



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 429 del 2009, proposto da:
Impresa Guerrisi Rocco Costruzioni, rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Rollo, con domicilio eletto presso Annunziato Denisi Avv. in Reggio Calabria, via D. Muratori N. 2/B;

contro

Comune di Polistena, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Iamundo, con domicilio eletto presso Antonino Falcone in Reggio Calabria, V. Nazionale III Trat N. 36 Gallico;

nei confronti di

Ditta Triboli Girolamo;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione d'approvazione definitiva degli esiti di gara n.173 - Ripartizione 3 ^ del 15.6.2009 pubblicata all'albo Pretorio del Comune in data 16.6.2009 con cui la gara indetta dal Comune di Polistena, con bando pubblicato in data 12 maggio 2009, per l'affidamento dei lavori di "completamento di via Turati

e strada di collegamento tra via Esperia e svincolo Circonvallazione" veniva aggiudicata alla ditta Triboli Girolamo;

del verbale con cui la Commissione di gara ha aggiudicato l'appalto alla ditta Triboli Girolamo nella parte in cui consente la partecipazione alla gara ai soggetti privi della qualificazione nella categoria specialistica OS/13;

del bando di gara nella parte in cui indica come subappaltabile la categoria scorporabile OS/13 class. I dell'importo di Euro 75.520,09 pari al 22,50 dell'importo complessivo dei lavori;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale non reso noto nè comunicato e/o notificato alla ricorrente nei limiti degli interessi e dei diritti da questa fatti valere in qualità di concorrente partecipante ammessa alla procedura di gara di che trattasi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Polistena;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2009 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Ricorre l'Impresa "Guerrisi Rocco Costruzioni" per ottenere l'annullamento degli atti di gara relativi all'affidamento dei lavori meglio indicati in oggetto, ivi compresa l'aggiudicazione a favore della ditta Trimboli Girolamo, per non essere state escluse dalla gara medesima le ditte che hanno dichiarato di voler subappaltare i lavori di cui alla categoria OS/13, in violazione dell'art. 37 comma 11 e 118 comma 2 del Dlgs 163/2006, nonché dell'art. 72 comma 4 e 74 comma 2 del DPR 554/99.

In punto di fatto, dimostra come dall'esclusione delle ditte che hanno dichiarato di voler subappaltare i lavori della categoria specializzata, deriverebbe l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore.

Alla camera di consiglio del 29 luglio 2009 è stata accolta la domanda cautelare, sospendendo gli atti impugnati e fissando l'esame del ricorso nel merito alla udienza pubblica del 4 novembre 2009.

Si è costituito il Comune di Polistena che resiste al gravame chiedendone il rigetto. Alla pubblica udienza del 4 novembre 2009 il difensore di parte ricorrente ha replicato verbalmente alle deduzioni del Comune e la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) Con l'odierno gravame, l'impresa ricorrente si duole della mancata esclusione dalla gara delle imprese concorrenti, odierne controinteressate ritualmente intimate e non costitutesi, le quali, prive di qualificazione per i lavori di categoria OS/13 (richiesta dal bando in quanto categoria specializzata) hanno dichiarato di volerne subappaltare le lavorazioni, per l'intero loro importo di euro 75.520,09 , pari al 22,50 % dell'importo complessivo dei lavori.

Secondo parte ricorrente, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere le imprese controinteressate in quanto non qualificate nella categoria specialistica e non accettare la loro dichiarazione di voler ovviare alla mancanza di qualificazione ricorrendo al subappalto integrale delle relative opere.

La difesa del Comune oppone che, secondo la corretta interpretazione della direttiva comunitaria appalti (art. 37 Direttiva 2004/17/CE ed art. 25 Direttiva 2004/18/CE) il divieto di subappalto sarebbe contrastante con i principi della massima partecipazione delle imprese, della libertà di organizzazione degli imprenditori e della libertà di questi ultimi di avvalersi delle capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei relativi rapporti. Ciò sarebbe comprovato

dalla circostanza che l'Italia ha subito una procedura di infrazione proprio per la formulazione dell'art. 37 comma 11 del Dlgs 163/2006 (nota Commissione C(2008)0108 del 30.01.2008).

Le difese del Comune, sebbene articolate e puntuali, non sono sufficienti a mutare l'orientamento del Tribunale come manifestato in sede cautelare.

Infatti, a seguito della procedura di infrazione di cui alla menzionata nota della Commissione del 30.01.2008, è stato introdotto un correttivo al Codice appalti con il Dlgs 152/2008, in forza del quale l'art. 37 comma 11 dispone che: “qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo (ossia entro il limite massimo del 30% dell'importo della lavorazione specializzata).

Con la modifica normativa del correttivo, è stata dunque sostanzialmente equiparata la disciplina della subappaltabilità delle opere specializzate a quella della categoria prevalente, laddove, nella precedente formulazione della norma, per lavorazioni specializzate superiori al 15 % dell'importo totale dei lavori, il subappalto era comunque vietato.

La formulazione della norma, come novellata dal c.d. terzo correttivo del codice appalti, non presenta elementi atti a far revocare in dubbio la sua compatibilità rispetto ai precetti di derivazione comunitaria di cui alle menzionate Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, perché la sussistenza di un limite quantitativo percentuale alla facoltà di collaborazione tra imprese nell'ambito del subappalto nelle opere specializzate o della categoria prevalente, si rivela il frutto di una

ragionevole contemperazione delle esigenze di controllo dell'Amministrazione circa il possesso dei requisiti dei concorrenti alla gara, con quelle della libertà degli operatori economici di organizzazione e di collaborazione che la direttiva comunitaria intende tutelare.

Peraltro, la giurisprudenza comunitaria non esclude in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato: è stato infatti affermato (seppure in materia di servizi, ma con una formulazione che possiede una esplicita valenza generale) che il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla Direttiva 92/50, laddove l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens).

A giudizio del Collegio, il persistente e rimodulato divieto di subappalto nelle categorie specializzate oltre i limiti percentuali quantitativi prescritti trova una ragione sostanziale di tutela nel fatto che tramite esso verrebbe prodotta una alterazione significativa del sinallagma contrattuale tra Ente affidante ed impresa aggiudicataria, in relazione ad una prestazione intrinsecamente caratterizzante la natura stessa dell'appalto e dunque essenziale ai fini dell'esecuzione delle opere.

In altri termini, ammettere la completa (o la rilevante) subappaltabilità delle opere rientranti in una categoria specializzata, diversamente dal contenuto della disposizione di cui all'art. 37 comma 11 Dlgs 163/2006, equivarrebbe a sostenere non già un fenomeno di "collaborazione" tra impresa concorrente ed impresa terza, ma un fenomeno sostanziale di "sostituzione" della seconda alla prima, con conseguente alterazione della rilevanza soggettiva dell'appaltatore nella esecuzione dell'appalto.

In questo senso, la predeterminazione legale di un limite quantitativo per il ricorso al subappalto nelle categorie specializzate corrisponde ad una equa tutela della esigenza di controllo della qualità degli operatori, in relazione a prestazioni particolarmente significative, di cui è portatrice la stazione appaltante.

Per queste ragioni, va ritenuta compatibile con la direttiva 2004/18/CE la disciplina dei limiti del subappalto nelle categorie specializzate (e prevalenti), che configurano nell'ordinamento nazionale il subappalto come uno strumento di collaborazione "parziale" relativamente all'oggetto della categoria, perché ciò corrisponde ad un preciso ed apprezzabile interesse della Stazione appaltante, ai fini del controllo di qualità delle imprese concorrenti e partecipanti alla gara, e del relativo rapporto che nasce dall'aggiudicazione, che non ammette la cessione del contratto o la sostituzione dell'appaltatore selezionato nella gara, se non alle condizioni di legge.

Va osservato, peraltro, che la procedura di infrazione nr. 2007/2309 (nota C2008 0108) è stata motivata, relativamente alla voce "partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi" con la circostanza che l'art. 37 comma 11 del Codice degli appalti violava la Direttiva appalti "nella misura in cui" per le opere specializzate "vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata" (ossia il raggruppamento temporaneo di tipo verticale).

Essendo stata modificata la normativa nazionale nel senso esposto prima, si deve ritenere che lo specifico motivo posto a base della procedura di infrazione (imposizione di una forma giuridica specifica nella relazione di collaborazione tra imprese e divieto assoluto del subappalto) sia stato superato.

Per tutte queste ragioni, dunque, la fattispecie in esame deve essere esaminata alla luce della normativa nazionale in vigore che trova piena applicazione in quanto non contrastante con la direttiva comunitaria nr. 2004/18/CE.

Ne consegue che il ricorso è fondato e come tale va accolto, disponendo, tuttavia, la piena compensazione delle spese tra le parti, atteso il particolare rilievo giuridico della questione controversa, in relazione ai rapporti tra normativa nazionale e comunitaria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria ACCOGLIE il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, ANNULLA gli atti impugnati nella parte di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Vitellio, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO