

Publicato il 28/03/2023

N. 03180/2023 REG. PROV. COLL.
N. 02842/2022 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 numero di registro generale 2842 del 2022, proposto da Beozzo Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati, Mandanti Ati - Brussi Costruzioni S.r.l., Deon S.p.A., Ecovie S.r.l., Costruzioni Generali Girardini S.p.A. ed Italbeton S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Appia Nuova, 225;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Gualandi, Vincenzo Arena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Arena in Roma, viale B. Rizzieri, 142;

nei confronti

C.G.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 1742/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di C.G.C. S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate dagli avvocati Caracciolo, Gualandi, Arena e Biagini; ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara spedito per la pubblicazione in G.U.U.E. in data 28.10.2019, ANAS S.p.A. ha indetto una procedura di gara aperta *ex art. 60*, d.lgs. 50/2016 per la conclusione di un accordo quadro quadriennale avente ad oggetto l'esecuzione dei *“lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione”*, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *ex art. 95*, d.lgs. n. 50/2016.

2. La gara si articolava in vari lotti. La questione portata all'attenzione del Collegio riguarda l'affidamento del Lotto 4 – Veneto e Friuli Venezia Giulia, contraddistinto dal codice CIG 801139082A, per un importo previsto pari a € 25.000.000,00 di cui € 1.200.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non assoggettabili a ribasso.

3. Tra i requisiti di qualificazione, il par. II.2.6 del Bando richiedeva che i concorrenti possedessero un'attestazione SOA nella categoria prevalente OG3 in classifica VIII, per un importo di € 23.625.000,00. Oggetto di appalto erano altresì lavorazioni nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS10, per un valore di € 1.375.000,00.

4. Alla procedura di gara partecipavano soltanto il RTI composto dalla mandataria CGC S.r.l. e dalle mandanti Bertolo S.r.l., Asfalti Piovese S.r.l. e

S.I.G. S.p.A. (d'ora innanzi "RTI CGC") e l'ATI appellante, con mandataria la Beozzo Costruzioni S.r.l.

5. All'esito delle operazioni di gara, con provvedimento prot. 594576 dell'11 novembre 2020 ANAS disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI CGC.

6. Il RTI capeggiato da Beozzo Costruzioni impugnava dinanzi al TAR Lazio, Sede di Roma, l'esito della gara, censurando la mancata esclusione del RTI CGC per difetto di qualificazione SOA in capo a una delle mandanti (Biondani T.M.G. S.p.A.).

7. Con sentenza n. 7844 del 2 luglio 2021 il TAR accoglieva parzialmente il ricorso accertando il difetto di qualificazione SOA in capo alla mandante Biondani, ma, afferma l'appellante, anziché disporre l'immediata esclusione dell'ATI CGC dalla gara stabiliva che ANAS assegnasse al medesimo RTI un termine *"per la riorganizzazione del proprio assetto interno e, in caso di verifica positiva dell'effettiva sussistenza dei requisiti di qualifica in capo allo stesso, come richiesto dal Punto II.2.6. del Bando, consentirgli di riprendere la procedura di gara ovvero, al contrario, in caso di verifica negativa, escluderlo"*.

8. La suddetta decisione veniva impugnata dal RTI appellante dinanzi a questa Sezione (R.G. 9291/2021), deducendo che l'acclarata mancanza dei requisiti SOA in capo alla mandante Biondani avrebbe dovuto comportare l'immediata esclusione del RTI CGC dalla gara senza alcuna possibilità, in difetto di alcun indice normativo in tale senso, di rimodulare la compagine associativa.

9. Nelle more, in ottemperanza al *dictum* del TAR Lazio, ANAS reiterava la verifica dei requisiti di qualificazione in capo al RTI CGC, rilevando in tale sede che la mandante SIG S.p.A. – la quale aveva assunto una quota di esecuzione dell'appalto pari all'11%, corrispondente all'importo di € 2.598.750 – non risultava sufficientemente qualificata, in quanto titolare di attestazione SOA in OG3 fino alla sola classifica IV (€ 2.582.000) e priva dei requisiti per accedere all'incremento del quinto *ex* art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010.

10. Per l'effetto, con provvedimento prot. U.0813345 del 21.12.2021 ANAS disponeva l'esclusione dell'ATI CGC dalla gara ai sensi degli artt. 92, comma 2, e 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010.

11. Avverso la propria esclusione dalla procedura insorgeva la CGC dinanzi al TAR Lazio con il ricorso introduttivo del giudizio R.G. 661/2022.

12. Il TAR Lazio, rilevata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., definiva il giudizio con sentenza in forma semplificata n. 1742 del 14 febbraio 2022, accogliendo il ricorso proposto da CGC.

13. Secondo l'appellante, il *decisum* del TAR risulterebbe incentrato su un motivo di diritto (prima ancora che infondato) mai proposto e su circostanze di fatto mai allegare in giudizio dall'ATI ricorrente. Muovendo dall'esame del DGUE della SIG S.p.A., infatti, il primo Giudice ha autonomamente inferito – pur in assenza di qualunque deduzione sul punto da parte di CGC in sede procedimentale o processuale – che la mandante SIG S.p.A. avesse inteso ricorrere al subappalto c.d. “qualificante” per il 34,5% della categoria prevalente OG3. Tale percentuale, secondo il TAR, dovrebbe quindi essere decurtata dalla quota di esecuzione di € 2.598.750 indicata in gara dalla medesima SIG, con l'effetto di ricondurre così l'importo dei lavori assunto dalla mandante nei limiti della soglia di qualificazione coperta dalla SOA (fino alla IV classifica). La fattispecie controversa si collocherebbe quindi al di fuori del perimetro applicativo della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 6/2019, risultando ricomposta la carenza di qualificazione riscontrata da ANAS in capo alla SIG.

14. Della sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Beozzo Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati, Mandanti Ati - Brussi Costruzioni S.r.l., Deon Spa, Ecovie S.r.l., Costruzioni Generali Girardini S.p.A. ed Italbeton S.r.l., ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi così rubricati: “I) *IN VIA PRELIMINARE. SULL'IMPROCEDIBILITÀ DEL RICORSO DI I GRADO PER VIOLAZIONE DELL'ART. 120, COMMA 7, C.P.A.*; II)

ERROR IN JUDICANDO: SULL'ERRONEITÀ DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO PER AVERE ACCOLTO IL RICORSO AVVERSAIO. ULTRAPETIZIONE; III) ERROR IN JUDICANDO: SULL'ERRONEITÀ DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO PER AVERE ACCOLTO IL RICORSO AVVERSAIO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12, COMMA 2, DEL D.L. N. 47/2014 E 61, COMMA 2, DEL D.P.R. N. 207/2010 E 89 COMMA 11 DEL CODICE”.

15. Ha resistito al gravame CGC. S.r.l. chiedendone il rigetto. ANAS S.p.A. si è costituita chiedendo invece l'accoglimento dell'appello.

16. Alla udienza pubblica del 6 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

17. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

18. Con il primo motivo l'appellante afferma che il ricorso proposto in prime cure da CGC dovrebbe essere dichiarato improcedibile per omessa impugnazione con motivi aggiunti al giudizio R.G. 661/2022 del provvedimento di aggiudicazione della commessa in favore della Beozzo Costruzioni, siccome adottato da ANAS in un momento antecedente alla celebrazione della camera di consiglio del 9 febbraio 2022 e alla susseguente definizione del giudizio di prime cure.

18.1. Tale provvedimento è stato gravato dinanzi al TAR Lazio (giudizio R.G. 2634/2022) con autonomo ricorso notificato il 2 marzo 2022. Era onere dell'ATI CGC, in ossequio all'art. 120, comma 7, c.p.a., gravare il provvedimento di aggiudicazione, *medio tempore* emanato da ANAS, con motivi aggiunti al giudizio proposto avverso la propria esclusione dalla procedura, eventualmente chiedendo apposito rinvio dell'anzidetta Camera di Consiglio del 9 febbraio 2022.

18.2. In disparte, dunque, l'inammissibilità del nuovo ricorso R.G. n. 2634/2022 proposto da CGC contro l'aggiudicazione al RTI Beozzo, nella presente sede, il ricorso proposto da CGC in prime cure avverso la propria esclusione dalla gara dovrebbe essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con conseguente annullamento della sentenza appellata.

18.3. Alle argomentazioni sopra esposte ha aderito ANAS S.p.A. che, sul punto, ha argomentato con ampi svolgimenti (memoria depositata il 22 aprile 2022) in ordine alla circostanza in base alla quale la ricorrente in primo grado sapeva dell'intervenuta aggiudicazione, sicché sarebbe stata doverosa la proposizione dei motivi aggiunti all'interno di quel ricorso.

19. Con il secondo motivo l'appellante afferma che nel ricorso proposto in primo grado, il RTI CGC avrebbe apertamente riconosciuto come l'attestazione SOA in OG3 posseduta dalla SIG S.p.A., arrivando solo fino alla classifica IV (€ 2.582.000), non fosse sufficiente a coprire la quota di esecuzione dell'11% dell'appalto assunta dalla mandante in sede di partecipazione alla gara (corrispondente all'importo di € 2.598.750), essendo peraltro la medesima SIG priva dei requisiti per beneficiare dell'incremento del quinto *ex art.* 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010.

19.1. Il primo Giudice avrebbe ritenuto, in assenza di motivazione, che le vicende di causa andassero scrutinate in applicazione dell'istituto del subappalto c.d. "qualificante" o "necessario", in assenza di alcuna doglianza o richiesta in tal senso nel ricorso.

19.2. Il TAR avrebbe rilevato *ex officio*, che nessun difetto di qualificazione in OG3 potesse ascrivere alla mandante SIG alla luce della dichiarazione di subappalto da questa resa in sede di gara. Il TAR si riferisce alla dichiarazione di subappalto resa nel proprio DGUE da SIG per il 100% della categoria scorporabile OS10 e per il 34,5% della categoria prevalente OG3. Troverebbe applicazione il c.d. subappalto qualificante, che secondo l'*iter* logico -

argomentativo seguito dal TAR eliderebbe la carenza dei requisiti partecipativi riscontrata dalla Stazione appaltante.

19.3. A parte l'impossibilità di ricorrere al subappalto c.d. "necessario" per sanare un difetto di qualificazione nella categoria prevalente – né in sede procedimentale né processuale il RTI CGC e/o la SIG non hanno dichiarato di voler ricorrere al subappalto qualificante per la categoria prevalente (OG3).

19.4. Il RTI CGC si sarebbe limitato a dichiarare di voler subappaltare talune lavorazioni, anche nella categoria OG3, ma senza fare alcun ricorso all'istituto del subappalto qualificante nei termini autonomamente ipotizzati dal TAR.

19.5. La sentenza impugnata, sarebbe quindi viziata da ultrapetizione.

20. Con il terzo motivo l'appellante afferma che la sentenza sconterebbe una non corretta applicazione delle previsioni di legge e di gara in tema di subappalto qualificante.

21.1. Il TAR avrebbe errato nel ritenere che l'istituto del subappalto "necessario" sia utilizzabile al fine di sopperire a un difetto di qualificazione nella categoria prevalente. Il subappalto "qualificante" è uno strumento giuridico di cui il concorrente, singolo o associato, può avvalersi esclusivamente per supplire a un'eventuale carenza dei requisiti partecipativi nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria e non già alla categoria prevalente.

21.3. Verrebbe dunque a cadere il tassello fondamentale su cui si innesta l'intero ragionamento seguito dal primo Giudice: ove anche la mandante SIG avesse davvero inteso avvalersi del subappalto "necessario" per colmare il proprio difetto di qualificazione in OG3, una simile soluzione non sarebbe stata comunque giuridicamente ammissibile, con la conseguenza che la quota di esecuzione della SIG avrebbe comunque scontato un deficit dei requisiti di idoneità prescritti dalla legge di gara.

21.4. Contrariamente a quanto ritenuto dal primo Giudice, la quota di esecuzione dell'11% dell'appalto assunta dalla SIG (€ 2.598.750) non potrebbe

essere in alcun modo decurtata del 34,5% asseritamente da eseguirsi in regime di subappalto “necessario”.

21.5. Sicché, la SOA in OG3 fino alla sola IV classifica (€ 2.582.000) posseduta della mandante – peraltro priva dei requisiti per accedere all’incremento del quinto *ex art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010* – rimane insufficiente a coprire la qualificazione richiesta per svolgere la commessa nella misura indicata nella dichiarazione associativa.

22. Le articolate censure dell’appellante, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

23. Il primo motivo è infondato.

23.1. La memoria depositata da CGC S.r.l. in data 26 aprile 2022, sullo specifico punto, è da condividere.

23.2. Nella sentenza impugnata si legge: *“Occorre, preliminarmente, rilevare che il RTI ricorrente ha chiesto, altresì, l’annullamento “dell’eventuale provvedimento di aggiudicazione dell’Accordo Quadro medio tempore adottato in favore dell’operatore notiziato dell’odierno ricorso, allo stato non noto” (cfr. pag. 2). A tal proposito, la difesa della stazione appaltante ha depositato in giudizio (6.2.2022) alcuni verbali di sedute riservate (18.10.2021; 23.12.2021) dai quali sembra evincersi che sarebbe stata disposta l’aggiudicazione all’ATI controinteressata. Rileva, nondimeno, il Collegio che il procedimento di aggiudicazione non può ritenersi concluso. Nessuna comunicazione è stata, infatti, effettuata ai sensi dell’art. 76, comma 5 del codice dei contratti, secondo cui “le stazioni appaltanti comunicano d’ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l’aggiudicazione, all’aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un’offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l’esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva”. Nella specie, dopo la notificazione del ricorso introduttivo del presente giudizio alla società Anas S.p.A. (18.1.2021) risulta dagli atti che la stazione appaltante ha effettuato, in occasione della seduta riservata del*

23.12.2021, la verifica sui costi della manodopera ai sensi dell'art. 97, comma 5 del d.lgs. 50/2016 e si sarebbe data "conferma" dell'aggiudicazione in favore del RTI Beozzo Costruzioni s.r.l., senza che, però, a tutta questa attività abbia fatto seguito la prescritta approvazione della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5 del codice dei contratti e la relativa comunicazione nei confronti del RTI ricorrente. Al fine di fugare ogni dubbio, in occasione dell'udienza camerale il Collegio ha espressamente chiesto un chiarimento ai difensori della società Anas, i quali hanno confermato – con dichiarazione, pertanto, verbalizzata – che non è stata ancora disposta l'aggiudicazione dell'appalto. Il che rende a fortiori conoscibile la domanda di annullamento dell'impugnata esclusione dalla procedura di gara".

23.3. La motivazione della sentenza di primo grado, riportata nella memoria di CGC s.r.l. e anche qui sopra riportata, dà conto di due fatti inequivocabili:

- a) la mancata proposizione dei motivi aggiunti e la proposizione di un ricorso autonomo è stata occasionata dalla stessa condotta di ANAS S.p.A.;
- b) in ogni caso, l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione dell'accordo quadro in favore dell'appellante è regolarmente intervenuta.

23.4. Nella particolare situazione descritta, pertanto, non è dato rilevare alcuna improcedibilità del ricorso di primo grado con conseguente infondatezza della censura contenuta nel primo motivo di appello.

24. Il secondo e il terzo motivo possono essere trattati congiuntamente.

24.1 Essi sono fondati.

24.2. Partiamo dalla dettagliata motivazione del provvedimento di esclusione in cui si legge:

"La mandante SIG SPA in fase di presentazione dell'offerta dichiara di eseguire per la categoria OG3 una quota pari all'11,00% che equivale ad € 2.598.750 ma possiede l'Attestazione SOA n. 20557/16/00 con una categoria OG3 in Classifica IV che la abilita ad eseguire lavori d'importo inferiore ed esattamente pari a € 2.582.000,00;

La mandante SIG SPA non può beneficiare, ai sensi dell'art 61, comma 2, DPR n. 207/2010, dell'incremento del quinto, in quanto la stessa "non è qualificata (nella

categoria OG3, per la quale necessiterebbe dell'incremento, n.d.e.) per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”;

Poiché è preclusa la rimodulazione delle quote del raggruppamento, secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 6/2019 ed in applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, il difetto originario di qualificazione in capo alla mandante SIG SPA, relativamente alla quota dei lavori della categoria OG3 indicata in sede di presentazione dell'offerta, si riverbera sull'intero raggruppamento determinandone l'esclusione dalla procedura di gara”.

24.3. L'appellante e l'ANAS (quest'ultima nella memoria depositata il 22 aprile 2022) citano, a sostegno delle proprie tesi, il precedente di questa Sezione nel quale è stato affermato che, laddove privo del requisito di gara, il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030).

24.4. Si tratta di precedente del tutto conferente cui vanno aggiunte alcune considerazioni. Questa Sezione ha già esaminato vicende analoghe – in cui, cioè, l'operatore economico non aveva dichiarato di voler ricorrere al subappalto c.d. necessario per acquisire requisiti tecnico – professionali non posseduti, e ha espresso un chiaro convincimento: il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto “...nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternalizzazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una delle modalità di attestazione del

possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche”; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

24.5. La parabola argomentativa del primo Giudice si scontra con tre dati inequivocabili:

a) l’attestazione SOA in categoria OG3 posseduta dalla SIG S.p.A. non va a coprire la quota di esecuzione dell’11% dell’appalto assunta dalla mandante in sede di partecipazione alla gara;

b) il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce “in astratto”, ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6);

c) la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l’impresa si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

25. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l’appello debba essere accolto, con conseguente riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 1742/2022.

26. Vista la assoluta particolarità della vicenda controversa le spese possono essere integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per

l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 1742/2022, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO