

Publicato il 08/02/2022

N. 00898/2022REG.PROV.COLL.
N. 06702/2021 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6702 del 2021,
proposto da

Compagnia Italiana Allarmi s.r.l. unipersonale in proprio e quale mandataria
del raggruppamento temporaneo di imprese con Itaware s.r.l., in persona del
legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea
Abbamonte e Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

S.E.T.I. s.n.c., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via degli Avignonesi, 5;

nei confronti

Comune di Afragola, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dagli avvocati Rosa Balsamo e Francesco Affinito, con domicilio digitale
come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 04374/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Afragola e di S.E.T.I. s.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte, Barbara Del Duca e Enrico Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 7 dicembre 2020, il Comune di Afragola indiceva una procedura di gara per l'affidamento del *“servizio di installazione di un impianto di videosorveglianza territoriale e governo automatizzato delle arterie principali di collegamento stazione TAV Napoli – Afragola Città intelligente per una governance smart”*, per un importo a base di gara di € 794.660,24 di cui € 13.712,93 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

1.1. L'art. 3 del disciplinare di gara definiva l' *“Oggetto dell'appalto”* in questi termini: *“L'appalto ha per oggetto l'affidamento a terzi di un Impianto di Videosorveglianza Territoriale a governo automatizzato delle arterie principali di collegamento Stazione TAV Napoli – Afragola Città intelligente per una governance smart con decorrenza presumibilmente dalla data di sottoscrizione del contratto d'appalto. Con manutenzione di anni cinque. Per la descrizione delle opere si rinvia integralmente al capitolato tecnico. Si precisa che il presente appalto comprende una quota di lavori, rientranti nella categoria OG3, classifica 1, per un importo presunto di € 80.000,00, subappaltabile nella misura del 100%”*.

Quale *“Requisito di capacità economico e finanziaria”* (punto 9.3.), il disciplinare richiedeva, tra gli altri, il *“Possesso della certificazione SOA per la Categoria OG3*

Classe 1”, specificando che: “*Ai fini della qualificazione vengono indicate tutte le parti, appartenenti alle categorie generali o specializzate, di cui si compone l’opera, subappaltabile nella misura del 100%*”.

1.2. All’esito delle operazioni di gara, il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Compagnia italiana allarmi s.r.l. unipersonale come mandataria risultava prima graduata con il punteggio complessivo di 98.20, mentre al secondo posto si collocava il r.t.i. con mandataria S.E.T.I. s.n.c. e mandante il Consorzio Nazionale Sicurezza s.c.a r.l.; con determinazione dirigenziale del 9 marzo 2021, n. 334/2021 la procedura di gara era aggiudicata al r.t.i. Compagnia italiana allarmi.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, il r.t.i. S.E.T.I. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di due motivi.

La ricorrente sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura di gara per: a) violazione dell’art. 28 d.lgs. n. 50 del 2016 per essere il r.t.i. aggiudicatario privo della certificazione SOA per la categoria OG3, classe 1, in relazione alla quota lavori di cui si componeva l’appalto, tenendo conto dell’impossibilità di far ricorso all’istituto del subappalto qualificante (facoltativo o necessario) *ex* art. 12, comma 2, del decreto legge n. 47 del 2014, conv. in l. n. 80 del 2014, in quanto applicabile all’appalto di soli lavori e non all’appalto misto, quale quello in affidamento; b) violazione dell’art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016 per superamento della percentuale massima subappaltabile di lavori, fissata dal legislatore nella misura del 30%, attesa la dichiarata intenzione del raggruppamento aggiudicatario di subappaltare l’intera quota lavori rientrante in appalto.

La ricorrente impugnava anche l’art. 3 e l’art. 9.3 del disciplinare di gara per aver previsto che la quota lavori di cui si compone l’appalto fosse subappaltabile nella misura del 100%, nonché l’art. 13 dello stesso disciplinare per aver sancito che le porzioni di appalto da subappaltare o concedere in

cottimo fossero contenute nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto.

2.1. Si costituiva in giudizio il r.t.i. Compagnia italiana allarmi che proponeva ricorso incidentale con il quale contestava il disciplinare di gara nella parte in cui aveva qualificato l'appalto in affidamento come “*appalto misto di fornitura/lavori*” con conseguente richiesta del requisito di qualificazione specifico (SOA, Categoria OG3, classe 1) per l'esecuzione dei lavori; b) in via subordinata, censurava l'art. 9.3. per aver richiesto per l'esecuzione dei lavori l'esclusivo possesso dell'attestazione SOA e non anche il possesso, in alternativa, dei requisiti di cui all'art. 90 d.P.R. n. 207 del 2010, trattandosi di lavori di importo inferiore a € 150.000,00; quest'ultima contestazione era strettamente connessa all'eccezione di soccorso istruttorio (processuale) con la quale richiedeva di essere ammessa a dimostrare in giudizio il possesso dei requisiti di qualificazione (anche) per l'esecuzione dei lavori.

Si costituiva anche il Comune di Afragola che concludeva per il rigetto del ricorso.

2.2. Con la sentenza della seconda sezione, 24 giugno 2021, n. 4374, il giudice di primo grado respingeva il ricorso incidentale e accoglieva il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Il tribunale respingeva il ricorso incidentale, il cui esame riteneva pregiudiziale, in quanto:

- l'appalto in affidamento era qualificabile come “*appalto misto di fornitura e lavori*”, e non “*appalto di fornitura*” come sostenuto dal ricorrente incidentale, in considerazione delle prestazioni richieste al contraente dal paragrafo inserito a pag. 32 del capitolato speciale in cui, nell'elencazione dei “*lavori di realizzazione delle opere civili accessorie alla fornitura*”, erano previsti “*veri e propri lavori edili non immediatamente collegati all'implementazione dell'impianto, ma diretti a rinnovare e/o rinforzare le dotazioni di rete necessarie a supporto dell'intero sistema di videosorveglianza affinché possa operare in sicurezza*”;

- alla qualificazione dell'appalto come appalto misto seguiva il necessario possesso in capo all'operatore economico concorrente del conferente requisito di qualificazione SOA per la quota di lavori da eseguire, senza che fosse possibile dimostrare in giudizio (a mezzo soccorso istruttorio c.d. processuale) il possesso dell'alternativo requisito di qualificazione di cui all'art. 90 d.P.R. n. 207/2010 non avendo la ricorrente incidentale provato in alcun modo di essere in possesso degli ulteriori due requisiti per l'applicazione della normativa di semplificazione (costo complessivo sostenuto per il personale dipendente ed adeguata attrezzatura tecnica);

era, poi, esaminato il ricorso principale, giudicato fondato per le seguenti ragioni:

- ritenuto il carattere misto dell'appalto oggetto di affidamento, con il quale erano richieste prestazioni di fornitura combinate a prestazioni accessorie di lavori, e considerato pacifico e dimostrato dal DGUE versato in atti la carenza in capo ad entrambe le imprese componenti il raggruppamento della certificazione SOA (OG3, classe 1) richiesta dal disciplinare per la quota lavori (art. 9.3), era dovuta l'esclusione dalla procedura di gara del r.t.i. Compagni italiana allarmi per carenza di uno specifico requisito di capacità previsto dalla *lex specialis* e per violazione dell'art. 28 d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale, in caso di appalti misti, è prescritto il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture in cui è articolato il singolo contratto, né è consentito recuperare il requisito mancante facendo ricorso al subappalto qualificante (facoltativo o necessario), possibile solo in caso di appalto di soli lavori e non anche per gli appalti misti soggetti alla disciplina del richiamato art. 28.

3. Propone appello Compagnia italiana allarmi s.r.l. unipersonale nella qualità indicata in epigrafe; si sono costituiti S.E.T.I. s.n.c. che ha concluso per il rigetto dell'appello e il Comune di Afragola, che, invece, ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado.

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui è seguita replica di S.E.T.I. s.n.c..

All'udienza del 21 dicembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L'appello del r.t.i. Compagnia italiana allarmi si articola in tre motivi; è possibile esaminare in via prioritaria il secondo motivo con il quale è censurata la sentenza per “*Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 28.9 e 3 – lett. tt. Del TU 50/2016 – violazione delle disposizioni di cui agli artt. 30 e ss. c.p.a. – violazione art. 34 cpd*”: l'appellante contesta la qualificazione del contratto in affidamento quale “*contratto misto di fornitura e lavori*” in quanto, a suo dire, pur essendo la stazione appaltante incorsa in diverse imprecisioni terminologiche (specie nel bando di gara), oggetto dell'appalto era senza meno l'acquisizione/fornitura di un sistema di videosorveglianza coordinato, come era dato evincere dal Capitolato speciale tecnico e dal Quadro economico ivi allegato; in quest'ultimo, in particolare, erano individuate le distinte categorie di costi componenti la commessa e il costo delle forniture era nettamente superiore a quello delle opere.

D'altra parte, aggiunge l'appellante, le “opere civili accessorie”, da eseguire per il completamento dell'impianto e, in particolare, i lavori elettrici di collegamento, erano individuate nel Capitolato speciale in maniera assolutamente generica, senza che, per la loro determinazione, fosse stato previamente elaborato un progetto esecutivo né redatto un computo metrico ed essendo stato previsto solo un rinvio alle opere desumibili dal “*Listino impianti elettrici edito da DEP*”, cosicché in alcun modo potevano distinguersi dalla fornitura.

Così esattamente qualificato il contratto in affidamento, conclude l'appallante, ben si comprendono le disposizioni del bando di gara richiedenti il possesso di requisiti generali e speciali collegati alla fornitura, nonché la certificazione SOA OG3 per i lavori accessori civili, della quale la stazione appaltante consentiva la completa subappaltabilità.

5. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va integralmente riformata.

5.1. La disciplina della procedura di affidamento di un contratto di appalto varia a seconda del tipo di appalto pubblico: a fronte di norme comuni a tutte le tipologie di appalti pubblici, infatti, il legislatore ha previsto disposizioni speciali, applicabili all'una e non all'altra.

A prescindere dal *nomen juris* utilizzato dalla stazione appaltante, è, dunque, indispensabile qualificare esattamente il contratto di appalto in affidamento per stabilire la disciplina applicabile.

5.2. Problema sorge nel caso in cui si sia in presenza di contratto di appalto misto.

L'art. 28 (*Contratti misti di appalto*), comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, fornisce la definizione di “*contratto misto di appalto*” e fissa anche la regola generale di disciplina; è stabilito, infatti, che: “*I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione*”; detto, allora, che i diversi tipi di pubblici appalti sono costituiti da contratti aventi ad oggetto “*l'acquisizione di servizi o di forniture*” e “*l'esecuzione di opere o lavori*” (secondo la definizione di “*contratti*” o “*contratti pubblici*”, di cui all'art. 3, comma 1, lett. ee) d.lgs. n. 50 del 2016), in astratto un contratto come quello in esame, che preveda l'acquisizione della fornitura di un bene e l'esecuzione di opere, dovrebbe essere qualificato come contratto misto di appalto (con conseguente applicazione della regola generale prima richiamata e dell'ulteriore norma, di interesse al presente giudizio, di cui all'ultima parte del citato articolo 28 della quale si dirà).

5.3. Nel caso di contratto di appalto che abbia ad oggetto la fornitura di un bene e l'esecuzione di opere occorre, però, tener conto della disposizione di cui all'art. 3 (*Definizioni*), comma 1, lett. tt) d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale per “*appalti pubblici di forniture*” si intendono “*i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di*

prodotti. Un appalto di forniture può includere a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione”.

Ne segue che qualora in un contratto di appalto sia previsto l'acquisto di un bene e, unitamente a questo, l'esecuzione a carico del contraente di lavori di posa in opera e di installazione con carattere accessorio, il contratto va qualificato come “*appalto pubblico di fornitura*” e non come “*contratto misto di appalto*”, con ogni conseguenza in punto di disciplina (cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n. 4066).

5.4. Ritiene il Collegio che tale situazione si verifichi ogniqualvolta i lavori posti a carico del contraente siano concepiti quali opere indispensabili al corretto funzionamento del bene acquistato, per essere, in tal caso, la causa del contratto, intesa quale funzione economico – individuale, inequivocabilmente diretta a poter disporre del bene e servirsene al meglio, piuttosto che a dar luogo alla realizzazione di una nuova *opera pubblica*; ciò comporta, peraltro, la necessità di indagare la volontà dei contraenti (e non limitarsi al senso letterale delle parole, secondo la regola di interpretazione del contratto stabilita dall'art. 1362, comma 1, cod. civ.).

5.5. Facendo applicazione delle predette coordinate al presente giudizio, non può aversi dubbio che la stazione appaltante abbia voluto imporre al contraente l'esecuzione di opere ad esclusivo servizio del buon funzionamento dell'impianto di videosorveglianza territoriale acquistato; lo si ricava con evidenza dall'elenco di “opere civili accessorie” contenuto nel Capitolato speciale d'appalto (pag. 32), tutte strettamente connesse all'avviamento dell'impianto di videosorveglianza (“*realizzazione di tubazione/canalizzazione per il collegamento di una telecamera/dispositivo all'esterno di un Edificio o su un territorio comunale; l'adeguamento dell'impianto elettrico solo ed esclusivamente quanto questo si intenda mirato a soddisfare le esigenze delle fornitura elettrica per gli elementi da installare (...); la realizzazione di pozzetti e plinti per l'installazione di nuovi pali di sostegno, comprensivi di scavi e ripristino del manto stradale*”).

Come già precisato, la terminologia utilizzata dalla stazione appaltante non è elemento decisivo per la qualificazione del contratto di appalto; nella vicenda in esame, peraltro, non lo è ancor meno se si considera che, se è vero che il Comune appaltante ha definito l'appalto "misto" (nell'epigrafe del disciplinare), è altrettanto vero che le opere civili da eseguire sono sempre dette "accessorie alla fornitura" (così nelle tabelle inserite all'art. 7 e 9.2 del disciplinare nonché nella descrizione delle opere contenuta nel Capitolato speciale prima riportata) in perfetta aderenza con la formula usata dal legislatore al citato art. 3, comma 1, lett. tt) d.lgs. n. 50 del 2016.

Nella ricostruzione della volontà della stazione appaltante, d'altronde, appaiono significativi i due elementi posti in risalto dall'appellante: non è stato elaborato alcun progetto esecutivo delle opere da realizzare e, per la quantificazione del prezzo dei lavori, s'è imposto di tener conto del "*Listino "impianti elettrici"*".

5.6. In definitiva, risulta chiaro l'errore nel quale è incorso il giudice di primo grado: equivocando la volontà della stazione appaltante ha ritenuto che interesse del Comune fosse quella di rinnovare i suoi impianti ("*le dotazioni di rete*", sia pure allo scopo di "*supportare*" il sistema di videosorveglianza) nell'occasione dell'acquisto del sistema di videosorveglianza, così ponendo a carico del contraente dei veri e propri "*lavori edili*", laddove, invece, per tutto quanto detto s'intendeva solamente intervenire con opere di sostegno finalizzate all'attivazione dell'impianto di videosorveglianza.

5.7. In precedente occasione, con sentenza della Sezione terza, 3 febbraio 2012, n. 630, il Consiglio di Stato, in vicenda sottoposta alla disciplina del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ha precisato che "*...negli appalti misti, al fine di individuare la disciplina da applicare non viene in rilievo l'aspetto quantitativo delle prestazioni, ma il carattere accessorio o meno delle prestazioni. Pertanto, nella fattispecie in esame la percentuale più elevata del costo dei lavori non vale a modificare l'oggetto dell'appalto, stante che nell'appalto in esame, destinato essenzialmente alla "fornitura di tutti i componenti...per il corretto funzionamento del*

blocco operatorio”, come specificato nel capitolato, hanno un ruolo accessorio rispetto al valore delle forniture essendo strumentali alla installazione di quanto necessario per il funzionamento delle sale operatorie”.

Il precedente citato è rilevante specie ove si consideri che, nella vicenda *de qua*, il valore delle opere accessorie risulta di gran lunga inferiore a quello dell’impianto di videosorveglianza da acquistare.

5.8. In conclusione, qualificato il contratto in esame come “*appalto pubblico di forniture*” (secondo la definizione di cui all’art. 3, comma 1, lett. tt) d.lgs. n. 50 del 2016), non potrà trovare applicazione la disciplina posta dall’art. 28 d.lgs. n. 50 del 2016, che ha riguardo ai “*contratti misti di appalto*” ed in particolare la regola fissata all’ultimo periodo del primo comma che impone all’operatore economico (che concorre all’affidamento di un contratto misto) il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto (senza che sia, peraltro, necessario approfondire in questa sede la possibilità di acquisire tale requisito con subappalto anche in caso di contratto misto).

Il disciplinare di gara – nella parte in cui (art. 9.3, lett. b)) acconsentiva alla completa (nella misura del 100%) subappaltabilità del requisito di qualificazione per i lavori, il possesso della certificazione SOA per la Categoria OG3 Classe 1 – è conforme alla disciplina del codice dei contratti pubblici e il r.t.i. Compagnia italiana allarmi, che al subappalto ha fatto ricorso per poter acquisire il requisito di qualificazione mancante, si è giustamente adeguata a dette prescrizioni.

Quanto sopra, vale a superare anche l’obiezione da ultimo sollevata dall’appellata nella sua memoria di replica per cui, anche a voler dire le opere accessorie, per la loro realizzazione è pur sempre necessaria “*una adeguata specializzazione e, dunque, il possesso di una specifica e distinta qualificazione della impresa esecutrice delle stesse*”: l’impresa esecutrice, cui per facoltà riconosciuta dallo stesso disciplinare di gara sarà rimessa in subappalto l’esecuzione delle opera risulterà dotata del requisito di qualificazione necessario ad assicurare la

corretta esecuzione delle stesse come individuato dalla stessa stazione appaltante.

5.9. Il motivo di appello va, dunque, accolto, assorbiti gli altri motivi e la sentenza di primo grado integralmente riformata con il rigetto del ricorso principale di S.E.T.I. s.n.c. nella qualità in epigrafe indicata e dichiarazione di improcedibilità per carenza di interesse del ricorso incidentale di Compagnia italiana allarmi s.r.l..

6. Le spese del doppio grado del giudizio possono essere compensate per la peculiarità della vicenda oggetto del giudizio.

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 la Campania n. 4373/2021, respinge il ricorso di primo grado di S.E.T.I. s.n.c. e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale di Compagnia italiana allarmi s.r.l..

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO