

N. 02223/2015REG.PROV.COLL.

N. 00056/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 56 del 2014, proposto da:

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

contro

Mucafer Coop.P.A.;

nei confronti di

Cseit Spa; Costruzioni Generali Balsamo nella qualità di mandataria Rti Balsamo- -Morviducci
a.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01354/2013, resa tra le parti,
concernente affidamento progettazione esecutiva e realizzazione palazzina comando gruppi di volo
e simulatori di volo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2015 il Cons. Andrea Migliozi e udito per la
parte appellante l' Avvocato dello Stato Federico Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Ministero della Difesa indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art.122 del DPR n.170/2005
per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione della palazzina comando gruppi di
volo e simulatori di volo presso l'Aerobase di Amendola, di importo a base d'asta di euro
12.030,998, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni della procedura de qua l'aggiudicazione veniva assegnata in favore del
RTI Costruzioni Generali Balsamo Spa e Morviducci srl, prima classificata, mentre seconda
classificata era la C.S.E.I.T. spa, terza la Effegi Italia spa e quarta la Società Cooperativa Mucafer
per azioni. Quest'ultima impugnava innanzi al Tar della Puglia (con due ricorsi) il provvedimento

di aggiudicazione definitiva della gara in favore del RTI Balsamo- Morviducci, l'ammissione delle tre Società concorrenti classificate davanti alla stessa Mucafer , il diniego opposto in ordine alla presentata istanza di autotutela nonché i verbali di gara , in particolare, quello datato 19 giugno 2012.

L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n.1354/2013 accoglieva i propositi gravami, ritenendo fondata la censura dedotta dalla ricorrente di violazione dell'art.118, comma 2 del dlgs n.163/2006 , per non avere le altre tre concorrenti indicato in sede di dichiarazione di subappalto di alcune lavorazioni il nominativo del subappaltatore.

Il Ministero della Difesa ha impugnato detta sentenza, ritenendola errata.

In particolare la tesi di fondo sostenuta dal primo giudice sarebbe superata non essendo rinvenibile nella normativa vigente un espresso obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore in sede di gara. Può infatti costituire causa di esclusione alla luce delle disposizioni legislative dettate in materia la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la prestazione che il concorrente intende subappaltare , ma non la mancata identificazione dell'impresa subappaltatrice né la normativa del bando di gara recava una previsione che imponesse l'indicazione in questione.

La difesa del Ministero ribadisce quindi la correttezza dell'operato dell'Amministrazione, con richiesta di riforma dell'impugnata sentenza

La parte ricorrente di primo grado ancorchè formalmente intimata non risulta costituita in giudizio. e parimenti rimangono assenti dal giudizio le altre concorrenti pure evocate

All'udienza pubblica del 3 marzo 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato e va respinto.

Il Tar accogliendo le doglianze sollevate in primo grado ha ritenuto che le imprese classificate prima della Mucafer sono state illegittimamente ammesse alla gara benchè non avessero indicato in sede di offerta il nominativo dell'impresa cui avevano dichiarato di voler affidare in subappalto le lavorazioni riconducibili alla categoria OS5 a qualificazione obbligatoria .

Ritiene il Collegio che le osservazioni e prese conclusioni del primo giudice appaiono meritevoli di conferma senza che le rese statuizioni siano scalfite dai profili di doglianza dedotti dall'appellante Amministrazione della Difesa.

E' bene far presente che la quaestio iuris posta a fondamento della controversia all'esame (il dover o meno indicare il concorrente in sede di offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice), quanto agli aspetti di esegesi giurisprudenziale è stata oggetto di svariate pronunce di questo Consesso che è pervenuto a soluzioni di tipo diverso e delle quali occorre tener conto sotto vari profili.

L'indagine interpretativa della problematica in questione deve prendere l'abbrivio dal quadro normativo di riferimento.

La normativa recata dalla legge n.109 dell'11/2/1994 (c.d. legge Merloni) a proposito delle modalità di presentazione e contenuto delle offerte imponeva espressis verbis l'obbligo per il concorrente di indicare sin dalla formulazione dell'offerta il nominativo dell'impresa cui intendeva subappaltare determinate lavorazioni .

Sono poi succedute in subiecta materia, anche sulla scorta della normativa di carattere comunitario all'uopo dettata, le disposizioni di cui all'art.37 comma 11, 118 comma 2 del Dlgs n.163/2006 (testo unico sugli appalti) e art.92 DPR 5/10/2010 (regolamento di attuazione del predetto testo unico) ed effettivamente in base alla lettura di siffatto combinato disposto non è dato evincere espressamente l'esistenza di un obbligo per il concorrente , che dichiarò di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il

nominativo dell'impresa appaltatrice : in tal senso perciò si può convenire su quanto sul punto statuito, in linea generale da alcune pronunce di questo Consiglio di Stato (cfr Sez. V 27/7/2014 n.3449).

Invero, l'affidamento in subappalto (o in cottimo), come espressamente stabilito dal summenzionato art.118 . è infatti sottoposto alle seguenti condizioni :

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 delle opere che intendono subappaltare (o concedere in cottimo);

che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio della esecuzione delle relative prestazioni ;

che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti dal codice in ordine alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art.38;

che non sussista alcuno dei divieti previsti dall'art.10 della legge 31 maggio 1965 n.575 e successive modificazioni.

Un approccio interpretativo di tipo squisitamente letterale di dette disposizioni depone dunque in favore della tesi che in concreto l'onere di comunicazione in via preventiva del nominativo del subappaltatore non è contemplato e quindi non sussisterebbe il relativo onere dichiarativo ma questa non può essere una regola esegetica valida in ogni circostanza, dovendo soccorrere , a mò di deroga, i principi che informano il caso del c.d subappalto necessario,(come quello qui in rilievo) e che fanno indubbiamente propendere per la sussistenza dell'obbligo in questione da assolversi da parte del concorrente nella fase della presentazione dell'offerta.

Ciò detto, il Collegio che è ben a conoscenza dell'esistenza di un preciso indirizzo interpretativo conforme alla tesi dall'Amministrazione appellante qui propugnata secondo cui non vi sarebbe lì esigenza di conoscere tempestivamente il nome dell'appaltatore (cfr Cons. Stato Sez. V 12/3/2013 n.3963) ritiene nondimeno di non poter aderire a un siffatto assunto, dovendosi condividere l'orientamento di segno opposto pure affermato in materia (Cons. Stato Sez. VI 25/5/2012 n.2508; idem 21/11/2012 n. 5900), secondo quanto di seguito si va ad esporre .

Invero, richiamati qui al riguardo concetti già espressi significativamente in altra pronuncia di questo giudice d'appello (cfr decisione Sez. VI 20/6/2011 n.3698), ai fini dell'applicazione dell'art.118 del codice degli appalti occorre distinguere fra:

a) le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, a prescindere dalla conclusione di un subappalto (c.d subappalto facoltativo)

b) le ipotesi in cui il concorrente sia privo di un requisito di qualificazione e pertanto intenda avvalersi di altra impresa non solo ai fini dell'esecuzione, ma più a monte ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara (c.d. subappalto necessario) .

A fronte di una tale distinzione , la previsione di cui al comma 2 dell'art.118 in tema di dichiarazione di subappalto va intesa nel senso che la dichiarazione :

1) può essere limitata alla volontà di concludere un subappalto pur possedendo tutte le qualificazioni per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto di subappalto ;

2) al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice nel caso in cui il ricorso al subappalto si rende necessario a cagione del mancato autonomo possesso da parte del singolo concorrente, dei requisiti di qualificazione per l'utile ammissione alla gara .

D'altra parte la configurabilità di obbligo dichiarativo per così dire ex ante si coniuga con la figura del subappalto , posto che dal punto di vista per così dire fisiologico tale "strumento" ricorre,

appunto, nelle ipotesi in cui il partecipante alla gara sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'appalto, di talché in tale ottica si può giustificare la possibilità per il concorrente di integrare ex post la dichiarazione di subappalto (attraverso la postuma indicazione del subappaltatore).

Da ciò si deve altresì concludere a contariis che le quante volte al momento della presentazione dell'offerta mancano i requisiti da possedersi in capo ad ogni singolo concorrente, questi può sì farsi adiuvar da altro soggetto in grado di soccorrere il partecipante (appunto il subappaltatore) ma è del tutto logico pretendere proprio ai fini della salvaguardia dei requisiti di ammissibilità alla gara che occorre sia indicato il nominativo dell'impresa che "concorre" a coprire la manchevolezza del singolo partecipante .

E' evidente infatti che la ratio che anima il sistema del subappalto è quella riconducibile ragionevolmente alla necessità di far sì che l'Amministrazione aggiudicatrice sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto che dimostri di possedere vuoi in proprio vuoi attraverso l'apporto altrui le qualificazioni necessarie per la corretta esecuzione del contratto e d'altra parte non appare ammissibile che la stessa Amministrazione ammetta per così dire al buio un soggetto pacificamente carente di requisito di partecipazione senza che questi si sia curato di dimostrare ab initio la possibilità di avvalersi dei requisiti dei terzi a mezzo appunto del subappalto.

Altre argomentazioni logiche a favore della sussistenza di un obbligo di dichiarazione comprensiva del nominativo del subappaltatore sin nella presentazione dell'offerta è ricavabile dalla disamina dalle caratteristiche generali e nello stesso tempo tipiche dell'istituto del subappalto, sotto altro profilo.

Esso si atteggia, com'è noto, come un modo di essere dello svolgimento dei lavori , nel senso che un soggetto , pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti , può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori , ma ciò avviene dopo l'aggiudicazione , mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente che essere del soggetto partecipante.

Se così è, alla luce della natura e delle finalità dell'istituto del subappalto e dovendosi in particolare , discernere tra subappalto facoltativo e subappalto necessario, quanto meno in questa seconda ipotesi deve ritenersi che la validità della dichiarazione di subappalto non può essere limitata alla manifestazione di voler subappaltare, ma deve essere subordinata anche all'onere di indicare in via preventiva gli estremi delle imprese appaltatrici, proprio perché l'amministrazione appaltante deve da subito poter verificare l'affidabilità e la trasparenza del subappalto anche con riferimento alla impresa che interviene ad adiuvandum

Tornando al caso all'esame, nessuna delle società prime classificate risulta in possesso del requisito speciale della qualificazione rappresentato dal possesso della categoria OS5 a qualificazione obbligatoria secondo le espresse previsioni della lex specialis della gara e le predette concorrenti non hanno indicato il nominativo del subappaltatore che avrebbe dovuto sopperire a tale carenza dei requisiti di ammissione con la propria qualificazione e non v'è dubbio che in tal modo in tal modo l'apporto delle imprese subappaltatrici avrebbero assunto sicuramente il ruolo di condicio sine qua non per l'ammissibilità delle concorrenti (subappalto necessario) sicché alla fattispecie in contestazione non può non applicarsi pienamente la regula iuris per cui la dichiarazione limitata alla sola volontà di subappaltare non è valida ai fini e per gli effetti delle disposizioni di cui all'art.118 codice dei contratti.

Una sua specificità assume per il vero il caso della Balsamo Costruzioni , mandataria del raggruppamento aggiudicatario che possiede la categoria OS5 , ma in misura insufficiente , risultando iscritta per la classifica II per euro 516.0000,00 a fronte dell'importo complessivo dei lavori relativi a detta categoria di euro 664.404,83.

Ora l'aggiudicataria assume che detta categoria fosse per così dire " coperta" dalla categoria

OG11 dalla stessa posseduta, ma la tesi non convince per il semplice fatto che la stazione appaltante aveva stabilito che le imprese dovessero possedere la qualificazione obbligatoria nella categoria OS5 e che questa non fosse mutuabile con la categoria OG11, diversamente dalla categorie OS3, OS28, OS30 ; in ogni caso, la categoria OG11 posseduta dalla Balsamo costruzioni, secondo le attestazioni SOA non è sufficiente neanche a coprire l'importo dei lavori riferibili alle categorie OS3, OS28, OS30 pure mutuabili con la OG11.

Insomma siamo in presenza di una fattispecie in cui il subappalto vale a "salvare" la condizioni indispensabili per poter essere ammessi alla gara e in tali casi il concorrente interessato non può fare a meno di indicare all'Amministrazione appaltante in sede di formulazione dell'offerta il nominativo del soggetto chiamato al "salvataggio" : il non averlo fatto inficia l'aggiudicazione definitiva della gara e tutti gli altri atti che hanno contrassegnato la gara, laddove l'amministrazione precedente non ha disposto la esclusione dalla procedura de qua delle Società classificate nei primi tre posti all'esito delle operazioni concorsuali.

In forza delle suesposte considerazioni l'appello, in quanto infondato, va respinto.

Non occorre pronunziarsi sulle spese e competenze di causa in assenza di costituzione nel presente giudizio delle parti evocate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto , lo Rigetta.

Nulla spese

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2015

IL SEGRETARIO

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