

N. 00879/2016REG.PROV.COLL.
N. 00932/2015 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 932 del 2015, proposto da:
Valbasento Lavori Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe
Tepedino, con domicilio eletto presso Giovanni Bruno in Roma, Via
Savoia N.31;

contro

Società Ferrovie Appulo - Lucane Srl, rappresentato e difeso dagli
avv. Luciano Martucci, Alvisè Vergerio Di Cesana, con domicilio
eletto presso Alvisè Vergerio Di Cesana in Roma, Via G. P. Da
Palestrina, 19;

nei confronti di

Consorzio Stabile Valori Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Marco
Petrone, Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso Francesco
Mollica in Roma, Via E. Gianturco, 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00759/2014, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I, n. 00759/2014, resa tra le parti, concernente affidamento della progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano integrato di sviluppo urbano sostenibile - città di Potenza - servizio ferroviario metropolitano hinterland potenzino - lotto 1.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Ferrovie Appulo - Lucane Srl e di Consorzio Stabile Valori Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2015 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Martucci, Vergerio Di Cesana e Petrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con il ricorso in trattazione la società Valbasento ha impugnato la sentenza in epigrafe specificata, con la quale il TAR della Basilicata ha accolto il ricorso, proposto da s.c.a.r.l. Consorzio stabile valori, per ottenere l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- degli atti ed operazioni concernenti la procedura aperta, indetta dalla Società Ferrovie Appulo Lucane, ex art. 53 comma 2, lett. c), d.lgs. 163/2006, per l'affidamento della "progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano

integrato di sviluppo urbano sostenibile - Città di Potenza - Servizio Ferroviario Metropolitano Hinterland Potenzino - Lotto 1", nella parte in cui con gli stessi si è dato luogo all'aggiudicazione della procedura in favore di Valbasento Lavori S.r.l.;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura in favore di Valbasento Lavori;

- all'occorrenza, della nota n. prot. DE/1943 del 3.3.2014, a mezzo della quale la stazione appaltante ha comunicato ai ricorrenti l'intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura, ex art. 79 D.lgs. 163/2006;

- della nota prot. 1705 dd. 25.2.2014, con la quale la stazione appaltante ha riscontrato negativamente l'istanza di riesame degli esiti concorsuali, ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. 163/2006;

- per quanto di ragione, dell'aggiudicazione provvisoria;

- ove occorra, di tutti gli atti ed i verbali inerenti l'operato del seggio di gara e della stazione appaltante, ivi compresi i verbali delle sedute pubbliche del 13 e 23 settembre 2013, del 3, 4, e 23 ottobre 2013, del 28, 29 e 30 novembre, 2013, del 5 e del 9 dicembre 2013, nonché di ogni ulteriore verbale o atto ancorché non conosciuto;

- ove occorra, dei verbali anche istruttori relativi alla valutazione ed alla verifica dell'offerta aggiudicataria, nella misura in cui con essi si è ammesso a partecipare alla procedura il concorrente Valbasento Lavori e si è proceduto alla valutazione della relativa offerta.

La ricorrente aveva altresì chiesto:

- il subentro nel contratto eventualmente stipulato con l'impresa aggiudicataria, previa dichiarazione d'inefficacia ex artt. 121 e/o 122 del codice del processo amministrativo, del contratto stesso;

- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non avesse trovato soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dei ricorrenti, con richiesta di condanna della stazione appaltante intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

2.- Dalla predetta e gravata pronuncia risulta quanto segue.

2.1. La società Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., indiceva una procedura aperta per l'affidamento della “progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano integrato di sviluppo urbano sostenibile (P.I.S.U.S.) - Città di Potenza - Servizio Ferroviario Metropolitano Hinterland Potentino — Lotto 1”, per un importo complessivo posto a base di gara pari ad euro 8.426.511,65, individuando, quale criterio di aggiudicazione, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

A tale procedura comparativa prendevano parte, tra gli altri, il raggruppamento temporaneo di imprese – R.T.I. tra Consorzio Valori s.c.a.r.l. e società Tecnomec Engineering s.r.l. e la società Valbasento Lavori s.c.r.l..

2.1. Espletate le operazioni di gara, nella seduta del 9 dicembre 2013, la stazione appaltante ha formato la graduatoria di merito, ove al primo posto è risultata collocata la società Valbasento Lavori, con il punteggio complessivo di 85,14 punti (di cui 50,14 sui 65 previsti per l’offerta tecnica), e, al secondo posto, il R.T.I. Valori con 84,5 punti (di cui 58,80 sui 65 previsti per l’offerta tecnica).

Successivamente, con nota del 3 marzo 2014, la stazione appaltante informava lo stesso R.T.I. Valori, ex art. 79 d.lgs. n. 163/2006, dell’intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura di cui

trattasi alla medesima società Valbasento Lavori, peraltro, dopo aver riscontrato negativamente l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale formulata dallo stesso R.T.I., ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006. Di qui il cennato ricorso del raggruppamento citato, accolto dal TAR che, rigettate le eccezioni di controparte, ha riconosciuto la fondatezza :

-del motivo che lamentava come la società Valbasento, priva della qualificazione nella categoria prevalente OG3, classifica V, avesse fatto ricorso all'avvalimento per i requisiti speciali posseduti dalla società Bulfaro s.p.a., senza tuttavia aver prodotto a tal fine un contratto di avvalimento valido e conforme alle normativa primaria di riferimento;

- del motivo di ricorso che evidenziava come l'originaria aggiudicataria, in quanto priva di adeguata qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria previste dal bando, fosse tenuta ad individuare ed indicare, nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto, l'impresa subappaltatrice, nonché a dimostrare il possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate.

Il Tribunale, pertanto ha annullato gli atti impugnati, assorbendo le altre censure non esaminate.

4.- Contro la sentenza ha proposto l'odierno appello, la società Valbasento. Il ricorso, cui resistono l'Amministrazione appaltante e l'appellata, è stato trattenuto in decisione all'udienza del 4 giugno 2015.

DIRITTO

- E' controversa la legittimità dell'affidamento dell'appalto in fatto specificato, alla ditta appellante (priva della qualificazione richiesta

per la categoria prevalente di opere scorporabili), affidamento contrastato con successo dall'odierna appellata per la inidoneità del contratto di avvalimento proposto e le omesse indicazione (nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto) di impresa subappaltatrice e dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate.

1.- La Sezione, preliminarmente, ritiene di evidenziare come la ricostruzione in fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non sia stata contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64 comma 2 del codice del processo amministrativo, deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

2.1.- Nel merito, dall'atto d'appello emerge la formulazione contro la sentenza di quattro ordini di censure.

a).- Il primo evidenzia che il contratto di avvalimento concluso tra l'appellante Valbasento e la società Bulfaro recava senza dubbio il concreto impegno della seconda (ditta ausiliaria) a prestare i propri requisiti alla prima (ditta ausiliata), e a prova di ciò riporta il testo del contratto di avvalimento sul punto. In contrario il TAR ha rilevato la violazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, sia poiché la società Valbasento, priva della qualificazione nella categoria prevalente OG3, classifica V, avrebbe fatto ricorso all'avvalimento per i requisiti speciali posseduti dalla società Bulfaro s.p.a., mediante un contratto privo di "ogni compiuta, esplicita ed esauriente indicazione del relativo oggetto: ossia delle risorse e dei mezzi prestati, indicati in modo determinato e specifico", sia perché, più in generale, difetterebbe l'impegno contrattuale a mettere a disposizione tali risorse e mezzi". La censura è infondata.

Il testo del contratto, correttamente riportato dall'appellante, mostra in altrettanta chiarezza che l'impegno delle imprese, riguardava unicamente i requisiti SOA (dei quali, per la categoria OG3,cl.7 l'impresa ausiliata era priva), restando quindi confermato sia che la pattuizione rivestiva semplicemente la valenza di autorizzazione ad utilizzare l'iscrizione (dunque uno dei requisiti di partecipazione), sia che nessuna menzione il contratto reca sul diverso contenuto del contratto di avvalimento, che postula in effetti (ai sensi delle norme citate) una esplicita ed esauriente indicazione del relativo oggetto, in particolare che le risorse ed i mezzi da prestare alla ditta ausiliata siano indicati in modo determinato e specifico. Correttamente pertanto il primo giudice, nel ritenere violati articoli 49 d.lgs. n. 163/2006 e 88 del d.P.R. n. 207/2010, (ma anche artt. 1325 e 1418 cod. civ.), ha sottolineato che sia la cennata normativa sia la giurisprudenza di questo Consesso (entrambe recepite dalla prescrizione del bando sul punto) richiedono, a pena di esclusione, una estrema completezza del contratto di avvalimento, che non si ravvisa invece nel caso in esame.

Ed invero occorre tener presente che l'esigenza di una applicazione in senso rigoroso di dette disposizioni si giustifica proprio per il fatto che l'avvalimento tende a supplire in via assolutamente sostanziale alla carenza del fondamentale requisito di partecipazione quale la qualificazione nella categoria prevalente e senza la quale non è possibile partecipare alla procedura.

b). – Sulla stessa questione verte anche la seconda doglianza, che domanda la riforma della sentenza ove ha ritenuto irrilevante la dichiarazione di disponibilità resa della ditta Bulfaro. La censura, che tenta di superare la genericità, rilevata dal primo giudice, degli elenchi

del personale e del parco macchine messi a disposizione dalla ditta ausiliante, non può essere accolta. In realtà il TAR ha rafforzato la valutazione di insufficienza dell'impegno assunto, ove ha rilevato la natura meramente ipotetica della disponibilità di fornitura di materiali e mezzi e della valutazione dei costi che deve precederla. Anche la dichiarazione suddetta si conferma perciò insufficiente.

c).- Il terzo motivo riguarda l'omessa indicazione, nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto, dell'impresa subappaltatrice, nonché del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate. Sul punto l'appellante, riproponendo il quarto motivo di prime cure, sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, l'art. 118, comma 2, del codice degli appalti e l'art.92 del regolamento non recano alcun obbligo del concorrente, che dichiara di voler ricorrere al subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice. Anche questa censura non può trovare accoglimento.

Al riguardo la Sezione non ritiene di doversi discostare dall'orientamento più volte espresso, e richiamato dal TAR, (C.d.S., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4229; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), per il quale "l'art. 118, comma 2, del d.l.vo 12 aprile 2006, n. 163, va applicato tenendo presente che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole

ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione deve indicare il subappaltatore e dimostrare il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione”.

d).- Infine un quarto mezzo sostiene la necessità di riformare la sentenza ove ha ritenuto valida l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza aziendale, nonostante che il bando di gara non ne prescriva l'indicazione; l'esclusione violerebbe quindi gli artt. 86 ed 87 del decreto n.163/2006 (codice degli appalti) che non prescrivono di fornire detti elementi. Anche questo motivo è infondato, risultando corretto l'orientamento espresso dal TAR. Ed in effetti “ L”indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce, in virtù degli artt. 86, n. 3-bis, e 87, n. 4, d. lgs. n. 163 del 2006, un adempimento imposto dalla legge. Inoltre, l'art. 26, n. 6, del d. lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, stabilisce che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”.

Quanto all'osservazione in contrario secondo cui il bando non reca una espressa clausola di esclusione dalla gara per detta omissione, va sottolineato che questa rende l'offerta incompleta di un requisito la cui essenzialità è direttamente stimata dalla legge, sicchè sul punto appare condivisibile l'orientamento (anch'esso citato dalla sentenza ed espresso anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) per il quale "l'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione in seno alla *lex specialis*, attesa la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme citate, idonea ad eterointegrare le regole procedurali" (pareri 17 luglio 2013, n. 118, e 9 maggio 2013, n.77).

3.- Le questioni testè vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4.- Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

5.- Le spese del presente giudizio seguono il principio della soccombenza (art. 91 c.p.c.).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello.

Condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore delle parti costituite, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida complessivamente un Euro tremila(3.000), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)