



**Giustizia amministrativa**  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli  
Tribunali**

[Torna alla pagina precedente](#)

Publicato il 08/03/2017

**N. 00235/2017 REG.PROV.COLL.**

**N. 01584/2015 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo  
Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro  
generale 1584 del 2015, proposto  
dalla

Incos Italia S.p.A., in persona del  
legale rappresentante *pro tempore*, sig.  
Enrico Sottani, in proprio ed in  
qualità di capogruppo mandataria  
dell'A.T.I. costituita con Berro &  
Sartori Ingegneria S.r.l.,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti  
Alfredo Biagini ed Andrea Giuman

e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Venezia, S. Croce, n. 466/G

*contro*

ANAS S.p.A., non costituita in giudizio

*per l'annullamento*

- della nota di ANAS S.p.A. prot. CDG-0115727-P del 5 ottobre 2015, con cui la predetta stazione appaltante, previa richiesta di regolarizzazione dell'offerta, ha applicato alla ricorrente la sanzione economica di € 45.941,05, ai sensi dell'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006;
- del verbale della seduta di gara svoltasi il 5 ottobre 2015;
- del par. C), punto e), della lettera di invito, lì dove era previsto, nel caso di subappalto necessario, l'onere dei concorrenti di specificare il nominativo del subappaltatore, allegando le dichiarazioni ivi previste;
- delle note di chiarimento formulate da ANAS S.p.A. e

consultabili nel sistema “PDM”, lì dove si ribadiva il suddetto onere;

- del par. L) della lettera di invito, laddove era prevista l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 163/2006;
- di ogni atto ad essi antecedente, susseguente e/o comunque connesso nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente alla restituzione all'odierna ricorrente dell'importo di € 45.941,05, maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti la memoria conclusiva e l'ulteriore documento della ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 22 febbraio 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Udito il difensore presente della parte costituita, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 120 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.)

Considerato che con il ricorso indicato in epigrafe la Incos Italia S.p.A. ha impugnato – unitamente agli atti presupposti e connessi del pari in epigrafe – la nota di ANAS S.p.A. prot. CDG-0115727-P del 5 ottobre 2015, attraverso cui la predetta stazione appaltante, previa richiesta di regolarizzazione dell'offerta, ha applicato alla ricorrente la sanzione economica di € 45.941,05, ai sensi dell'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006; Considerato che la Incos Italia S.p.A. agisce in proprio ed in veste di capogruppo mandataria della costituita A.T.I. con Berro & Sartori Ingegneria S.r.l.;

Considerato che la ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati e la conseguente condanna dell'ANAS S.p.A. a restituirle l'importo di € 45.941,05, *“eventualmente maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria”*;

Considerato che in punto di fatto la società espone:

- di aver partecipato all'appalto integrato indetto da ANAS S.p.A. con bando datato 19 dicembre 2014 per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di completamento della tangenziale di Vicenza – I° stralcio – I° tronco;
- in particolare, di aver esperito positivamente la fase di prequalifica e di essere stata invitata, giusta lettera del 17 luglio 2015, alla procedura di gara, a cui prendeva parte presentando la propria offerta sotto forma di A.T.I. costituita;
- che, però, la stazione appaltante, con l'impugnata nota del 5 ottobre 2015, le rimproverava di aver violato i principi del cd. subappalto necessario, omettendo di indicare nell'offerta il nominativo del subappaltatore per le opere riconducibili alla categoria scorporabile OG13: pertanto, ANAS S.p.A. da un lato riteneva sanabile la suindicata omissione, dall'altro, tuttavia, irrogava alla

ricorrente, con la nota in discorso, la sanzione economica di € 45.941,05;

- di avere, dunque, (onde non essere esclusa dalla procedura concorsuale) provveduto ad inoltrare tempestivamente la documentazione richiesta ed a pagare la sanzione pecuniaria;

Osservato che a supporto del gravame la società ricorrente deduce, con un unico motivo, le censure di: violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2-*bis*, 46 e 46-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, violazione degli artt. 40 e 118 del d.lgs. n. 163/2006 e degli artt. 92 e 109 del d.P.R. n. 207/2010, eccesso di potere per difetto del presupposto;

Considerato che, in sintesi, la Incos Italia S.p.A. rammenta come l'orientamento giurisprudenziale prevalente, "consacrato" dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione 2 novembre 2015, n. 9, escluda l'obbligatorietà dell'indicazione del

nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche nel caso in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili *ex art.* 72 del d.P.R. n. 207/2010. L'ANAS S.p.A., perciò, avrebbe errato nel ritenere che la mancata indicazione, ad opera della ricorrente, del nominativo del subappaltatore necessario, da un lato costituisse irregolarità dell'offerta (sebbene sanabile), dall'altro integrasse gli estremi *ex art.* 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, per l'applicazione della sanzione pecuniaria di € 45.941,05. Peraltro, anche a voler sostenere l'obbligatorietà dell'indicazione di tale nominativo, la sua omissione costituirebbe irregolarità non essenziale, come tale non ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 2-*bis*, cit., cosicché, anche da questo punto di vista, la sanzione in contestazione sarebbe illegittima;

Considerato che l'ANAS S.p.A. pur ritualmente e tempestivamente evocata, non si è costituita in giudizio;

Considerato che la Incos Italia S.p.A. ha depositato memoria con cui, dopo aver reso noto di essersi collocata al nono posto della graduatoria finale della gara, ha ribadito la sussistenza di un interesse autonomo all'annullamento dell'impugnata nota dell'ANAS S.p.A., insistendo per l'accoglimento del gravame;

Considerato che all'udienza del 22 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che, ai sensi dell'art. 120, comma 6, primo periodo, del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.l. n. 90/2014, conv. con l. n. 114/2014, il giudizio avente ad oggetto le procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, *“ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza (sic) cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque*

*definito con sentenza in forma semplificata*”;

Considerato che nel merito il ricorso è fondato e da accogliere, per le seguenti ragioni:

- con la nota impugnata l'ANAS S.p.A. ha rammentato che la lettera di invito aveva prescritto, per i concorrenti privi di idonea qualificazione nelle categorie di opere indicate nel bando di gara a “*qualificazione obbligatoria subappaltabili*” e, dunque, nelle ipotesi di cd. subappalto necessario, la dichiarazione in sede di gara del nominativo della ditta subappaltatrice, e che la Incos Italia S.p.A., pur avendo dichiarato di voler concedere in subappalto per mancanza di qualificazione la categoria OG13, non ha indicato i nominativi dei subappaltatori all'uopo individuati, né ha allegato le relative dichiarazioni dei subappaltatori. Per l'effetto, la nota ha subordinato l'ammissione della società alle ulteriori fasi della gara all'indicazione, entro un termine

tassativo, del/dei subappaltatore/i, ed alla produzione delle relative dichiarazioni; inoltre, in dichiarata applicazione dell'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, ha irrogato alla società la sanzione pecuniaria di € 45.941,05;

- l'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) così recita:

*“La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.*

*Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”;*

- il par. L) della lettera di invito (all. 2 al ricorso) stabiliva in € 46.000,00 l'importo della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006;

- a sua volta, l'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 cit., subordina l'ammissibilità del subappalto, tra l'altro, alla condizione che “*i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento,*

*abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare”* (v. il punto 1);

- il par. C), punto e), della lettera di invito prevedeva – non a pena di esclusione –, per l'ipotesi del cd. subappalto necessario, l'obbligo (*rectius*, onere) del concorrente di indicare non solo le opere da subappaltare, ma anche il nome dell'impresa subappaltatrice;

- l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione n. 9 del 2 novembre 2015, ha affermato che, dall'esame della normativa di riferimento (l'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006) si ricava il paradigma, riferito sia all'azione amministrativa, sia al giudizio della sua legittimità, secondo cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, sia indispensabile il loro

subappalto ad un'impresa provvista delle relative qualificazioni (fattispecie comunemente definita come “subappalto necessario”);

- l'Adunanza Plenaria giunge a tale conclusione, anzitutto, sulla base del criterio di interpretazione letterale, declinato nei due brocardi “*in claris non fit interpretatio*” e “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, atteso che l'art. 118, comma 2, cit. non contempla la regola della necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta;

- supportano la riferita conclusione, poi, altri criteri ermeneutici, quali quello dell'esame diacronico della legislazione in materia (in particolare, per l'abrogazione già nella l. n. 415/1998 dell'obbligo – previsto dalla l. n. 109/1994 – di indicare, già in fase di offerta, una rosa di imprese subappaltatrici, e per il ripristino, nel disegno di legge di recepimento della direttive UE del 2014, dell'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori);

quello della lettura delle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (prima A.V.C.P., poi A.N.A.C.); quello dello scrutinio delle direttive europee in materia di appalti pubblici, che hanno rimesso agli Stati membri l'opzione regolatoria circa la doverosità o meno dell'indicazione del subappaltatore; quello degli effetti distorsivi rispetto al sistema, o comunque inutili rispetto agli interessi che intende tutelare, cui finisce per pervenire la tesi opposta (ad es. introducendo una clausola espulsiva atipica, in aperta violazione del principio di tassatività della cause di esclusione *ex art. 46, comma 1-bis*, del d.lgs. n. 163/2006, o comportando una confusione tra avvalimento e subappalto, perché attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione del contratto);

- il Collegio, pur nella consapevolezza del persistere di un

diverso indirizzo (cfr. C.d.S. Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 879), condivide le suesposte conclusioni dell'Adunanza Plenaria e, pertanto, reputa che nella vicenda in esame – concernente il cd. subappalto necessario – l'irrogazione della sanzione pecuniaria alla ricorrente sia stata illegittima: infatti, la Incos Italia S.p.a., nel non dichiarare in sede di offerta il nominativo del subappaltatore, non è incorsa in alcuna incompletezza e/o irregolarità dell'offerta tale da comportare l'applicazione dell'art. 38, comma 2-*bis*, cit.;

- sul punto mette conto precisare che non vi è alcun problema di retroattività del principio affermato dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 9/2015 cit. rispetto alla nota impugnata (la cui adozione è anteriore alla ridetta decisione), essendosi la Plenaria limitata a fornire la corretta interpretazione della norma (l'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006) applicabile

*ratione temporis* alla vicenda per cui è causa;

Ritenuto, per quanto detto, che il ricorso sia fondato e da accogliere;

Ritenuto, per conseguenza, di dover disporre l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso ed in particolare della nota dell'ANAS S.p.A. del 5 ottobre 2015, recante l'irrogazione della sanzione di € 45.941,05 all'odierna ricorrente, nonché della clausola della *lex specialis* (il par. C), punto e), della lettera di invito) e dei chiarimenti forniti dall'ANAS S.p.A., lì dove obbligavano i concorrenti, nel caso del cd. subappalto necessario, a specificare il nominativo del subappaltatore e ad allegare le relative dichiarazioni, giacché contrarie alla disciplina dettata sul punto dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006;

Ritenuto di dovere, altresì, accogliere la domanda della ricorrente di condanna dell'ANAS S.p.A. a restituire l'importo di € 45.941,05, maggiorato con gli

interessi legali dalla data della proposizione della domanda e fino al saldo;

Ritenuto, invece, di non poter riconoscere, sulla somma da restituire alla ricorrente, in aggiunta agli interessi legali, anche la rivalutazione monetaria;

Considerato infatti che, trattandosi di debito di valuta, gli interessi legali, secondo le regole generali di cui agli artt. 1219 e 1224 c.c., possono essere riconosciuti solo dall'eventuale messa in mora o, in difetto, dalla notificazione della domanda giudiziale (cfr., *ex multis*, Cass. civ., III, 9 febbraio 2012, n. 1917), Inoltre, non essendo stata dimostrata l'esistenza del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., non è dovuta la rivalutazione monetaria (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 7 gennaio 2016, n. 12);

Ritenuta, infine, la sussistenza degli estremi per disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti, in ragione dei contrasti

giurisprudenziali sorti intorno alla soluzione da dare alla questione trattata

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- a) annulla gli atti con lo stesso impugnati;
- b) in accoglimento della domanda restitutoria, condanna ANAS S.p.A. a restituire alla ricorrente la somma di € 45.941,05, con interessi legali dalla data della notificazione della domanda giudiziale e fino al saldo.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis,  
Consigliere, Estensore  
Nicola Fenicia, Primo  
Referendario

<b>L'ESTENSORE</b>	<b>IL PRESIDENTE</b>
<b>Pietro De Berardinis</b>	<b>Maurizio Nicolosi</b>

**IL SEGRETARIO**

© 2014 - [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)