

N. 00812/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00204/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2012, proposto da:

A.L.P.E. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Faggiano e Mariacristina Sapone,
con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Drovetti, 37;

contro

Comune di Magliano Alpi, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dagli avv. Gianni Martino, Piero Golinelli ed Alessandra Golinelli,
con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Stefano
Clemente, 22;

nei confronti di

Tecnica Restauri S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Inglese e Cristina Martilla, con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Torino, via della Rocca,
45;

Ollebi S.r.l.;

per l'annullamento

- del verbale di gara relativo alla procedura negoziata per la ristrutturazione della ex casa di riposo Villa S. Chiara del 28 dicembre 2011;
- della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 1 del 3 gennaio 2012 di aggiudicazione dei lavori;
- della comunicazione di aggiudicazione dell'appalto, prot. n. 83, datata 5 gennaio 2012, ricevuta dalla ricorrente in data 11 gennaio 2012;
- occorrendo, dei primi due capoversi del punto 7 delle premesse della lettera d'invito 21 novembre 2011;
- del contratto di appalto ove sia stato stipulato;

nonchè

per l'annullamento, previa immediata concessione di idonea misura cautelare,

della lettera di invito nella parte in cui prescrive l'esclusione dei concorrenti che abbiano dichiarato di voler subappaltare lavorazioni in misura eccedente a quanto consentito dalla legge o che configurino in sé cessione del contratto (punto 5.b.6).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Magliano Alpi e di Tecnica Restauri S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale di Tecnica Restauri Srl

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 20 giugno 2012 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato la A.L.P.E. Costruzioni s.r.l. ha chiesto

al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, il verbale di gara del 28.12.2011 della procedura negoziata indetta dal Comune di Magliano Alpi per la ristrutturazione della ex casa di riposo Villa S. Chiara, la determinazione del responsabile del Servizio Tecnico n. 1 del 3.01.2012 di aggiudicazione dei lavori, la relativa comunicazione del 5.01.2012, i primi due capoversi del punto 7 delle premesse della lettera di invito 21.11.2011 ed il contratto di appalto, ove stipulato.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha lamentato 1) violazione della lex specialis di gara e violazione dell'art. 118 c. 1 d.lgs. n. 163/600; 2) violazione della lex specialis di gara e dell'art. 122 c. 9, ultimo periodo, d.lgs. n. 163/2006, 3) violazione delle norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi nonché al principio di non discriminazione.

Nelle date del 24.02.2012 e del 2.03.2012 si sono costituiti in giudizio la controinteressata Tecnica Restauri s.r.l. ed il Comune di Magliano Alpi, chiedendo al Tribunale di rigettare sia l'istanza cautelare, che il ricorso, in quanto inammissibili e, in ogni caso, infondati.

Con ordinanza n. 174/2012 dell'8.03.2012 il Collegio, ritenendo il ricorso assistito da apprezzabili elementi di *fumus boni iuris*, ha accolto la sospensiva.

Con atto notificato il 14.03.2012 la controinteressata Tecnica Restauri s.r.l. ha proposto ricorso incidentale, corredato di istanza cautelare.

Il Collegio, nell'ordinanza n. 293/2012 del 10.05.2012, ritenendo che le censure contenute nel ricorso incidentale fossero tali da rendere inammissibili le doglianze del ricorso principale che avevano condotto all'accoglimento della sospensiva richiesta da Alpe Costruzioni s.r.l., ha quindi revocato l'ordinanza n. 174/2012.

All'udienza pubblica del 20.06.2012 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la Alpe Costruzioni s.r.l. ha impugnato il verbale del 28.12.2011 della procedura negoziata bandita dal Comune di Magliano Alpi e tutti gli atti connessi deducendo, in primo luogo, l'illegittimità della mancata esclusione dalla procedura stessa di una delle società partecipanti, la OELLEBI s.r.l., che aveva dichiarato, in violazione di una delle prescrizioni del bando, sanzionata a pena di esclusione, di voler subappaltare la totalità dei lavori; l'esclusione della OELLEBI s.r.l. avrebbe ridotto il numero delle imprese ammesse a 9, precludendo, così, all'Amministrazione di azionare il meccanismo di esclusione automatica ex art. 86 c. 1 d.lgs. n. 163/2006 di cui la stessa ricorrente Alpe Costruzioni era stata vittima.

La controinteressata Tecnica Restauri s.r.l., dichiarata aggiudicataria in via definitiva, ha, però, proposto ricorso incidentale avverso la lettera di invito proprio "nella parte in cui prescrive l'esclusione dei concorrenti che abbiano dichiarato di voler subappaltare lavorazioni in misura eccedente a quanto consentito dalla legge o che configurino in sé cessione di contratto" (punto 5 b 6), lamentando la violazione dell'art. 46 c. 1 bis d.lgs. n. 163/2006.

Tale doglianza è fondata e meritevole di accoglimento: l'art. 4 del D.L. n. 70/2011, convertito in l.n. 106/2011, ha, infatti, aggiunto all'art. 4 una norma espressione del principio di tassatività delle cause di esclusione per cui "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo

le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Come evidenziato dalla difesa di Tecnica Restauri, nessuna disposizione normativa prevede l'esclusione del concorrente che abbia dichiarato di voler esercitare in misura eccessivamente ampia la facoltà di subappalto.

Tale interpretazione è condivisa anche dalla giurisprudenza maggioritaria che afferma che “l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato”. (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 12.01.2012 n. 81; Cons. St., Sez. V, 23.01.2012 n. 262).

Da qui la fondatezza, come detto, del ricorso incidentale avverso la clausola di cui al punto 5 b 6 della lettera d'invito, nulla per contrasto con l'art. 46 c. 1 bis d.lgs. n. 163/2006, con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso principale con riguardo alle censure di violazione della lex specialis di gara (motivo n. 1, in parte, e motivo n. 2).

Infondate si rivelano, poi, le ulteriori doglianze dedotte dalla ricorrente principale Alpe Costruzioni s.r.l. circa la necessità per l'Amministrazione di escludere comunque per violazione dell'art. 118 c. 1 d.lgs. n. 163/2006 l'offerta di OELLEBI s.r.l., del tutto inaffidabile in quanto dissimulante una cessione del contratto di appalto, e circa la contrarietà dell'art. 122 comma 9 d.lgs. n. 163/2006 ai principi comunitari per l'esiguità della soglia delle 10 imprese fissata dalla legge per l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

Da un lato, infatti, in assenza di una clausola di esclusione prevista dalla

lettera di invito (espunta in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale) qualsiasi altra previsione in tema di subappalto, come sottolineato dalla più recente giurisprudenza amministrativa, deve essere ricondotta alla fase esecutiva del rapporto, nella quale l'Amministrazione, con lo strumento dell'autorizzazione, è chiamata ad evitare "che ... si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato" (Cons.St., sez. IV, 24.03.2010 n. 1713). Non può quindi neppure ipotizzarsi, al riguardo, una cessione di contratto.

Dall'altro lato, il numero di dieci offerte ammesse quale soglia minima per l'esercizio della facoltà di esclusione automatica prevista dal comma 9 dell'art. 122 d.lgs. n. 163/2006 (peraltro elevato dal legislatore nazionale dalla quota originaria di 5 offerte proprio per adeguare la normativa italiana ai principi comunitari) appare costituire un ragionevole bilanciamento tra la necessità di consentire alle imprese la massima esplicazione dei principi di partecipazione e di concorrenza nelle gare e l'interesse ad evitare alla stazione appaltante il complesso procedimento di verifica in contraddittorio della congruità delle offerte presuntivamente anomale, con il conseguente dispendio di energie ed i prevedibili ritardi nell'avvio dei lavori, nel caso di non elevato importo delle opere e, dunque, di presumibile modesto interesse transfrontaliero.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, il ricorso incidentale deve essere accolto, mentre il ricorso principale deve essere dichiarato in parte inammissibile ed in parte infondato.

In considerazione della novità e della particolarità delle questioni trattate sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando,

- accoglie il ricorso incidentale proposto da Tecnica Restauri s.r.l. e, per l'effetto, dichiara nulla la clausola della lettera d'invito di cui al punto 5 b 6 nella parte in cui prescrive l'esclusione dei concorrenti che abbiano dichiarato di voler subappaltare lavorazioni in misura eccedente a quanto consentito dalla legge o che configurino in sé cessione di contratto;
- dichiara il ricorso principale di Alpe Costruzioni s.r.l. in parte improcedibile, ai sensi di cui in motivazione e per il resto lo rigetta;
- compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

IL SEGRETARIO

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