

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 118 del 2009, proposto da:  
XXX Spa, rappresentata e difesa dagli avv. F. C., M. T. e M. C., con domicilio eletto presso l'avv. R. G.B., in Trieste, F. U.;

contro

Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale di Udine (ATER), rappresentata e difesa dall'avv. B. B., con domicilio eletto presso l'avv. G. C., in Trieste, A.T.E.R. - piazza F.;

nei confronti di

YYY Srl, ZZZ Srl, rappresentati e difesi dagli avv. S. N. e G. S., con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via D.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del verbale di gara relativo a lavori di intervento di riqualificazione urbana, nella parte in cui la Commissione "aggiudica provvisoriamente i lavori oggetto della presente gara all'ATI YYY Srl/ZZZ srl", in luogo di disporre la esclusione dell'offerta presentata dalla suddetta ATI;

del provvedimento del Direttore dell'ATER di Udine dd. 19.12.2008 e della relativa nota di comunicazione dd. 22.12.2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale di Udine (ATER);

Visto l'atto di costituzione in giudizio di YYY Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ZZZ Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 04/06/2009 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente società espone di aver partecipato ad una procedura aperta ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. a) della L.r. 14/02, da aggiudicarsi al prezzo più basso (inferiore a quello posto a base di gara), per la realizzazione di un intervento di "riqualificazione urbana, consistente in lavori di demolizione di tre fabbricati, costruzione di tre fabbricati per complessivi 36 alloggi e una unità non residenziale, di un fabbricato adibito a centrale termica, e opere di urbanizzazione", per un valore di € 4.339.888,95, compresi gli oneri di sicurezza..

Hanno partecipato alla gara ben 102 Ditte, e ne sono state ammesse 99. Escluse le offerte ritenute anomale, si è riscontrato che le due che più si avvicinavano, per difetto, alla soglia di anomalia erano quelle presentate dalla ricorrente e dalla controinteressata ATI verticale, formata dall'Impresa YYY s.r.l. e da ZZZ s.r.l. (di seguito: ATI YYY), che avevano proposto entrambe il ribasso del 6,36%.

In presenza di due offerte uguali, la Commissione procedeva al sorteggio, che vedeva favorita la controinteressata, alla quale l'appalto veniva quindi aggiudicato.

1.1. - Contro l'aggiudicazione, e per l'esclusione dell'ATI YYY dalla gara, la ricorrente propone i seguenti motivi di ricorso:

1) violazione degli artt. 40 e 37, comma 6, del D.Lg. 163/06; dell'art. 95 del D.P.R. 554/99 e dei paragrafi 5.4 e 126 del Bando;

2) violazione dell'art. 118 del D.Lg. 163/06, dei paragrafi 9.4 e 20 del Bando, e del punto M del disciplinare. Mancata rilevazione di un manifesto motivo di escussione.

2. - L'Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - Anche la controinteressata ATI YYY è presente in giudizio, e, con approfondita memoria, contesta le ragioni della ricorrente e chiede che il ricorso sia respinto siccome infondato.

4. - Tutte le parti hanno presentato memorie di precisazione con cui ampliano e puntualizzano le già rassegnate conclusioni.

5. - Il ricorso è fondato.

5.1. - La ricorrente afferma che l'ATI YYY avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per un duplice ordine di ragioni: perché non possiede i requisiti di qualificazione richiesti per la partecipazione alla gara e perché, contra il tenore espresso della lex specialis, nella dichiarazione di subappalto non ha indicato, in maniera precisa e dettagliata, le lavorazioni che intendeva subappaltare, essendosi limitata a manifestare il suo intento di subappaltare "ogni genere di opere e forniture nei limiti di legge".

5.2. - Partendo da questo secondo motivo il Collegio osserva che - in disparte la regola generale di cui all'art. 118 del D.Lg. 163/06, che non pone prescrizioni particolari - il Disciplinare di gara, quanto al subappalto - ai punti L, secondo comma, ed M, che riguarda i "Requisiti di esecuzione" - pur richiamando la previsione di cui all'art. 118, stabiliva espressamente che "per l'esecuzione dei lavori relativi all'impianto elettrico, impianto idrico-sanitario-gas e impianto di riscaldamento sono richieste, in capo all'impresa esecutrice, anche le abilitazioni prescritte ai sensi del D.M. n. 37 del 22.1.08. In mancanza, l'impresa aggiudicataria può provvedere alla loro esecuzione esclusivamente mediante l'affidamento in subappalto a ditta abilitata ai sensi della legge sopra citata. Pertanto qualora l'impresa offerente non sia in possesso delle necessarie abilitazioni, ai sensi del D.M. sopra citato dovrà menzionare espressamente nell'offerta tali lavorazioni tra quelle che intende subappaltare. L'indicazione delle opere da subappaltare, anche al di fuori dell'ipotesi sopra riportata, non deve essere generica, ma descrittiva delle tipologie di lavorazioni, così come riportato nella successiva lett. M), paragrafo Subappalto" che, a sua volta, precisa che "l'impresa è tenuta a indicare, all'atto dell'offerta, in maniera non generica, ma descrivendo o elencando le tipologie di lavorazioni, le opere che intende subappaltare o concedere in cottimo (es: impianto termico, impianto elettrico, opere da pittore, intonaci, ecc.)".

Questa essendo la regola dettata dalla lex specialis, la dichiarazione di subappalto effettuata dalla controinteressata - che si limita a manifestare il proprio intento di subappaltare "ogni genere di opere e forniture nei limiti di legge" - appare all'evidenza non conforme alla prescrizione in quanto del tutto generica e non dettagliata.

La indeterminatezza della dichiarazione, tuttavia, non essendo la prescrizione prevista a pena di esclusione, non può comportare ex se, come vorrebbe la ricorrente, l'esclusione dell'ATI YYY dalla gara, bensì - come da consolidata giurisprudenza - l'impossibilità per la Ditta di avvalersi del subappalto e il correlato divieto per la Stazione Appaltante di autorizzarlo, restando quindi l'ATI obbligata ad eseguire in proprio tutte le lavorazioni, purchè - come correttamente sottolineano tutte le parti in causa - sia qualificata per ciascuna di esse (sul principio, si vedano: C.S. n. 2435/09 e 5734/04, e, sul punto specifico, n. 2683/08, ove si precisa che "le incomplete o erranee indicazioni riguardanti il conferimento del subappalto non possono comportare la esclusione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione, in mancanza di espresse disposizioni in proposito, ma soltanto la esclusione della facoltà di procedere al

subappalto, allorché risulti che la candidata sia autonomamente dotata dei requisiti prescritti per l'esecuzione diretta dell'appalto").

5.3. - Va quindi verificato se (e questo è l'oggetto del primo motivo di ricorso) l'ATI YYZ possieda adeguate qualificazioni per tutte le tipologie di lavori previste dal bando e possa effettivamente eseguire in proprio tutte le lavorazioni ivi previste.

Esaminiamo partitamente i singoli lavori e le relative qualificazioni: essi riguardano le seguenti categorie: OG1, classe IV, prevalente; OS6 e OS7 (scorporabili/subappaltabili) di classe III; OS3 e OS28 di classe II (scorporabili/subappaltabili), e infine OS30 di classe I (scorporabile/subappaltabile).

Dalla documentazione in atti risulta che la controinteressata è un'ATI verticale, ove l'Impresa YYZ s.r.l. è mandataria con una quota dell'89,07% e ZZZ s.r.l. è mandante con una quota del 10,93%.

L'Impresa YYZ s.r.l. è qualificata per le categorie OG1, cat. IV, e OS6 e OS7, cat. II, cioè, come correttamente osserva la ricorrente, per categoria inferiore a quella prevista dal bando.

Tuttavia ciò non rileva, in quanto, come precisa la controinteressata, si tratta di opere a qualificazione non obbligatoria, come risulta dall'all. A al DPR 34/00. Sul punto si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza, con il parere n. 104/07 con il quale ha evidenziato, appunto, che sia soggetti singoli che ATI possono "eseguire direttamente, ancorché non in possesso della corrispondente qualificazione, le categorie OS1, OS6, OS7, OS8, OS23, OS26, OS32 e OS24 (cioè quelle a qualificazione non obbligatoria)"

ZZZ s.r.l., a sua volta, come risulta dalla documentazione in atti, è qualificata per le categorie OS3 e OS28, classe II, come richiesto dal bando.

Per quanto concerne la categoria OS30, si precisa che dall'attestazione SOA dimessa, si evince che ZZZ s.r.l. è qualificata anche per la categoria OG11, classe I, la quale, come da ripetuti pareri resi dall'Autorità di vigilanza (in specie - e da ultimo - n. 150/08 e 207/08) e da costante giurisprudenza (si veda, ad esempio: C.S. n. 2857/03 e Tar Lombardia - Brescia n. 1349/06) assorbe la qualificazione di cui alle categorie specializzate OS3, OS28 e OS30.

Da quanto esposto risulta che l'ATI aggiudicataria è (astrattamente) qualificata per tutti i lavori richiesti dal Bando, che dovrà, peraltro, eseguire in proprio avendo presentato una dichiarazione di subappalto non conforme a quanto richiesto dalla lex specialis.

5.4. - Vi è, tuttavia, un ulteriore elemento da precisare, e cioè che ZZZ s.r.l. ha espressamente dichiarato di partecipare all'appalto con una quota del 10,93% e di obbligarsi ad eseguire in proprio solo le lavorazioni di cui alla categoria OS28 (corrispondente, appunto, al 10% del valore dell'appalto).

Poiché si è esclusa, per le ragioni esposte, la possibilità del subappalto, resta da verificare se i lavori di cui alle categorie specializzate (a qualificazione obbligatoria) OS3 e OS30 possano essere eseguiti dalla mandataria "con riferimento alla categoria prevalente" ex art. 95, comma 3, del D.P.R. 554/99.

Su questo punto la difesa dell'Amministrazione e della controinteressata divergono: l'impresa YYZ s.r.l. ribadisce di essere qualificata nella categoria prevalente OG1, classe IV, fino ad un valore di 2.582.284,00 (ben superiore agli € 1.497.100,11, richiesti dal bando, e con una differenza di € 1.085.183,89) e di poter utilizzare tale surplus di qualificazione per coprire il valore anche delle opere scorporabili (che essa intende subappaltare) OS3 (e OS30) non assunte dalla mandante pari ad € 395.193,60 + 198.299,95.

L'ATER tende invece a dimostrare che la mandataria, per effetto della maggiorazione di cui all'art. 3, comma 2, del 34/00, raggiunge comunque la qualificazione necessaria per coprire l'intero importo dei lavori.

Queste circostanze sono irrilevanti e non pertinenti.

Dispone infatti l'art. 95, comma 3, che: "per le associazioni temporanee di imprese ... di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente", ovviamente purchè la stessa possieda la relativa qualificazione o possa affidarli in subappalto

E, dato che è pacifico in causa che la mandante ZZZ s.r.l., pur astrattamente qualificata per i lavori OS3 e OS30, intende eseguire solo quelli della categoria OS28, e che l'Impresa YYY s.r.l., per contro, per gli stessi non è qualificata e, per le ragioni esposte, non può darli in subappalto, ne consegue che la controinteressata doveva essere esclusa per carenza dei rescritti requisiti (come la stessa ATI YYY riconosce, a pg. 7 della sua ultima memoria, ove esattamente afferma che "a diverse conclusioni" - cioè all'esclusione - "si sarebbe potuto addivenire solo nel caso in cui le categorie di lavori OS3 e OS30...non fossero state subappaltabili").

In definitiva, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI YYY.

6. - La ricorrente chiede, da ultimo, di essere dichiarata aggiudicataria in luogo della controinteressata e di subentrare nell'esecuzione del contratto, ovvero di essere risarcita per equivalente del danno patito.

6.1. Il Collegio ritiene che, in corretta esecuzione della presente sentenza, l'ATER resistente debba aggiudicare l'appalto di cui trattasi a XXX s.p.a. e farla subentrare nell'esecuzione dei residui lavori, corrispondendo quanto dovuto per la parte degli stessi che verrà realizzata dalla ricorrente e offrendo altresì (a tenore dell'art. 35 del D.Lg. 80/98, come modificato dall'art. 7 della L. 205/00), una adeguata somma, a titolo di risarcimento per equivalente, rapportata al guadagno che la stessa avrebbe potuto ritrarre ove avesse eseguito anche i lavori non realizzati a causa dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto all'ATI YYY.

Resta salva, in ogni caso, la facoltà dell'Amministrazione di optare per il solo - integrale - risarcimento del danno patito, sussistendo preminenti ragioni di pubblico interesse, da esplicitare con adeguata motivazione. Se sceglierà questa soluzione, la resistente ATER di Udine provvederà ad offrire alla ricorrente una congrua somma, ex art. 35 del D.Lg. 80/98, a compenso della mancata esecuzione dell'appalto - cui andranno aggiunti gli interessi al tasso legale, dal momento della decisione al saldo.

7. - Sussistono giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

#### **P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione dell'appalto qui opposta.

In corretta esecuzione della presente sentenza, l'ATER resistente dovrà aggiudicare l'appalto di cui trattasi a XXX s.p.a. e farla subentrare nell'esecuzione dei residui lavori, corrispondendo quanto

dovuto per la parte degli stessi che verrà realizzata dalla ricorrente e offrendo altresì (a tenore dell'art. 35 del D.Lg. 80/98, come modificato dall'art. 7 della L. 205/00), una adeguata somma, a titolo di risarcimento per equivalente, rapportata al guadagno che la stessa avrebbe potuto ritrarre ove avesse eseguito anche i lavori non realizzati a causa dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto all'ATI YYY.

Resta salva, in ogni caso, la facoltà dell'Amministrazione di optare per il solo - integrale - risarcimento del danno patito, sussistendo preminenti ragioni di pubblico interesse, da esplicitare con adeguata motivazione. Se sceglierà questa soluzione, la resistente ATER di Udine provvederà ad offrire alla ricorrente una congrua somma, ex art. 35 del D.Lg. 80/98, a compenso della mancata esecuzione dell'appalto - cui andranno aggiunti gli interessi al tasso legale, dal momento della decisione al saldo

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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