Tribunale Amministrativo Regionale LOMBARDIA - Brescia, Sezione 1

Sentenza 17 settembre 2018, n. 859
Data udienza 5 settembre 2018

Integrale

Appalti - Categorie scorporabili - Categorie specializzate e superspecializzate - Attestazione SOA - Possibilità di eseguire i lavori senza attestazione al di sotto della soglia di euro 150.000 - Disciplina di favore applicabile anche alle categorie specializzate

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia

Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 683 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Lu. Te., rappresentato e difeso dall'avv. Gi. Gi., con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il predetto legale in San Bonifacio, via (...);

contro

COMUNE DI (omissis), rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il suddetto legale in Brescia, viale Stazione 37;

nei confronti

Vi. SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

(a) nel ricorso introduttivo:

- del verbale della commissione giudicatrice di data 20 giugno 2018, relativo alla gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione di piazza Europa, con il quale è stata disposta l'esclusione del ricorrente;

- della nota del responsabile dell'Area Tecnica prot. n. 6360 del 20 giugno 2018, con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara;

- del provvedimento del responsabile dell'Area Tecnica prot. n. 7104 del 10 luglio 2018, con il quale è stata respinta la richiesta di annullamento in autotutela dell'esclusione;

(b) nei motivi aggiunti:

- della determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 114 del 26 giugno 2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla ditta Vi. srl;

- con dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto d'appalto sottoscritto nel frattempo;

- in subordine, con condanna al risarcimento per equivalente;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (omissis);

Visti gli atti della causa;

Visti gli art. 74 e 120 comma 10 cpa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2018 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di (omissis), con lettera di invito del responsabile dell'Area Tecnica di data 1 giugno 2018, ha invitato il ricorrente a partecipare, assieme ad altre ditte, alla gara relativa ai lavori di riqualificazione di piazza Europa.

2. Per l'aggiudicazione la lettera di invito ha indicato il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 comma 4 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50. L'importo a base d'asta è stato fissato in € 391.168,79 (Iva esclusa), a cui si aggiungono € 7.000 quali oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

3. Relativamente alla qualificazione, l'importo complessivo dei lavori (inclusi gli oneri per la sicurezza) è così ripartito: (a) € 319.304,29 nella categoria prevalente OG3 (Strade, autostrade, ponti, viadotti), classifica II; (b) € 78.864,50 nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG10 (Impianti per la trasformazione e distribuzione di energia elettrica), classifica I.

4. Il paragrafo 3.1.3 della lettera di invito richiede l'attestazione SOA (o dichiarazione sostitutiva) per la categoria prevalente OG3 - classifica II. Per la categoria scorporabile OG10 - classifica I, in alternativa all'attestazione SOA, è prevista la dichiarazione di subappalto delle relative lavorazioni ai sensi del paragrafo 3.2.6 della lettera di invito, nel limite massimo del 30% del valore complessivo dell'appalto (subappalto qualificante ex art. 92 comma 1 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, nonché ex art. 12 comma 2 del DL 28 marzo 2014 n. 47).

5. Il ricorrente è in possesso dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3 - classifica II, mentre non dispone di quella per la categoria scorporabile OG10. Relativamente a quest'ultima, tuttavia, non ha dichiarato l'intenzione di subappaltare per intero le lavorazioni (come previsto dalla

lettera di invito), ma ha cercato di dimostrare la propria capacità tecnica attraverso i requisiti che in base all'art. 90 comma 1 del DPR 207/2010 possono sostituire l'attestazione SOA negli appalti di importo inferiore a € 150.000. In allegato alla domanda di partecipazione, infatti, il ricorrente ha prodotto una dichiarazione nella quale elenca (a) l'importo dei lavori eseguiti nel periodo 2011-2014 nella categoria OG10, pari a € 123.657,80; (b) il costo complessivo sostenuto per il personale tra il 2012 e il 2017; (c) le attrezzature a disposizione; (d) il fatturato globale annuo tra il 2012 e il 2017.

6. Preso atto della mancata dichiarazione di subappalto per la categoria scorporabile OG10, la commissione giudicatrice, nel verbale del 20 giugno 2018, ha disposto l'esclusione del ricorrente. La decisione è stata comunicata dal responsabile dell'Area Tecnica con nota parimenti di data 20 giugno 2018. L'esclusione non consegue alla sola mancanza formale della dichiarazione di subappalto, ma si fonda su due considerazioni, una in fatto e una in diritto. Per quanto riguarda la situazione di fatto, il ricorrente non potrebbe comunque subappaltare l'intera categoria OG10, perché ha dichiarato (v. DGUE parte II-D e parte IV-C) di voler subappaltare anche una quota della categoria prevalente, e dunque la somma dei due subappalti supererebbe il limite massimo (30% dell'importo complessivo dei lavori) stabilito dall'art. 105 comma 2, terzo periodo, del Dlgs. 50/2016. Sul piano dell'interpretazione giuridica, la commissione giudicatrice ha ritenuto non applicabile alla categoria OG10 l'art. 90 comma 1 del DPR 207/2010, in quanto si tratterebbe di una norma riferibile, in base all'art. 92 comma 7 del DPR 207/2010, alle sole categorie superspecializzate (v. DM 10 novembre 2016 n. 248) aventi importo inferiore a € 150.000.

7. Il responsabile dell'Area Tecnica, in data 10 luglio 2018, ha respinto la richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione.

8. Contro l'esclusione, e contro i provvedimenti connessi, il ricorrente ha presentato impugnazione, sostenendo che l'esecuzione di lavori analoghi ai sensi dell'art. 90 comma 1 del DPR 207/2010, in combinazione con gli altri requisiti indicati dalla medesima norma, sostituirebbe validamente l'attestazione SOA in tutti gli appalti di importo inferiore a € 150.000.

9. Il Comune si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso ed eccependone l'inammissibilità.

10. In corso di causa, con motivi aggiunti, l'impugnazione è stata estesa all'aggiudicazione definitiva dei lavori a favore della ditta Vi. srl, disposta dal responsabile dell'Area Tecnica con determinazione n. 114 del 26 giugno 2018. Oltre all'annullamento degli atti impugnati, il ricorrente ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e in subordine il risarcimento del danno.

11. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sull'eccezione di inammissibilità

12. Preliminarmente, si osserva che nel ricorso non viene chiesto l'annullamento della lettera di invito per il fatto che non sia stata riprodotta all'interno della stessa la previsione dell'art. 90 comma 1 del DPR 207/2010 sui requisiti semplificati di capacità tecnica, sostitutivi dell'attestazione SOA.

13. Questa impostazione processuale non rende tuttavia inammissibile il ricorso, in quanto le regole di gara sono inefficaci nella parte in cui stabiliscono ostacoli non necessari alla partecipazione (v. art. 83 comma 8 del Dlgs. 50/2016). Pertanto, qualora si possa stabilire che per provare la capacità tecnica esiste una terza via, equivalente ex lege al requisito principale dell'attestazione SOA e al requisito secondario del subappalto, si pone la seguente alternativa: (i) se la lettera di invito esclude

l'applicazione dei requisiti semplificati, è inutilmente vessatoria e dunque inefficace; (ii) se la lettera di invito è semplicemente lacunosa, viene integrata automaticamente dalle norme statali. In entrambi i casi l'eccezione processuale è superata.

Sui requisiti semplificati di capacità tecnica

14. Occorre premettere che le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria si suddividono in due gruppi: (i) specializzate, generalmente con l'acronimo OG e in alcuni casi OS (v. allegato A al DPR 207/2010; art. 12 comma 2-b del DL 47/2014); (ii) superspecializzate, generalmente con l'acronimo OS, oltre a OG11 (v. DM 248/2016; art. 89 comma 11 del Dlgs. 50/2016; art. 12 comma 1 del DL 47/2014).

15. Al di sopra della soglia di € 150.000 (v. art. 108 comma 3 del DPR 207/2010) le categorie superspecializzate esigono l'attestazione SOA in capo all'appaltatore, e il subappalto non può superare il 30% dell'importo (v. art. 105 comma 5 del Dlgs. 50/2016). Per le categorie specializzate, invece, la qualificazione può essere sostituita dal subappalto, purché l'importo della categoria scorporabile di cui non si possiede la qualificazione sia compreso nella classifica della categoria prevalente (v. art. 12 comma 2-b del DL 47/2014; art. 92 comma 1 del DPR 207/2010).

16. Al di sotto della soglia di € 150.000 è prevista (v. art. 92 comma 7 del DPR 207/2010) la possibilità di eseguire i lavori delle categorie superspecializzate senza l'attestazione SOA, quando sussistano i requisiti semplificati di capacità tecnica descritti dall'art. 90 comma 1 del DPR 207/2010 (lavori analoghi, costo del personale, attrezzature adeguate).

17. Si deve ritenere che della medesima disciplina di favore possano beneficiare a maggior ragione le categorie specializzate. Non sarebbe infatti ragionevole ipotizzare che, da sopra soglia a sotto soglia, l'ordinamento preveda un salto tra il massimo rigore e la massima semplificazione proprio per le categorie superspecializzate, che sono quelle più bisognose di controlli a causa della rilevante complessità tecnica, e mantenga invece fermi in posizione intermedia i requisiti delle categorie specializzate, che hanno un grado di complessità tecnica inferiore.

18. Un indizio formale in questo senso è contenuto nella parte finale dell'art. 12 comma 2-b del DL 47/2014, che, pur essendo riferito alle categorie specializzate, dichiara applicabile l'art. 92 comma 7 del DPR 207/2010, relativo alle categorie superspecializzate. La norma non è formulata in modo del tutto chiaro, perché contiene anche un riferimento al comma 1 dell'art. 12 del DL 47/2014, riguardante le categorie superspecializzate. Tuttavia, non sarebbe utile precisare che l'art. 92 comma 7 del DPR 207/2010 si applica alle categorie superspecializzate, trattandosi appunto di una norma scritta per tali categorie. Si deve invece ritenere che per il legislatore questa norma rappresenti uno strumento di carattere generale per superare le rigidità della qualificazione quando i lavori rimangano sotto soglia.

19. Non vi sono argomenti sistematici che contraddicano questa ricostruzione. È vero che per le categorie specializzate l'attestazione SOA può essere sostituita, sopra e sotto soglia, dal subappalto delle lavorazioni, ma di questa facoltà non si può fare un perno interpretativo per sostenere che i requisiti semplificati di capacità tecnica pareggerebbero per le categorie superspecializzate la funzione del subappalto nelle categorie specializzate. Da un lato, infatti, il subappalto è principalmente un aggravio per i singoli concorrenti, sia in termini organizzativi sia per la sottrazione di una parte del fatturato della gara, e dunque non può essere considerato equivalente alla facoltà di sfruttare da soli la capacità tecnica maturata in proprio. Dall'altro, non vi è alcun interesse pubblico a favorire, sotto soglia, le imprese che lavorano nelle categorie superspecializzate rispetto a quelle che lavorano nelle categorie specializzate.

20. Occorre precisare che la soglia di € 150.000 è riferita alle singole categorie scorporabili, e non all'intero valore dell'appalto (in questo senso sembra chiaro l'art. 12 comma 2-b del DL 47/2014).

21. Pertanto, nel caso della categoria OG10 (specializzata ma non superspecializzata) la richiesta del ricorrente di sostituire l'attestazione SOA mancante non con il subappalto ma con i requisiti semplificati ex art. 90 comma 1 del DPR 207/2010 si deve ritenere fondata. Reciprocamente, risulta illegittima l'esclusione dalla gara, e tutta la serie degli atti successivi.

Conclusioni

22. Il ricorso deve quindi essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

23. L'effetto conformativo della sentenza impone al Comune di riaprire la procedura di gara per verificare in concreto il possesso dei requisiti semplificati e la congruità dell'offerta del ricorrente in relazione al ribasso proposto. Qualora in esito alla verifica l'offerta del ricorrente risultasse ammissibile e sostenibile, e prima in graduatoria in base al criterio del minor prezzo, la stazione appaltante dovrà sostituire questa offerta a quella in precedenza risultata aggiudicataria, e stipulare il contratto con il ricorrente.

24. Poiché questa pronuncia è satisfattiva delle aspettative del ricorrente, nei limiti in cui sono state ritenute fondate, non vi sono margini per emettere una condanna al risarcimento.

25. Le spese seguono la soccombenza, e sono liquidate in € 2.000, oltre agli oneri di legge.

26. Il contributo unificato è a carico dell'amministrazione ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

(a) accoglie il ricorso, come precisato in motivazione;

(b) respinge la domanda di risarcimento;

(c) condanna il Comune a versare al ricorrente, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 2.000, oltre agli oneri di legge;

(d) pone il contributo unificato a carico del Comune.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi - Presidente

Mauro Pedron - Consigliere, Estensore

Stefano Tenca - Consigliere