

La tesi secondo cui il fatto che dalla verifica effettuata ex art. 10 della legge n. 109/1994 non sia stato confermato il possesso dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario provvisorio avrebbe comunque dovuto portare alla aggiudicazione in suo favore (secondo classificato, risultato regolarmente in possesso, a séguito della verifica medesima, dei detti requisiti), se si rivela in astratto corretta (dal momento che dalla previsione legislativa che la documentazione comprovante tale possesso venga richiesta non solo al primo, ma anche al secondo classificato, si trae chiaramente la finalità della norma volta ad aggiudicare la gara, comunque, ad uno dei primi due classificati, se in possesso dei requisiti generali) , è comunque vanificata, dal pacifico principio, secondo cui, in qualunque fase della gara e addirittura anche successivamente alla sua conclusione l'Amministrazione può procedere alla verifica della regolarità delle fasi precedenti, con particolare riguardo al possesso dei requisiti prescritti dalle régole di gara

Anche se la seconda classificata dimostra il reale possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione può annullare l'intera procedura se si accorge che non c'è stata regolarità in una fase precedente della gara, così infatti ci insegna il Consiglio di Stato nella decisione numero 3763 del 27 giugno 2007:

<Ed è quello ch'è appunto avvenuto nel caso all'esame, in cui, come risulta dal citato verbale, "da un ulteriore controllo" effettuato in sede di riapertura della gara, "è risultato che tutte le imprese partecipanti non sono in possesso " delle "relative qualificazioni" per le categorie OG11 ed OS7, in violazione, aggiunge il seggio di gara, dell'art. 13, comma 7, della legge 109/94 e successive aggiunte e modificazioni e dell'art. 10 lettera "b" delle condizioni amministrative allegate al capitolato speciale.

Di conseguenza, l'esame giudiziale della correttezza dell'operato dell'Amministrazione deve concentrarsi, come correttamente ritenuto dal Giudice di primo grado, sulla sussistenza o meno della causa di esclusione della ricorrente individuata dalla commissione, alla luce della relativa *lex specialis*>

Ora un'osservazione merita di essere fatta

La fattispecie a cui si riferisce la sentenza risale al 2001 quando cioè il regolamento Bargone non esplicitata ancora tutti i suoi obblighi: va da sé che:

attualmente ovviamente la norma di riferimento non è più l'articolo 10 comma 1 quater della Merloni, ma l'articolo 48 del decreto legislativo 13/2006 smi

ed inoltre

ora per gli appalti di lavori sopra i 150.000 il sorteggio non va effettuato

a cura di Sonia Lazzini

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 seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3813 del 2002, proposto da

DITTA ALFA s.p.a.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Paolo Stella Richter ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, viale Mazzini, n. 11;

c o n t r o

il Ministero della Difesa,

in persona del Ministro p.t.,

non costituitosi in giudizio,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione I bis, n. 1328/2002.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto che non si è costituita in giudizio l'Amministrazione appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il Dispositivo n. 282 del 25 maggio 2007;

Data per letta, alla pubblica udienza del 22 maggio 2007, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Udito, alla stessa udienza, l'avv. Pasquale di Rienzo, in sostituzione dell'avv. Paolo Stella Richter, per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

L'odierna appellante si era classificata al secondo posto nella graduatoria della gara per pubblico incanto indetta dal Ministero della Difesa relativa a lavori di sistemazione muraria ed impiantistica del terrazzo di copertura del Palazzo Esercito in Roma, per un importo base di £. 1.171.000.000=.

A séguito di successiva esclusione della prima classificata l'Amministrazione appaltante aveva disposto di procedere alla "riapertura del seggio di gara ed alla relativa nuova aggiudicazione dei lavori" (così la nota prot. n. 582 in data 5 febbraio 2001 inviata all'appellante).

Con successiva nota prot. n. 744 in data 13 febbraio 2001, l'Amministrazione le ha poi comunicato che "in occasione della riapertura della gara ... la commissione di aggiudicazione ha accertato che la gara è andata deserta".

La ditta interessata ha quindi impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, tale comunicazione, sostenendo che la stazione appaltante, in séguito alla sopravvenuta esclusione della concorrente in favore della quale era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria, avrebbe dovuto aggiudicare l'appalto in suo favore, in quanto risultata seconda nella graduatoria delle offerte e sottoposta a verifica positiva della documentazione ai sensi dell'ultimo periodo del comma 1-quater dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Con successivi motivi aggiunti la ricorrente impugnava poi il verbale di riapertura del seggio di gara, depositato in corso di causa dall'Amministrazione, dal quale risultava che la dichiarazione di "gara deserta" conseguiva alla ivi disposta esclusione di "tutte le imprese partecipanti" (fra cui la ricorrente) dalla gara stessa, in quanto non in possesso delle "relative qualificazioni" per le categorie OG11 ed OS7 previste dal bando.

Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. ha respinto il ricorso, dichiarando inammissibile il motivo di violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/1994 formulato con l'atto introduttivo del giudizio e respingendo o dichiarando tardive le doglianze proposte in sede di motivi aggiunti.

Con l'atto di appello all'esame l'originaria ricorrente insorge avverso detta sentenza, di cui chiede l'annullamento in quanto "viziata".

Non si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 22 maggio 2007.

DIRITTO

1. - Con l'appello in esame si reitera anzitutto la censura avanzata con l'atto introduttivo del giudizio avverso la comunicazione in data 13 febbraio 2001 di "gara deserta", sul presupposto che la stessa si fonderebbe sui motivi risultanti dalla nota indirizzata in data 19 febbraio 2001 dal Capo dell'Ufficio Autonomo Lavori del Ministero della Difesa alla Segreteria Particolare del Sottosegretario di Stato del Ministero stesso, secondo cui non ricorrerebbero nella fattispecie le condizioni, in cui può farsi ricorso alla facoltà, riconosciuta all'Amministrazione dall'art. 10, comma 1-ter della legge n. 109/1994, di interpellare il soggetto secondo classificato per la stipula di un nuovo contratto, sì che nel caso all'esame il "supplente (secondo classificato)", e cioè la società odierna appellante, non potrebbe vantare alcun diritto alla aggiudicazione; secondo l'appellante "all'aggiudicazione dell'appalto alla DITTA ALFA seconda classificata ... avrebbe dovuto procedersi automaticamente una volta comprovato il possesso dei necessari requisiti di partecipazione alla gara" (pag. 6 app.).

La doglianza è inammissibile.

L'atto "in prima battuta" impugnato con il ricorso originario è invero una mera comunicazione ("... la commissione di aggiudicazione ha accertato che la gara è andata deserta ...") dell'ésito dei lavori tenuti dalla Commissione in data 12 febbraio 2001, dal cui verbale risulta appunto che la dichiarazione di "gara deserta" conseguiva alla ivi disposta esclusione di "tutte le imprese partecipanti" (fra cui la ricorrente) dalla gara stessa, in quanto non in possesso delle "relative qualificazioni" per le categorie OG11 ed OS7 previste dal bando.

L'ésito negativo, per l'odierna appellante, della procedura di aggiudicazione de qua non discende affatto, dunque, dalle valutazioni e risultanze del citato atto interno (per di più successivo sia alla

riunione della Commissione che aveva portato a detto esito che alla comunicazione relativa), sulle quali pertanto inutilmente insiste l'appellante, ma risiede nella motivazione posta a base dell'anzidetta determinazione di esclusione assunta dalla competente Commissione, sulla quale, infatti, si concentrano poi, in modo del tutto pertinente, i motivi aggiunti avverso la stessa formulati in primo grado, come in questa sede riproposti.

La tesi, poi, dell'odierna appellante, secondo cui il fatto che dalla verifica effettuata ex art. 10 della legge n. 109/1994 non sia stato confermato il possesso dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario provvisorio avrebbe comunque dovuto portare alla aggiudicazione in suo favore (secondo classificato, risultato regolarmente in possesso, a seguito della verifica medesima, dei detti requisiti), se si rivela in astratto corretta (dal momento che dalla previsione legislativa che la documentazione comprovante tale possesso venga richiesta non solo al primo, ma anche al secondo classificato, si trae chiaramente la finalità della norma volta ad aggiudicare la gara, comunque, ad uno dei primi due classificati, se in possesso dei requisiti generali: Cons. St., V, 13 marzo 2006, n. 1286), è comunque vanificata, nella fattispecie, dal pacifico principio, secondo cui, in qualunque fase della gara e addirittura anche successivamente alla sua conclusione (nel caso all'esame comunque non intervenuta, essendo la stessa soltanto pervenuta, anteriormente alle contestate determinazioni della commissione, alla fase dell'aggiudicazione provvisoria in favore della prima classificata poi risultata esclusa), l'Amministrazione può procedere alla verifica della regolarità delle fasi precedenti, con particolare riguardo al possesso dei requisiti prescritti dalle regole di gara.

Ed è quello che è appunto avvenuto nel caso all'esame, in cui, come risulta dal citato verbale, "da un ulteriore controllo" effettuato in sede di riapertura della gara, "è risultato che tutte le imprese partecipanti non sono in possesso " delle "relative qualificazioni" per le categorie OG11 ed OS7, in violazione, aggiunge il seggio di gara, dell'art. 13, comma 7, della legge 109/94 e successive aggiunte e modificazioni e dell'art. 10 lettera "b" delle condizioni amministrative allegate al capitolato speciale.

Di conseguenza, l'esame giudiziale della correttezza dell'operato dell'Amministrazione deve concentrarsi, come correttamente ritenuto dal Giudice di primo grado, sulla sussistenza o meno della causa di esclusione della ricorrente individuata dalla commissione, alla luce della relativa *lex specialis*.

2. - Venendo dunque alla questione centrale della controversia all'esame, e cioè quella della legittimità della disposta esclusione della ricorrente dalla relativa procedura concorsuale in relazione al mancato possesso delle sopra indicate qualificazioni, l'appello si rivela infondato, sì che la sentenza di primo grado, che ha statuito la legittimità dell'attività posta in essere dall'Amministrazione, è da confermarsi, nei termini che seguono.

2.1 – L'appalto oggetto della presente controversia prevede l'esecuzione dei seguenti lavori, con il possesso delle relative qualificazioni: a) categoria prevalente "OS8" per £. 709.967.620=; b) categoria scorporabile "OS7" per £. 213.552.973=; c) categoria scorporabile "OG11" per £. 247.479.407= (v. art. 5 del Bando di Gara).

L'impresa appellante, qualificata per la categoria prevalente "OS8" e non in possesso della qualificazione per le "altre categorie" (così definite al punto e. delle "Condizioni amministrative" di gara) "OS7" e "OG11", all'atto di partecipare alla gara si è riservata di subappaltare le opere rientranti in tali "altre categorie", ma è stata esclusa ai sensi dell'art. 13, comma 7, della legge n. 109/1994, nonché ai sensi della lett. b. delle menzionate "condizioni", che dispone che "l'amministrazione non concederà alcuna autorizzazione al subappalto avente per oggetto lavori o parti di opere che, singolarmente, superino il 15% dell'importo totale dell'appalto, qualora

riguardino strutture, impianti ed opere speciali di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. 554/99 che, ai sensi dell'art. 13, comma 7, della Legge, debbono essere eseguiti esclusivamente dai soggetti affidatari”.

Orbene, se in linea generale può concordarsi con la tesi dell'appellante, secondo cui la previsione di bando richiedente la qualificazione obbligatoria per tutte e tre le categorie ivi indicate (la “prevalente” e le due scorporabili) può ritenersi rispettata laddove (pag. 13 app.), “per ciò che riguarda le categorie scorporabili ... sia l'impresa subappaltatrice indicata dall'offerente a possedere la necessaria qualifica, quale materiale esecutrice dei lavori” (intendendo l'Amministrazione garantirsi, con detta previsione, il diretto controllo, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa chiamata ad eseguire una parte dell'appalto, alla quale essa connetta un autonomo ed importante rilievo, al fine di scongiurare l'ipotesi, pur normativamente prevista dal comma 1 dell'art. 74 del D.P.R. n. 554/1999, che “le imprese aggiudicatrici, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara come categoria prevalente possono, fatto salvo quanto previsto al comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non sono in possesso delle relative qualificazioni ...”) e se, ancora, può condividersi l'assunto della stessa, secondo cui, intendendosi per opere scorporabili quei lavori non appartenenti alla od alle categorie prevalenti e così definiti nel bando di gara, per le stesse deve ritenersi in linea generale assicurata l'opportunità di ricorrere successivamente al subappalto in favore di impresa in possesso della necessaria qualificazione (cfr. art. 18, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55; art. 73, comma 2 e 74, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; art. 30, comma 1, lett. c), del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34), resta il fatto ineludibile che, per effetto delle vedute disposizioni generali e speciali richiamate dall'Amministrazione a fondamento della contestata esclusione, il subappalto è inibito (sì che i relativi lavori, non realizzabili direttamente dall'impresa aspirante alla aggiudicazione per carenza della richiesta qualificazione, dovranno essere necessariamente eseguiti da altra impresa in associazione temporanea con la prima, che sia in possesso della qualificazione stessa) per quelle opere riconducibili alle categorie “speciali”, di cui all'art. 13.7 della legge n. 109/1994, sempre che l'importo di esse o di alcuna di esse superi il 15% dell'importo totale dei lavori a base di gara.

In realtà, nel caso di specie, l'importo dell' “altra categoria” “OS7” supera una tale percentuale, così come sicuramente le opere di cui alla categoria medesima appaiono senz'altro riconducibili al caso delle opere “speciali”, di cui all'art. 13 citato, essendo le “strutture, impianti ed opere speciali”, cui è riferita l'eccezione in questione, dalla norma stessa considerate come una specie delle opere a notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità ivi contemplate in via generale, sì che l'indubbia riconducibilità delle opere di cui si tratta a detta nozione ed all'elenco di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999, che le rende di per sé ascrivibili alle opere ad alto contenuto tecnologico o a rilevante complessità tecnica, induce a ritenere sicura l'applicabilità a detta “altra categoria” dell'appalto in considerazione del divieto di subappalto, di cui al ridetto art. 13.7.

Né risulta utile il tentativo dell'appellante di ulteriormente scorporare (al fine di ricondurla sotto il limite del 15% dell'importo complessivo dell'appalto) la categoria già “scorporata” in sede di bando dalla stazione appaltante, dal momento che, quando il bando indichi determinate opere come scorporabili, ogni contestazione attinente a tale individuazione va rivolta avverso il bando stesso, che non risulta invece per tal verso aggredito nel presente giudizio e comunque ne sarebbe rimasto indenne, in quanto la mancanza, da parte della ricorrente, del requisito di qualificazione di cui sopra e la non equivocità circa la riconducibilità delle opere stesse all'ipotesi di cui al veduto art. 13.7, facevano emergere la immediata lesività del bando e l'onere della sua tempestiva impugnazione, che non può incentrarsi, omettendo di impugnare il bando, solo sull'asserita illegittimità dell'esclusione

nel rilievo della erronea applicazione interpretativa delle prescrizioni di gara, di cui è stata fatta invece esatta applicazione.

2.2 - Se pure è vero, poi, che quanto sopra considerato non è riferibile all'operato dell'Amministrazione nella parte in cui ha ritenuto che anche per le opere scorporabili appartenenti alla categoria "OG11" non fosse ammissibile il subappalto (posto che il divieto di cui all'art. 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994 non è in alcun modo riferibile alla categoria medesima, che non è riconducibile all'elenco di cui all'art. 72, comma 4, cit.), la motivazione della disposta esclusione, pur conseguentemente "dimezzata", vale comunque a sorreggere legittimamente gli atti oggetto del giudizio.

2.3 - Inammissibile, infine, si rivela la censura d'appello rivolta avverso il capo della sentenza impugnata che ha ritenuto tardive le doglianze relative alla violazione dell'art. 2, comma 2, del D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55.

Ciò in quanto l'appellante critica sì puntualmente detta statuizione di tardività, ma omette del tutto di richiamare e svolgere il motivo dal T.A.R. ritenuto irricevibile, motivo del quale il Collegio non può certo conoscere d'ufficio e la cui mancata illustrazione non consente di ricomprenderlo nell'ambito del devolutum al Giudice di appello.

3. - L'appello va, in definitiva, in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

Nulla è da statuirsi circa le spese del presente grado, non essendosi in esso costituita la parte appellata.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Nulla spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 22 maggio 2007, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Gennaro Ferrari	- Presidente
Costantino Salvatore	- Consigliere
Luigi Maruotti	- Consigliere
Pier Luigi Lodi	- Consigliere
Salvatore Cacace	- Consigliere, rel. est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Salvatore Cacace	Gennaro Ferrari
------------------	-----------------

IL SEGRETARIO
Giacomo Manzo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
27 giugno 2007

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao

--

N.R.G. 3813/2002

RL