

Pubblicato il 04/06/2020

N. 03504/2020REG.PROV.COLL.

N. 09044/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 9044 del 2019, proposto da

Impresa di Pulizie Bilancia s.r.l. uninominale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni', Anna Marcantonio e Gennaro Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101.

contro

Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Milano – Aler Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Lezzi in Roma, piazza D'Ara Coeli, n. 1.

nei confronti

New Ghibli S.r.l., Universal Service Azienda di Servizi S.r.l., Ferco S.r.l., Consorzio Stabile Gisa, Ariete Soc. Coop., Meranese Servizi S.p.A., Nsi Nigra Servizi Italia Soc. Coop., Aurora S.r.l., Mediterranea S.r.l., Puliservice S.r.l., Servizi Integrati S.r.l., Helios Soc. Coop. non costituiti in giudizio; Lancar s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Vagnozzi, Francesco De Marini, Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzone, n. 3.

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Quarta, n. 02016/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lancar s.r.l. e dell'Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Milano – Aler Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 14 maggio 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, come da verbale, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca, e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha respinto il ricorso proposto dall'Impresa di Pulizie Bilancia s.r.l. uninominale contro l'ALER – Azienda Lombarda Edilizia Residenziale di Milano (d'ora in avanti anche solo Aler - e nei confronti della Lancar s.r.l. e delle altre società indicate in rubrica, per l'annullamento del provvedimento PROVV/DIGE/18/935

di “*aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia ed affini in stabili di proprietà di Aler Milano e/o gestiti dalla stessa o di Comuni terzi siti in provincia. Finanziamento: Aler Milano e Comuni terzi. Repp. Nn. 61-73/2018*”, emanato da ALER in data 23.10.2018, nonché del bando e del disciplinare di gara e di tutti gli atti della procedura, compresi i verbali delle sedute pubbliche e riservate.

1.1. La società ricorrente – partecipante, in riferimento ai lotti 8, 9, 10 e 11, alla gara di appalto suddetta, divisa in tredici lotti - si era collocata in graduatoria al quinto posto per il lotto n. 8, al secondo posto per il lotto n. 9, al settimo posto per il lotto n. 10 e all’ottavo posto per il lotto n. 11. Aveva quindi impugnato gli atti di gara con sei motivi di ricorso, contestando “*a diverso titolo, alcune clausole della lex specialis (con i primi due motivi di ricorso), pretesi vizi delle modalità con le quali sarebbero stati assegnati i lotti di gara (con il terzo motivo di ricorso), l’esecuzione in via di urgenza dei servizi ai sensi dell’art. 32, comma 8, del Codice dei contratti pubblici (con il quarto motivo), la mancata esclusione dei concorrenti che hanno fatto ricorso al subappalto “necessario” della società Polirecuperi S.r.l., con pretesa riassegnazione dei lotti aggiudicati ad altri concorrenti (con il quinto motivo), asserite irregolarità procedurali delle attività della commissione di gara (con il sesto motivo)*” (così in motivazione).

1.2. La sentenza -dato atto della costituzione in giudizio della stazione appaltante e della Lancar s.r.l. (controinteressata in quanto aggiudicataria del primo lotto) - non ha affrontato le eccezioni preliminari di rito, perché ha ritenuto infondati nel merito tutti e sei i motivi.

1.3. Respinto il ricorso, la società ricorrente è stata condannata al pagamento delle spese di lite in favore delle parti costituite.

2. L’Impresa di Pulizie Bilancia s.r.l. uninominale ha avanzato appello con unico articolato motivo.

2.1. L’ALER e la Lancar s.r.l. si sono costituite per resistere all’appello.

2.2. A seguito dell'ordinanza cautelare n. 6167 del 9 dicembre 2019, con la quale è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata presentata dalla società appellante, quest'ultima ha depositato motivata istanza di prelievo.

2.3. Fissata l'udienza per la trattazione di merito, le appellate hanno depositato memoria ex art. 73 cod. proc. amm.; l'appellante e la Lancar s.r.l. memoria di replica; tutte le parti note di udienza ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

2.4. In data 14 maggio 2020 la causa è passata in decisione, ai sensi di tale ultima norma, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi del comma 6 della stessa disposizione.

3. Preliminarmente va detto delle eccezioni di carenza di interesse e quindi di improcedibilità dell'appello sollevate sia da Lancar s.r.l. che da ALER Milano.

3.1. La prima è da reputarsi fondata, considerato che Lancar s.r.l. è risultata aggiudicataria del lotto 1, rispetto al quale l'Impresa di Pulizia Bilancia s.r.l. uninominale non aveva avanzato domanda di partecipazione; né la stessa ha dimostrato in corso di causa come l'eventuale esclusione dalla gara della Lancar s.r.l. potrebbe tornare utile alla sua posizione, quale aspirante all'aggiudicazione dei lotti 8, 10 o 11.

Giova tuttavia sottolineare che la Lancar s.r.l. era parte del giudizio di primo grado, in quanto controinteressata rispetto agli originari motivi di ricorso; quale parte costituita in primo grado, è stata destinataria dell'atto di appello, anche se con questo è stato riproposto uno solo dei motivi respinti con la sentenza appellata. Rispetto a tale motivo è quindi riscontrata la mancanza di legittimazione passiva e di interesse a contraddire in capo alla Lancar s.r.l.

3.2. Va invece disattesa l'eccezione formulata dalla stazione appaltante, nel presupposto che la ricorrente non avrebbe fornito la prova di resistenza, vale a dire,

con riguardo all'invocata esclusione delle imprese aggiudicatarie dei detti lotti 8, 10 e 11 (o di altri), la prova della possibilità di pervenire all'aggiudicazione in favore della Impresa di Pulizie Bilancia in caso di accoglimento dell'unico motivo di appello.

In disparte quanto sul punto argomentato (e simulato) dall'appellante, negli scritti difensivi del giudizio di appello, in merito ai complessi criteri di assegnazione dei lotti (in particolare ai sensi del paragrafo 3 del disciplinare di gara), è la stessa ALER a riconoscere che, a tutto voler concedere, l'esito positivo dell'appello potrebbe consentire all'appellante di aspirare all'aggiudicazione, al più, di uno dei tre lotti in contestazione (specificamente, il lotto 10, per il quale ha ottenuto il punteggio più alto). Tale dato è sufficiente a ritenere ammissibile il gravame, in quanto attesta la permanenza dell'interesse dell'appellante a conseguire il bene della vita oggetto già del ricorso in primo grado, consistente nell'affidamento di (almeno) uno dei tredici lotti nei quali era suddivisa la gara e di (almeno) uno dei quattro lotti per i quali si trova inserita in graduatoria.

4. Nel merito, va preliminarmente dato atto della mancata impugnazione dei capi della sentenza di primo grado con i quali sono stati respinti i primi quattro ed il sesto motivo di ricorso, al cui rigetto quindi l'Impresa di Pulizia Bilancia s.r.l. univocale ha prestato acquiescenza.

4.1. Con l'unico articolato motivo di appello (*Erroneità della sentenza del TAR per errato apprezzamento del motivo di ricorso V rispetto alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 105, co. 4, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 9, 6° cpv del Disciplinare*), è censurata la decisione di primo grado, concernente il quinto motivo di ricorso.

Con questo motivo la ricorrente aveva dedotto che la subappaltatrice "necessaria" Polirecuperi s.r.l. - cui hanno fatto ricorso alcuni concorrenti poi risultati aggiudicatari della procedura, al fine di integrare il requisito consistente nell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, per una determinata

categoria e classifica - ha *medio tempore* perso detto requisito: ne sarebbe dovuta conseguire la necessaria esclusione dei predetti concorrenti e una nuova ripartizione dei lotti in gara.

4.2. La censura è stata respinta dal primo giudice, osservando che:

<<- quanto alla controinteressata Lancar S.r.l., quest'ultima ha dimostrato di possedere in proprio il requisito in questione e, pertanto, di essere in grado di svolgere i servizi senza ricorrere in parte qua al subappalto;

- con riguardo agli altri operatori coinvolti nella censura, ad avviso del Collegio la lex specialis non può che essere interpretata, in considerazione delle peculiarità della fattispecie (caratterizzata dal fatto che la società Polirecuperi S.r.l. non era carente ab initio del requisito in questione, essendone originariamente provvista ed avendolo conservato almeno fino alla fase della verifica di anomalia), nel senso di consentire ai concorrenti aggiudicatari di sostituire Polirecuperi S.r.l. con un'altra subappaltatrice della terna da essi indicata.>>.

4.3. L'appellante critica tale decisione, richiamando, quanto ai requisiti speciali di qualificazione ed all'istituto del subappalto:

- il par. III.2.1, lett. c) del bando (dedicato alle “*Condizioni di partecipazione*”) e l'art. 7.1, lett. c) del disciplinare (recante la disciplina dei “*Requisiti di idoneità*”), che prevedevano che “*con riferimento alla prestazione di cui al punto II.1.4.c) del bando di gara è richiesta l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali di cui al D.Lgs. 152/2006 e s.m.i. [...]*”, per le categorie e classi indicate per ciascun lotto;

- il disciplinare al successivo punto “*N.B.*”, che specificava che “*Con riferimento a ciascun lotto, considerato che ai sensi dell'art. 105, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, le prestazioni oggetto della procedura sono subappaltabili nel limite massimo del 30% dell'importo contrattuale e ravvisato che la prestazione secondaria di cui al punto II.1.4.c del bando di gara è inferiore a tale quota, i concorrenti che non siano in possesso dei requisiti necessari di cui al presente punto, oltre a poter partecipare in R.T.C. con operatori economici qualificati possono interamente subappaltare*

tali prestazioni ad operatori qualificati (c.d. subappalto "qualificatorio"). Resta fermo il possesso dei restanti requisiti previsti nel bando di gara”;

- l'art. 9 del disciplinare (rubricato “Subappalto”) che prevedeva che “Ai sensi dell’art. 105, comma 6, del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., il concorrente è tenuto ad indicare nell’offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascuna tipologia di prestazione omogenea (cfr. punto II.1.4 del bando di gara) che intende subappaltare” e che “...i subappaltatori devono essere in possesso dei requisiti di cui al predetto punto 7, in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto e dichiarate in sede di gara. Il mancato possesso dei predetti requisiti in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna comporta l’esclusione del concorrente dalla gara, solo se trattasi di ricorso al subappalto c.d. necessario/qualificatorio. [...]”.

4.4. In punto di fatto risulta poi quanto segue:

- sei concorrenti (Aurora Srl; Mediterranea Srl; New Ghibli Srl; NSI Nigra Servizi Srl; Ferco Srl e Coop 2012 Soc. Coop.), privi dell’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali nei termini prescritti dalla legge di gara, si qualificavano per il tramite di Polirecuperi s.r.l., iscritta all’Albo per la categoria 1 in classe C (superiore alla classe E richiesta dal disciplinare per l’esecuzione della prestazione secondaria); anche Lancar s.r.l. si qualificava attraverso Polirecuperi s.r.l.;

- sennonché Polirecuperi s.r.l. perdeva in corso di gara l’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali per la classe richiesta, retrocedendo in classe F, come da evento iscritto presso la CCIAA in data 29 settembre 2018;

- il 23 ottobre 2018 era adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, da cui risultano gli adempimenti effettuati in precedenza, nei seguenti termini:

<<i> “...nelle sedute pubbliche dei giorni 02-03/07/2018 (per cui sono stati redatti appositi verbali) il Seggio di gara ha espletato le operazioni di qualificazione attraverso l’esame della documentazione amministrativa a corredo dell’offerta degli operatori economici concorrenti...”;

- ii) “...con PROVV/DISO/18/300 del 31/07/2018, integrato con PROVV/DISO/18/303 del 02/08/2018 sono state approvate le operazioni di qualificazione e di conseguenza le ammissioni e le esclusioni dei vari concorrenti”;
- iii) “...nella seduta riservata tenutasi nella mattinata del 24/09/2018, per la quale è stato redatto apposito verbale, la Commissione giudicatrice ha proceduto, secondo le modalità definite al punto 3 del Disciplinare di gara, alla definizione della graduatoria di ciascun lotto”;
- iv) “...nella seduta pubblica tenutasi nel pomeriggio del 24/09/2018, per la quale è stato redatto apposito verbale, la Commissione Giudicatrice ha proceduto alla comunicazione della graduatoria per ciascun lotto, rilevando per il rep. 61/2018 la presenza di un’offerta anomala ai sensi dell’art. 97 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. e ad avanzare la proposta di aggiudicazione nei confronti degli operatori le cui offerte non erano risultate anomale”;
- v) “...con note dell’11/10/2018 e 15/10/2018 il Responsabile del Procedimento ha comunicato la conclusione, con esito favorevole, delle citate verifiche in tutti i lotti”;
- vi) “...nella seduta pubblica del 17/10/2018, per la quale è stato redatto apposito verbale, la Commissione Giudicatrice, preso atto delle comunicazioni relative alla conclusione con esito favorevole delle verifiche effettuate dal Rup ai sensi dell’art. 97 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. sull’offerta anomala ed ai sensi dell’art. 95 comma 10 del predetto Decreto sulle altre offerte, ha proceduto alla proposta di aggiudicazione del lotto n. 1 ed alla conferma per i restanti lotti componenti l’appalto”;
- vii) “...in capo agli operatori per i quali è stata espressa la proposta di aggiudicazione sono state avviate le verifiche circa l’insussistenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 80 del D.Lgs. 50/2016 e sul possesso dei requisiti di cui all’art. 83 del predetto Decreto”;
- viii) “...con nota del 17/10/2018, il R.U.P. "considerata l’urgenza, visto che gli attuali contratti sono stati più volte prorogati e l’attuale scadenza risulta essere il prossimo 31/10/2018" ha chiesto di "procedere all’aggiudicazione in pendenza di verifica di requisiti">>;

- in sintesi, si è avuto che la Polirecuperi s.r.l., che aveva il requisito di idoneità professionale, risulta averlo perso -per regressione della classe di riferimento

dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali- in una data (29 settembre 2018) compresa tra l'approvazione della graduatoria definitiva dei lotti con comunicazione al Rup della proposta di aggiudicazione nei confronti degli operatori le cui offerte non erano risultate anomale (in data 23/24 settembre 2018) e l'adozione da parte della stazione appaltante del provvedimento di aggiudicazione definitiva (in data 23 ottobre 2018), a conclusione dell'esito positivo sia della verifica del possesso dei requisiti che del sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta (che aveva interessato il lotto 1).

4.5. L'appellante sostiene che, avendo Polirecuperi s.r.l. perso il requisito prima del provvedimento di aggiudicazione, le imprese aggiudicatrici che si erano avvalse di questo subappaltatore ai fini della qualificazione avrebbero dovuto essere escluse, per il venir meno di un requisito soggettivo richiesto a pena di esclusione. Infatti, a detta dell'appellante, così come la perdita in corso di gara di un requisito da parte del concorrente singolo e/o del mandante conduce all'esclusione del concorrente stesso e/o del raggruppamento, la perdita del requisito da parte del subappaltatore che ha consentito al concorrente di qualificarsi a fini partecipativi nel corso della fase pubblicitica della procedura (prima dell'aggiudicazione definitiva) si riflette, viziandole, sull'ammissione del concorrente e sull'aggiudicazione disposta a suo favore: ciò in ragione del fatto che si tratta di subappalto c.d. qualificatorio, per il quale la disciplina sarebbe assimilabile a quella del mandante di un raggruppamento che perde i requisiti in corso di gara; mentre non sarebbe applicabile a tale tipologia di subappalto, nella fase pubblicitica della gara, la disciplina che si riferisce alla "conformazione tipica" dell'istituto "ritagliata sulla fase esecutiva". In particolare, ad avviso dell'appellante, non sarebbe applicabile l'art. 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (invocato invece a sostegno del proprio operato dalla stazione appaltante) dal momento che la norma si riferirebbe alla sola fase di esecuzione del contratto, e perciò se ne ricaverebbe che in caso di obbligatoria indicazione della terna di

subappaltatori le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione in capo a un subappaltatore sarebbero diverse a seconda che tale situazione venga accertata in corso di gara (con esclusione del concorrente), ovvero in un momento successivo alla stipulazione del contratto (con sostituzione del subappaltatore); con la conseguenza che qualora si tratti di subappalto c.d. qualificatorio, la perdita del requisito di idoneità professionale in corso di gara non potrebbe dar luogo ad alcuna sostituzione con effetto “sanante” di una carenza che sarebbe direttamente imputabile al concorrente, pena un’inaccettabile violazione del principio della *par condicio* ed anche la disapplicazione della legge di gara.

5. Il motivo non merita di essere accolto.

Va premesso che non è in contestazione, nel presente giudizio, l’ammissibilità, dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dell’istituto dell’appalto c.d. necessario o qualificatorio, la cui disciplina, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata ricostruita dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9.

La validità del ricorso all’istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio anche nella vigenza dell’attuale codice dei contratti pubblici, ed anche nel settore dei servizi, è stata peraltro affermata in diverse pronunce del giudice amministrativo e nel caso di specie va presupposta, in quanto espressamente prevista dalle su riportate disposizioni della legge di gara, non fatte oggetto di impugnazione.

In particolare, il servizio oggetto dell’appalto si componeva di tre macro-prestazioni (la prima principale e le altre due secondarie) così descritte al par. II.1.4 del bando e all’art. 3 del disciplinare, tutte ricomprese in ciascuno dei 13 lotti da assegnare:

“a) servizi di pulizia scale, spazi esterni e piloty, sostituzione personale Aler, pulizia locali Aler, resa e rotazione sacchi, lavaggio cassonetti etc;

b) servizi di derattizzazione, disinfestazione, deblattizzazione e sanificazione;

c) servizi di sgombero masserizie in alloggi e relative pertinenze, parti comuni, rimozione e asporto guano”.

Per la prestazione secondaria di cui al punto II.1.4. c) -per la quale era richiesta, per i lotti in contestazione (n. 8,10 e 11), l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali categoria 1 in classe E e categoria 4 in classe F- la stessa legge di gara consentiva, trattandosi di prestazione inferiore al limite subappaltabile del 30%, ai concorrenti che non fossero in possesso dei requisiti necessari, di interamente subappaltare le prestazioni ad operatori qualificati; in tale eventualità, i concorrenti avrebbero dovuto indicare una terna di subappaltatori tutti qualificati, ed *“in possesso dei requisiti di cui al predetto punto 7, in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto e dichiarate in sede di gara”*; il mancato possesso dei requisiti in capo *“ad uno dei subappaltatori indicati nella terna”* avrebbe comportato l'esclusione del concorrente dalla gara *“solo se trattasi di ricorso al subappalto c.d. necessario/qualificatorio”*, mentre *“negli altri casi non costituisce motivo di esclusione, ma comporta, per il concorrente, il divieto di subappalto”*.

Giova precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della stazione appaltante, tra i requisiti richiesti dalla legge di gara in capo al subappaltatore vi era di certo anche l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali poiché requisito espressamente previsto nel sub paragrafo 7.1 del disciplinare, a sua volta richiamato dall'art. 9 del disciplinare. In senso contrario non si può argomentare dal fatto che quest'ultima disposizione della legge di gara facesse, a sua volta, rinvio all'art. 105, comma 4, lett. b), del codice dei contratti pubblici: questo rinvio sta a significare soltanto che il subappaltatore avrebbe dovuto essere in possesso dei requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto e dichiarate in sede di gara (ai sensi dello stesso art. 105, comma 4, lett. c).

5.1. Così chiarite le regole della gara, va confermato il dato di fatto che uno dei subappaltatori indicati nella terna a fini qualificatori da alcune delle imprese aggiudicatrici, ha perso, non l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali

bensi la classe della categoria necessaria per l'esecuzione delle prestazioni accessorie, prima dell'adozione da parte della stazione appaltante del provvedimento di aggiudicazione, pur avendo il possesso di tale requisito di idoneità alla data di presentazione delle offerte e pur avendolo mantenuto per tutto il corso della procedura di gara, certamente fino alla verifica di congruità del 20 agosto 2018 (come da visura camerale prodotta da ALER), nonché fino all'approvazione delle graduatorie dei lotti da parte della commissione giudicatrice.

5.2. La questione oggetto della presente decisione è, allora, esattamente quella posta col ricorso, in primo grado e in appello, vale a dire se sia consentita la sostituzione di uno dei subappaltatori della terna, indicato dall'impresa concorrente al fine di procurarsi per suo tramite il requisito dell'idoneità professionale per le prestazioni oggetto del subappalto (subappalto c.d. necessario o qualificatorio), qualora il subappaltatore abbia perso in corso di gara tale requisito di partecipazione, previsto a pena di esclusione.

5.2.1. Orbene, gli artt. 80, comma 5, lett. c) e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 regolano la fattispecie, sia pure in riferimento alle cause di esclusione di cui all'art. 80, prevedendo che:

- nel caso di indicazione della terna dei subappaltatori ai sensi dell'art. 105, comma 6 (disposizione la cui efficacia è stata sospesa fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 1, comma 18, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), quando emerga in corso di gara un motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80 riferibile ad uno dei subappaltatori indicati, la stazione appaltante *deve escludere* dalla procedura d'appalto l'operatore economico che abbia indicato il subappaltatore;
- invece, nella fase esecutiva dell'appalto, la sanzione prevista nella stessa eventualità è quella della *necessaria sostituzione del subappaltatore* da parte dell'«affidatario».

In conformità alla lettera delle due disposizioni ed ai principi generali in tema di procedure di affidamento, va disattesa l'interpretazione sostenuta dalla stazione appaltante, secondo cui l'art. 105, comma 12, sarebbe applicabile in via diretta anche prima della stipulazione del contratto, addirittura prima del provvedimento di aggiudicazione, una volta che sia stata formata e comunicata alla stazione appaltante la graduatoria che individua l'operatore economico aggiudicatario.

Sebbene, infatti, si possa convenire con ALER nell'interpretazione secondo cui l'art. 32 dell'attuale codice dei contratti pubblici, a differenza di quanto accadeva col d.lgs. n. 163 del 2006, non distingue più tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva e colloca quest'ultima a ridosso della proposta di aggiudicazione (comma 5), prima quindi della verifica del possesso dei requisiti, che ne costituisce solo condizione di efficacia (comma 7), è da ritenersi che nel caso in cui non vi sia stato alcun formale provvedimento di aggiudicazione da parte della stazione appaltante - nel caso di specie, nessun provvedimento prima di quello adottato il 23 ottobre 2018- la proposta di aggiudicazione non consenta affatto di ritenere chiusa la fase pubblicistica di scelta del contraente né di applicare l'art. 105, comma 12. Infatti, manca ancora l'*affidatario* dell'appalto, in capo al quale soltanto insorgono le obbligazioni di indicazione del subappaltatore esecutore entro venti giorni dalla data di inizio dell'esecuzione, nonché di deposito del contratto di subappalto e di trasmissione alla stazione appaltante della restante documentazione di cui all'art. 105, comma 7. In conclusione, l'art. 105, comma 12, è norma applicabile alla fase esecutiva, non anche alla fase della procedura di gara.

5.2.2. La disciplina del codice dei contratti pubblici fin qui esposta va tuttavia interpretata -per come opposto dalla difesa di ALER con le memorie conclusive- alla luce della recente decisione della Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020 in causa C-395/18.

Proprio con riferimento al recepimento degli artt. 57 e 71 della direttiva 24/2014/UE attuato nel nostro ordinamento con gli artt. 80, comma 5, e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, il T.a.r. per il Lazio, con ordinanza 29 maggio 2018, n. 6010, ha posto alla Corte UE i seguenti quesiti interpretativi:

“c1) se la normativa interna sia compatibile con quella eurounitaria nella parte in cui si prevede l'esclusione di un concorrente per una violazione commessa non da lui ma da altro soggetto, ossia dal subappaltatore indicato in sede di gara;

c2) se la normativa interna sia compatibile con quella eurounitaria nella parte in cui si prevede, nel corso della procedura di aggiudicazione, la sola “esclusione” e non anche la semplice “sostituzione” del subappaltatore che non sia in regola con i suddetti obblighi;

c3) in via subordinata, se una esclusione automatica di questo tipo risulti in ogni caso conforme rispetto al principio di proporzionalità di derivazione comunitaria.”.

La Corte di Giustizia, disattese le prime due ipotesi di violazione del dettato eurounitario, ha ritenuto la normativa interna non conforme a quest'ultimo, quanto al principio di proporzionalità, ed ha perciò dichiarato che *“L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.”.*

Risulta così confermato dalla Corte di Giustizia quanto già prospettato nel parere di questo Consiglio di Stato, 3 novembre 2016, n. 2286 (richiamato dall'Aler), nel quale, in riferimento proprio all'art. 105, comma 12, si è affermato che *“Tale previsione*

costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali.

Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara.

Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria.

Sembrerebbe peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.”.

Siffatta interpretazione “comunitariamente orientata” è oggi imposta dalla sopravvenuta decisione della Corte di Giustizia, secondo cui non è consentita l'esclusione automatica dell'impresa concorrente che abbia indicato un subappaltatore per il quale siano emerse in corso di gara cause di esclusione, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la sostituzione del subappaltatore.

5.2.3. Sebbene si tratti di conclusione riferita ai motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 essa va estesa analogicamente all'ipotesi in cui il subappaltatore indicato sia risultato privo dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione da subappaltare. Tale ipotesi è infatti oggettivamente meno grave della ricorrenza di una causa di esclusione ed, ai fini della possibilità della sostituzione del subappaltatore, è a maggior ragione equiparabile a quest'ultima, come dimostrato dalla previsione dell'art. 71, comma 6, della direttiva 2014/24/UE

che individua la sostituzione del subappaltatore come rimedio praticabile in caso di sussistenza sia di motivi obbligatori di esclusione sia di motivi non obbligatori di esclusione; d'altronde detta equiparazione è riconosciuta già dal citato parere n. 2286/2016 di questo Consiglio di Stato, con cui si è ritenuta possibile la sostituzione del subappaltatore, anche quando indicato in gara, se sia risultato privo dei requisiti oppure della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare.

5.3. L'appellante sostiene che tale sostituzione non sarebbe comunque possibile nel caso in cui si tratti di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, sia in base a principi generali perché a tale tipologia di subappalto non sarebbe applicabile la disciplina in materia di subappalto che valorizza il ruolo tipico dell'istituto nella fase esecutiva del contratto; sia specificamente in base alle disposizioni della legge della gara *de qua*, perché il disciplinare prevedeva espressamente l'esclusione del concorrente, privo dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, che avesse dichiarato di voler subappaltare per intero le prestazioni accessorie ad un subappaltatore indicato nell'offerta, ma risultato a sua volta privo dello stesso requisito di idoneità professionale per tali prestazioni.

Nessuno dei due indicati profili di censura merita favorevole apprezzamento.

5.3.1. Il primo è smentito dalla ricostruzione dell'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio effettuata dalla citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2015, secondo cui, anche quando consentito per supplire la carente qualificazione del concorrente rispetto alle opere da subappaltare, il subappalto continua ad essere *“un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice [...]”*.

Si tratta di affermazione che pienamente si condivide e che non trova smentita nelle norme sul subappalto introdotte dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare

in quella del sesto comma, che ha reso obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta per gli appalti ivi considerati. Infatti, in disparte la sospensione dell'efficacia di tale comma fino al 31 dicembre 2020 (di cui si è detto e che non trova applicazione nell'appalto *de quo*), la disposizione si limita ad imporre, ai fini della validità del subappalto, oltre alle condizioni di cui al quarto comma dello stesso art. 105, l'indicazione appunto della terna dei subappaltatori in sede di offerta. Poiché tale indicazione non era richiesta invece dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, norma sulla quale si è pronunciata l'Adunanza Plenaria, la citata sentenza ha perso di attualità -fatta salva peraltro la sospensione dell'art. 105, comma 6, disposta, come detto, dalla normativa sopravvenuta- soltanto nella parte in cui ha affermato che *“l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come “subappalto necessario”)*”.

Tuttavia, non è certo vero il contrario: l'obbligatoria (per legge o per disciplinare, come nel caso di specie) indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta e l'indicazione nell'offerta dei servizi che si intendono subappaltare ad uno dei tre subappaltatori indicati, non trasforma il subappalto c.d. necessario o qualificatorio in un istituto diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, trattandosi all'evidenza di due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse (cfr., in tale senso, anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2015 cit.).

A differenza di quanto accade con l'avvalimento, il rapporto con l'impresa subappaltatrice, anche nel caso di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, non è attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, comma 7 (in tema di

obbligazioni che, come già detto, sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) e comma 8 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei comma successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla fase esecutiva, e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto.

Ne consegue che l'interpretazione "comunitariamente orientata" degli artt. 80, comma 5, lett. c) e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, quale risulta a maggior ragione dopo la sentenza della Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020 in causa C-395/2018, comporta che, quando è indicata una terna di subappaltatori in sede di offerta, l'esclusione del concorrente che abbia indicato un subappaltatore privo dei requisiti o della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare non è automatica, anche qualora si tratti di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, al quale cioè abbia fatto ricorso il concorrente sprovvisto di qualificazione impegnandosi a subappaltare l'esecuzione delle relative prestazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione. Pertanto, è rimesso alla stazione appaltante consentire la sostituzione del subappaltatore, a maggior ragione quando gli altri subappaltatori indicati nella terna abbiano requisiti e qualificazione.

5.3.2. Occorre tuttavia verificare se, come sostiene l'appellante, tale possibilità fosse esclusa dalla legge di gara, laddove al punto 9 del disciplinare prevedeva espressamente che *"...i subappaltatori devono essere in possesso dei requisiti di cui al predetto punto 7, in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto e dichiarate in sede di gara. Il mancato possesso dei predetti requisiti in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, solo se trattasi di ricorso al subappalto c.d. necessario/qualificatorio. Negli altri casi non costituisce motivo di esclusione, ma comporta, per il concorrente, il divieto di subappalto"*.

La lettura che ne ha dato il giudice di primo grado è corretta e va confermata, perché, tra più interpretazioni compatibili col dato letterale, viene preferita quella che

interpreta la previsione del disciplinare di gara in modo più conforme possibile alla disciplina del subappalto risultante dal dettato euro-unitario, ed in specie dagli artt. 57 e 71 della direttiva 2014/24/UE, come interpretati dalla Corte di Giustizia.

Essa va infatti intesa nel senso che l'esclusione del concorrente dalla gara avrebbe dovuto essere disposta dalla stazione appaltante soltanto nel caso in cui uno dei subappaltatori indicati non avesse avuto i requisiti *ab initio*, cioè sin dal momento della sua indicazione in sede di offerta; poiché già così intesa la disposizione è di dubbia legittimità (ove se ne tragga il corollario dell'automatismo di tale esclusione), essa non può certo essere interpretata nel senso di estendere la sanzione dell'esclusione (automatica) al caso in cui il subappaltatore abbia *perso* tale requisito in corso di gara, come accaduto alla Polirecuperi s.r.l.

Ben si può ritenere pertanto –così come ha ritenuto il primo giudice- per un verso, che in tale eventualità, la legge di gara rendesse possibile alla stazione appaltante di consentire all'operatore economico come Lancar s.r.l., avente il requisito in proprio, di eseguire direttamente le prestazioni accessorie e, per altro verso, agli altri concorrenti aggiudicatari di sostituire Polirecuperi s.r.l. con un'altra subappaltatrice della terna da essi indicata (sulla cui idoneità professionale la ricorrente non ha mosso contestazione alcuna).

6. L'appello va quindi respinto.

6.1. La novità della questione di diritto posta col motivo esaminato, riscontrata dalla sopravvenienza in corso di giudizio della sentenza della Corte di Giustizia 30 gennaio 2020, più volte citata, consente di compensare per giusti motivi le spese del grado nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti della Lancar s.r.l. (anche considerato quanto detto sopra a proposito della sua qualità di parte già nel giudizio di primo grado).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese processuali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO