

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 3 giugno 2015, n. 2707

N. 02707/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01530/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso in appello nr. 1530 del 2015, proposto da MATTIODA PIERINO & FIGLI S.p.a., in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., e da SO.GE.CO. S.r.l., in proprio e quale mandante di costituendo r.t.i., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, corso del Rinascimento, 11,

contro

SAFITAL S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Flaminia, 354,

nei confronti di

S.A.V. - SOCIETÀ AUTOSTRADE VALDOSTANE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini, Manuela Sanvido e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Cicerone, 44,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del T.A.R. della Valle d'Aosta nr. 18 pubblicata in data 13 febbraio 2015, con cui è stato accolto il ricorso promosso da Safital S.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. tra le imprese Mattioda Pierino & Figli S.p.a. (mandataria) e So.Ge.Co. S.r.l. (mandante) dell'appalto per la esecuzione dei "lavori di sostituzione della barriera spartitraffico tra le progressive Km 78+816 e Km 88+865 (tratto nr. 40)", gara A5/SAV/01/13/INV – CIG 5089123D24, oltreché degli atti connessi, presupposti e conseguenti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Safital S.r.l. e di S.A.V. - Società Autostrade Valdostane S.p.a., nonché l'appello incidentale da quest'ultima proposto;

Viste le memorie prodotte dalle appellanti (in date 29 aprile e 8 maggio 2015) e Safital S.r.l. (in date 19 marzo, 28 aprile e 8 maggio 2015) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 1328 del 19 maggio 2015, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2015, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Pellegrino per le appellanti, l'avv. De Portu per Safital S.r.l. e l'avv. Giardini per S.A.V. – Società Autostrade Valdostane S.p.a.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

1. Nell'ottobre del 2013 S.A.V. – Società Autostrade Valdostane S.p.a. ha indetto una procedura ristretta del valore di € 8.213.115,39 avente a oggetto l'affidamento dei lavori di sostituzione della barriera architettonica spartitraffico tra le progressive Km +816 e Km +5 (tratto nr. 4.0) dell'autostrada A5.

2. Alla gara, il cui criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, hanno partecipato dieci concorrenti tra i quali, per quanto qui rileva, il raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo Mattioda Pierino & Figli S.p.a. (d'ora in avanti, per brevità, Mattioda S.p.a.) e Safital S.r.l.

3. A seguito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione definitiva è stata disposta a favore del r.t.i. Mattioda S.p.a., mentre Safital S.r.l. si è classificata seconda.

4. Avverso tale esito la seconda classificata ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. della Valle d'Aosta chiedendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto al r.t.i. controinteressato, del quale ha dedotto – tra l'altro - l'illegittima ammissione alla gara, atteso che, pur avendo indicato di voler subappaltare completamente le opere appartenenti alla categoria dei lavori OS10, lavori scorporabili a qualificazione obbligatoria, aveva omissis di indicare il nominativo del subappaltatore.

5. Il giudice adito ha accolto il ricorso, aderendo, tra gli opposti orientamenti giurisprudenziali esistenti sull'argomento, a quello secondo il quale è legittima l'esclusione da una gara pubblica dell'impresa che, non essendo in possesso dei requisiti di qualificazione per parte delle opere, abbia manifestato nell'offerta il proprio intento di fare ricorso al subappalto per l'esecuzione delle opere per cui non è qualificata, ma non abbia indicato il soggetto del quale si servirà a tal fine; ciò a maggior tutela della serietà dell'offerta e del buon andamento della procedura di affidamento (e, di conseguenza, a garanzia della regolare esecuzione del contratto di appalto).

6. Mattioda S.p.a. e So.Ge.Co. S.r.l., rispettivamente mandataria e mandante del r.t.i. concorrente, hanno appellato tale decisione, della quale hanno chiesto la riforma previa sospensione cautelare, reiterando *in primis* l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del bando di gara nella parte che qui rileva; in secondo luogo lamentando la violazione dell'art. 46, comma 1-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, in quanto, non essendoci nessuna indicazione esplicita nella *lex specialis* che, in caso di subappalto c.d. "necessario", il concorrente dovesse indicare in fase di gara il nominativo del subappaltatore, l'esclusione per tale omissione sarebbe in violazione del principio di tassatività

delle clausole di esclusione; in ultimo, assumendo l'erroneità delle statuizioni di primo grado nella parte in cui non si è considerato che la normativa di riferimento in materia, quale riveniente dagli artt. 118, comma 2, del d.lgs. nr. 163/2006 e 92 e 109 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, non richiede in alcun modo l'indicazione del nominativo del subappaltatore (ed in tal senso, si aggiunge, sembrerebbero andare l'evoluzione della normativa stessa nonché l'orientamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: cfr. la determinazione nr. 1 dell'8 gennaio 2015).

7. Si è costituita in resistenza la ricorrente in primo grado, Safital S.p.a., la quale, oltre a opporsi con diffuse argomentazioni all'accoglimento del gravame avverso, ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. l'ulteriore motivo di censura articolato in prime cure, e rimasto assorbito nella decisione appellata, in relazione all'erroneità delle conclusioni raggiunte dalla stazione appaltante all'esito della verifica sull'anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria, a cagione dell'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale.

8. Successivamente, l'appellata S.A.V. - Società Autostrade Valdostane S.p.a., ha a sua volta impugnato la sentenza in epigrafe nelle forme dell'appello incidentale, aderendo sostanzialmente alle censure formulate dalle appellanti principali, e riproponendo le difese svolte in primo grado anche in relazione al motivo di ricorso rimasto assorbito.

9. Questa Sezione, all'esito della camera di consiglio del 24 marzo 2015, ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalla parte appellante principale, rilevando, quanto al profilo dell'obbligo di indicazione nominativa dei subappaltatori in caso di c.d. subappalto necessario, l'indirizzo unanime, almeno negli ultimi due anni, di tutte le Sezioni di questo Consiglio di Stato, in linea con le conclusioni del primo giudice, nonché reputando non priva di fondatezza la doglianza di prime cure circa la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale.

10. Tutto ciò premesso, la Sezione ritiene di dover devolvere all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni di diritto meglio di sèguito indicate, che risultano sottese al presente giudizio e in relazione alle quali sussistono - o, comunque, potrebbero sussistere - difformità di indirizzi in giurisprudenza potenzialmente idonei a pregiudicare l'equa ed uniforme applicazione della normativa di riferimento.

11. Più specificamente, e principiando dal tema oggetto degli appelli principale e incidentale, questo attiene alla necessità (o meno) dell'indicazione del nominativo dei subappaltatori in sede di offerta da parte dei concorrenti di una gara di appalto, i quali abbiano dichiarato di voler subappaltare parte delle prestazioni oggetto dell'affidamento, per le quali non risultino in **possesso della richiesta qualificazione**.

11.1. Sul punto, si è già rilevato in sede cautelare che effettivamente l'orientamento di gran lunga prevalente, consolidatosi almeno negli ultimi due anni presso tutte le Sezioni di questo Consiglio di Stato, è nel senso che l'art. 118, comma 2, del d.lgs. nr. 163/2006, nella parte in cui sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo, va interpretato nel senso che la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso in capo al medesimo dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda

necessario in conseguenza del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (cd. subappalto necessario); detta dichiarazione può invece essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nell'ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia quando il ricorso al subappalto rappresenti per lo stesso concorrente una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, nr. 944; id., 10 febbraio 2015, nr. 676; id., sez. III, 26 novembre 2014, nr. 5856; id., sez. V, 28 agosto 2014, nr. 4405; id., sez. IV, 26 agosto 2014, nr. 4299; id., 26 maggio 2014, nr. 2675; id., 13 marzo 2014, nr. 1224; id., 5 dicembre 2013, nr. 5781).

Questa Sezione condivide tale indirizzo, la cui *ratio* risiede manifestamente nell'esigenza di assicurare sempre e comunque la partecipazione alle gare di concorrenti i quali risultino in possesso della qualificazione richiesta dalla *lex specialis* per tutte le prestazioni oggetto dell'appalto; l'opposto indirizzo, infatti, produrrebbe l'effetto di consentire la partecipazione di imprese sprovvedute dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare *ex post*, in sede di esecuzione del contratto ed al momento della successiva indicazione dei subappaltatori, i predetti requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

A fronte di tali rilievi, non appaiono dirimenti le considerazioni sovente addotte, e anche nel presente giudizio sostenute dalle parti appellanti, a sostegno dell'opposta conclusione nel senso della non necessità di un'immediata indicazione dei subappaltatori: considerazioni riassumibili nel non essere tale obbligo espressamente sancito dall'art. 118 del d.lgs. nr. 163/2006, nel porsi la conseguente esclusione – ove non prevista dal bando di gara – in violazione del principio di tassatività delle cause ostative oggi codificato all'art. 46, comma 1-*ter*, del medesimo decreto, e nell'inidoneità in ogni caso dell'indicazione dei subappaltatori a fornire alla stazione appaltante serie garanzie sul possesso dei requisiti in capo al concorrente.

Quanto al primo aspetto, è agevole rilevare che nell'ipotesi in esame l'esclusione del concorrente dalla procedura selettiva conseguirebbe non già alla mera inosservanza di un obbligo dichiarativo, ma alla circostanza sostanziale del mancato possesso dei necessari requisiti di qualificazione per parte delle prestazioni oggetto dell'appalto: donde l'irrilevanza della carenza di una specifica previsione nell'art. 118, discendendo l'esigenza di un'indicazione nominativa del subappaltatore dalla logica stessa del sistema in materia di necessario possesso dei requisiti tecnico-organizzativi di partecipazione.

Con riguardo al secondo profilo, va rammentato che, nell'accezione "sostanzialistica" fatta propria dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sent. 7 giugno 2012, nr. 21), il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del Codice dei contratti pubblici o del regolamento attuativo la prevedano espressamente, ma anche in ogni altro caso in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione (in tal modo restando irrilevante la mancata previsione esplicita di una comminatoria di esclusione, in quanto si realizza una eterointegrazione legale della *lex*

specialis); tale argomento, con richiamo alle norme in tema di possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, è richiamato dalle pronunce che sostengono l'orientamento interpretativo cui qui si aderisce (cfr. ad esempio la sent. nr. 1124/2014, cit.).

Infine, quanto al terzo dei profili evocati, l'indirizzo prevalente finisce invero per essere idoneo a garantire la stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti di qualificazione in capo al concorrente, nella misura in cui si assuma – come in fatto è, nelle decisioni che a tale impostazione aderiscono – che il concorrente, il quale sia sprovvisto della qualificazione per le categorie scorporabili e dichiarati di voler subappaltare le relative prestazioni, sia tenuto non solo a indicare nominativamente i subappaltatori, ma anche e soprattutto ad attestare il possesso dei requisiti in capo agli stessi (svolgendo di fatto il subappalto, in tale ipotesi, la medesima funzione dell'avvalimento *ex art. 49 del d.lgs. nr. 163/2006*).

11.2. Se tali sono gli argomenti che militano a favore dell'opzione maggioritaria, non può però sottacersi che ancora in tempi recenti l'opposto orientamento è emerso nella giurisprudenza sia di primo grado (cfr. T.A.R. Puglia, sez. II, 27 marzo 2014, nr. 393) sia d'appello (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2014, nr. 3449, sia pure con riferimento a una fattispecie concreta in cui non si trattava di subappalto c.d. "necessario"; id., 19 giugno 2012, nr. 3653), nonché nell'avviso costantemente espresso sul punto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, oggi Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui *"la normativa vigente non pone l'obbligo d'indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, a differenza di quanto previsto dall'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, nr. 163 per l'impresa ausiliaria, ma soltanto l'onere di dichiarare preventivamente le lavorazioni che il concorrente intenda subappaltare, qualora privo della necessaria qualificazione, fermo restando, in tal caso, che la mancanza della qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria deve essere compensata da un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, e ciò a tutela della stazione appaltante, circa la sussistenza della complessiva capacità economica e finanziaria in capo all'appaltatore"* (cfr. parere nr. 11 del 30 gennaio 2014; nello stesso senso, determinazione 10 ottobre 2012, nr. 4, e, da ultimo, determinazione 8 gennaio 2015, nr. 1).

11.3. Al di là della perdurante difformità di indirizzi testé evidenziata, tale da giustificare *ex art. 99 cod. proc. amm.* la devoluzione all'Adunanza plenaria, rileva l'ulteriore questione evidenziata dalle appellanti principali nella propria memoria conclusiva, laddove si è osservato come, avuto riguardo all'epoca in cui è stata indetta la procedura selettiva per cui è causa (ottobre 2013), l'offerta è stata presentata in un momento in cui era estremamente vivo il contrasto di indirizzi sopra descritto, solo di recente in via di risoluzione con la prevalenza dell'opzione più rigorosa; pertanto, in diretta applicazione del principio di diritto comunitario che preclude l'esclusione del concorrente da una procedura selettiva per la violazione di una regola non connotata da chiarezza, precisione e univocità al momento in cui sono stati posti in essere i relativi adempimenti, la stazione appaltante avrebbe dovuto ammettere l'impresa interessata al c.d. soccorso istruttorio, consentendole di integrare la dichiarazione carente.

Al riguardo, questa Sezione rileva che effettivamente, in precedenti occasioni in cui l'Adunanza plenaria ha enunciato principi di diritto suscettibili di incidere anche su procedure di gara in corso, è stato lo stesso Supremo Collegio a porsi il problema degli effetti della loro possibile

applicazione in relazione a vicende pregresse, svoltesi in fase di perdurante incertezza sull'interpretazione della normativa di riferimento, ammettendo per tali casi l'esperibilità del soccorso istruttorio: ciò è avvenuto, ad esempio, allorché è stata generalizzata la regola della pubblicità della seduta di gara concernente l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e la verifica del loro contenuto (cfr. sent. 27 giugno 2013, nr. 16), nonché quando, a proposito degli effetti della omessa indicazione per i concorrenti di una gara di appalti della esistenza di condanne penali nei loro confronti passate in giudicato, *ex art. 38, comma 1, lett. c)*, d.lgs. nr. 163/2006, nell'affermare la sussistenza di tale obbligo in relazione alla posizione degli amministratori di società interessate da processi di fusione o incorporazione con il concorrente, è stato precisato che tali condizioni dovessero ritenersi operanti per le gare successive all'arresto interpretativo così raggiunto, mentre per le gare precedenti, salvo espresse previsioni delle norme di gara, dovesse negarsi l'ipotesi di espulsione per mera omessa dichiarazione, dovendosi a tal fine dare ingresso al c.d. soccorso istruttorio (cfr. sent. 7 giugno 2012, nr. 21).

Pertanto, qualora l'Adunanza plenaria dovesse condividere il più rigoroso indirizzo che qui si sostiene, sarebbe opportuno che si esprimesse anche in ordine alle sue ricadute sulle procedure esperite in epoca anteriore, sotto lo specifico profilo dell'ammissibilità (o meno) di un'integrazione delle dichiarazioni rese dal concorrente interessato, con l'indicazione nominativa dei subappaltatori destinati a svolgere le prestazioni per le quali difetti in capo all'impresa la necessaria qualificazione.

12. Una questione di diritto intertemporale, analoga a quella testé prospettata, viene altresì sollecitata dall'ulteriore motivo di censura articolato in primo grado, rimasto assorbito dalla sentenza appellata e riproposto nel presente grado dalla parte appellata, con riguardo alla necessità, per quanto riguarda gli appalti di lavori, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta i costi da sostenere per gli oneri di sicurezza aziendale (motivo destinato a venire in rilievo ove si concludesse nel senso della fondatezza degli appelli sotto il profilo fin qui esaminato).

Sul punto, in sede di reiezione dell'istanza di sospensiva avanzata in una all'appello, è stato sinteticamente richiamato, a sostegno della possibile fondatezza di tale doglianza, il recente indirizzo dell'Adunanza plenaria nel senso dell'obbligatorietà di detta indicazione, non potendo il relativo accertamento rimettersi alla fase, successiva e solamente eventuale, della verifica di congruità dell'offerta economica (cfr. sent. 20 marzo 2015, nr. 3).

Tuttavia, anche con riguardo a tale questione parte appellante evidenzia che nella specie la formulazione dell'offerta risale ad epoca in cui il principio era tutt'altro che pacifico (sottolineandosi anzi, nella stessa decisione della Plenaria sopra richiamata, che negli anni più recenti l'orientamento della giurisprudenza era stato in senso opposto, e, cioè, nel senso che per gli appalti di lavori non fosse necessario indicare già in sede di offerta gli oneri per la sicurezza aziendale).

Di conseguenza, anche a tale riguardo la Sezione reputa opportuno rimettere all'Adunanza plenaria gli opportuni chiarimenti in ordine al "regime" cui assoggettare, quanto all'esperibilità o meno del soccorso istruttorio, le vicende – quale è quella che qui occupa - antecedenti all'arresto giurisprudenziale da ultimo consolidatosi.

13. Riepilogando, sulla base delle motivazioni fin qui esposte, si ritiene di dover deferire all'Adunanza plenaria le questioni esposte in narrativa, e segnatamente:

- a) se sia o meno obbligatoria, ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. nr. 163/2006 e delle norme connesse, l'indicazione già in sede di presentazione dell'offerta del nominativo del subappaltatore, qualora il concorrente sia privo dei necessari requisiti di qualificazione per talune categorie scorporabili ed abbia espresso l'intento di subappaltare tali prestazioni;**
- b) se, ammessa la risposta affermativa al quesito che precede, per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita anteriormente al pronunciamento della Plenaria, sia possibile avviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, e quindi invitando il concorrente interessato a integrare la dichiarazione carente;**
- c) se, in relazione all'obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi per gli oneri di sicurezza aziendale, affermato anche per gli appalti di lavori dalla sentenza nr. 3 del 2015, sia del pari possibile, per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita anteriormente al ridetto pronunciamento, avviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, e quindi invitando il concorrente interessato a integrare o precisare la dichiarazione carente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla Segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere