

APPALTI - SUBAPPALTO - LIMITE LEGALE - ART. 105, C. 2 DEL D. LGS. N. 50 DEL 2016 - RIFERIBILE ALL'IMPORTO COMPLESSIVO DEL CONTRATTO

L'impresa in possesso della qualificazione SOA per la categoria prevalente, nel subappaltare la quota dei lavori scorporabili per cui è richiesta una diversa categoria SOA, deve mantenersi nel range del 30% dell'importo messo a base di gara.

Per la determinazione della cd. "quota subappaltabile", infatti, occorre sempre considerare i limiti legali imposti dall'art. 105, c. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016 ai sensi e per gli effetti del quale non può essere superata la soglia del 30% dell'importo complessivo del contratto.

TAR, Puglia Bari, Sez. III, sentenza n. 931/2018

Pubblicato il 25/06/2018

N. 00931/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00284/2018 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 284 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da P.A.M. S.r.l. – Produzioni Asfalti Meridionali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ignazio Lagrotta (C.F. LGR GNZ 69P 14G 942M), Emilia Straziuso (C.F. STR MLE 71S 56G 942P) e Paolo Clemente (C.F.: CLM PLA 84D 19F 052R), e con gli stessi elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Ignazio Lagrotta in Bari, via Prospero Petroni 15; domicilio digitale come da PEC risultante dai Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Venditti (C.F. DNGMHL78P15A662N), e con lo stesso domiciliato presso lo studio dell'avv. Michele Dionigi in Bari, via Fornari 15/A; domicilio digitale come da PEC risultante dai Registri di Giustizia; Comune di Vico del Gargano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacinto Lombardi (C.F.: LMB GNT 68M26 D643S), e con lo stesso elettivamente domiciliato in Bari, via Giandomenico Petroni n.3; domicilio digitale come da PEC risultante dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Costruendo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Pasquale Masucci (C.F.MSC NLP 77C 27H 926 K), e con lo stesso elettivamente domiciliato in Bari, piazza Garibaldi, 23; domicilio digitale come da Pec risultante dai Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) Per quanto concerne il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 25.1.2018 della Provincia di Foggia– Stazione Unica Appaltante di esclusione della P.A.M. s.r.l. dalla gara n. 34/2017 bandita per l'affidamento dei Lavori per la Sistemazione delle Grotte sottostanti il centro abitato di Vico del Gargano - POR PUGLIA 2014/2020-ASSE 5.1- 7136891CC1 e di conferma della graduatoria di cui alla determinazione n. 60/2018 del 10.01.2018; in uno all'esclusione della P.A.M. s.r.l. dalla gara e alla conferma della proposta di aggiudicazione in capo al Consorzio Stabile Costruendo srl.;
- della proposta di aggiudicazione n. 60/2018 del 10.01.2018 formulata dalla Provincia di Foggia a favore del Consorzio Stabile Costruendo s.r.l.;
- della aggiudicazione, ove già avvenuta;

- ove occorra, della richiesta di soccorso istruttorio inoltrato dalla Provincia di Foggia – Stazione Unica Appaltante - alla ricorrente con invito alla presentazione della documentazione richiesta entro le ore 12.00 del 20.01.2018;
 - ove occorra, e nei limiti dell'interesse del ricorrente, dell'art. 12 del Bando di gara e della clausola n. III del Disciplinare di gara ove ritenuti lesivi;
 - ove occorra, nei limiti dell'interesse della odierna ricorrente, di tutti i verbali di gara, non conosciuti, formati dalla Commissione di gara;
 - ove occorra, per la tutela dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, di tutti i verbali di gara e dei relativi punteggi attribuiti dal Seggio di gara alle offerte presentate dai concorrenti;
 - ove occorra, del Bando di gara, del Disciplinare e Capitolato d'appalto nonché di tutti gli allegati;
 - della determinazione di nomina della Commissione di gara;
 - ove occorra, della determina a contrarre del Responsabile del V Settore U.T.C. del Comune di Vico del Gargano adottata per l'indizione della gara in questione;
 - di tutti gli atti presupposti, antecedenti, conseguenti e, comunque, connessi a quelli impugnati, anche se non conosciuti, qualora ostativi all'accoglimento del ricorso;
- e, per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto ove, medio tempore, stipulato; e per il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto o, in via subordinata, per equivalente;
- nonché, per l'annullamento integrale della gara e per il risarcimento del danno da perdita di chance.
- B) Per quanto concerne i Motivi Aggiunti del 30\4\2018 :
- per l'annullamento, previa sospensione,
- della determinazione 164 del 26.01.2018 di aggiudicazione definitiva;

- ove occorra, della determinazione, depositata in giudizio il 24.4.2018, di annullamento in autotutela della determinazione n. 60/2018 e di invito al soccorso istruttorio;
- nonché, per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, e per il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto de quo o, in via subordinata, per equivalente in via prudenziale quantificato nel mancato utile (10 % dell'offerta di gara), nel danno curriculare (5 % dell'importo a base d'asta), nonché delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, ivi comprese le spese per la progettazione con riserva di quantificazione in corso di causa anche a seguito di CTU.
- per l'annullamento integrale della gara e per il risarcimento delle spese sostenute per partecipare alla gara e del danno da perdita di chance.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Foggia e di Consorzio Stabile Costruendo S.r.l. e di Comune di Vico del Gargano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2018 la dott.ssa Rosaria Palma e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 e 120 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1- Il Comune di Vico del Gargano, ai fini dell'affidamento dei lavori di sistemazione delle grotte sottostanti il centro abitato, indiceva una gara, finanziata con fondi regionali, per un importo complessivo, con corrispettivo a corpo, di

euro 941.850,00 di cui 910.000,00 per lavori, ed euro 31.850,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, da affidarsi con procedura aperta mediante l'utilizzo del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 94 Dlgs 50/2016, e con termine ultimo per la presentazione delle offerte fissato per il 24.10.2017 .

Le categorie richieste erano la OS21 classe II (categoria prevalente e subappaltabile al 30%), la OS1 classe I (scorporabile, subappaltabile al 100%) e la OG13 classe I (scorporabile, subappaltabile al 100%).

La gestione della gara era stata affidata alla Provincia di Foggia in qualità di Stazione Unica appaltante.

Pervenivano alla Provincia di Foggia sei offerte, tra cui quella della odierna ricorrente.

Con determinazione n. 60/2018, la Commissione di gara formulava proposta di aggiudicazione dell'appalto a favore del controinteressato, Consorzio Stabile Costruendo s.r.l.

La società ricorrente risultava, invece, esclusa per non aver dato riscontro ad un invito al soccorso istruttorio.

Constatato, tuttavia, l'errore nella trasmissione della relativa Pec (ad un indirizzo diverso da quello fornito dalla ricorrente), la Provincia di Foggia annullava in autotutela la proposta di aggiudicazione, inviando nuovamente alla ricorrente la richiesta di soccorso istruttorio in ragione della incompletezza della documentazione amministrativa presentata dalla P.A.M. srl.

Con missiva del 18.01.2018, la ricorrente dichiarava di essere in possesso della qualificazione per la categoria OS21 III bis, e che avrebbe provveduto a subappaltare le categorie OS1 per la classifica I, e la categoria OG 13 per la classifica I per il 100% ad imprese qualificate.

Nella seduta del 25.01.2018, la Commissione di gara respingeva il soccorso istruttorio, ritenendo il corrispettivo complessivo, affidato in subappalto, superiore alla soglia del 30% dell'importo posto a base d'asta di Gara in violazione del co. 2 dell'art. 105 del Dlgs 50/2016.

La medesima Commissione confermava la graduatoria di cui alla determinazione n. 60/2018 del 10.01.2018.

2- Con ricorso ritualmente notificato, la PAM srl ha impugnato la determinazione di esclusione, nonché le clausole del bando e del disciplinare, se ed in quanto lesive, formulando censure di violazione di legge e della lex specialis di gara, nonché di eccesso di potere sotto diversi profili.

La ricorrente ha formulato altresì domanda risarcitoria, anche da perdita di chance, nonché domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato.

3- Con successivi motivi aggiunti, spediti a mezzo posta in data 30.4.2018, la ricorrente impugnava anche l'aggiudicazione definitiva, estendendo anche a tale ultimo atto le censure di cui al ricorso introduttivo e formulando contestualmente istanza cautelare.

4- Per resistere all'azione avversaria si sono costituiti in giudizio il Comune di Vico del Gargano e la Provincia di Foggia, nella qualità di Stazione Unica appaltante, nonché l'aggiudicatario, odierno controinteressato, che hanno ampiamente controdetto, insistendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

Le parti depositavano altresì documenti, memorie difensive e memorie di replica.

5- Alla Camera di Consiglio del 16.5.2018, il Collegio, previo avviso alle parti, ha trattenuto la causa in decisione per definirla in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 cpa e 120 comma 6 cpa.

6- Il Collegio ritiene, invero, che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. debba essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non

l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio ex art. 120, comma 6 bis, c.p.a., senza in assoluto escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta, né la proposizione successiva di motivi aggiunti. Il rito applicabile in queste ipotesi è quello disciplinato dal comma 6 dell'art. 120 c.p.a., che, ordinariamente si applica all'impugnativa di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, tanto da prevalere anche sul rito ordinario nel caso di proposizione congiunta di domanda di annullamento di atti della procedura e domanda risarcitoria (T.A.R. Campania, VIII, sent. n. 434/2017, Tar T.A.R. Salerno sez. I, 14/02/2018, n. 238).

Conforta, altresì, il Collegio circa l'operatività del 120 comma 6 cpa, il principio generale della cumulabilità delle azioni connesse a riti diversi di cui all'art. 32, comma 1, c.p.a. Tale esigenza di unitarietà non può non trovare applicazione anche in materia di impugnativa delle procedure di gara, per provvedimenti, connessi, l'uno condizionante l'altro (l'esclusione o l'ammissione di concorrenti e l'aggiudicazione definitiva), (T.A.R. Roma, sez. III, 22/08/2017, n. 9379).

7- Posto quanto sopra, il ricorso ed i motivi aggiunti sono inammissibili.

8- Assume la ricorrente di non aver in alcun modo violato il limite del 30% previsto dall'art. 105 co. 2 Dlgs 50/2016 per il subappalto di opere, e censura conseguentemente, con il ricorso introduttivo, il provvedimento di esclusione e, con i motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva.

Lamenta in particolare che:

- la PAM srl sarebbe stata, sin dalla presentazione della domanda di partecipazione, in possesso della qualificazione SOA per l'attività principale (categoria 0S21-classifica III bis) e che tale categoria sarebbe in grado di coprire anche le attività scorporate dall'Amministrazione (0S1, classifica I) e la 0G13 (classifica I);

- l'Amministrazione procedente non avrebbe interpretato correttamente la dichiarazione resa dalla ricorrente in sede di soccorso istruttorio: la ricorrente, infatti, avrebbe inteso fare ricorso al cd. Subappalto qualificante, con assorbimento delle altre categorie scorporabili nella categoria prevalente;
- il par. 12 del Bando avrebbe previsto il ricorso solo eventuale al subappalto; per cui, in quanto questione attinente all'esecuzione del contratto, il subappalto – ed il relativo sforamento del limite del 30% previsto dall'art. 105 co. 2 Dlgs 50/2016- non rileverebbe in sede di ammissione;
- la clausola del bando (par. 12) sarebbe in ogni caso non chiara, e ciò avrebbe determinato l'equivoco, in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante, sul contenuto della dichiarazione resa in sede di soccorso istruttorio.

9- Si premette che il Bando ha chiaramente indicato, in relazione all'appalto in esame, quale categoria prevalente, i lavori corrispondenti alla qualificazione OS21 Classe II, e quali categorie scorporabili la OS1 Classe I e la OG13 classe I.

9.1. Il medesimo Bando di gara (par. 12) ed il Disciplinare prevedevano altresì, quale requisito di ammissione, il possesso della certificazione SOA per la Categoria OS21 – OS1 – OG13, precisando che “*(1)Le imprese in possesso della qualificazione nella categoria OS21 classifica III possono partecipare anche in assenza del requisito della categoria OS1 classifica I con obbligo di dichiarazione di subappalto per la categoria OS1 al 100% ad impresa qualificata; (2) Le imprese in possesso della qualificazione nella categoria OS21 classifica III possono partecipare anche in assenza del requisito della categoria OG13 classifica I con obbligo di dichiarazione di subappalto della categoria OG13 al 100% ad impresa qualificata*”.

La *lex specialis* di gara ha, quindi, imposto l'obbligo del ricorso al cd. Subappalto necessario, richiedendo al singolo partecipante, il possesso della qualificazione SOA per tutte le categorie di lavori e, nel caso di possesso della sola qualificazione

relativa all'attività prevalente (0S21), l'obbligo (e non già la facoltà) di impegnarsi all'integrale subappalto per le categorie scorporabili (0S1 Classe I e 0G13 classe I).

9.2- Nel caso di specie, pertanto, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, l'obbligo di subappalto rileva già in sede di partecipazione: la *lex specialis*, escludendo l'assorbimento delle categorie scorporabili in quella principale, non consente che il subappalto operi solo in sede di esecuzione del contratto, all'atto, cioè, della richiesta della relativa autorizzazione della stazione appaltante.

In tal modo l'Amministrazione resistente ha inteso assicurarsi che l'esecutore dei lavori relativi alle attività scorporate sia effettivamente e personalmente in possesso della relativa attestazione SOA. Non risulta, in ogni caso, provato in giudizio che le categorie scorporabili fossero integralmente "assorbibili" nell'attività principale per la quale la ricorrente ha dichiarato il possesso della relativa qualificazione.

9.3- Devesi, altresì, soggiungere che, nel richiedere un più intenso onere di qualificazione professionale, la previsione del par. 12 del Bando non sembra porsi in contrasto con la disciplina contenuta nel Dlgs 50/2016, che, difatti, non ha soppresso la disciplina del Subappalto necessario di cui al DPR 207/10.

Nel caso di specie, pertanto, il subappalto "necessario" può dirsi assimilabile all'avvalimento, ancorchè solo sotto il profilo dei requisiti di legittimazione del concorrente alla partecipazione alla procedura selettiva.

10- Ciò posto, il par. 12 della *lex specialis* deve essere necessariamente coordinato (come ha fatto correttamente l'intimata Amministrazione) con i limiti legali imposti dall'art. 105 comma 2 Dlgs 50/2016, che, all'attualità, parametra la quota subappaltabile al 30% dell'importo complessivo del contratto. Secondo il preceitto contenuto nell'art. 105 co.2 cit., infatti, "...*Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. 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-contraente, 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. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7".

11- Da quanto osservato in precedenza emerge, allora, che il subappalto di entrambe le categorie scorporabili 0S1 e 0G13 (pari a Euro 228.960,26 + Euro 147.850,71 = Euro 376.810,97) avrebbe prodotto automaticamente lo sforamento del limite legale del 30% (pari a 282.555,00 euro) dell'importo complessivo del contratto (pari ad Euro 941.850,00).

La lex specialis, a ben vedere, ha consentito la partecipazione solo di due categorie di soggetti:

- a) le imprese in possesso di (tutte) le specifiche attestazioni SOA per le categorie 0S21, 0S1 e OG13 (si fa presente che il Bando considera obbligatorio il possesso dell'attestazione SOA anche per la categoria 0S1);
- b) le imprese, in possesso della qualificazione SOA per la categoria prevalente che, nel subappaltare al 100% solo una delle categorie scorporabili, si fossero mantenuti nel *range* del 30% dell'importo messo a base di gara.

12- La ricorrente, invece, a seguito dell'utile esperimento del soccorso istruttorio, con nota pec del 18.1.2018, ha dichiarato di voler subappaltare entrambe le attività cd. scorporabili al 100%. Tale manifestazione di volontà, peraltro, risulta del tutto chiara e non si presta ad ingenerare equivoci o fraintendimenti circa il suo significato letterale, anche tenuto conto della presupposta richiesta di chiarimenti formulata dall'Amministrazione.

La PAM srl, infatti, ha asserito, richiamando espressamente il par. 12 del Bando, di essere in possesso della qualificazione per la categoria 0S21 III bis, e che, "pertanto

subappalterà le categorie 0S1 per la classifica I e OG13 per la classifica I per il 100%, ad imprese qualificate”.

13- L'esclusione della società ricorrente, pertanto, costituisce atto dovuto per l'Amministrazione resistente, reso in pedissequa applicazione del Bando di gara cui si era autovincolata, atteso che il corrispettivo (circostanza ammessa in giudizio) complessivo delle opere che la PAM srl avrebbe subappaltato risulta pari al 40,1% dell'importo del contratto, con conseguente superamento dei limiti imposti dall'art. 105 comma 2 del Dlgs 50/2016.

14- Come si è già avuto modo di dire, il par. 12 del Bando impediva, in radice, la partecipazione delle imprese che non fossero in possesso di almeno una delle qualificazioni previste per le categorie scorporabili.

La clausola, in quanto immediatamente lesiva, andava, pertanto, tempestivamente impugnata, sicchè la relativa contestazione con l'odierno ricorso e con i motivi aggiunti risulta tardiva. Non v'è, infatti, alcun dubbio che la clausola in questione, annoverabile fra quelle che impediscono *ex ante* la partecipazione alla gara, determina *ex se* una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione, concretizzandosi l'effetto espulsivo dalla gara senza necessità di alcun atto applicativo.

15- Il Collegio ritiene, pertanto, che la mancata tempestiva impugnazione, da parte della ricorrente, del Disciplinare di gara, abbia determinato l'inammissibilità del ricorso originario, con le conseguenti ricadute anche sul piano dell'inammissibilità dei motivi aggiunti. Questi ultimi, infatti, pur impugnando il provvedimento di aggiudicazione definitiva, non muovono alcuna censura autonoma, limitandosi a ripetere le medesime contestazioni contenute nel ricorso introduttivo, senza far valere vizi propri ed autonomi dell'atto presupponente, (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 4 aprile 2013, n. 1770).

16- L'inammissibilità del ricorso originario e dei motivi aggiunti comporta la reiezione della domanda di inefficacia del contratto e delle domande risarcitorie con gli stessi proposte.

17. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti inammissibili.

Respinge la domanda di inefficacia del contratto e la domanda risarcitoria.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore delle Amministrazioni resistenti e del controinteressato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Rosaria Palma, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rosaria Palma

IL PRESIDENTE

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO