

N. 05806/2011 REG.PROV.COLL

N. 09053/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9053 del 2010, proposto da:

Soc Ingg Paolo e Mario Cosenza Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso Ennio Magri' in Roma, via Guido D'Arezzo, 18;

contro

Universita' degli Studi di Roma La Sapienza, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Bernardi, con domicilio eletto presso Giuseppe Bernardi in Roma, via Monte Zebio, 28 Sc A Int 6;

nei confronti di Soc Fatiga Appalti Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, 2/A;

per l'annullamento

AGGIUDICAZIONE PROCEDURA RISTRETTA SEMPLIFICATA PER "INTERVENTO DI MANUTENZIONE FUNZIONALE PER LA RIQUALIFICAZIONE DEGLI SPAZI SITUATI ALL'INTERNO DELL'EDIFICIO DEL RETTORATO DESTINATI AD UFFICI DELL'AMMINISTRAZIONE" (C.I.G.: 048755213) - RISARCIMENTO DANNI - ART. 120 C.P.A.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Universita' degli Studi di Roma La Sapienza e di Soc Fatiga Appalti Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2011 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Università degli Studi di Roma La Sapienza ha avviato una procedura ristretta per "intervento di manutenzione funzionale per la riqualificazione degli spazi situati all'interno dell'edificio del Rettorato destinati ad ufficio dell'Amministrazione".

La lettera di invito faceva riferimento alla qualificazione per la categoria prevalente OG2-classifica III e la categoria scorporabile o subappaltabile a qualificazione obbligatoria OG 11-classifica II;

Il punto 2 della lettera di invito prevedeva espressamente: " per la categoria prevalente OG 2 classifica III, nel caso in cui l'attestazione Soa prodotta in sede di iscrizione non contenga la menzione del possesso della certificazione di qualità aziendale, l'impresa dovrà produrre, pena l'esclusione il relativo certificato ISO 9001: 2000".

Il punto 3 della lettera di invito prevedeva che nella busta contenente la documentazione amministrativa dovesse essere altresì contenuta la "dichiarazione con la quale il concorrente indica quali lavorazioni nell'ambito delle categorie richieste intende subappaltare o concedere a cottimo. La dichiarazione del subappalto è obbligatoria, pena l'esclusione, qualora il concorrente non sia in possesso della qualificazione per categoria OG 11 e non intenda costituire un raggruppamento verticale".

A seguito della valutazione delle offerte, la procedura è stata aggiudicata alla Fatiga Appalti s.p.a..

Avverso il provvedimento di aggiudicazione è stato proposto il presente ricorso, impugnando altresì tutti gli atti preordinati e connessi, compresa la lettera di invito, per i seguenti motivi:

violazione del punto 2 della lettera di invito; carenza di un requisito di ammissibilità dell'offerta e partecipazione alla gara; eccesso di potere; violazione del giusto procedimento; violazione dei principi in materia di affidamento dei contratti; sviamento; irragionevolezza; illogicità e disparità di trattamento; difetto di istruttoria ; violazione del principio di tutela dell'affidamento;

violazione dell'art 4 del bando di gara;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti; difetto di motivazione; illogicità; violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza e del buona andamento.

E' stata proposta, altresì, domanda di risarcimento danni.

Si sono costituite l'Università e la controinteressata Fatiga Appalti s.p.a., contestando la fondatezza del ricorso.

La controinteressata Fatiga Appalti ha proposto, altresì, ricorso incidentale, formulando le seguenti censure:

omessa dimostrazione del possesso della qualificazione Soa, con riferimento alla categoria OG 11, rilevante nella gara in esame; invalidità e incompletezza della dichiarazione di subappalto;

violazione degli artt 48 commi 1e 2 e 38 commi 1 e 3 del d.lgs. n° 163 del 2006; mancata prova e dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione;

illegittimità del punto 2 della lettera di invito nella parte in cui si interpreti nel senso di prevedere l'obbligo di produzione di certificazione di qualità in relazione alla categoria OG2, laddove

l'attestazione non espliciti chiaramente il riferimento alla qualità aziendale della medesima categoria.

Alla camera di consiglio del 24-11-2010 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

Avverso tale ordinanza è stato proposto appello dalla controinteressata, respinto dal Consiglio di Stato con ordinanza n° 978 del 2011.

All'udienza pubblica del 1-6-2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminato il ricorso incidentale proposto dalla Fatiga Appalti. L'accoglimento di tale ricorso, incidendo sulla legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, può condurre, infatti, alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

Come è noto, l'adunanza plenaria n° 4 del 2011 ha affermato che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, senza che possa neppure rilevare l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

Sostiene il ricorrente incidentale la illegittimità della ammissione della società Cosenza, in quanto non avrebbe indicato, nella domanda di partecipazione, i subappaltatori, e comunque non avrebbe i requisiti per assumere direttamente le opere di cui ha dichiarato il subappalto.

Tale censura è fondata.

L'art 118 del d.lgs. n° 163 del 2006 richiede, con affermazione generale, che i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguano in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto.

Ai sensi del comma 2, la stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento.

L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni :

1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;

3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

La giurisprudenza è costante nel ritenere, anche in relazione alla espressione testuale dell'art 118, che richiede di specificare i subappaltatori e i relativi requisiti di partecipazione al momento del deposito del contratto di subappalto e non in sede di offerta, che la mancata o incompleta dichiarazione non incida sulla partecipazione ma eventualmente solo sulla possibilità di ricorrere al subappalto (Consiglio di Stato n° 3969 del 2009; Consiglio Stato , sez. VI, 29 dicembre 2010 , n. 9577, per cui i vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano esclusione dalla gara, ma semmai impossibilità di ricorrere al subappalto).

Tale interpretazione presuppone che l'appaltatore abbia i requisiti per eventualmente eseguire l'opera, non ricorrendo più al subappalto, altrimenti parteciperebbe alla gara una impresa che potrebbe rivelarsi non in grado di eseguire i lavori, non essendo in possesso dei requisiti di partecipazione, con inutilità di tutto il sistema di qualificazione dei lavori pubblici .

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 sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva (Consiglio Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009 , n. 6708).

Nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la dichiarazione resa dalla ditta appaltante all'atto della presentazione dell'offerta, secondo cui la stessa si riserva di subappaltare alcuni lavori in caso di aggiudicazione, costituisce un presupposto essenziale non ai fini della partecipazione alla gara, ma in vista della successiva autorizzazione della stazione appaltante, con la conseguenza che l'erroneità della dichiarazione non può essere assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma costituisce solo impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto e la possibilità per essa di provvedere direttamente all'esecuzione dei lavori ove in possesso dei requisiti prescritti (T.A.R. Lazio Roma, sez. III ter , 18 giugno 2009 , n. 5782; TAR Lazio III 6574 del 2009; Cds 1229 del 2006).

L'art 118 è stato, quindi, interpretato nel senso che le dichiarazioni relative al subappalto possono essere fatte nel momento esecutivo, ma solo qualora l'appaltatore abbia i requisiti per eseguire in proprio l'opera senza ricorrere al subappalto.

Infatti, in mancanza del possesso dei requisiti da parte dell'appaltatore, il ricorso al subappalto è sostanzialmente un avvalimento, con conseguente obbligo delle dichiarazioni al momento dell'offerta come previsto dall'art 49 del codice degli appalti.

Nel caso di specie, la società ricorrente non ha i requisiti per la categoria OG 11, che ha dichiarato di subappaltare; avrebbe dovuto, quindi, espressamente dichiarare il subappaltatore ed il possesso dei requisiti da parte di quest'ultimo.

Ciò deriva, altresì, dall'unica possibile interpretazione della clausola del comma 2 del punto 3 della lettera di invito che, richiedendo in generale la dichiarazione con la quale il concorrente indica quali

lavorazioni, nell'ambito delle categorie richieste, intenda subappaltare o concedere a cottimo, prevede espressamente la dichiarazione del subappalto come obbligatoria, a pena di esclusione, "qualora il concorrente non sia in possesso della qualificazione per categoria OG 11 e non intenda costituire un raggruppamento verticale".

E' evidente che tale dichiarazione risulta obbligatoria nel senso di dichiarazione con indicazione del subappaltatore e dei suoi requisiti, cosa che peraltro discenderebbe dalla legge, dovendo necessariamente il concorrente essere in possesso dei requisiti da solo o con altri soggetti (ex artt. 37 e 49 del codice degli appalti).

Sotto tali profili il ricorso incidentale è fondato e deve essere accolto con conseguente illegittimità della ammissione alla procedura della ricorrente principale.

L'accoglimento di tale motivo di ricorso incidentale, in quanto relativo alla possibilità di partecipare alla gara, comporta la carenza di interesse della Cosenza s.rl. a tutte le censure proposte con il ricorso principale, e l'assorbimento delle ulteriori censure proposte con il ricorso incidentale.

Il ricorso principale deve essere quindi dichiarato inammissibile.

Dalla illegittima ammissione alla procedura di gara della ricorrente deriva, altresì, la infondatezza della domanda di risarcimento danni.

In relazione alla particolarità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso incidentale.

Dichiara inammissibile il ricorso principale

Rigetta la domanda di risarcimento danni, proposta con il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 1 e 15 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2011

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