

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza del 7 luglio 2014 n. 3449 sulla tempestività del ricorso proposto avverso la (sola) aggiudicazione definitiva dell'appalto e non anche avverso l'aggiudicazione provvisoria

La massima

Alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione del concorrente non risultato aggiudicatario, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima e in riferimento esclusivamente al quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (1). Nessuna acquiescenza o decadenza può pertanto verificarsi nel caso di mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria *(a cura della redazione della Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania)*.

La nota

1. Tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 27.03.2013, n. 1828; 15.02.2013, n. 936; Sez. III, 11.02.2013, n. 763.

La sentenza

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 4284 del 2013, proposto da: IMPRESA ANTONIO FERRARA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Titomanlio e Raffaele Titomanlio, con domicilio eletto presso l'avvocato Federico Titomanlio in Roma, via Cola di Rienzo, n. 111;

contro

GALASSO COSTRUZIONI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso lo Studio Avvocati Associati Regus in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

nei confronti di

COMUNE DI ALBERONA, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, Sez. I, n. 565 del 16 aprile 2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di completamento delle infrastrutture area p.i.p. intercomunale Alberona-Roseto Valfortore;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Galasso Costruzioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Federico Ttolanlio e Giuliano Di Pardo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Alberona con bando in data 21 febbraio 2012, rettificato l'8 marzo 2012, ha indetto una gara a procedura aperta, ai sensi degli artt. 3, comma 37, 54, 55 e 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per l'affidamento dei lavori di completamento delle infrastrutture dell'area PIP (in agro di Alberona) intercomunale fra i comuni di Alberona e Roseto Valfortore, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 10 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, per un importo complessivo di €. 531.309,25 (di cui €. 512.592,25 per lavori a base d'asta ed €. 18.717,00 per oneri di attuazione dei piani di sicurezza, non soggetti a ribasso.

All'esito della gara i lavori in questione sono stati aggiudicati definitivamente alla s.r.l. Ferrara, la cui offerta ha conseguito punti 80,723/100, con determina n. 172 del 18 giugno 2012.

2. La s.p.a. Galasso Costruzioni, seconda classificata con punti 77,066/100, con il ricorso n. 1179 del 2012 ha chiesto al TAR per la Puglia l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e di

tutti gli atti dell'intera procedura di gara (bando di gara, disciplinare, capitolato speciale d'appalto, schema di contratto; chiarimenti del comune in ordine al contenuto del bando di gara e del disciplinare; provvedimento di nomina della commissione giudicatrice e relativi verbali della gara; provvedimento di aggiudicazione provvisoria; diniego, espresso o tacito, in ordine al preavviso di ricorso; del contratto di appalto, se già stipulato), lamentando la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria società Ferrara s.r.l.

La ricorrente ha dedotto tre motivi di censura, rubricati rispettivamente:

“I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 118 e 119, art. 38 e 40 D. Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli art. 108 c. 3, 109 c. 2, 92 c. 1, DPR 207/2010. Invalidità della dichiarazione di subappalto. Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara; difetto di qualificazione per violazione e/o falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di principi di qualificazione; difetto di istruttoria; eccesso di potere”;

- “II. Violazione e falsa applicazione art. 53 Codice Appalti; violazione e falsa applicazione DPR 207/2010; Violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa”;

- “III. Violazione e falsa applicazione D. Lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione DPR 207/2010; Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; Violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa”.

In sintesi, secondo la ricorrente, l'aggiudicataria, in quanto priva di adeguata qualificazione nella categoria scorporabile OG10 (lavorazione pari al 12,25% dell'appalto) avrebbe dovuto procedere immediatamente all'indicazione dell'impresa subappaltatrice e alla dimostrazione del possesso dei requisiti di quest'ultimo, vertendosi in ipotesi di subappalto necessario, non essendo sufficiente la mera dichiarazione di subappaltare tale parte dei lavori; inoltre, violando le prescrizioni della lex specialis, la predetta aggiudicataria aveva formulato la propria offerta computando le lavorazioni a misura, invece

che a corpo, ed introducendo modifiche e varianti che la rendevano inattendibile, inaffidabile e non immediatamente cantierabile.

E' stata proposta anche domanda di risarcimento del danno, in forma specifica ovvero per equivalente.

3. Mentre il Comune di Alberona ha solo resistito al ricorso, insistendo per il suo rigetto, la soc. Ferrara s.r.l., oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza sotto una pluralità di profili, ha proposto anche un ricorso incidentale, lamentando l'erronea ammissione alla gara della soc. Galasso Costruzione per:

- "1. Violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione", per la mancata dichiarazione di non trovarsi in situazione di amministrazione controllata;

- "2. Violazione di legge (art. 53 Dlgs 163/2006 e s.m.); violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d.5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione", per la erronea dichiarazione relativa alla presa d'atto dell'appalto dei lavori da eseguirsi, a corpo e a misura, invece che solamente a corpo;

- "3. Violazione di legge (art. 33 DPR 207/2010; in particolare lett. c) e d); Violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d.5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione", per l'erronea valutazione dell'offerta carente della

documentazione indispensabile (relazioni specialistiche, elaborati grafici comprensivi degli elaborati e calcoli esecutivi degli impianti).

4. Sia la ricorrente principale che quella incidentale hanno proposto motivi aggiunti, con cui hanno sostanzialmente ribadito le censure svolte, ulteriormente illustrandole.

4. L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 565 del 16 aprile 2013, ha esaminato preliminarmente i motivi di censura articolati nel ricorso incidentale, rigettandoli siccome infondati; dopo aver poi respinto le eccezioni preliminari di inammissibilità e tardività del ricorso principale, lo ha accolto alla stregua della ritenuta fondatezza del primo motivo di censura (con assorbimento degli altri), respingendo anche i motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Ad avviso del TAR, infatti, era illegittima la dichiarazione di subappalto formulata dall'aggiudicataria priva dell'immediata indicazione dell'impresa subappaltatrice e della dimostrazione del possesso in capo alla predetta impresa sub-appaltatrice dei requisiti di qualificazione in relazione alla categoria OG10, pari al 12,25% dell'intero appalto, sul presupposto che di tale qualificazione era singolarmente sfornita proprio l'aggiudicataria: ciò in virtù del combinato disposto della previsione del bando, secondo cui la categoria OG10 è qualificata scorporabile "a qualificazione obbligatoria", nonché degli artt. 108 e 109, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, vertendosi in ipotesi di subappalto necessario, assimilabile all'avvalimento; il tutto senza considerare che i lavori rientranti nella predetta categoria OG10 avrebbero potuto essere oggetto di subappalto solo nella misura del 30% (punto sul quale la censura svolta con i motivi aggiunti al ricorso incidentale era tardiva) e non per l'intero.

Non essendo stato stipulato il contratto, né consegnato il cantiere, i primi giudici hanno ritenuto ammissibile la reintegrazione in forma specifica, respingendo la domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

5. La s.r.l. Ferrara ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostenendo innanzitutto l'erroneità e l'infondatezza del primo motivo del ricorso principale, che sarebbe stato accolto dai primi giudici con motivazione approssimativa e contraddittoria, priva di qualsiasi fondamento normativo; essa ha dedotto

poi la nullità della clausola del bando nella parte in cui limitava per i lavori rientranti nella categoria OG10 la possibilità del subappalto al 30%, invece che per l'intero, sottolineando la contraddittorietà tra le clausole di cui rispettivamente alle pagine 23 e 56 del disciplinare di gara, ed ha riproposto poi il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale e le eccezioni preliminari, tutte respinte, a suo avviso, ingiustamente con motivazione frettolosa ed assolutamente non condivisibile.

La s.p.a. Galasso Costruzioni ha resistito all'appello, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e riproponendo tutti gli altri motivi di ricorso formulati in primo grado e non esaminati per assorbimento.

Il Comune di Alberona non si è costituito in giudizio.

6. Con l'ordinanza n. 2814 del 24 luglio 2013, la Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, fissando per la trattazione nel merito dell'appello l'udienza pubblica del 14 gennaio 2014.

Le parti costituite hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive.

7. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Come emerge dall'esposizione in fatto attraverso i motivi di appello e le deduzioni difensive svolte dall'appellata s.p.a. Galasso Costruzioni, sono state interamente devolute al giudice d'appello tutte le questioni sollevate in primo grado con il ricorso incidentale e con il ricorso incidentale.

Chiarezza espositiva e ragioni logico – sistematiche suggeriscono pertanto di procedere al loro esame, così come già effettuato nel corso del primo grado di giudizio.

8.1. Devono pertanto essere innanzitutto esaminati i motivi di appello con cui la s.r.l. Ferrara ha riproposto i corrispondenti motivi del ricorso incidentale 'paralizzante', in quanto teso alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale s.p.a. Galasso Costruzioni.

8.1.1. Con il primo [“I. Violazione della lex specialis di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del

Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione”], era stata dedotta la mancata dichiarazione da parte della predetta s.p.a. Galasso Costruzioni di non versare nella situazione di amministrazione controllata: l'appellante ha lamentato al riguardo l'erroneità della sentenza impugnata, secondo cui la necessità di una tale dichiarazione non sarebbe stata evincibile dalla *lex specialis*, essendo riportata solo nello schema (non vincolante e da utilizzare solo preferibilmente) di domanda allegata al bando, senza tener conto del fatto che tale modello sarebbe stato un (altro) elemento facente parte degli atti di gara e quindi da rispettare a pena di esclusione.

La censura non può essere accolta.

I primi giudici hanno correttamente osservato che né il bando di gara, né il disciplinare di gara, contengono l'obbligo per i concorrenti di dichiarare di non versare nella situazione di amministrazione controllata, limitandosi la *lex specialis*, quanto alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali di partecipazione, a rinviare al contenuto dell'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, che peraltro neppure contiene un richiamo alla situazione di amministrazione controllata, quale causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto.

Peraltro, anche a voler prescindere dalla considerazione che, ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006, i bandi di gara e le lettere di invito non possono contenere ulteriori previsioni a pena di esclusione oltre a quelle stabilite dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento e da altre disposizioni di leggi vigenti, occorre rilevare che lo schema di domanda allegato al bando non costituisce affatto parte integrante della *lex specialis* della gara, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara.

Eventuali contrasti tra quanto riportato nel predetto schema di domanda, concretamente utilizzato dal concorrente, e le disposizioni proprie della *lex specialis*, soprattutto per l'ipotesi di mancate dichiarazioni

a pena di esclusione ovvero allorché tale contrasto determini ambiguità o equivocità sulla esatta portata delle dichiarazioni da rendere, non possono determinare *ex se* l'esclusione del concorrente, imponendo piuttosto all'amministrazione di esercitare il c.d. dovere di soccorso, quale corollario del principio di buon andamento e di imparzialità, applicabile dall'amministrazione nei confronti dell'impresa.

8.1.2. Non merita censura la decisione di primo grado neppure nella parte in cui ha respinto il secondo motivo del ricorso incidentale, riproposto in sede di appello, con cui [deducendo “2. Violazione di legge (art. 53 Dlgs 163/2006 e s.m.); violazione della *lex specialis* di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d.5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione”] era stata lamentata l'erroneità della dichiarazione della s.p.a. Galasso Costruzioni quanto alla presa d'atto dei lavori oggetto dei lavori da eseguirsi, a corpo e a misura, come effettivamente dichiarato, invece che solamente a corpo, come previsto dallo schema di domanda allegata al bando.

Possono essere sul punto infatti ribadite le osservazioni svolte nel paragrafo precedente in ordine alla natura di mero strumento di ausilio dello schema di domanda allegata al bando di gara, schema privo di qualsiasi finalità di integrazione della *lex specialis*, così che l'eventuale errore in cui è incorso il concorrente per il suo utilizzo e per aver prodotto dichiarazioni carenti o incomplete, lungi dal comportare l'esclusione dalla gara, avrebbe tutt'al più imposto all'amministrazione l'obbligo di chiedere l'integrazione della dichiarazione stessa.

Del resto, la dedotta incompletezza della medesima dichiarazione è di natura esclusivamente formale, non avendo avuto in realtà alcun effetto diretto sull'offerta prodotta (in tal senso infatti nessuna ulteriore adeguata censura è stata mossa sull'offerta della s.p.a. Galasso Costruzioni).

8.1.3. Anche il terzo motivo del ricorso incidentale [rubricato “3. Violazione di legge (art. 33 DPR 207/2010; in particolare lett. c) e d); Violazione della *lex specialis* di gara (punto 18, a pagina 8, del Bando, e punto VI e VI.1 del Disciplinare di gara); nonché punto III.2.1.1. del bando e del punto VI 1 a) del Disciplinare; Violazione dei punti b, b3, b.4, b.5 ivi pag. 34 del Disciplinare, e lettera d.5 sub. 1 a pag. 36 del Disciplinare; Violazione del principio della *par condicio* – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Ingiustizia manifesta – Carente ed erronea istruttoria – Erronea presupposizione”], con cui era stata sostenuta l’illegittimità della valutazione dell’offerta presentata dalla società Galasso Costruzione a causa della carente documentazione (relazioni specialistiche, elaborati grafici comprensivi degli elaborati e calcoli esecutivi degli impianti) concernente le migliorie offerte per l’impianto di illuminazione e per quello di depurazione ed in considerazione dell’elevato punteggio che sarebbe stato assegnato dalla commissione giudicatrice, è stato convincentemente respinto dai primi giudici.

Infatti la tesi della carenza documentale - da cui sarebbe stata affetta, secondo la tesi della società Ferrara s.r.l., l’offerta presentata dalla Galasso Costruzioni S.p.A. - è imperniata sull’elencazione contenuta nell’art. 33 del d.P.R. n. 207: tale disposizione, tuttavia, riguarda i documenti che devono essere contenuti nel progetto esecutivo e non può quindi trovare applicazione nel caso di specie, che concerne invece la documentazione relativa alle varianti migliorative che i concorrenti avrebbero potuto apportare alla propria offerta.

Pertanto, come hanno puntualmente sottolineato i primi giudici, oltre alla pacifica circostanza che la *lex specialis* non indicava neppure quale specifica documentazione dovesse accompagnare ai fini della loro valutazione le eventuali proposte migliorative ovvero l’estensione dell’intervento previsto in progetto (illuminazione, impianto di video sorveglianza, etc.), la eventuale carenza documentale sul punto, piuttosto che comportare l’esclusione dalla gara, come sostenuto dall’appellante/ricorrente incidentale, non poteva che determinare la non valutabilità di tale aspetto dell’offerta.

Ciò del resto è perfettamente coerente con la *lex specialis*, che considerava l'estensione dell'intervento previsto in progetto (illuminazione, impianto di video sorveglianza, etc.) un sub – elemento di valutazione cui era attribuibile fino ad un massimo di venticinque punti.

Altrettanto condivisibilmente, poi, i primi giudici hanno ritenuto insindacabile la valutazione di quell'elemento dell'offerta presentata da Galasso Costruzioni S.p.A. ed il relativo punteggio assegnato dalla commissione giudicatrice, essendo essi espressione dell'ampia discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione, discrezionalità non sindacabile dal giudice amministrativo salvo che non sia macroscopicamente affetta da irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà, illogicità o travisamento di fatti, di cui nel caso di specie non è stato fornito alcun elemento indiziante.

8.2. Confermata in tal modo la sentenza impugnata nella parte in cui sono stati respinti i tre motivi di censura del ricorso incidentale formulato in primo grado (ed esclusa conseguentemente la dedotta illegittimità della mancata esclusione alla gara della s.p.a. Galasso Costruzioni), devono essere esaminati i motivi di appello con cui la s.r.l. Ferrara ha riproposto le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso di primo grado, a suo avviso erroneamente respinte, per acquiescenza all'aggiudicazione provvisoria e per mancata tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

Tali motivi di gravame vanno respinti.

8.2.1. Sotto un primo profilo, infatti, va rilevato che, alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, l'aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione del concorrente non risultato aggiudicatario, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima e in riferimento esclusivamente al quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828; 15 febbraio 2013, n. 936; sez. III, 11 febbraio 2013, n. 763).

Nessuna acquiescenza o decadenza può essersi pertanto verificata nel caso di specie a causa della mancata impugnazione da parte della Galasso Costruzioni S.p.A. del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

8.2.2. Quanto poi alla questione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, va sottolineato che i primi giudici hanno dichiarato tempestiva detta impugnazione con motivazione convincente, che non è stata oggetto di una specifica ed adeguata contestazione.

8.3. Può passarsi all'esame del merito dell'appello, i cui motivi, per la loro intima connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi sono fondati alla stregua delle osservazioni che seguono.

8.3.1. Deve ricordarsi che i primi giudici, accogliendo le doglianze sollevate in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni, hanno ritenuto che l'impresa Antonio Ferrara s.r.l. fosse stato illegittimamente ammessa alla gara, benché non avesse indicato in sede di offerta il nominativo dell'impresa cui aveva dichiarato di voler affidare in subappalto i lavori di cui alla categoria OG 10, a qualificazione obbligatoria, scorporabili, di cui non aveva la qualificazione, tanto più che il subappalto avrebbe riguardato i lavori *de quibus* nella loro interezza (100%) e non nei limiti di legge e previsti dal bando (30%).

Ciò posto, deve osservarsi che, diversamente da quanto sostenuto dai primi giudici, dal combinato disposto degli artt. 37, comma 11, e 118, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 92 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, non si evince espressamente l'esistenza dell'obbligo del concorrente, che dichiara di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltrice.

L'affidamento in subappalto (o in cottimo), come espressamente stabilito dal ricordato articolo 118, è infatti sottoposto alle seguenti condizioni:

a) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario,, nel caso di varianti in corso di esecuzione, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare (o concedere in cottimo);

- b) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
- c) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
- d) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto (o del cottimo), alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

Del resto, va rimarcata la netta diversità della ricordata disciplina del subappalto rispetto a quella contenuta nella legge 11 febbraio 1994, n. 109, che imponeva fin dal momento della formulazione dell'offerta l'indicazione del nominato dell'impresa subappaltatrice (previsione peraltro soppressa già dall'art. 9 della legge n. 415 del 1998).

8.3.2. Né in senso diverso può invocarsi l'applicazione nel caso di specie del principio del c.d. subappalto necessario, elaborato dalla giurisprudenza, secondo cui la indicazione dell'impresa subappaltatrice già all'atto della presentazione dell'offerta (e la dimostrazione del possesso da parte dell'impresa subappaltatrice dei requisiti di qualificazione) sarebbe necessaria nelle ipotesi in cui il richiamo al subappalto sarebbe necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Invero, oltre a rilevare l'obiettiva diversità del subappalto e dell'avvalimento, aventi finalità e rationes completamente differenti e diversamente disciplinati dallo stesso D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve escludersi che nel caso di specie si vertesse in una ipotesi di c.d. subappalto necessario, non potendo condividersi l'assunto che la impresa appellante fosse priva dei requisiti di qualificazione: se è vero infatti che l'appellante non possedeva i requisiti per la categoria OG10, class. I, a qualificazione obbligatoria (lavorazione: pubblica illuminazione, rete elettrica e telefonica), per un importo di €. 57.916.50 (12,25% dell'importo complessivo dell'appalto), non è tuttavia stato contestato che la stessa

possedeva la qualificazione sia per la categoria di lavori prevalente (cat. OG3, class. I, qualificazione obbligatoria, importo €. 304.246,30%, pari al 58,97% dell'importo complessivo dell'appalto), sia per l'altra categoria di lavori (cat. OG6, class. I, qualificazione obbligatoria, importo €. 153.731,44, pari al 28,78% dell'importo complessivo dell'appalto), circostanza che determinava indiscutibilmente la sua qualificazione e la possibilità di partecipare alla gara (senza la necessità di utilizzare la qualificazione dell'impresa subappaltatrice), secondo quanto previsto dall'art. 92, comma 1, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, a mente del quale "il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico – finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente ed alle categoria scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Non sussisteva pertanto l'obbligo da parte dell'Impresa Antonio Ferrara s.r.l. di indicare il nominativo dell'impresa cui avrebbe affidato in subappalto i lavori della categorie scorporabile OG 10 già in sede di partecipazione alla gara, essendo a tale fine sufficiente soltanto la dichiarazione di voler subappaltare.

8.3.3. Quanto poi alla percentuale dei lavori subappaltabili, è convincente la tesi dell'appellante, secondo cui le lavorazioni oggetto della categoria OG 10 non costituivano la categoria prevalente, né una categoria specializzata, né superavano il 15% dell'importo totale dei lavori (incidendo nella misura del 12,25% come risulta pacificamente dalla lettura dello stesso bando di gara), così che non poteva trovare applicazione il limite del 30% dei lavori subappaltabili, invocato dalla ricorrente in primo grado.

D'altra parte la stessa *lex specialis* sul punto è tutt'altro che univoca: mentre infatti a pagina 23 del disciplinare di gara si indicano come subappaltabili nella misura del 30% le lavorazioni di cui alle predette categorie OG 3, OG 6 e OG 10, alla pagina 56, come segnalato dall'appellante, nello "schema di domanda di ammissione e dichiarazione", al punto y, circa la dichiarazione dei lavori che si intendono subappaltare si precisa che il limite massimo del 30% riguarda solo le lavorazioni della categoria prevalente e quelle di cui alle categorie super specializzate di cui al novellato art. 37, comma

11, del D. Lgs. n. 163 del 2006, tra cui non rientrano pertanto quelle di cui alla categoria OG 10 (circostanza quest'ultima che non è stata oggetto di specifica contestazione).

9. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso n. 1179 del 2012, proposto in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni.

Le oscillazioni giurisprudenziali in materia e la peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 4284 del 2013, proposto dall'Impresa Antonio Ferrara s.r.l. avverso la sentenza del TAR per la Puglia, sez. I, n. 565 del 16 aprile 2013, lo accoglie e, per l'effetto in riforma della stessa, respinge il ricorso n. 1179 del 2012, proposto in primo grado dalla s.p.a. Galasso Costruzioni.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

DEPOSITATO IN SEGRETERIA IL 7 LUGLIO 2014