

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Sent.n. 1764/2007

Ric. n. 19/2007

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA
SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 19/2007 proposto dalla Impresa GPM Costruzioni e dalla Società cooperativa ICS, la prima in proprio e anche quale capogruppo della ATI con la seconda, rappresentate e difese dagli avvocati Fabrizio Montaldo e Guido Chessa Miglior, con elezione di domicilio in Cagliari, corso Vittorio Emanuele numero 1, presso lo studio dei medesimi;

contro

Comunità montana numero 2 "Su Sassu Anglona Gallura" rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi e Marcello Vignolo ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Cagliari, piazza del Carmine numero 22;

e nei confronti di

Cons Coop - Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro di Forlì società cooperativa arl rappresentato e difeso dagli avvocati Renato Docimo e Carlo Dore ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Cagliari via Alghero numero 35;

Impresa Mario Ticca; Impresa Giuseppe Giovanni Lai; Consorzio imprenditori sardi – CIS;
Sphera Costruzioni S.r.l., non costituiti in giudizio

per l'annullamento

della determinazione numero 174 in data 26 ottobre 2006 del Servizio Segretario della Comunità montana intimata che non ha approvato i lavori che hanno condotto alla aggiudicazione provvisoria da parte della commissione incaricata di valutare le offerte relative al bando per lavori di ristrutturazione dell'ex convento di San Bonaventura; della determinazione dello stesso ufficio numero 180 in data 6 novembre 2006 con la quale sono stati approvati i verbali della commissione ed è stata definitivamente aggiudicata la gara; del bando di gara e degli atti conseguenti anche non conosciuti, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato in esecuzione di dette determinazioni;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio della Comunità montana e del Conscoop;

VISTI gli atti tutti della causa;

NOMINATO relatore per la pubblica udienza del 20 giugno 2007 il consigliere Silvio Ignazio Silvestri;

UDITI gli avvocati Fabrizio Montaldo per la ricorrente, Marcello Vignolo per la Comunità montana, Carlo Dore e Renato Docimo per il Consorzio controinteressato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

L'impresa GPM Costruzioni e la Società cooperativa ICS espongono di aver partecipato in ATI ad una gara pubblica indetta dalla Comunità montana intimata, avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione ex convento San Bonaventura.

Il bando di gara specificava i lavori appartenenti alla categoria prevalente, nonché quelli appartenenti alle altre categorie, indicando come scorporabili e/o subappaltabili quelli

con qualifica OS24 e OS23, mentre quelli appartenenti alla categoria OG11 venivano indicati solo come scorporabili.

In sede di esame delle offerte, la Commissione aggiudicatrice escluse dalla gara quelle presentate dal Consorzio Roma e dalla ditta Lai Giuseppe sulla base del rilievo che non avevano prodotto alcun documento da cui risultasse che fossero in possesso della qualificazione OG11.

Venivano successivamente aperti i plichi contenenti le offerte economiche e l'appalto veniva provvisoriamente aggiudicato alla ATI ricorrente.

La stazione appaltante, con determinazione numero 174 del 26 ottobre 2006, non approvava il verbale di aggiudicazione provvisoria e rimetteva gli atti alla commissione affinché riesaminasse le offerte delle due ditte escluse, sul presupposto che i lavori di categoria OG11 fossero comunque subappaltabili, in mancanza di un esplicito divieto sul punto.

A seguito del riesame la commissione confermava per altro motivo la esclusione del Consorzio Roma, mentre con riferimento alla ditta Giuseppe Lai, verificato che nella busta B era contenuta la dichiarazione di subappalto relativa a tutte le opere subappaltabili, dichiarava ammissibile l'offerta e, a seguito della rivalutazione delle offerte economiche valide, aggiudicava provvisoriamente la gara al Conscoop Consorzio di cooperative di produzione lavoro. Con determinazione numero 180 del 6 novembre 2006 veniva approvato il verbale e disposta la aggiudicazione definitiva.

Avverso tali atti l'Impresa GPM Costruzioni e la Società cooperativa ICS propongono ricorso deducendo le seguenti censure.

1) violazione della lex specialis del bando; violazione dell'articolo 12 delle disposizioni sulla

legge in generale; violazione dell'allegato A del d.p.r. 25 gennaio 2000 numero 34; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990; violazione degli articoli 2 e 12 del DL.gs. numero 163/2006.

Le ricorrenti sostengono che il bando di gara, nell'indicare come scorporabili e/o subappaltabili i lavori con qualifica OS24 e OS23 e solo scorporabili quelli appartenenti alla categoria OG11, avrebbe escluso la subappaltabilità di questi ultimi; conseguentemente, poiché la ditta Lai non aveva la qualificazione per tale categoria, avrebbe dovuto essere senz'altro esclusa.

2) violazione della lex specialis del bando; violazione dell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale; violazione dell'allegato A del d.p.r. 25 gennaio 2000 numero 34; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990.

L'amministrazione è giunta alla determinazione di riesaminare le offerte alla luce della considerazione che i lavori di cui alla categoria OG11 non rientrerebbero nello speciale divieto di subappalto previsto dall'articolo 37, comma 11, del DL.gs. 12 aprile 2006 numero 163.

Senonché secondo le ricorrenti, la circostanza che l'importo dei lavori in questione, essendo inferiore al 15% dei lavori appartenenti alla categoria prevalente, sarebbe in astratto subappaltabile non escluderebbe che la stazione appaltante preveda comunque, come nel caso di specie, di non consentire il subappalto.

3) violazione della lex specialis del bando; violazione dell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale; violazione della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990.

L'amministrazione avrebbe arbitrariamente disapplicato i requisiti di partecipazione previsti dal bando, con ciò violando il principio di par condicio tra i concorrenti; in ogni caso non sussistevano in concreto i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela invocato dalla medesima Comunità montana.

4) violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge 241/1990.

In ogni caso, anche nell'ipotesi di illegittimità della clausola del bando, l'amministrazione avrebbe violato la par condicio tra i concorrenti, disapplicando illegittimamente le regole che si era date.

5) violazione della lex specialis del bando; violazione dell'articolo 118 del DL.gs. 163/2006; violazione dell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale; violazione dell'allegato A del d.p.r. 25 gennaio 2000 numero 34; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990; eccesso di potere.

In ogni caso, la ditta Giuseppe Lai avrebbe dovuto essere esclusa perché la dichiarazione di voler subappaltare nei limiti di legge non raggiungerebbe quel livello di specificità imposto dall'articolo 118 del DL.gs. numero 163/2006 e dall'articolo 3 punto 1 del disciplinare di gara; inoltre tale dichiarazione era contenuta nella busta B anziché nella busta A, come richiesto dal disciplinare di gara.

6) violazione della lex specialis del bando; violazione degli articoli 35 e 118 del DL.gs. 163/2006; violazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 127/1997; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi generali in materia di autotutela e dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990; eccesso di potere.

Il Cons. Coop. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché la società Sphera Costruzioni, che ha partecipato alla gara in consorzio con il Consorzio imprenditori sardi, a sua volta consorziato con il predetto Cons Coop, non avrebbe allegato una valida documentazione attestante la sussistenza dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara; inoltre la società Sphera non possederebbe le qualifiche necessarie per i lavori in categoria OS23, OS24 e OG11.

Si sono costituiti in giudizio la Comunità montana e Cons Coop; entrambi hanno controdedotto puntualmente e chiesto una pronuncia di rigetto.

All'udienza pubblica del 20 giugno 2007 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La Impresa GPM Costruzioni e la Società cooperativa ICS impugnano gli atti con cui la Comunità montana intimata non ha approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria a suo favore relativo alla gara avente ad oggetto lavori di ristrutturazione ex convento San Bonaventura, rinviando gli atti alla apposita commissione; impugnano altresì il successivo atto di approvazione del verbale e la aggiudicazione definitiva al controinteressato Conscoop - Consorzio di cooperative di produzione lavoro, nonché ogni altro presupposto compreso il bando di gara e il conseguente, anche se non conosciuto, contratto di appalto eventualmente stipulato in esecuzione di detta determinazione.

Secondo i ricorrenti, poiché il bando di gara prevedeva che i lavori appartenenti alla categoria OG11 fossero scorporabili, mentre quelli appartenenti alle categorie OS24 e OS23 erano espressamente scorporabili e/o subappaltabili, si dovrebbe riconoscere che per i primi fosse esclusa la subappaltabilità. Perciò, poiché la ditta Lai Giuseppe, partecipante alla gara, non possedeva i requisiti per tale categoria, avrebbe dovuto essere esclusa, senza consentire la

possibilità che tali lavori venissero subappaltati a terzi.

Perciò sarebbe illegittima la decisione dell'amministrazione di riammettere alla gara la ditta Lai Giuseppe, originariamente esclusa dalla commissione, la cui offerta aveva comportato, a seguito dei nuovi conteggi, la aggiudicazione al consorzio controinteressato.

Con i primi quattro motivi le società ricorrenti deducono dunque la illegittimità degli atti con cui, la stazione appaltante prima, e la commissione aggiudicatrice dopo, hanno ammesso alla gara la ditta Lai Giuseppe, ritenendo che la mancanza di qualificazione in capo a tale ditta per le opere di categoria OG11 potesse essere superata da una dichiarazione di voler subappaltare a terzi tali opere.

Inoltre, con il quinto motivo, le ricorrenti sostengono che, quand'anche si dovesse ritenere la possibilità in astratto di subappaltare anche le opere di categoria OG11, nel caso di specie sarebbe mancata la dichiarazione richiesta dall'articolo 118 del DL.gs. 12 aprile 2006, numero 163, non potendo considerarsi tale la generica dichiarazione fatta dalla ditta Lai di voler subappaltare o concedere in cottimo "tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge"; oltretutto tale dichiarazione era contenuta nella busta B, mentre il disciplinare di gara prevedeva che essa fosse contenuta nella busta A.

Al di là della interpretazione del bando di gara che preveda la scorporabilità di talune opere senza prevederne espressamente anche la subappaltabilità (si vedano: Consiglio Stato sez. quinta, 6 giugno 2006, numero 3364, nonché sez. sesta, 11 maggio 2007 numero 2306), il Collegio ritiene che siano comunque determinanti le censure mosse con il quinto motivo.

Può senz'altro superarsi l'argomentazione con cui si rileva che la dichiarazione della ditta Lai di voler subappaltare era contenuta nella busta B anziché nella busta A, come richiesto dal disciplinare di gara; infatti, come sottolineato anche dalla commissione, l'errore era stato

indotto dalla stessa amministrazione la quale, aveva predisposto il facsimile dei documenti da presentare in sede di gara inserendo la dichiarazione di subappalto nel documento relativo alla busta B anziché in quello relativo alla busta A.

Va invece accolta la censura nella parte in cui si deduce la genericità della dichiarazione con la quale la ditta si è limitata ad affermare di voler subappaltare o concedere in cottimo tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge.

Non è infatti condivisibile l'argomentazione della Comunità montana e del Consorzio controinteressato secondo cui tale dichiarazione era sufficientemente specifica, dovendosi appunto riferire a tutte le opere subappaltabili consentite dal bando e non vietate dalla legge perché l'articolo 118, comma 2, punto 1, del DL.gs. numero 163/2006 prevede espressamente la possibilità di affidare in subappalto o in cottimo a condizione che "i concorrenti all'atto dell'offerta [...] abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo".

Perciò la ditta non avrebbe potuto limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i lavori che la legge consente ma avrebbe dovuto specificare in modo analitico e puntuale a quali lavori intendesse riferirsi; in mancanza di tale specificazione non può dirsi soddisfatta la condizione richiesta dalla normativa in esame.

Peraltro il Collegio rileva che la corretta dichiarazione resa all'atto della presentazione dell'offerta in ordine alle opere che il concorrente si riserva di affidare in subappalto non costituisce di per sé un requisito essenziale per la partecipazione alla gara in quanto essa è solitamente finalizzata a consentire alla ditta partecipante di subappaltare certe opere o servizi puntualmente indicati; in mancanza di tale corretta dichiarazione la conseguenza immediata consiste nella impossibilità per la ditta, una volta che dovesse risultare aggiudicataria, di

subappaltare le opere (Consiglio Stato, sez. V, 23 giugno 1999, n. 438).

Tuttavia qualora, come nel caso di specie, la ditta partecipante non posseda la qualificazione richiesta dal bando di gara in relazione a determinate opere, la impossibilità di utilizzare il subappalto per tali opere comporta la mancanza di un requisito soggettivo necessario, con conseguente esclusione dalla gara (Tar Campania Napoli, sez. prima 5 maggio 2006 n. 3968; Tar Sicilia Catania, sez. quarta, 19 gennaio 2006, n. 42; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 03 novembre 1998 , n. 2510).

In definitiva, la censura con cui si deduce la genericità della dichiarazione di subappalto e la conseguente mancanza di requisiti in capo alla ditta Lai risulta fondata ed il ricorso deve perciò essere accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, mentre le ulteriori censure possono rimanere assorbite.

Considerata la particolarità delle questioni esaminate le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla la aggiudicazione impugnata.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 20 giugno 2007 dal
Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei signori:

Paolo Numerico Presidente;

Silvio Ignazio Silvestri Consigliere – estensore;

Alessandro Maggio Consigliere;

Depositata in segreteria oggi: 27/09/2007

Il Segretario Generale