

Pubblicato il 30/01/2018

N. 00146/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00911/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 911 del 2017, proposto da:
Franco Tosi Meccanica s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio De Stefanis e Barbara Mancini,
domiciliato *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via
Ricasoli 40;

contro

Consorzio per lo Sviluppo delle Aree Geotermiche - Co.Svi.G. s.c.r.l., in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiara
Jannuzzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Del Gobbo in
Firenze, viale Lavagnini 41;

nei confronti di

Nuovo Pignone s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Roberto Calabresi, Francesca Romana Correnti e Andrea Di
Leo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, piazza

Indipendenza

28;

Icet Industrie s.p.a., Teti Trivellazioni s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Giovanni Pravisani, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Palestro 3;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo:

- di tutti gli atti che hanno portato all'aggiudicazione della procedura di gara aperta, per l'affidamento “chiavi in mano” della fornitura e posa in opera di un sistema di compressione dell'aria comburente presso Sesta Lab, per conto del Consorzio per lo Sviluppo delle Aree Geotermiche – Co.Svi.G. s.c.r.l., per un importo complessivo di €. 6.925.160,46= (Iva esclusa), al “Costituendo RTI Nuovo Pignone S.r.l. (mandataria), ICET industrie S.p.A. e Teti Trivellazioni S.r.l.”, previa esclusione della ricorrente;
- della Determina dell'Amministratore unico Co.Svi.G. s.c.r.l. n. 70/AU/2017 del 21.6.2017, con cui la gara è stata aggiudicata al “Costituendo RTI Nuovo Pignone S.r.l. (mandataria), ICET industrie S.p.A. e Teti Trivellazioni S.r.l.”
- della Determina dell'Amministratore unico Co.Svi.G. s.c.r.l. n. 66/AU/2017 del 13.6.2017, con cui è stata dichiarata l'esclusione della ricorrente dalla gara, per asserita insussistenza dei requisiti di ordine speciale, richiesti dal disciplinare di gara, per l'espletamento dell'appalto in oggetto.
- della Comunicazione PEC del 13.6.2017 dell'Ufficio Acquisti Co.Svi.G. s.c.r.l., inviata alla ricorrente, con cui è stata comunicata l'esclusione dalla gara.
- del verbale di gara del giorno 13.6.2017 – verifica documentazione amministrativa – con cui il RUP ha proposto l'esclusione della ricorrente dalla gara, per asserita carenza dei requisiti di ordine speciale richiesti dal disciplinare di gara per l'espletamento dell'appalto in oggetto;

- del verbale di gara del giorno 14.6.2017 – verifica documentazione tecnica – con cui il RUP, a seguito dell'esclusione della ricorrente, ha esaminato la sola documentazione tecnica della impresa risultata successivamente aggiudicataria, attribuendole di conseguenza il massimo punteggio per assenza di altri concorrenti;
- del verbale di gara del giorno 15.6.2017 – apertura offerta economica – con cui il RUP, a seguito dell'esclusione della ricorrente, ha esaminato la sola offerta della impresa risultata successivamente aggiudicataria, attribuendole di conseguenza il massimo punteggio per assenza di altri concorrenti e ha aggiudicato la gara in via provvisoria al Costituendo RTI Nuovo Pignone s.r.l. (mandataria), ICET industrie s.p.a. e Teti Trivellazioni s.r.l.;
- di tutti gli verbali delle operazioni di gara ad oggi non cogniti e, per quanto occorrer possa, del Bando e del Disciplinare di Gara.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Icet Industrie s.p.a. il 19 settembre 2017, per l'annullamento *in parte qua*:

- di tutti gli atti ed i verbali della Commissione Giudicatrice e del Responsabile del Procedimento relativi alla procedura avente ad oggetto la “Fornitura e posa in opera “chiavi in mano” di un sistema di compressione dell'aria comburente presso SESTA LAB”, nella sola parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara di Franco Tosi Meccanica S.p.a. anche per le causali illustrate nel presente ricorso incidentale;
- in parte qua degli atti impugnati con il ricorso principale, tra cui i verbali di gara dei giorni 13 e 14 giugno 2017, della determina dell'amministratore unico di Cosvig s.c.r.l. n. 66/AU/2017 del 13 giugno 2017 e della comunicazione pec del 13 giugno 2017 dell'ufficio acquisti di Cosvig, nella sola parte in cui non hanno disposto l'esclusione di Franco Tosi Meccanica S.p.a. anche per le causali illustrate nel presente ricorso incidentale, nonché, entro i medesimi limiti, di ogni altro atto connesso, antecedente o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per lo Sviluppo delle Aree Geotermiche - Co.Svi.G. s.c.r.l. e delle controinteressate Nuovo Pignone s.r.l., Icet Industrie s.p.a. e Teti Trivellazioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 il consigliere Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblico del 17 marzo 2017, il Consorzio per lo Sviluppo delle Aree Geotermiche (Co.Svi.G.) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del contratto di fornitura e posa in opera "chiavi in mano" di un sistema di compressione dell'aria comburente destinato al collaudo di combustori per turbogas, da collocarsi all'interno dell'area sperimentale di "Sesta Lab".

Alla procedura hanno partecipato la Franco Tosi Meccanica s.p.a. e il raggruppamento composto da Nuovo Pignone s.r.l. (capogruppo mandataria) con Icet Industrie s.p.a. e Teti Trivellazioni s.r.l. (mandanti).

In esito alla prima seduta di gara, tenutasi il 13 giugno 2017 e dedicata all'esame della documentazione amministrativa, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della società Franco Tosi Meccanica, avendola giudicata carente dei requisiti di partecipazione.

Il procedimento è proseguito nei confronti del solo altro concorrente rimasto in gara, che si è visto aggiudicare il contratto in forza di determinazione del 21 giugno 2017.

1.1. L'aggiudicazione e gli atti alla stessa presupposti, a partire dalla sua esclusione, sono impugnati in via principale dalla Franco Tosi Meccanica, che ne chiede l'annullamento sulla scorta di tre motivi in diritto.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, il Co.Svi.G. e tutte le imprese riunite nel raggruppamento vittorioso.

1.2. Con ordinanza del 27 luglio 2017, il collegio ha accolto la domanda cautelare formulata con l'atto introduttivo del giudizio e, per l'effetto, ha sospeso l'esecuzione degli atti e provvedimenti impugnati.

1.3. Le sole controinteressate Icet Industrie e Teti Trivellazioni (costituite e difese autonomamente dalla loro capogruppo) hanno quindi spiegato ricorso incidentale volto a far valere l'esistenza di ragioni di esclusione ulteriori a carico della ricorrente principale, asseritamente non rilevate dalla stazione appaltante.

1.4. La causa, arricchita dell'impugnazione incidentale, è stata discussa nella pubblica udienza dell'8 novembre 2017 e decisa come da dispositivo, pubblicato il successivo 10 novembre.

2. Si è anticipato che la procedura di affidamento in questione riguarda la fornitura e posa in opera di un sistema di compressione dell'aria comburente, da collocare all'interno di un'area sperimentale. Oltre alla fornitura principale e a quelle secondarie (relative, queste ultime, a sistemi meccanici, elettrotecnici e strumentali a corredo del treno di compressione), l'intervento prevede l'esecuzione di lavori nelle categorie OG1 e OS21, per importi pari, rispettivamente, al 7,1% e all'1,4% del totale complessivo dell'appalto.

2.1. Con il primo motivo di ricorso principale, è dedotto il difetto di motivazione dell'atto di esclusione dalla gara della Franco Tosi Meccanica s.p.a.. La menzione

della “*insussistenza dei requisiti di ordine speciale richiesti dal disciplinare di gara per l’espletamento dell’appalto in oggetto*”, contenuta nell’impugnata determina del 13 giugno 2017, non consentirebbe di comprendere le reali ragioni del provvedimento, dando luogo a una palese violazione dell’art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, oltre che a evidenti profili di eccesso di potere.

2.2. Con il secondo motivo, la ricorrente principale – premesso che il disciplinare di gara, redatto in modo sommario e superficiale, avrebbe subito almeno tre rivisitazioni ad opera della stazione appaltante – sostiene che l’unico requisito speciale di partecipazione richiesto a pena di esclusione sarebbe stato quello di aver eseguito almeno una fornitura e posa in opera di turbomacchine nel triennio antecedente la gara, per un importo di almeno cinque milioni di euro. Trattandosi di requisito da essa posseduto e dichiarato, la Franco Tosi Meccanica ipotizza di poter identificare il requisito asseritamente mancante con il possesso delle attestazioni SOA relative alle opere civili appartenenti alle categorie OG1 e OS21: se così fosse, tuttavia, l’iniziativa della stazione appaltante non potrebbe che considerarsi illegittima, non potendosi desumere dalla legge di gara l’esistenza di cause di esclusione diverse da quelle attinenti ai possibili vizi dell’unico requisito tassativamente previsto.

Del resto, sarebbero stati proprio la formulazione ambigua del disciplinare e le risposte fornite dal Co.Svi.G. ai quesiti posti dai concorrenti a legittimare l’affidamento della ricorrente in ordine al fatto che nessun altro requisito fosse richiesto a pena di esclusione in aggiunta all’esecuzione di una fornitura del valore di oltre cinque milioni di euro; di modo che, se pure questa interpretazione della *lex specialis* dovesse reputarsi scorretta, residuerebbe comunque l’esigenza di salvaguardare i concorrenti che in buona fede avessero inteso il disciplinare nel senso indicato dalla stazione appaltante.

In ogni caso, la presunta carenza “in proprio” delle attestazioni SOA per le opere civili sarebbe superata, nella sostanza, dall’aver la ricorrente principale manifestato nel DGUE la propria intenzione di subappaltare dette opere, all’uopo indicando la **terna** dei **subappaltatori**, tutti muniti dei necessari requisiti di qualificazione. L’esclusione sarebbe pertanto irrazionale, ancor più perché la legge di gara prevedeva espressamente la possibilità di fare ricorso al subappalto, e l’ammontare delle prestazioni cui la dichiarazione di subappalto si riferisce non supererebbe il limite del 30% stabilito dall’art. 105 del d.lgs. n. 50/2016.

L’azione del Consorzio resistente risulterebbe dunque viziata dalla violazione degli artt. 30 e 105 del d.lgs. n. 50/2016, cit., nonché da eccesso di potere per difetto e/o falsità del presupposto, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, illogicità, ingiustizia manifesta e violazione del procedimento.

2.3. Il terzo motivo, infine, è diretto a far valere l’illegittimità derivata degli atti adottati dalla stazione appaltante successivamente all’esclusione della ricorrente principale, ivi compresa l’aggiudicazione della gara.

3. Il *thema decidendum* è completato dal ricorso incidentale con cui le controinteressate Icet Industrie e Teti Trivellazioni lamentano l’incompletezza del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della Franco Tosi Meccanica, illegittimamente limitato al solo profilo della mancanza in proprio dei requisiti di partecipazione.

3.1. Con il primo motivo dell’impugnazione incidentale, si afferma l’illegittimità della pretesa della ricorrente principale di subappaltare per intero le opere appartenenti alla categoria super specialistica OS21, subappaltabili nei soli limiti del 30%, a norma dell’art. 105 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, come richiamato dallo stesso disciplinare di gara.

3.2. Con il secondo motivo, le ricorrenti incidentali contestano l’affermazione della Franco Tosi Meccanica, secondo cui il disciplinare di gara autorizzerebbe il

subappalto entro il limite del 30% del valore del contratto. La possibilità di procedere al subappalto incontrerebbe infatti, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016, un duplice limite, quello del 30% dell'importo delle opere super specialistiche e quello, generale e insuperabile, del 30% dell'importo complessivo del contratto, da riferire – in presenza di un contratto misto, come nella specie – tanto ai lavori, quanto alle forniture che concorrono a comporre l'affidamento.

3.3. Il terzo motivo è inteso a denunciare che la ricorrente principale avrebbe fatto uso del subappalto per eludere il mancato possesso dei requisiti di partecipazione, con ciò contravvenendo alla *ratio* dell'istituto, che sarebbe quella di consentire all'operatore economico aggiudicatario, pienamente qualificato e munito in proprio di tutti i requisiti richiesti dalla legge di gara, di affidare ad altri parte dell'esecuzione del contratto (a differenza dell'avvalimento, che invece permette al concorrente sprovvisto dei requisiti di partecipare mediante il supporto dell'impresa ausiliaria).

4. Franco Tosi Meccanica eccepisce l'inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso incidentale, che sarebbe stato proposto oltre il termine decadenziale di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione, e comunque dalla conoscenza, del provvedimento di esclusione. Per inciso, la ricorrente principale evidenzia altresì come la Nuovo Pignone s.p.a., mandataria del raggruppamento aggiudicatario, avrebbe fatto acquiescenza al provvedimento oggetto dell'impugnativa incidentale. L'eccezione è infondata.

Per consolidata giurisprudenza, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, va riconosciuta la legittimazione delle imprese mandanti ad agire in giudizio a tutela degli interessi derivanti loro dalla partecipazione in raggruppamento con altri alla gara per l'affidamento di contratti pubblici, indipendentemente dalla rappresentanza processuale di cui l'impresa capogruppo è investita in virtù del

mandato speciale che dà vita al R.T.I. (da ultimo, e per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2235).

Quanto alla tempestività del gravame incidentale, basti osservare che l'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a., invocato dalla ricorrente principale, non deroga in alcun modo alla regola ricavabile dal precedente art. 42 co. 1, che fa decorrere il termine per la proposizione del ricorso incidentale dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. La conclusione è conforme alla natura stessa del ricorso incidentale, che, com'è noto, opera sul piano processuale quale eccezione volta a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti del suo eventuale accoglimento (esso mira a mantenere inalterato l'assetto di interessi garantito dal provvedimento oggetto dell'impugnazione principale: è solo la proposizione di quest'ultima che, mettendo in pericolo quell'assetto, fa sorgere nel suo destinatario – il controinteressato processuale – l'interesse a proporre a sua volta impugnazione, come appunto sancito dall'art. 42 co. 1 cit.).

Né diversamente depone il tenore testuale dell'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a., che onera i concorrenti dell'immediata impugnazione dell'altrui ammissione in gara, ovvero della propria esclusione, ma non anche dell'altrui esclusione, rispetto alla quale non avrebbe ragion d'essere quell'anticipazione della soglia dell'interesse a ricorrere, che pure caratterizza il rito "super accelerato" in materia di contratti pubblici.

È inoltre dirimente osservare che, per i suoi contenuti, il ricorso incidentale qui proposto non integra, a ben vedere, una vera e propria impugnazione (sul punto, si veda meglio *infra*).

5. Nel merito, il verbale di gara del 13 giugno 2017 attesta la proposta di esclusione della Franco Tosi Meccanica, formulata dal R.U.P. – a ciò sollecitato anche dal legale della controinteressata Icet – a seguito dell'esame del DGUE, sul presupposto della ritenuta assenza dei requisiti di qualificazione obbligatori per la partecipazione alla procedura.

La proposta è stata recepita dalla determina in pari data dell'amministratore unico di Co.Svi.G., che ha disposto l'esclusione per insussistenza, in capo alla ricorrente principale, dei requisiti di ordine speciale richiesti per l'espletamento dell'appalto. Per come formulata, la motivazione dell'esclusione non specifica a quale delle prestazioni oggetto dell'appalto si riferisca la carenza dei requisiti di qualificazione riscontrata dalla stazione appaltante. Questo non è tuttavia sufficiente per affermare l'illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale, giacché il carattere vincolato dell'esclusione impone al giudice di estendere l'indagine al di là del formale rilievo del difetto di motivazione, per verificare se il Consorzio resistente non avrebbe potuto adottare un provvedimento diverso, vale a dire se la reale mancanza dei requisiti di partecipazione non renda l'esclusione un atto necessitato, come tale sottratto a oneri motivazionali diffusi e, comunque, non annullabile pur a fronte di una veste provvedimento non ineccepibile (art. 21-*octies* co. 2 l. n. 241/1990).

Del resto, la laconicità degli atti adottati dal Co.Svi.G. non ha impedito alla società Franco Tosi Meccanica di ben comprendere che le contestazioni mosse dalla stazione appaltante riguardano il possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione della quota di prestazioni contrattuali rappresentata dai lavori nelle categorie OG1 e OS21. Correlativamente, la ricorrente principale è stata in grado di orientare con puntualità le proprie difese, le quali fanno leva, da un lato, sui principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, e, dall'altro, sulla regolarità della propria partecipazione alla procedura.

Se pertanto, come è confermato dalle difese del Consorzio resistente, l'esclusione è stata disposta in considerazione del difetto dei requisiti di idoneità tecnico-professionale inerenti l'esecuzione dei lavori che concorrono a formare l'oggetto dell'appalto, lo stesso ricorso incidentale vale a introdurre nel giudizio non tanto ragioni di esclusione nuove e diverse da quelle poste a fondamento degli atti

impugnati, quanto ulteriori argomenti giuridici a supporto del corretto operato della stazione appaltante, ma pur sempre finalizzati a evidenziare la mancanza del requisito di qualificazione relativo alla componente-lavori dell'appalto. È per questo che le contrapposte censure dedotte con il ricorso principale e con quello incidentale saranno esaminate congiuntamente.

5.1. Nella memoria del 12 ottobre 2017, la Franco Tosi Meccanica replica alle difese avversarie di aver dichiarato, nel DGUE, la propria volontà di subappaltare interamente le “opere strutturali speciali” e parzialmente i “lavori edifici civili e industriali”. Nel complesso, il valore dei lavori da subappaltare ammonterebbe al 7,1% dell'importo dell'appalto, nel pieno rispetto del limite massimo del 30% sancito dall'art. 105 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016; né in contrario potrebbe sostenersi che il limite in questione debba essere riferito a ciascuna delle diverse categorie di prestazioni delle quali l'appalto si compone. Allo stesso modo, il subappalto così strutturato non integrerebbe alcuna violazione del divieto di avvalimento sancito dalla legge di gara, atteso che la Franco Tosi Meccanica non avrebbe inteso avvalersi dei requisiti di imprese terze, ma solo sostituire a sé un'altra impresa nell'esecuzione di una parte marginale del contratto.

La prospettazione della ricorrente principale non può essere condivisa.

5.1.1. Il paragrafo 12. del disciplinare di gara approvato dal Co.Svi.G. richiede ai concorrenti di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'esecuzione sia della fornitura principale oggetto dell'appalto (con esclusione, quindi, delle forniture secondarie), sia per l'esecuzione dei lavori. Per questi ultimi, la disposizione prevede altresì che la prova della qualificazione venga data attraverso l'attestazione SOA relativa ai lavori della categoria OG1, classifica II, e attraverso il possesso dei requisiti di cui all'art. 90 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ovvero attraverso la SOA, per i lavori della categoria OS21.

La qualificazione obbligatoria cumulativamente richiesta per la fornitura principale e per i lavori costituisce nulla più di una piana applicazione dell'art. 28 co. 1 del d.lgs. n. 50/2016, il cui ultimo periodo stabilisce che “*L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*”.

La norma si avvale del criterio della combinazione dei regimi giuridici, in deroga a quello della prevalenza utilizzato al primo periodo del medesimo art. 28 co. 1 per individuare la disciplina generale del contratto misto. Essa riproduce la previsione a suo tempo dettata dall'art. 15 dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, già interpretata da dottrina e giurisprudenza nel senso di attribuire alla qualificazione obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell'appalto il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento, a differenza di quanto previsto dal previgente art. 8 co. 11-*septies* della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che assegnava invece alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori (e che, più in generale, limitava l'applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione all'ipotesi in cui i lavori rappresentassero la prestazione economicamente prevalente e non avessero carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto misto: cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765).

In particolare, facendo applicazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza ha ritenuto legittima una prescrizione di *lex specialis* che imponeva ai concorrenti di allegare la loro pregressa esperienza per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1153); e, specularmente, ha respinto l'impugnazione avverso il provvedimento con cui, in autotutela, la stazione appaltante aveva annullato una procedura di gara, già conclusasi con

l'aggiudicazione definitiva, avuto riguardo alla mancanza, nel bando, dei dati necessari a verificare il possesso dei requisiti di qualificazione parametrati alle prestazioni di lavori oggetto del contratto misto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 agosto 2017, n. 1973).

Dopo aver sottolineato la chiarezza della previsione di cui all'art. 15 cit., "*di portata generale e di significato precettivo inequivocabile, cogente*", la giurisprudenza ha ancora statuito come il silenzio del bando di gara in ordine al possesso dell'attestazione SOA per l'esecuzione di lavori nell'ambito di un contratto misto non possa intendersi come volontà della stazione appaltante di consentire la partecipazione alla gara anche alle imprese sprovviste della qualificazione per i lavori, dovendo il bando essere interpretato in conformità alla legge alla stregua del canone di cui all'art. 1367 c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5917).

Più di recente, è stato ulteriormente precisato che la mancanza di alcun cenno esplicito, nella legge di gara, al possesso dei requisiti di qualificazione relativi alla componente-lavori di un contratto misto è supplita dal meccanismo della inserzione automatica di clausole, analogamente a quanto previsto in ambito civilistico dagli artt. 1339 e 1374 c.c., cosicché neppure viene in considerazione l'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante (così Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541).

Analogo approccio è stato mantenuto nei confronti dell'art. 28 co. 1 del d.lgs. n. 50/2016, accomunato all'art. 15 del d.lgs. n. 163/2006 quanto a rigore della scelta legislativa che – ai fini della partecipazione alla gara, e non solo dell'esecuzione dell'appalto – impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2017, n. 3918).

5.1.2. Se così è, nella fattispecie in esame l'esclusione della ricorrente principale dalla gara – pacificamente avente a oggetto l'affidamento di un contratto misto –

risulta del tutto giustificata dalla circostanza, altrettanto pacifica, che la Franco Tosi Meccanica non possiede la qualificazione per i lavori richiesti dal disciplinare di gara e, prima ancora, dalla legge.

Né colgono nel segno le censure della ricorrente principale volte a rivendicare la tutela dell'affidamento circa il fatto che l'unico requisito di partecipazione alla procedura fosse costituito dalla pregressa esecuzione di una fornitura del valore di oltre cinque milioni di euro. Il menzionato paragrafo 12. del disciplinare non lascia dubbi in ordine al duplice requisito di qualificazione congiuntamente richiesto ai concorrenti per la fornitura principale e per i lavori; mentre l'obbligatorietà della qualificazione è inequivocabilmente confermata dalla tabella di cui al precedente paragrafo 6., contenente l'elenco delle prestazioni contrattuali con l'indicazione dei corrispondenti importi, dell'incidenza sul complessivo valore dell'appalto, nonché, appunto, della necessità o meno della qualificazione (esclusa soltanto per le forniture e i servizi secondari, coerentemente con quanto previsto dal paragrafo 12.).

La risposta resa dalla stazione appaltante al terzo quesito posto dai concorrenti è, dal canto suo, perfettamente in linea con le prescrizioni del disciplinare, essendosi il Consorzio resistente limitato a ribadire l'obbligatorietà della qualificazione per la sola fornitura principale e a escluderla per le forniture secondarie. E nulla consente di affermare che la risposta possa in qualche modo estendersi alle prestazioni di lavori, estranee allo stesso quesito.

5.1.3. La conclamata carenza della qualificazione per i lavori non può poi essere ovviata mediante il subappalto, come la ricorrente principale pretenderebbe.

Nell'affidamento dei contratti misti il legislatore ha infatti inteso “*impedire il legittimo ricorso all'istituto del subappalto da parte di un operatore che sia privo dei requisiti di qualificazione e capacità prescritti dalle pertinenti disposizioni*”, dovendosi escludere che

ricorrano le medesime condizioni giustificative del subappalto c.d. “necessario” (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3918/2017, cit.).

Al possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti per ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto, oggi prescritto dall’art. 28 co. 1 d.lgs. n. 50/2016, corrisponde infatti lo stringente limite imposto dall’art. 105 co. 2 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 (e già presente nell’art. 118 co. 2 del d.lgs. n. 163/2006), secondo cui l’eventuale subappalto non può eccedere la quota del 30% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E il combinato disposto delle due norme porta evidentemente a concludere che, a fronte di un contratto misto, il limite del 30% debba essere riferito (anche) al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l’oggetto del contratto: l’art. 28 non vieta il subappalto, ma, esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che per partecipare alla gara il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3541/2017, cit.).

Una dichiarazione di subappalto eccedente i limiti di legge, come quella resa dalla odierna ricorrente principale, non vizia di per sé la partecipazione alla gara. A viziare la partecipazione, imponendo l’esclusione, è la mancanza in proprio dei requisiti di qualificazione che consentano al concorrente di soddisfare la condizione inderogabilmente stabilita dall’art. 28 co. 1 (condizione che, beninteso, andrebbe rispettata anche a volere, per ipotesi, accedere all’argomento della ricorrente principale, secondo la quale il subappalto integrale di alcune prestazioni sarebbe sempre ammissibile nell’appalto misto, purché sia rispettato il limite del 30% del complessivo importo del contratto).

Così contestualizzato, può dunque rileggersi il paragrafo 9. del disciplinare di gara, la cui sola interpretazione plausibile è quella coordinata con i menzionati paragrafi 12. e 6., e conforme alle superiori disposizioni di legge, più volte richiamate.

Si aggiunga che, come affermato dalle ricorrenti incidentali, per le opere super specialistiche appartenenti alla categoria OS21 il subappalto non può in nessun caso superare il 30% del valore delle opere (non del contratto), ai sensi dell'art. 105 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016. Per questo aspetto, la dichiarazione di subappalto resa dalla Franco Tosi Meccanica è a maggior ragione inefficace per la parte eccedente il limite legale, ciò che, di conseguenza, vizia la partecipazione per difetto in proprio del corrispondente requisito di qualificazione.

6. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, può dirsi acclarata la legittimità dell'esclusione disposta dal Consorzio resistente a carico della società Franco Tosi Meccanica. Ne discende la legittimità di tutti i successivi atti della procedura, compresa l'aggiudicazione in favore del raggruppamento capeggiato da Nuovo Pignone s.r.l., e l'infondatezza del gravame proposto con l'atto introduttivo del giudizio.

Il ricorso principale va pertanto respinto nella sua integralità, non apparendo necessario procedere alla trattazione separata delle domande con esso proposte contro l'esclusione, rispetto a quelle proposte contro l'aggiudicazione (non si ignora l'esistenza di arresti giurisprudenziali – cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n. 3265; id., ord. 14 marzo 2017, n. 1059 – che ritengono inammissibile la proposizione cumulativa, con unico ricorso, delle domande di annullamento dell'esclusione dalla gara e della successiva aggiudicazione. Nondimeno, qualora le modalità di svolgimento in concreto della gara consentano l'impugnazione contestuale dell'esclusione e dell'aggiudicazione, imporre la separazione dei giudizi appare contrario ai principi di effettività, economicità e ragionevole durata del processo, avuto riguardo all'unicità del bene della vita controverso e alla circostanza che, in siffatte evenienze, appaiono recessive le stesse finalità sottese alla disciplina del rito “superaccelerato” *ex* art. 120 co. 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a.).

6.1. Le spese di lite possono essere compensate, stante la complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, esaminati contestualmente il ricorso incidentale e il ricorso principale, accoglie il primo e respinge il secondo.

Dichiara compensate fra tutte le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO