



**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 il Veneto**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 206 del 2021, proposto da Sicea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giacomo Quarneti, Giorgia Baldan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Universita' degli Studi Padova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrett. Stato, domiciliataria ex lege in Venezia, piazza S. Marco, 63;

*nei confronti*

Costruzioni Orizzonte, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Bertazzolo, Elisa Toffano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Esseimpianti S.r.l., Tonello Servizi S.r.l., Trentin & Franzoso S.r.l. non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

1. del Decreto del Direttore Generale rep. n. 19/2021 – prot. n. 2926 dell'11.01.2021 con il quale sono stati approvati gli atti di gara ed è stato disposto “di aggiudicare [alle controinteressate] l'appalto per la conclusione di un Accordo Quadro quadriennale con un unico operatore economico per l'affidamento di interventi di manutenzione straordinaria di immobili nelle disponibilità dell'Università degli Studi di Padova soggetti anche a tutela ai sensi del codice per i beni culturali D.Lgs. 42/2004”, CIG: 8513610539;
2. di ogni atto connesso, presupposto o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università' degli Studi Padova e di Costruzioni Orizzonte;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Si controverte sulla legittimità degli atti della procedura selettiva indetta dall'Università degli Studi Padova per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria di immobili nella disponibilità della medesima Università.

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti. La ricorrente, seconda graduata, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, deducendo che il RTI resosi aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso perché privo di un requisito speciale di partecipazione necessario per eseguire i lavori di cui trattasi.

Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante e la ditta controinteressata, contrastando le avverse pretese.

All'udienza pubblica in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Il ricorso è fondato.

Risulta, invero, dagli atti che le imprese Trentin & Franzoso s.r.l. e Esseimpianti s.r.l., aggregate nel RTI aggiudicatario, sono in possesso di attestazione SOA categoria OG11, classifica II, con la conseguenza che le stesse sono qualificate e possono pertanto svolgere, ai sensi dell'art. 61, comma 4, d.P.R. n. 207/2010, lavori fino ad un importo massimo di € 516.000.

Senonché il Disciplinare di gara prevede che l'importo dei lavori di cui alla categoria OG11 è pari a € 1.250.000 – di cui € 1.210.000,00 per lavori e € 40.000 per oneri di sicurezza – e avendo le controinteressate dichiarato di svolgere il 42% dei lavori di cui alla categoria OG11, ne consegue che tali imprese avrebbero dovuto possedere una qualificazione per eseguire lavori per un importo di € 525.000 (pari appunto al 42% di € 1.250.000), considerato che l'importo degli oneri di sicurezza deve essere incluso nella base di calcolo da prendere in considerazione ai fini della determinazione delle qualificazioni richieste per la partecipazione alla procedura, sub specie della classifica relativa alla categoria SOA (T.a.r. Campania, Salerno, n. 688/2020).

Le imprese Trentin & Franzoso s.r.l. e Esseimpianti s.r.l. sono, dunque, prive del requisito di qualificazione necessario per svolgere i lavori di gara, atteso che esse sono qualificate a svolgere lavori per un importo pari a € 516.000 (essendo in possesso di SOA categoria OG11, classifica II) e non sono invece qualificate a svolgere lavori per un importo pari a € 525.000 (pari al 42% di € 1.250.000).

La stazione appaltante avrebbe, pertanto, dovuto escludere dalla gara il RTI aggiudicatario, in conformità al principio enunciato nella sentenza n. 6/2019 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo il quale “In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero

raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori”.

Le imprese Trentin & Franzoso s.r.l. e Esseimpianti s.r.l. non possono avvalersi dell'incremento del quinto della propria classifica di qualificazione ai sensi dell'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, il quale dispone che: “La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”.

La giurisprudenziale ha, invero, chiarito che per beneficiare dell'incremento virtuale di cui all'art. 61, comma 2, DPR 207/2010 occorre la qualificazione pari a un quinto con riferimento non alla singola categoria, ma all'importo totale dei lavori di gara (Cons. St. n. 3040/2021 secondo cui “...nel caso di imprese raggruppate o consorziate “la medesima disposizione” si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata: ciò significa che, anche nel caso di raggruppamento, ciascuna singola impresa è abilitata a partecipare ed eseguire i lavori in riferimento alla propria qualificazione in una categoria e nei limiti della classifica col beneficio dell'incremento del quinto, ma subordinatamente alla ulteriore condizione che essa sia qualificata per un importo pari ad almeno un quinto “dell'importo dei lavori a base di gara”): circostanza che nella specie non si verifica.

Va, infine, osservato che, dall'esame degli atti di gara, risulta che le imprese aggregate nel RTI aggiudicatario hanno dichiarato di possedere in proprio la qualificazione necessaria a svolgere i lavori oggetto dell'appalto (in misura pari

al 42% dell'importo complessivo dell'appalto) e non hanno palesato di essere prive di tali requisiti e di voler sopperire a siffatta mancanza mediante il ricorso a un "subappalto necessario".

La dichiarazione di ricorrere al subappalto resa dalle imprese controinteressate, attesa la sua genericità, assume significato ai (soli) fini di cui all'art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ma non esprime alcuna volontà di far valere i requisiti del subappaltatore per la soddisfazione delle previsioni della lex specialis in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione; trattasi, in sostanza, di un "subappalto facoltativo" e non di un subappalto qualificante o necessario (arg. in base a Cons. St. n. 5030/2020 secondo cui la mera dichiarazione di voler far ricorso al subappalto non può determinare di per sé l'impiego e la spendita di detto subappalto al fine d'integrare i requisiti di partecipazione, con la conseguenza che i concorrenti - come avvenuto nella specie - risultano in tal caso qualificati in proprio, salva riserva di ricorso a subappaltatore in fase di esecuzione dei lavori").

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso proposto dalla seconda graduata avverso la mancata esclusione dell'aggiudicataria e l'aggiudicazione disposta in suo favore deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

La domanda di subentro e quella di risarcimento del danno per equivalente non possono essere accolte poiché il contratto non è stato ancora stipulato e, allo stato, non vi sono danni risarcibili, potendo la ricorrente ottenere il bene della vita a cui aspirava a seguito del riesercizio dell'attività amministrativa conseguente al presente annullamento giurisdizionale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la P.A. e la ditta controinteressata a rifondere alla ricorrente le spese di lite, in misura pari a complessivi € 4000 (euro duemila per ciascuna parte soccombente), oltre accessori di legge e restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenutasi da remoto in videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario, Estensore

Daria Valletta, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Marco Rinaldi**

**IL PRESIDENTE**

**Alberto Pasi**

**IL SEGRETARIO**