono state ammesse in gara 78 offerte, tra le quali è risultata prima classificata quella dell'impresa Marchetti & C. s.r.l. (ribasso del 30,823%), che ha preceduto il Consorzio stabile Artek (ribasso del 30,332%).

Di tale esito ha preso atto il Direttore generale dell'ATC Piemonte Nord, che ha aggiudicato in via definitiva l'appalto all'impresa Marchetti & C. s.r.l. con la determinazione n. 2162 del 6/11/2017.

2) Quest'ultimo provvedimento (insieme agli atti del procedimento) è stato impugnato dal Consorzio stabile Artek, che ha formulato censure di violazione di legge e della *lex specialis* di gara, nonché di eccesso di potere sotto diversi profili.

Per resistere all'azione avversaria si sono costituite in giudizio la stazione appaltante Agenzia territoriale per la casa del Piemonte Nord e la controinteressata società Marchetti & C. s.r.l., che hanno ampiamente controdedotto; l'impresa aggiudicataria ha altresì proposto ricorso incidentale.

Ulteriori scritti difensivi sono stati depositati da tutte le parti in vista della camera di consiglio del 9 gennaio 2018, in cui il Collegio, previo avviso alle parti, ha trattenuto in decisione la causa per definirla con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a.

3) Queste, in sintesi, le censure formulate nel ricorso principale:

3.a.1) il bando e il disciplinare di gara richiedevano espressamente, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione nell'Albo nazionale dei gestori ambientali cat. 10 A, necessaria per eseguire interventi sul cemento-amianto; la società Marchetti & C. s.r.l. è priva di tale requisito e dunque doveva essere esclusa dalla gara;

3.a.2) la carenza in questione non può essere superata facendo ricorso al subappalto, come da dichiarazione della controinteressata nella domanda di partecipazione: per soddisfare il requisito in esame non è possibile utilizzare il subappalto, così come non è possibile utilizzare l'avvalimento (espressamente vietato dall'art. 89 comma 10 del Codice dei contratti pubblici);

3.a.3) ma se anche fosse consentito il ricorso al subappalto la controinteressata avrebbe dovuto comunque essere esclusa non avendo ottemperato all'obbligo di indicare la "terna dei subappaltatori" di cui all'art. 105 comma 6 del Codice, applicabile nel caso in esame, che riguarda attività rientranti tra quelle *"maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190"*;

3.b) per gli stessi motivi precedentemente indicati sono illegittimi i chiarimenti forniti dal RUP circa la possibilità di partecipare alla gara *"in assenza dell'iscrizione all'albo Nazionale Gestori Ambientali in cat. 10.a, a condizione di indicare in sede di partecipazione di voler subappaltare tutte le opere relative ai manufatti contenenti amianto - e non limitatamente allo smaltimento - previste nel Progetto Esecutivo, ad Impresa in possesso dell'iscrizione all'albo Nazionale Gestori Ambientali in cat. 10.a"*; tali chiarimenti sono altresì illegittimi perché comportano una modifica delle prescrizioni della *lex specialis* di gara da parte di un soggetto privo dei necessari poteri; nessun legittimo affidamento in capo alla controinteressata poteva dunque derivare dalle indicazioni illegittimamente fornite dal RUP;

3.c) nel capitolato speciale d'appalto il costo della manodopera è quantificato in euro 434.622,29; l'aggiudicataria ha indicato un costo della manodopera pari a euro 310.000,00; la differenza di circa il 30% rispetto al costo calcolato dalla stazione appaltante induce a dubitare della corretta quantificazione operata dalla controinteressata e imponeva l'avvio di una verifica ai sensi dell'art. 95 comma 10 del Codice dei contratti pubblici.

4) Queste, in sintesi, le censure formulate nel ricorso incidentale:

4.a) l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali non rappresenta un requisito di ammissione alla gara, ma soltanto di esecuzione del contratto: quindi il mancato possesso del requisito non impedisce di partecipare alla procedura concorsuale; si impugnano perciò il bando e il disciplinare di gara nel caso in cui debbano essere interpretati (come pretende la ricorrente principale) nel senso di richiedere detta iscrizione come requisito di partecipazione;

4.b) in via subordinata, si deduce che, ove fosse fondata la prima censura formulata dal Consorzio ricorrente, questi non ne ricaverebbe alcun beneficio posto che, delle 78 imprese partecipanti, ben 63 sono prive del requisito di cui si controverte e dunque dovrebbero essere tutte escluse dalla gara; ciò comporterebbe il ricalcolo della soglia di anomalia, da cui deriverebbe l'esclusione automatica della ricorrente stessa, con conseguente difetto di interesse al ricorso principale *in parte qua*.

5) Dalla lettura degli atti di gara emerge senza possibilità di dubbio che tanto il bando, quanto il disciplinare richiedevano tra i requisiti di idoneità professionale necessari per la

partecipazione (unitamente all'iscrizione nel Registro delle imprese per attività inerenti all'oggetto dell'appalto, alla non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e all'abilitazione ex D.M. 37/2008) l'iscrizione all'ANGA cat. 10.a. Quanto prescritto sul punto dalla *lex specialis* di gara è pienamente legittimo perché conforme all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, a cui si è adeguata anche l'ANAC, come illustrato da questa stessa Sezione nella recentissima sentenza n. 1226 del 15 novembre 2017, a cui si fa integrare rinvio.

Ne consegue l'infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale.

6) Il secondo motivo del ricorso incidentale mira a paralizzare gli effetti di un eventuale accoglimento del primo motivo del ricorso principale, evidenziando la carenza di interesse del Consorzio ricorrente. Non c'è però necessità di approfondire la questione (anche alla luce di quanto argomentato in senso contrario dal predetto Consorzio, con richiamo al disposto dell'art. 95 comma 15 del Codice dei contratti pubblici), tenuto conto che le censure formulate nell'atto introduttivo del giudizio e precedentemente sintetizzate ai punti 3.a.1) e 3.a.2) non possono trovare accoglimento.

7.1) Il disciplinare di gara prevedeva (pag. 8 punto 4) che la domanda di partecipazione contenesse *“l'indicazione delle lavorazioni appartenenti alle categorie oggetto dell'appalto, che il concorrente intende, ai sensi dell'articolo 105 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., eventualmente subappaltare o concedere a cottimo oppure deve subappaltare o concedere a cottimo per mancanza delle specifiche qualificazioni”*. La previsione è stata oggetto di ripetuti chiarimenti da parte del RUP nei sensi riportati al precedente punto 3.b).

La stazione appaltante e l'aggiudicataria sostengono che già la *lex specialis* di gara legittimava il ricorso al “subappalto necessario” anche per le lavorazioni concernenti il cemento-amianto e che il RUP si è poi limitato a chiarire la portata della prescrizione, senza integrarla o modificarla. Ciò consentirebbe di superare le censure citate sub 3.a.1) e sub 3.a.2) che, anzi, risulterebbero inammissibili per la mancata impugnazione del disciplinare *in parte qua*.

7.2) Il Collegio non concorda con le affermazioni di cui sopra e ritiene che la citata prescrizione del disciplinare di gara non fosse incompatibile con la lettura restrittiva proposta dal Consorzio ricorrente che, distinguendo tra requisiti di idoneità professionale (qual è quello dell'iscrizione all'ANGA) e requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, sostiene che il “subappalto necessario” a cui faceva espresso riferimento il disciplinare riguardava solo i requisiti di qualificazione “coperti” dalle attestazioni SOA (e non anche i requisiti di idoneità professionale altrimenti certificati). In questa ottica i chiarimenti del RUP hanno fornito un'interpretazione estensiva della disposizione, che conseguentemente non era di per sé lesiva per la posizione del Consorzio ricorrente e non doveva, dunque, essere necessariamente impugnata.

La questione si sposta quindi sulla legittimità del ricorso al “subappalto necessario” per supplire alla mancanza del requisito di idoneità professionale di cui si discute.

7.3) Va innanzitutto premesso che tale tipo di subappalto, previsto in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, non appare incompatibile con la nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 50/2016, tenuto conto di quanto segue:

- il “subappalto necessario” ha trovato disciplina normativa nell’art. 109 del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici);
- la disciplina ivi contenuta è stata abrogata e sostituita dall’art. 12 del D.L. n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014); in particolare si fa riferimento ai commi 1 e 2;
- il citato art. 12 è stato abrogato dall’art. 217 del D.Lgs. n. 50/2016, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, limitatamente ai commi 3, 5, 8, 9 e 11;
- restano dunque tuttora in vigore i primi due commi che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di “subappalto necessario” in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni.

7.4) Ciò detto, il Collegio non ravvisa ragioni convincenti per escludere che il “subappalto necessario” possa essere utilizzato anche per sopperire alla mancanza del requisito di idoneità tecnica costituito dall’iscrizione all’Albo nazionale gestori ambientali nella categoria necessaria per eseguire lavorazioni sul cemento-amianto, come previsto dall’art. 212 comma 5 del D.Lgs. n. 152/2006 (Codice dell’ambiente).

L’istituto in questione consente di partecipare a gare per l’affidamento di lavori pubblici anche a concorrenti privi delle qualificazioni relative a parte delle lavorazioni, che i predetti prevedono di affidare ad imprese in possesso delle qualificazioni richieste; analogamente, il requisito dell’iscrizione all’ANGA, di cui sia privo il concorrente, può essere soddisfatto prevedendo l’affidamento dei lavori che presuppongono il possesso di tale titolo ad altra impresa, iscritta nell’albo per la categoria richiesta.

Il parallelismo sembra al Collegio evidente e consente di distinguere l’ipotesi in esame dall’avvalimento disciplinato dall’art. 89 del Codice dei contratti pubblici, che al comma 10 espressamente ne vieta l’utilizzo *“per soddisfare il requisito dell’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152”*. L’avvalimento, infatti, è ammesso dall’art. 89 in relazione ai *“requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c)”*, mentre l’iscrizione all’ANGA rientra tra *“i requisiti di idoneità professionale”* di cui alla lettera a) della norma citata; e, a differenza dei requisiti per cui l’avvalimento è consentito, questi ultimi devono necessariamente essere posseduti dal soggetto che esegue i lavori, che non può avvalersi di altri per dimostrare il possesso del requisito in questione. Ed è appunto questo che, per il requisito che qui interessa, distingue l’avvalimento dal “subappalto necessario”: solo quest’ultimo istituto (a differenza dell’avvalimento) garantisce che l’esecutore dei lavori sul cemento-amianto sia effettivamente e personalmente in possesso del relativo requisito di idoneità professionale.

7.5) Alla luce delle precedenti considerazioni risultano infondate le censure formulate nel ricorso principale e richiamate nella presente sentenza sub 3.a.1) e sub 3.a.2), che non trovano utile supporto nelle delibere ANAC da ultimo depositate dalla difesa del Consorzio ricorrente. Ciò vale anche per la censura sub 3.b) posto che i chiarimenti forniti dal RUP e contestati nel ricorso sono comunque in linea con quanto consentito dall’ordinamento.

8.1) È invece parzialmente fondata la censura sub 3.a.3).

L'art. 1 comma 53 della legge n. 190/2012 recita: *"Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:*

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;*
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;*
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;*
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;*
- e) noli a freddo di macchinari;*
- f) fornitura di ferro lavorato;*
- g) noli a caldo;*
- h) autotrasporti per conto di terzi;*
- i) guardiania dei cantieri".*

Tra le lavorazioni relative a demolizioni/rimozioni di opere in cemento-amianto previste nel computo metrico estimativo dell'appalto di cui si controverte figurano il trasporto e lo smaltimento in discariche autorizzate, che sono evidentemente riconducibili alle voci a) e b) della norma citata. La disposizione non fa riferimento a limiti quantitativi o di importo, per cui è irrilevante la circostanza che il valore delle lavorazioni relative al cemento-amianto sia inferiore al 3% del valore complessivo dell'appalto.

In relazione a quanto sopra opera la previsione di cui all'art. 105 comma 6 del Codice dei contratti pubblici secondo cui (come sostenuto dalla ricorrente principale) era obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

8.2) L'inosservanza di tale obbligo da parte dell'aggiudicataria non comporta però l'esclusione della stessa dalla gara, come preteso dalla controparte.

Va innanzitutto premesso che, a parere del Collegio, risulta tuttora attuale il principio enunciato - in relazione al previgente D.Lgs. n. 163/2006 e al Regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010 - dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, in cui si legge: *"l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R. cit."*. A tale conclusione inducono:

- la circostanza che l'art. 105 del Codice del 2016 impone un obbligo di indicazione nominativa solo nel caso di cui al comma 10 relativo alla "terna di subappaltatori";
- la circostanza, precedentemente rilevata, che il medesimo Codice non ha sostanzialmente innovato la disciplina del "subappalto necessario".

Quanto all'indicazione della terna, la sua omissione comporta non l'esclusione del concorrente, ma l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del Codice *"in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica"*. Pur trattandosi di una carenza relativa a un elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara, essa infatti non incide sull'offerta economica o sull'offerta tecnica. In

tal senso si è già pronunciato il TAR Brescia, sez. II, nella sentenza n. 1790 del 29 dicembre 2016 (citata anche nella recente sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11438 del 20 novembre 2017). Non va inoltre trascurato che nella “domanda di partecipazione e dichiarazioni a corredo” (modello A predisposto dalla stazione appaltante) si legge nella nota 3 a pag. 5 che “*non vige l’obbligatorietà dell’indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta*”; e ciò basterebbe a giustificare il soccorso istruttorio.

8.3) La censura in esame risulta dunque fondata e va accolta nei limiti di cui sopra.

L’aggiudicazione impugnata va conseguentemente annullata, dovendo la stazione appaltante procedere a richiedere alla prima classificata (odierna controinteressata), in via di soccorso istruttorio, l’indicazione di una terna di subappaltatori per l’esecuzione degli interventi relativi al cemento-amianto.

9) Resta da esaminare l’ultimo motivo di ricorso, relativo al costo della manodopera (di cui sub 3.c) che, per effetto di quanto precedentemente deciso, riguarda una fase successiva rispetto al subprocedimento di soccorso istruttorio, ovviamente subordinata al positivo esito dello stesso.

È comunque opportuno pronunciarsi sulla censura già in questa sede, per evitare che debba essere eventualmente riproposta con un successivo ricorso.

Il Consorzio ricorrente deduce formalmente la violazione dell’art. 97 comma 5 lett. d) del Codice dei contratti pubblici, in tema di “*Offerte anormalmente basse*” da escludere perché “*il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all’articolo 23, comma 16*”. In realtà, prospetta la mancata applicazione dell’art. 95 comma 10 che così dispone: “*Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)*”.

Le controparti replicano evidenziando la natura meramente assertiva della censura, non supportata da alcun elemento di prova.

La censura è però convincente. Essa è basata sul confronto tra gli unici elementi noti alla parte ricorrente, da cui risulta che il costo della manodopera indicato dall’aggiudicataria è inferiore di quasi il 30% rispetto alla quantificazione del costo del lavoro contenuta nel capitolato speciale d’appalto. Il dato è obiettivamente rilevante: una riduzione del costo del lavoro ben superiore a un quarto (e, anzi, non lontana da un terzo) rispetto a quello calcolato dalla stazione appaltante giustifica senz’altro, ad avviso del Collegio, una puntuale verifica dell’osservanza dei minimi salariali retributivi. Ne consegue la necessità che, in caso di esito favorevole del subprocedimento di soccorso istruttorio relativo all’indicazione della terna di subappaltatori e prima di procedere a una nuova aggiudicazione, l’ATC Piemonte Nord provveda nel senso indicato dall’art. 95 comma 10 del Codice dei contratti pubblici.

10) In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto nei sensi e nei limiti precisati nei punti precedenti; l’aggiudicazione impugnata va conseguentemente annullata e la stazione appaltante ATC Piemonte Nord è tenuta a rinnovare parzialmente la procedura di gara secondo quanto indicato, in particolare, al punto 8.3) e al punto 9). Per effetto di quanto deciso non possono trovare accoglimento le domande di risarcimento e di condanna formulate dalla parte ricorrente.

Il ricorso incidentale va in parte respinto, in parte dichiarato improcedibile.

L'accoglimento parziale del ricorso principale e la complessità e novità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- a) accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi, nei limiti e con gli effetti precisati in motivazione;
- b) in parte respinge, in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- c) compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente, Estensore

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere

Publicato il 05/02/2018

N. 00043/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00051/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 51 del 2017, proposto da:

Abruzzo Strade Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato ...

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata in L'Aquila, c/o San Domenico;

nei confronti di

Nicolaj Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva comunicato il 10.01.2017 e del relativo verbale di gara del 28.12.2016

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2017 il dott. Massimiliano Ballorani e uditi l'avv. ...

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

- la ricorrente, seconda classificata, ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata della gara per l'affidamento dei lavori di miglioramento dell'accessibilità e delle condizioni di sicurezza del Porto di Pescara;

- secondo la ricorrente, l'aggiudicataria, in quanto priva di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, non potrebbe eseguire il trasporto e lo smaltimento di rifiuti o comunque dei materiali di risulta del cantiere e quindi sarebbe inidonea alla esecuzione dei lavori appaltati e non potrebbe nemmeno ricorrere al subappalto, avendo dichiarato in sede di gara di voler subappaltare esclusivamente altre lavorazioni;

- la ricorrente ha chiesto anche di subentrare nell'esecuzione del contratto e, in subordine e in caso di impossibilità di aggiudicazione della gara, ha chiesto "un risarcimento per equivalente non solo in relazione alle spese sostenute per la partecipazione, ma anche con riguardo al mancato guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere quale aggiudicataria della gara e pari al 10% dell'intero importo dell'appalto; nonché al "danno curriculare", ovvero alla diminuzione di peso imprenditoriale della società, per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo di conseguire, che sin d'ora si quantifica per lo meno nella misura del 5% dell'importo dell'appalto, salva migliore specificazione e quantificazione dei criteri risarcitori";

- secondo l'Amministrazione resistente il ricorso sarebbe inammissibile ex articolo 120 comma 2 bis del cpa perché la ricorrente non ha provveduto a impugnare le altrui ammissioni entro 30 giorni (quindi il 27.1.2017)

decorrenti dal 28.12.2016, data in cui è stata effettuata la pubblicazione ai sensi dell'art. 29 d. lgs. n. 50/2016 del verbale di gara, contenente il resoconto delle ammissioni e delle esclusioni; inoltre nel merito sarebbe infondato poiché "la lettera d'invito a gara non richiedeva il possesso del requisito di iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali per evidenti ragioni. I lavori infatti consistono in lavori stradali e per la partecipazione alla gara e l'esecuzione la lettera d'invito ha previsto esclusivamente il possesso della categoria di qualificazione SOA OG3 (strade)"; e "il fatto che in corso di esecuzione debbano essere conferiti in discarica i materiali di risulta (elemento questo che ricorre in tutti i lavori, che sempre producono residui, sia pur minimi, da smaltire) non esclude che l'impresa esecutrice possa affidare il servizio di trasporto ad un soggetto a sua volta iscritto all'Albo, senza che ciò configuri il subappalto" non essendo appunto oggetto della gara; pertanto l'aggiudicataria dovrebbe solo rispettare le formalità di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016; peraltro pur non essendo tale qualificazione prevista dall'avviso pubblico della gara quest'ultimo non è stato neanche impugnato sul punto;

- all'udienza del 17 novembre 2017 la causa è passata in decisione.

- il ricorso apparirebbe tardivo ex articolo 120 comma 2 bis del cpa, atteso che la ricorrente non ha impugnato la mancata esclusione entro 30 giorni dalla pubblicazione del verbale di gara del 28.12.2016 sul sito internet dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Roma sentenza 22 agosto 2017 n. 9379);

- come noto il Giudice amministrativo ha già espresso dubbi sulla compatibilità con il diritto UE (cfr. Tar Piemonte sentenza n. 1192 del 2017, nella quale si annuncia la rimessione della questione alla Corte di Giustizia con separata ordinanza) della disposizione di cui all'articolo 120 comma 2 bis cit.; tuttavia questo Tribunale ritiene allo stato di poter soprassedere dall'esaminare approfonditamente tale questione (e anche quella della legittimità costituzionale di siffatta previsione) vista la manifesta infondatezza del ricorso;

- difatti, nel caso in esame, il requisito di iscrizione all'albo dei gestori ambientali non è espressamente previsto dal bando, che sul punto non è stato impugnato;

- nel caso di specie, poi, in ipotesi la ricorrente non potrebbe eseguire il conferimento in discarica senza tale qualificazione e quindi il sub appalto dovrebbe essere di tipo cd. necessario (cfr. T.A.R. Torino 16 ottobre 2015 n. 1481); tuttavia come correttamente osserva l'Amministrazione resistente il conferimento in discarica non attiene alle prestazioni oggetto di gara e quindi di affidamento, e si tratta pertanto di prestazioni collaterali che seppur necessarie esulano dalla gara e quindi dal margine di controllo e verifica dell'Amministrazione

- difatti, argomentando da quanto disposto dall'articolo 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, si evince che il legislatore ha distinto nettamente tra sub-appalto, che soggiace al limite del 30% del contratto di appalto e ai limiti di cui al comma 4 (a - l'affidatario del subappalto non può partecipare alla procedura per l'affidamento dell'appalto; b - il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria; c - all'atto dell'offerta devono essere stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare; d - il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80) e altri sub-contratti, che fanno sorgere solo l'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante ex articolo 105 comma 2 ("L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contrattante, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto");

- nel caso di specie, non appare contestato che il trasporto e il conferimento in discarica siano mere prestazioni collaterali non oggetto di procedura concorrenziale, sicché ad esse non si applica la disciplina del sub-appalto;

- l'infondatezza di tale censura rende infondata anche la domanda risarcitoria per mancanza dell'ingiustizia del danno lamentato;

- le spese liquidate in dispositivo debbano seguire il criterio ordinario della soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo dichiara tardivo e comunque infondato;

condanna la ricorrente al pagamento in favore dell'Amministrazione resistente della somma complessiva di euro 2.500,00 a titolo di spese processuali oltre accessori di legge; nulla spese nei confronti della controinteressata non costituita.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglino, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Massimiliano Ballorini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Massimiliano Ballorini

Alberto Tramaglino

Pubblicato il 31/01/2018

N. 00048/2018REG.PROV.COLL.

N. 00451/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2017, proposto da:

Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilita' - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Palermo, via Alcide De Gasperi. 81;

contro

Onofaro Antonino Srl, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

Comune di Altofonte - Centrale Unica di Committenza Comuni Altofonte-Monreale, Tech Servizi Srl non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE III n. 1229/2017, resa tra le parti, concernente appalto rifiuti Comune di Altofonte

Visti ...

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2017 il Consigliere Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati ...

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

considerato che con l'appello in esame l'Assessorato regionale di cui in epigrafe ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia n. 1229 del 2017 che ha accolto il ricorso proposto dalla società Onofaro Antonino srl avverso il provvedimento di esclusione di detta società dalla gara indetta dal Comune di Altofonte per la gestione del servizio di spazzamento e trasporto dei rifiuti urbani;

considerato che l'Amministrazione appellante ha chiesto la riforma, in accoglimento dell'appello, della sentenza impugnata con conseguenziale reiezione del ricorso di primo grado, sul rilievo della insussistenza della legittimazione passiva in capo all'Ufficio regionale di espletamento delle gare (UREGA) nonché sulla base della fondatezza dei motivi di esclusione rilevati a carico della originaria ricorrente;

considerato che, nel costituirsi in giudizio, la società appellata ha concluso per la reiezione dell'appello e la conferma

considerato che all'odierna udienza pubblica del 13 dicembre 2017, la causa è stata trattenuta per la sentenza, che viene resa in forma semplificata ai sensi degli artt. 74 e 120 c.p.a.;

considerato che l'appello è fondato nei sensi e limiti di cui appresso;

considerato anzitutto che non è meritevole di condivisione il primo motivo d'appello, col quale l'Amministrazione regionale si duole della ritenuta sussistenza, da parte del giudice di primo grado, della legittimazione passiva dell'UREGA;

considerato che, alla luce dell'attuale quadro normativo (cfr., in particolare, art. 120, comma 2 bis, c.p.a.), la determinazione di una commissione di gara di escludere uno dei concorrenti, non può più qualificarsi quale mero atto endoprocedimentale privo di efficacia esterna, tenuto conto che tale atto è soggetto ad immediata impugnazione giurisdizionale sotto comminatoria di decadenza dall'azione processuale;

Considerato che nella specie il Comune di Altofonte non ha partecipato alla adozione del provvedimento di esclusione, assunto in via esclusiva dalla commissione di gara costituita in seno all'UREGA e notificato alla società esclusa dal competente Assessorato regionale, onde correttamente detto ente è stato ritenuto essere l'unico soggetto legittimato a contraddire sulla impugnazione della esclusione;

considerato, peraltro, che tale soluzione non contrasta con le decisioni già assunte da questo CGA sulla questione della legittimazione processuale dell'UREGA, posto che in tali sentenze (cfr., tra le altre, sentenza n. 66 del 2017) questo Consiglio non ha mancato di evidenziare la necessità di verificare caso per caso la natura (endoprocedimentale o meno) dell'atto impugnato (atto che nella specie -per quanto già detto- ha pacifica rilevanza esterna);

considerato, quanto agli ulteriori motivi di merito, che l'appello è fondato e va accolto nei sensi di cui appresso;

considerato che a base dell'esclusione di Onofaro Antonino srl la commissione di gara ha posto la questione della mancata indicazione nell'offerta della terna dei subappaltatori, come previsto dall'105, comma 6, del d. lgs. n. 50/2016, nonché l'inadeguatezza della cauzione provvisoria presentata dalla predetta società;

considerato che ai fini della verifica della legittimità della esclusione sarebbe sufficiente sindacare positivamente la correttezza di uno soltanto dei suddetti motivi ritenuti ostativi, dalla commissione di gara, alla ammissione della società Onofaro all'ulteriore corso della gara;

considerato, quanto alla prima questione, che il giudice di primo grado ha ritenuto di accogliere il corrispondente motivo di censura sul rilievo della carenza, negli atti di gara, di una valida indicazione sull'obbligo di fornire la terna dei sub appaltatori, in conformità a quanto prescritto dal ridetto art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, stante il fuorviante richiamo, nel capitolato speciale di appalto (art. 7), all'abrogato art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 (che non imponeva l'indicazione della terna);

considerato tuttavia che, anche ad ammettere la equivocità della richiamata clausola del capitolato d'appalto mercé il fuorviante richiamo ad una disposizione normativa palesemente inapplicabile ratione temporis, nondimeno il mancato assolvimento da parte della società concorrente ad una richiesta di integrazione documentale sulla indicazione della terna dei subappaltatori integra un'autonoma causa di esclusione ai sensi dell'art.83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016;

considerato che anche sull'altra questione, afferente il meccanismo del cumulo delle riduzioni relative alla cauzione (art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016) , appare corretta la soluzione interpretativa fornita dalla commissione di gara secondo cui la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente dato che, altrimenti opinando (e cioè sommando preliminarmente tra loro gli abbattimenti percentuali previsti per ciascuna causa di riduzione), si perverrebbe a determinare in misura eccessivamente ridotta ed inadeguata la garanzia dell'offerta, sì da frustrarne la sua funzione primaria;

considerato che in tal senso interpretativo depone altresì la modifica normativa recata, alla disposizione in parola, dall'art. 59, comma 1, lett. e) nn. 1 e 2 del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (secondo cui in caso di cumulo la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente) dovendosi riconoscere a tale modifica legislativa carattere interpretativo e non innovativo stante l'identico contenuto letterale della restante parte della disposizione e la esclusiva finalità di fugare, nei sensi anzidetti, i dubbi interpretativi insorti sul vecchio testo normativo;

considerato, pertanto, che non appare sul punto condivisibile quanto osservato dal giudice di primo grado secondo cui poiché la ricorrente può beneficiare sia della riduzione del 50% che di quella del 20%, l'importo della cauzione provvisoria si riduce al 30% di quello che sarebbe stato in via ordinaria, e la misura della cauzione presentata risulta pertanto conforme a quanto previsto per legge, dovendosi per converso concludere per la inadeguatezza della cauzione prestata dalla concorrente qui appellata;

considerato, in definitiva, che l'appello va accolto nei sensi indicati onde va respinto, in riforma della impugnata sentenza, il ricorso di primo grado;

considerato, quanto alle spese del doppio grado di giudizio, che le stesse possono essere compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi;

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giulio Castriota Scanderbeg

Claudio Zucchelli