

APPALTI: Contratti della Pubblica amministrazione - Subappalto - Subappalto necessario - Applicabilità - Omessa previsione nella *lex specialis* di gara - Irrilevanza *ex se*.

Tar Reggio Calabria, 15 novembre 2021, n. 878

“[...] essendo il subappalto necessario previsto e disciplinato dalla legge, esso si applica nelle procedure di gara a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Agenzia del Demanio - Direzione Regionale Calabria e della Repin S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 il dott. Antonino Scianna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Con Determinazione n. 7201 del 7 aprile 2021, l’Agenzia del Demanio - Direzione Regionale della Calabria indiceva una procedura aperta per l’affidamento dei lavori di riqualificazione del centro polifunzionale della Polizia di Stato "*Antonio Manganelli XII Reparto Mobile di Reggio Calabria*". L’importo complessivo posto a base di gara ammontava ad € 12.386.666,12 per lavori a corpo, ed € 224.786,27 quali oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. L’amministrazione ha ritenuto di aggiudicare l’appalto in un unico lotto, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell’art. 60 del D.lgs. n. 50/2016. Il bando veniva pubblicato sulla G.U.R.I. - V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 43 del 16.04.2021, ed entro il termine di presentazione delle offerte, fissato per il 24 maggio 2021, partecipavano alla gara, tra le altre, il raggruppamento temporaneo di imprese, odierno ricorrente, tra la Air Fire S.p.A. (mandataria) e Tecno Futura S.r.l. (mandante) e la Repin S.r.l., odierna controinteressata.

Espletata la procedura di gara, con determinazione n. 12025 dell’8 giugno 2021 la stazione appaltante aggiudicava l’appalto alla Repin S.r.l (alla quale la commissione preposta aveva attribuito punti 90,43), seconda gradata risultava la ricorrente (alla quale erano stati attribuiti punti 76,45).

Considerato che la Repin S.r.l. aveva offerto un ribasso percentuale sull’importo posto a base di gara pari al 27,92%, superiore dunque ai quattro quinti del corrispondente punteggio massimo previsto dal bando, l’odierna ricorrente ha presentato istanza in autotutela per la sospensione

provvisoria dell'aggiudicazione affinché la Stazione Appaltante procedesse alla verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta. Con verbale prot. n. 12090 del 09/06/2021, la commissione giudicatrice ha rilevato la sussistenza dei presupposti per la verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta e conseguentemente, con determinazione prot. n. 12094 del 9 giugno 2021, il Direttore Generale dell'Agenzia del Demanio revocava l'aggiudicazione già disposta con la citata determinazione n. 12025 dell'8 giugno 2021 in favore della Repin S.r.l.

Acquisita la necessaria documentazione giustificativa, il RUP con il supporto della commissione giudicatrice, con verbale prot. n. 13269 del 25/06/2021, ha verificato la congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, ritenendo idonea la documentazione prodotta. Sicchè, preso atto della graduatoria dei concorrenti stilata dalla commissione di gara con verbale prot. n. 11971 dell'8 giugno 2021 e delle verifiche di cui al ridetto verbale n. 13269 del 25 giugno 2021, con determinazione prot. n. 13287 del 25 giugno 2021, il Direttore Generale dell'Agenzia del Demanio aggiudicava definitivamente la commessa.

2. Per l'annullamento degli atti e delle operazioni concernenti la procedura della gara in questione, nelle parti in cui si è disposta l'aggiudicazione in favore di Repin S.r.l., è dunque insorta l'odierna ricorrente con ricorso, notificato il 23 luglio 2021 e depositato il 4 agosto successivo, presso il Tribunale Amministrativo Regionale di Catanzaro.

Il mezzo era affidato alle seguenti censure:

2.1. Inammissibilità dell'offerta di Repin S.r.l. controinteressata per violazione del divieto di varianti sancito dal disciplinare di gara agli articoli 3, 5 e 19.1.1. Invalidità/inammissibilità dell'offerta aggiudicataria per evidente natura peggiorativa della tempistica indicata dall'aggiudicatario per l'ultimazione dei lavori e sulla conseguente esclusione dalla procedura.

Premesso che il bando espressamente vietava di apportare varianti al progetto, la difesa della ricorrente sostiene che l'offerta tecnica presentata dalla Repin S.r.l. indicherebbe il termine di esecuzione dei lavori appaltati in 39 mesi, in violazione del termine essenziale e tassativo di 1095 giorni, ovvero tre anni, ovvero 36 mesi, indicato nel Bando, nel Disciplinare di gara e nello schema del contratto di appalto. Considerato che il termine per l'ultimazione dei lavori è stato espressamente indicato come tassativo dell'art. 5 del Disciplinare di gara, l'aggiudicatario avendo indicato un termine di ultimazione diverso da quello previsto avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, essendo l'offerta inammissibile o invalida.

2.2. Inapplicabilità del subappalto necessario. Illegittimità dei chiarimenti forniti tramite Faq. Conseguente mancanza dei requisiti di partecipazione in capo alla ditta aggiudicataria Repin S.r.l. Parte ricorrente denuncia la carenza in capo all'aggiudicataria di alcuni dei requisiti di

partecipazione previsti dall'art. 8.1. del disciplinare di gara che prevedeva, tra i requisiti di idoneità, oltre alla iscrizione alla CCIA per attività coerenti con quelle oggetto della gara, anche (tra l'altro) l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali (Categorie 2 bis, 4 e 5 del D.lgs. n. 152/2006) e l'iscrizione al Registro telematico nazionale delle persone e delle imprese certificate per imprese e persone che svolgono attività di installazione, riparazione, manutenzione e smantellamento di apparecchiature contenenti gas fluorati nonché di controllo e recupero dei gas, di cui al D.P.R. n. 146 del 16/11/2018.

Nel premettere che quelli indicati sono requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione dalla procedura, la ricorrente evidenzia come l'aggiudicataria abbia dichiarato in sede di offerta di non esserne in possesso, e di voler ovviare a tale carenza ricorrendo al subappalto necessario che, però, sulla base delle norme che ancora lo disciplinano, sarebbe possibile in relazione ai requisiti di idoneità professionale solamente in presenza di un'espressa previsione contenuta nelle regole di gara, assente nel caso di specie.

Sostiene in sostanza la ricorrente che, in assenza di specifiche previsioni del bando che contemplino espressamente l'applicabilità dell'istituto anche per tali requisiti, il subappalto necessario non potrebbe sopperire alla carenza di idoneità professionale del concorrente.

Tanto premesso, la ricorrente si duole altresì del fatto che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente enunciato l'ammissibilità dell'istituto in discorso, dopo l'approvazione delle regole di gara, attraverso le FAQ, attribuendo, con ciò, efficacia innovativa ai chiarimenti resi, e prevedendo per la prima volta in quella sede la possibilità di ricorrere al subappalto necessario per rimediare alla mancanza dei ripetuti requisiti di idoneità professionale.

2.2.1. Sotto diverso profilo parte ricorrente denuncia altresì che, in ogni caso, il subappalto necessario non potrebbe mai riguardare attività ricadenti nella categoria prevalente indicata nel bando, per la quale il concorrente dev'essere pienamente qualificato, atteso che l'art. 12 commi 1 e 2 del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, contempla l'istituto solamente per le categorie scorporabili.

Nella vicenda all'esame il ricorso al subappalto necessario riguarderebbe, invece, anche servizi che, seppure accessori, sono ricompresi nell'ambito della categoria principale OG1 (in particolare, ma non solo, la rimozione ed il trasporto dei rifiuti provenienti dalle demolizioni). In altri termini, la ricorrente censura il fatto che la controinteressata aggiudicataria senza il subappalto necessario non potrebbe realizzare le attività rientranti nella OG1 e che i servizi in parola, che per loro natura non rientrerebbero nella predetta categoria, una volta fatti confluire dalla *lex specialis* in tale ambito, verrebbero inglobati dalla medesima e costringerebbero il partecipante ad essere in possesso di tutte le relative qualificazioni.

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato l'11 agosto 2021, parte ricorrente ha articolato le seguenti ulteriori censure, una volta presa visione a seguito di accesso, in data 13.07.2021 dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e dei verbali di gara e, in data 20.07.2021 delle giustificazioni fornite dalla Repin S.r.l. nell'ambito del descritto procedimento di verifica dell'anomalia:

3.1. Violazione del principio d'immodificabilità dell'offerta in sede di giustificazioni. Assenza, in capo a Repin srl, dei requisiti d'idoneità imposti a pena di esclusione dal Disciplinare. Illegittima mancata esclusione della ditta Repin srl.

La ricorrente denuncia che nelle giustificazioni prodotte dalla Repin non vi sarebbe più alcuna traccia dei subappalti necessari dichiarati in sede di offerta. Nella documentazione prodotta infatti non solo non si farebbe alcun riferimento ai subappalti in parola, ma sarebbero stati anche inseriti elementi e voci che denoterebbero l'impegno diretto dell'aggiudicataria allo svolgimento delle attività che si sarebbero dovute subappaltare, in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

Sotto altro profilo è denunciato che, in sede di procedimento di giustificazione dell'anomalia, sarebbero state modificate dall'aggiudicataria le modalità (con un demolitore meccanico piuttosto che con pinze a mano) di esecuzione delle demolizioni previste.

3.2. Mancata o ridotta considerazione di una serie di rilevanti costi. Conseguente inaffidabilità economica dell'offerta.

Lamenta in sintesi la difesa della ricorrente che, sotto vari profili, le giustificazioni rese dall'aggiudicataria nel procedimento di verifica dell'anomalia, sarebbero tali da far ritenere inattendibile l'offerta da essa presentata sotto il profilo economico.

4. In data 6 agosto 2021 si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata che, con memoria del 3 settembre 2021, nel chiedere il rigetto del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità di questo ultimo, atteso che la società ricorrente ha notificato, come detto, il ricorso in parola l'11 agosto 2021 mentre i termini per la proposizione dello stesso sarebbero giunti a scadenza il 25 luglio 2021.

5. In data 25 agosto 2021 si è poi costituita in giudizio la controinteressata Repin S.r.l., che, con memoria del 6 settembre 2021, ha eccepito ai sensi dell'art. 47, comma 2, c.p.a., l'incompetenza della sede di Catanzaro del TAR Calabria, in favore della sezione staccata di Reggio Calabria.

Successivamente la controinteressata Repin S.r.l. ha altresì proposto ricorso incidentale, notificato e depositato il 7 settembre 2021, ed affidato alle seguenti censure:

5.1. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48 e 83 del D.lgs. 50/2016. Violazione delle previsioni della lex specialis in punto di requisiti di qualificazione. Difetto di istruttoria. Irragionevolezza e contraddittorietà. Violazione della par condicio competitorum.

Nel rammentare che, con il secondo motivo del ricorso principale, la ricorrente aveva censurato la valenza escludente del mancato possesso da parte di Repin S.r.l. dei requisiti abilitativi previsti dall'art. 8.1 del disciplinare, la difesa della controinteressata denuncia che tali requisiti abilitativi difetterebbero alla stessa ricorrente, atteso che di essi è priva la Tecno Futura S.r.l. che ha partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale con la Air Fire S.p.A.

In sostanza la ricorrente incidentale lamenta che, poiché il raggruppamento di cui la Air Fire S.p.A. è mandataria è di tipo orizzontale, entrambe le società ad esso partecipanti possono (*rectius* dovrebbero poter) svolgere tutte le prestazioni rientranti nella commessa, per cui considerato che i ridetti requisiti abilitativi sarebbero, nella ricostruzione della ricorrente, requisiti di idoneità professionale richiesti a pena di esclusione dalla procedura, essi dovrebbero essere posseduti singolarmente da ciascun membro del raggruppamento e non sarebbe sufficiente che ne sia in possesso la sola mandataria capogruppo.

5.2. Violazione e/o falsa applicazione dell'art 83 del D.lgs. 50/2016. Violazione delle previsioni della lex specialis in punto di requisiti di qualificazione. Difetto di istruttoria. Irragionevolezza e contraddittorietà. Violazione della par condicio competitorum.

Sostiene la difesa della ricorrente incidentale che dall'esame del computo metrico del progetto a base di gara emergerebbe una quantità di materiale da scavo non pericoloso da trasportare pari a 42.600,03 tonnellate, sicchè Air Fire S.p.A., sebbene in possesso delle richieste categorie 4 e 5 dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, non sarebbe abilitata al trasporto del citato volume complessivo del materiale da eliminare.

5.3. In subordine: nullità / illegittimità in parte qua della lex specialis (i.e. art. 8.1 disciplinare) laddove intesa nel senso fatto proprio dalla ricorrente per violazione e falsa applicazione dell'art. 30, 83 c. 8 e 105 del D.lgs. 50/2016 nonché dell'art. 60 del DPR 207/2010.

Infine con il terzo ordine di censure del ricorso incidentale l'aggiudicataria ribadisce che le regole di gara ammetterebbero il subappalto necessario e che, ove così non dovesse ritenersi, esse dovrebbero essere dichiarate illegittime a causa di tale mancata previsione. Sotto diverso profilo si lamenta l'illegittimità delle ridette regole di gara, nella parte in cui qualificano come requisito di ammissione e non di mera esecuzione il possesso delle varie idoneità professionali richieste, in quanto la natura meramente accessoria delle relative attività non giustificerebbe una previsione del genere, considerato per altro che nessuna norma ammetterebbe la possibilità di richiedere, come

requisiti di idoneità o di partecipazione, l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, ovvero l'abilitazione di cui all'art. 3 del D.M. n. 37/2008.

6. Con ordinanza collegiale n. 1849 del 21 ottobre 2021 il TAR di Catanzaro, avuto riguardo al luogo di esecuzione della commessa ed agli effetti diretti dell'atto impugnato, ha dichiarato la propria incompetenza territoriale in favore di questa Sezione, dinanzi alla quale il ricorso principale e quello per motivi aggiunti sono stati riassunti dalla ricorrente, con atto notificato il 21 ottobre 2021 e depositato il giorno successivo.

Per resistere ai citati ricorsi, in data 26 ottobre 2021, si è costituita con memoria la controinteressata Repin S.r.l., che lo stesso giorno ha notificato e depositato il ricorso incidentale che è stato perciò pur'esso riassunto.

In data 27 ottobre 2021, si è costituita l'amministrazione intimata che ha reiterato le difese già articolate durante la fase del giudizio svoltasi dinanzi al TAR di Catanzaro, insistendo per la reiezione di tutti i mezzi di tutela proposti.

7. La causa, sentiti i procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione in esito alla camera di consiglio del 4 novembre 2021, previo avviso in ordine alla possibilità di definire la controversia con sentenza breve.

8. È preliminare alla trattazione del merito evidenziare che la ricorrente e la controinteressata aggiudicataria hanno proposto due distinti ricorsi (rispettivamente ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, e ricorso incidentale), aspirando entrambe all'esclusione della controparte ed all'aggiudicazione della commessa per cui è causa.

In ordine al rapporto tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale escludente, il Collegio ricorda che assumono decisiva rilevanza gli arresti della Corte di Giustizia UE che, sin dalla sentenza 4 luglio 2013 C100/12 (Fastweb S.p.A. Vs Telecom Italia), ha sostenuto, alla luce delle prescrizioni della direttiva n. 89/665, la necessità che entrambi i mezzi siano trattati, nel caso si tratti di gara con due soli partecipanti e con gli stessi ricorsi sia stato dedotto un vizio identico ed incrociato.

Successivamente, con la sentenza 5 aprile 2016 della Grande Camera (C-689/13, Puligienica Vs Airgest), la Corte di Giustizia è tornata sulla questione evidenziando che un ricorso principale proposto da un offerente, che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un dato appalto e che sia stato, o rischi di essere, leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, e diretto ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, non può essere dichiarato irricevibile, in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da un altro offerente, precisando che “...il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero dei

partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb...".

Da ultimo, a seguito di rinvio pregiudiziale operato con ordinanza collegiale n. 6 dell'11 maggio 2018 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza della Corte giustizia UE sez. X, del 5 settembre 2019 (causa C-333/18) è stato ribadito il principio stabilito dalle citate sentenze del 4 luglio 2013 e del 5 aprile 2016 "...secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente".

In particolare è stato escluso che il principio di autonomia processuale degli Stati membri, possa giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e stabilito quindi che "l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi".

In sostanza, ad avviso della Corte di Giustizia, il principio secondo cui gli interessi perseguiti mediante due ricorsi tendenti alla reciproca esclusione sono equivalenti obbliga il Giudice a non dichiarare irricevibile il ricorso principale, in applicazione di norme o di quelle che vengono definite "prassi giurisprudenziali nazionali" che prevedano l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente.

In attuazione delle descritte coordinate dettate dalla Corte di Giustizia, con sentenza 10 luglio 2020 n. 4431 la quarta sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato che merita tutela sia l'interesse legittimo ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, che l'interesse strumentale a partecipare ad un eventuale procedimento di gara rinnovato, posto che l'amministrazione potrebbe sempre annullare gli atti del procedimento e procedere ad indire una nuova gara.

In altri termini, poiché il ricorrente principale conserva comunque la titolarità dell'interesse legittimo all'eventuale rinnovazione della procedura di gara (anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese estranee al processo), l'accoglimento del ricorso incidentale non potrebbe determinare l'improcedibilità del ricorso principale, sicché il ricorso principale va comunque esaminato per primo, fermo restando che la sua eventuale infondatezza potrebbe comunque determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse.

9. Tanto premesso è possibile avviare l'esame del ricorso principale.

Il Collegio reputa destituito di fondamento il primo ordine di censure dedotte con il mezzo in parola, con il quale, come detto, la ricorrente ha denunciato che l'offerta della controinteressata supererebbe il limite inderogabile di durata dell'appalto fissato dalle regole di gara nel termine di 1095 giorni. Tale contestazione, secondo la ricorrente, sarebbe suffragata dalla presenza nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria di vari grafici che farebbero riferimento ad un cronoprogramma di 39 mesi.

La prospettazione della ricorrente non coglie nel segno.

Aldilà infatti delle speculazioni che possono essere fatte in relazione ai grafici che hanno accompagnato la proposta dell'aggiudicataria e che, nelle intenzioni di questa ultima, avrebbero dovuto essere strumentali ad una ottimizzazione delle attività da svolgere e del conseguente impiego di mezzi e di manodopera in modo da giungere, addirittura, ad una contrazione dei tempi di consegna dell'opera, rimane il dato, a parere del Collegio ineludibile, che in nessuna parte dell'offerta la Repin S.r.l. indica espressamente in 39 mesi il termine per l'esecuzione dell'opera.

Se, in altri termini, è possibile, come evidenziato anche dalla difesa erariale, cogliere nella proposta dell'aggiudicataria (in effetti rappresentata in modo errato dai grafici di cui alla pagina 19 della relazione tecnica illustrativa, allegato 010 della memoria di costituzione della Repin S.r.l. in data 26.10.2021), la volontà di seguire un cronoprogramma che nelle intenzioni avrebbe dovuto essere più efficace di quello previsto dalla stazione appaltante, prevedendo anche la consegna anticipata di una parte dell'opera, non è invece possibile, come pretenderebbe la difesa della ricorrente, in assenza di qualsiasi esplicita manifestazione di volontà di segno contrario, attribuire all'aggiudicataria la volontà di proporre un termine di conclusione dei lavori più lungo di quello previsto inderogabilmente dalle regole di gara.

10. Con il secondo ordine di censure dedotte con il ricorso principale, la difesa della ricorrente denuncia che l'aggiudicataria, in mancanza di una specifica previsione contenuta nel bando, non avrebbe potuto ricorrere al subappalto necessario per sopperire alla pacifica mancanza dei requisiti di idoneità indicati all'art. 8.1. del disciplinare di gara; in ogni caso, il ridetto subappalto necessario

non potrebbe mai riguardare attività che, come avvenuto nella vicenda all'esame, sono state fatte rientrare dalla stazione appaltante nella categoria prevalente indicata nel bando, per la quale il concorrente dev'essere pienamente qualificato.

10.1. Va premesso allo scrutinio della censura descritta evidenziare che il subappalto necessario o qualificante 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. L'istituto persegue l'obiettivo dell'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, ed aveva trovato disciplina normativa nell'art. 109 del D.P.R. n. 207/2010, poi abrogato e sostituito dall'art. 12 del D.L. 28.03.2014 n. 47. Il citato art. 12 del DL 47/2014 è stato, a propria volta, abrogato dall'art. 217 del D.lgs. n. 50/2016, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, ma limitatamente ai commi 3, 5, 8, 9 e 11, per cui restano in vigore i primi due commi della norma in parola che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di "subappalto necessario" in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni.

La tesi della validità dell'istituto del subappalto necessario anche in costanza del nuovo Codice dei contratti è stata confermata da numerose pronunce amministrative, in cui si afferma 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*" e che "*restano in vigore i primi due commi (dell'art. 12 del d.l. n. 47/2014) che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di <<subappalto necessario>> in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni*" (cfr. TAR Piemonte, Sez. II; 17.01.2018 n. 94; TAR Campania Napoli, Sez. I, 1.03.2018 n. 1336).

10.2. Acclarato dunque che i primi due commi del ridetto art. 12 del DL 47/2014 sono tuttora vigenti è opportuno riportarne integralmente il testo, atteso che, come si vedrà, la lettera della norma smentisce le prospettazioni della ricorrente:

"1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

2. In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire

direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonchè le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.”

Osserva il Collegio che dalla lettura della norma emerge la regola generale in forza della quale, l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, con l'eccezione delle lavorazioni indicate alla lettera b) della norma citata e cioè delle categorie cosiddette a qualificazione obbligatoria, che non potendo essere eseguite direttamente dall'affidatario, qualificato solo per la categoria prevalente, “*sono comunque subappaltabili*” ad imprese munite delle specifiche attestazioni.

A parere del Collegio, rimane valida la ricostruzione dell'istituto operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 del 2 novembre 2015 e che, per quanto rileva nella vicenda all'esame, possono così essere sintetizzate: per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili; le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); il concorrente deve subappaltare l'esecuzione di queste ultime

lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare. *“Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune...Ora, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, quale quello appena esaminato, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta...che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto...e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla.”* (Cfr. Ad. Plen 02.11.2015 n. 9).

10.3. Alla luce delle descritte coordinate, normative ed interpretative, non convince la tesi della ricorrente che, come detto, denuncia che, in assenza di specifiche previsioni del bando che contemplino espressamente l'applicabilità dell'istituto anche per i requisiti in discorso, il subappalto necessario non potrebbe sopperire alla carenza di idoneità professionale del concorrente.

Già si è sottolineato infatti come le lavorazioni indicate dalla lettera b) dell'art. 12 comma 2 del DL a qualificazione obbligatoria, non potendo essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario, *“sono comunque subappaltabili”* ad imprese munite delle specifiche attestazioni, si può dunque concludere che essendo il subappalto necessario previsto e disciplinato dalla legge, esso si applica nelle procedure di gara a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi (in termini, TAR Lazio, Sez. II 6 marzo 2019 n. 3023).

Tanto premesso, è dunque infondata la censura dedotta anche nella parte in cui parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe enunciato l'ammissibilità dell'istituto in discorso, dopo aver approvato le regole di gara, attraverso le FAQ, attribuendo, con ciò, efficacia innovativa ai chiarimenti in parola che, invece, sono stati resi alla luce del descritto e vigente quadro normativo dettato in materia di subappalto necessario.

10.4. Va respinta anche la seconda parte della ridetta censura con cui parte ricorrente lamenta che il subappalto necessario non potrebbe mai riguardare attività ricadenti nella categoria prevalente indicata nel bando, per la quale il concorrente dev'essere pienamente qualificato. Coglie nel segno, sul punto, la difesa della controinteressata laddove sottolinea che la ricostruzione della ricorrente cozza frontalmente con l'art. 60, comma 3, del D.P.R. n. 207/2010, tutt'oggi applicabile in forza del regime transitorio previsto dall'art. 216, comma 14, del Codice a mente del quale *“l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente*

per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici" (in termini, T.A.R. Roma, sez. I, 23/10/2020, n. 10822).

11. La delibazione del ricorso per motivi aggiunti deve essere preceduta dallo scrutinio dell'eccezione preliminare di tardività del mezzo in parola sollevata dalla difesa erariale.

L'eccezione è infondata.

Come correttamente evidenziato dalla difesa della ricorrente, deve essere applicato il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020, a mente della quale se per un verso, *"...il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 201..."*, per altro verso però, come avvenuto nella vicenda all'esame della Sezione *"...la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta..."*.

Alla luce di quanto esposto, il ricorso per motivi aggiunti è tempestivo atteso che esso venne notificato dalla ricorrente l'11 agosto 2021, come detto dopo aver preso visione a seguito di accesso, in data 13.07.2021 dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e dei verbali di gara e, in data 20.07.2021 delle giustificazioni fornite dalla Repin S.r.l. nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia.

12. Venendo al merito, il Collegio reputa infondate anche le censure dedotte con il ricorso per motivi aggiunti.

12.1. Quanto alla denunciata violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, che sarebbe desumibile dalla circostanza che nelle giustificazioni prodotte da Repin S.r.l. durante il sub procedimento di verifica dell'anomalia non si farebbe alcun riferimento alle attività da subappaltare, va osservato che in effetti, come argomentato anche dalla difesa erariale, l'aggiudicataria si è limitata a rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dalla stazione appaltante ed a fornire a questa ultima gli elementi ed i chiarimenti utili a dimostrare la congruità e l'affidabilità dell'offerta, senza mai dichiarare o manifestare la volontà di non voler più ricorrere ai subappalti necessari già indicati in sede di gara nel relativo DGUE.

Sotto questo profilo, per altro, i ridetti documenti giustificativi prodotti dalla ricorrente si limitano all'analisi dei prezzi e delle lavorazioni, ma non fanno alcun riferimento ai soggetti che

effettueranno il singolo intervento, conseguentemente, in mancanza di idoneo supporto probatorio e/o documentale la censura dedotta va respinta.

12.2. È infondata anche la denunciata modifica, che sarebbe avvenuta nel corso del procedimento di giustificazione dell'anomalia, delle modalità (con un demolitore meccanico piuttosto che con pinze a mano) di esecuzione delle demolizioni previste.

Anche a non voler tenere conto di quanto evidenziato dalla difesa erariale in ordine al fatto che l'escavatore (*rectius* il demolitore meccanico) il cui eventuale utilizzo venne indicato dall'aggiudicataria nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia, è stato considerato utile dalla stazione appaltante per alimentare le pinze e le cesoie idrauliche manuali proposte in fase di gara, ed al fatto che la commissione giudicatrice, contrariamente a quanto dichiarato dalla ricorrente (che sul punto non ha replicato), comunque non ha attribuito il punteggio massimo a questa voce dell'offerta, il Collegio reputa decisiva per respingere la censura la dichiarazione contenuta a pagina 8 della relazione tecnica dell'aggiudicataria relativa alla cantierizzazione dei lavori (Criterio A, allegato 010 alla memoria di costituzione della controinteressata, depositata il 26.10.2021 nel fascicolo di causa), laddove sotto la rubrica "Utilizzo della demolizione controllata" è spiegato che "*...Tutte le demolizioni, ove tecnicamente possibile, saranno effettuate con l'utilizzo di una tecnica controllata, ecologica e selettiva...*".

Tale dichiarazione, dunque, non esclude il ricorso ad altre metodologie per procedere alla demolizione, laddove l'utilizzo della cosiddetta micro demolizione non fosse tecnicamente possibile, ed evidenzia l'infondatezza della censura dedotta dalla ricorrente.

13. È infondato anche il secondo ordine di censure dedotte con il ricorso per motivi aggiunti, con cui la difesa della ricorrente ha denunciato che le giustificazioni rese dall'aggiudicataria nel procedimento di verifica dell'anomalia, relativamente alla stima dei costi del personale impiegato, alla realizzazione della recinzione del cantiere ed ai costi di manutenzione dell'opera, sarebbero tali da far ritenere inattendibile l'offerta della Repin S.r.l.

Sul punto la difesa erariale ha replicato evidenziando, quanto ai costi della manodopera, che il tempo di impiego del personale non coinciderebbe con la durata complessiva del cantiere e che l'attuale quadro normativo non prevede tempi minimi per l'esecuzione di lavori e servizi, sicchè, ciascun operatore economico, sarebbe legittimato a garantire, a parità di compenso contrattuale, tempi diversi di esecuzione nel limite massimo del cronoprogramma; quanto alla recinzione ed ai costi di manutenzione, è stato invece evidenziato che i costi delle migliorie proposte sono stati considerati al solo fine di verificarne la realizzabilità.

Tanto premesso, reputa il Collegio che nella vicenda all'esame non vi siano ragioni per discostarsi dal consolidato orientamento secondo cui la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato ed in linea di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2020, n. 6317; Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2019, n. 2496).

Nella specie, risulta dagli atti di causa che il RUP, con il supporto della commissione giudicatrice, ebbe a valutare l'offerta nella sua interezza, e che gli esiti di tale valutazione sono stati riportati nel verbale prot. n. 13269 del 25 giugno 2021 con il quale è stata verificata la congruità dell'offerta, ritenendo idonea la documentazione prodotta dall'aggiudicataria.

Detto questo, anche a voler tenere da canto i dubbi circa la stessa ammissibilità della censura in parola, reputa il Collegio che la contestazione parcellizzata delle varie voci di costo, anche se dedotta in uno con considerazioni *prima facie* non implausibili, non può, di per sé, travolgere le ridette valutazioni compiute dal RUP e dalla commissione giudicatrice in ordine all'attendibilità dell'offerta, ove non sia accompagnata, come nel caso di specie, dalla documentata dimostrazione della abnormità della scelta tecnica operata dalla stazione appaltante.

In altri termini, la ridetta natura globale e sintetica della valutazione di congruità dell'offerta non può risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una sorta di "caccia all'errore" nella loro indicazione nel corpo dell'offerta, costituendo esercizio di apprezzamento tecnico, non sindacabile dal giudice amministrativo se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, che nella vicenda posta all'esame della Sezione non sono state dimostrate (in termini, da ultimo T.A.R. Piemonte sez. I, 06/08/2021, n. 809).

Ne discende l'infondatezza del motivo.

14. Alla luce di quanto esposto il ricorso principale e quello per motivi aggiunti sono infondati e vanno perciò respinti. Dalla reiezione delle censure dedotte con i mezzi di tutela in questione discende l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale riassunto dalla controinteressata il 26 ottobre 2021.

15. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a carico della ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede:

- Respinge il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti;
- Dichiarà improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;
- Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, in favore della resistente amministrazione e della controinteressata, che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario

Antonino Scianna, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Scianna

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO