

Publicato il 15/05/2023

N. 01124/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00130/2023 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2023, proposto da Sgambati S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifulco, Alfredo Cincotti e Ylenia Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ronco Briantino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Ica Strade S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione della tutela cautelare

a) della determina n. 339 del 12 dicembre 2022, con cui il Comune di Ronco Briantino ha revocato l'aggiudicazione, precedentemente disposta in favore della Sgambati s.r.l. con determina n. 94 dell'1 aprile 2022, dei lavori di “*Realizzazione delle piste ciclopedonali tratto Ronco Briantino – Bernareggio e tratto Ronco Briantino - Merate*”;

b) della nota del 30 dicembre 2022 con cui il Comune di Ronco Briantino ha rigettato l'istanza di revoca e/o annullamento in autotutela della determina n. 339 del 12 dicembre 2022, presentata dalla Sgambati s.r.l. in data 19 dicembre 2022 e acquisita al prot. comunale n. 10317;

c) della nota prot. 9589 del 21 novembre 2022 con cui il Comune di Ronco Briantino ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore della società ricorrente;

d) del bando di gara prot. n. 9700/2021 del 22 dicembre 2021 e del relativo disciplinare nella parte in cui ha evidenziato l'insistenza di categorie di lavorazioni autonome rispetto alla categoria prevalente nonostante la rilevanza quantitativa delle stesse, in termini relativi (valore percentuale su appalto) o assoluti (inferiore o uguale a € 150.000,00), fosse inferiore alla soglia normativa di scorporabilità;

e) di tutti gli atti, di qualunque natura e tipologia, confluiti nell'istruttoria condotta dall'amministrazione resistente e conclusasi con il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione;

f) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o collegato, ove lesivo della posizione della ricorrente;

nonché per la condanna

dell'amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104:

(i) alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della società ricorrente;

(ii) alla reintegrazione in forma specifica mediante subentro della Sgambati s.r.l. nel contratto di appalto, ove *medio tempore* stipulato con altra impresa,

previa dichiarazione dell'inefficacia del contratto in questione;

(iii) in via graduata, al risarcimento per equivalente dei danni subiti, con riserva di quantificarne l'ammontare nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ronco Briantino;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 la dott.ssa Katiuscia Papi e trattenuta la causa in decisione sulla base degli scritti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 22 dicembre 2021 la Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento, da parte del Comune di Ronco Briantino, dei lavori di *«Realizzazione delle piste ciclopedonali tratto Ronco Briantino – Bernareggio e tratto Ronco Briantino - Merate»*.

Trattandosi di procedura sotto soglia, l'Amministrazione individuava, ai sensi dell'art. 36 comma 9-bis D. Lgs. 50/2016, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, e fissava la base d'asta in €. 438.519,24, oltre €. 12.200,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, per un importo complessivo di €. 450.719,24.

Le opere commissionate ricadevano, in parte, in Categoria OG3 (Strade, autostrade, ponti), classifica II, per l'importo (prevalente) di €. 384.547,08, subappaltabili nella misura massima del 40%; in parte erano ricomprese in Categoria OG10 (Impianti per la trasformazione alta/media tensione), classifica I, per l'importo di €. 26.890,16, subappaltabili nei limiti di legge; e in parte rientravano nella Categoria OS10 (Segnaletica stradale non luminosa),

classifica I, per l'ulteriore importo di €. 27.082,06, anch'essi subappaltabili nei limiti di legge.

Quanto ai requisiti di partecipazione, la *lex specialis* chiedeva, per i lavori nella categoria prevalente OG3, la corrispondente attestazione SOA (II classifica); mentre per i lavori in categoria OG10 e OS10 (I classifica), di importo inferiore a €. 150.000,00, si richiedeva, in via alternativa rispetto al possesso della relativa attestazione SOA, l'indicazione dell'importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente, il costo complessivo sostenuto per il personale dipendente e per un'adeguata attrezzatura tecnica, proporzionata alla procedura di gara (art. 90 del D.P.R. n. 207 del 2010).

Alla voce «Subappalto» il disciplinare di gara stabiliva che: *«È ammesso il ricorso al subappalto, se dichiarato in sede di offerta. L'eventuale affidamento in subappalto di parte dei lavori è subordinato al rispetto dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 in combinato disposto con l'art. 49 comma 1, del D.L. n. 77 del 31 maggio 2021, in vigore dal 1° giugno 2021 [...]. Pertanto, risulta ammesso il contratto di subappalto ma rimane vietata la cessione del contratto e l'affidamento a terzi della sua integrale esecuzione».*

2. Nella domanda di partecipazione alla gara la società Sgambati, per quanto qui rileva, aveva dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni in categoria OG3 entro il limite di legge, e per intero le lavorazioni in categoria OS10 e OG10.

La Sgambati S.r.l. dichiarava altresì di avvalersi dell'impresa ausiliaria Serena Costruzioni Generali S.r.l. per i seguenti requisiti di partecipazione alla gara: OG03 – II classifica e Certificato Uni En Iso 9001:2015, allegando la documentazione qualificante dell'ausiliaria.

3. Con determinazione n. 94 del 1° aprile 2022 il Comune di Ronco Briantino aggiudicava la gara alla Sgambati S.r.l. per un importo complessivo di €. 364.914,18, oltre IVA, comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

4. Attraverso una prima comunicazione del 20 maggio 2022 la società aggiudicataria chiedeva alla stazione appaltante di essere autorizzata al

subappalto (28% dei lavori in categoria OG3 e la totalità dei lavori in categoria OG10 ed OS10) in favore della società Minerva Costruzioni S.r.l.s.

Il Comune respingeva l'istanza con nota Prot. 7684 del 9 settembre 2022 in quanto: «- *i Certificati di Regolare Esecuzione trasmessi sono tutti riconducibili a lavori di manutenzione di edifici civili, non riferiti a lavori di cui al bando per le categorie OG3 (Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane), OG10 (impianti per la trasformazione alta-media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua) e OS10 (Segnaletica stradale non luminosa). - il file denominato "Contratto Terna" (contenente la comunicazione di Subappalto presso i siti Terna ove la società Selecom chiede l'autorizzazione alla società Terna di subappaltare all'Impresa Minerva le opere edili, scavi e di pubblica illuminazione) non risulta dimostrativo del possesso dei requisiti come richiesto nel disciplinare di gara. - non è stato espresso il costo complessivo del personale ai sensi dell'art. 90 comma 1 lett. b) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207».*

5. Con nuova missiva del 21 novembre 2022 la Sgambati S.r.l. chiedeva autorizzazione al subappalto, nella stessa misura di cui alla prima istanza, in favore della Magnotti Costruzioni S.r.l. e del Consorzio Stabile Artemide.

Il Comune, con nota prot. 9589 del 12 novembre 2022, assegnava alla ricorrente il termine di 10 giorni, atteso che: «*da una prima verifica risulta che: 1. manca la SOA per la categoria OS10; 2. la SOA dell'Impresa Magnotti Costruzioni srl non è riferita alla categoria dichiarata OG3 bensì alla categoria OG1 non oggetto dei lavori in argomento; 3. il file denominato "comprova dei requisiti" dell'Impresa Magnotti Costruzioni srl, contiene solamente un CRE e non tutti gli analoghi lavori eseguiti nel quinquennio precedente al bando di gara; 4. non è stato espresso il costo complessivo del personale ai sensi dell'art. 90 comma 1 lett. b) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 dei lavori eseguiti nel quinquennio; Dato atto inoltre che SV non risulta ad oggi in possesso di tutte le qualifiche richieste dal bando di gara (art.90 del Dlg.50/2016 s.m.i.)».*

6. Con una terza richiesta, del 1° dicembre 2022, la Sgambati chiedeva autorizzazione al subappalto in favore del solo Consorzio Stabile Artemide,

con riferimento ai lavori in categoria OG 3 (28%), OG 10 (100%) e OS 10 (100%).

7. Con determinazione n. 339 del 12 dicembre 2022 il Comune: «[...] dà atto del permanere della carenza del possesso di tutte le qualifiche richieste dal bando di gara (art.90 del Dlg.50/2016 s.m.i.) in quanto: • manca la SOA per la categoria OS10; • in ordine ai lavori di cui alla categoria OS10 dichiarati, si precisa che ai sensi dell'art. 90 lett a) del DPR 207/2010, l'importo dei lavori analoghi dichiarati deve essere eseguito direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, mentre dal contenuto della documentazione prodotta si evince che la sola quota dei lavori in argomento eseguiti, risulterebbe di circa un mese e solo per l'anno 2021. Idem: per la percentuale relativa al costo del personale art. 90 lett. b). Ed Inoltre non risulta nemmeno presente il possesso di elenco di adeguata attrezzatura tecnica. Rilevato inoltre che: • Ad oggi trascorsi oltre 8 mesi dall'aggiudicazione l'operatore economico non ha individuato un subappaltatore in possesso dei requisiti necessari previsti dal bando di gara per completare i lavori richiesti; • Il disciplinare di gara disponeva che l'operatore economico era vincolato all'offerta per 180 giorni decorrenti dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, termine ad oggi ampiamente spirato; • Il contratto doveva essere stipulato in forma pubblica entro 60 giorni decorrenti dall'aggiudicazione avvenuta in data 01/04/2022 e per cause non dipendenti dalla volontà dell'Amministrazione ciò non è avvenuto (persistenza della carenza dei requisiti tecnico professionali); • Lo spirare dei termini di cui alle precedenti lettere d) ed e) è avvenuto per causa dell'operatore economico come ampiamente descritto nella narrativa e trova riscontro nelle comunicazioni ivi citate; • le condotte sopra esposte da parte dell'operatore economico rilevano ai fini dell'art 80 lett c) del D.lgs 50/2016 costituendo gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua affidabilità; [...] Determina 1) La revoca dell'aggiudicazione della gara in oggetto disposta con determinazione n.94 del 01/04/2022 ai sensi dell'art. 21 quinquies della L.241/90 per tutti i motivi meglio esposti in premessa; 2) L'escussione della cauzione costituita da polizza serie IB n. 005278 emessa da ABC Asigurari Reasigurari S.A. in data 12.05.2022; 3) La comunicazione, a mezzo PEC, della presente determinazione a: [...] ANAC [...]]».

8. Sgambati S.r.l., con nota del 19 dicembre 2022 chiedeva la revoca e/o l'annullamento in autotutela della determinazione n. 339/2022 del Comune, adducendo l'illegittimità del provvedimento in quanto il subappalto, configurando un contratto derivato, non avrebbe potuto rilevare nella fase preventiva alla stipula dell'appalto, ma solo in sede di esecuzione dello stesso. Il Comune respingeva l'istanza di autotutela con propria nota del 30 dicembre 2022, evidenziando come i provvedimenti adottati fossero consequenziali alle richieste di autorizzazione al subappalto presentate dalla società ricorrente.

9. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società Sgambati S.r.l. impugnava i provvedimenti comunali indicati in epigrafe chiedendone l'annullamento, previa concessione della tutela cautelare, per i seguenti motivi: I) «*Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del decreto-legge n. 47 del 2014 (convertito in legge n. 80 del 2014) - Violazione e falsa applicazione degli artt. 92 e seguenti del d.P.R. n. 207 del 2010 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 - Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e contraddittorietà*», con cui si evidenziava che, visto che le lavorazioni di cui alle categorie OS10 e OG10 erano ricomprese nell'ambito di applicazione del cd. subappalto necessario, sarebbe stato possibile per l'operatore economico qualificarsi per la partecipazione alla procedura selettiva semplicemente dichiarando di voler subappaltare tali lavorazioni a impresa in possesso di adeguata attestazione di qualificazione, senza che la stazione appaltante potesse vagliare la sussistenza dei requisiti di ammissione in capo all'impresa subappaltatrice in sede di aggiudicazione, risultando tale verifica possibile e necessaria solo in fase esecutiva, ovvero dopo la stipula del contratto, che nel caso di specie non aveva avuto luogo. La revoca dell'aggiudicazione sarebbe dunque illegittima, in quanto posta in essere sulla base della verifica del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore in fase preliminare alla stipula del contratto. La ricorrente sosteneva infatti che le richieste di autorizzazione al subappalto presentate da Sgambati S.r.l. avrebbero dovuto essere istruite dalla P.A. solo successivamente alla stipula. Per le stesse ragioni risulterebbe

viziata anche la reiezione dell'istanza di autotutela, ove il Comune affermava che: *«la stazione appaltante è chiamata, prima della stipula del contratto, a verificare che l'impresa possa concretamente eseguire le prestazioni oggetto del contratto».*

Sotto altro profilo, la ricorrente evidenziava che comunque la necessità di ricorrere al subappalto per le opere in categoria OG10 ed OS10, per l'impresa concorrente che sia qualificata per l'esecuzione delle opere della categoria prevalente, non sussisterebbe nel caso di specie, posto che le lavorazioni nelle categorie minoritarie non presentano un importo superiore al dieci per cento dei lavori totali, ovvero superiore a €. 150.000,00 (art. 108, comma 3, del D.P.R. n. 207 del 2010), non raggiungendo così la soglia di scorparabilità;

II) *«Violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del d.P.R. n. 207 del 2010 - Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e contraddittorietà»* con il quale si osservava che, nei confronti del subappaltatore, interessato alla sola esecuzione di parte dei lavori oggetto di gara, non avrebbe senso verificare i requisiti di partecipazione di cui all'art. 90 DPR 207/2010, che riguardano unicamente i partecipanti alla selezione. Il subappaltatore dovrebbe infatti dimostrare la sola capacità di esecuzione, asseritamente sussistente in capo al Consorzio Stabile Artemide.

Veniva altresì proposta domanda di condanna della PA al risarcimento in forma specifica (mediante aggiudicazione e stipula del contratto in favore di Sgambati S.r.l.) o, in subordine, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune con altro operatore, al subentro nello stesso in favore della società ricorrente o al risarcimento per equivalente.

10. Si costituiva in giudizio il Comune di Ronco Briantino, instando per la reiezione del ricorso.

11. Alla camera di consiglio del 15 febbraio 2023 la società attrice rinunciava alla domanda cautelare.

In vista della trattazione della causa nel merito, le parti depositavano memorie a sostegno delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza pubblica del 27 aprile 2023 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si prendono in esame le censure proposte con l'atto introduttivo della causa.

1.1. Viene in rilievo, nel presente giudizio, l'istituto del subappalto necessario. Tale figura riguarda, in particolare, le gare che prevedono l'esecuzione di lavori appartenenti a diverse categorie di qualificazione, laddove l'impresa partecipante alla gara, pur qualificata per l'intero importo dei lavori con riferimento alla categoria prevalente, non risulti direttamente qualificata per le prestazioni oggetto delle categorie minoritarie.

Al fine di chiarire l'ambito applicativo e la natura dell'istituto in esame, occorre una preliminare e sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

1.2. Ai sensi dell'art. 92 comma 1 D.P.R. 207/2010 (applicabile alla fattispecie di causa): *«1. Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente».*

In virtù di tale norma, tra gli altri casi, l'operatore economico è ammesso a partecipare a una procedura selettiva se è in possesso anche dei soli requisiti, relativi all'importo totale dei lavori, afferenti alla categoria prevalente (cioè quella di importo più elevato) dei lavori appaltati. Quanto alle prestazioni afferenti alle categorie non prevalenti, in linea di principio le stesse possono essere direttamente eseguite dal concorrente che sia qualificato per la categoria principale. Si deroga tuttavia a tale disposizione con riferimento alle lavorazioni di consistenza superiore ai limiti di cui all'art. 108 comma 3 D.P.R. 207/2010 (e dunque di importo singolarmente superiore al dieci per cento del valore complessivo dell'opera, ovvero superiore a €. 150.000,00) relative alle

categorie di opere generali individuate nell'allegato A al D.P.R. 207/2010, nonché per alcune delle categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, tra le quali, per quanto qui rileva, la OS 10.

Riguardo a tali lavorazioni non prevalenti, infatti, l'art. 12 comma 2 lettera 'b' D.L. 47/2014 stabilisce che: «[...] non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni [...]», e che: «Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale». Le opere in esame, pertanto, non potranno essere eseguite direttamente dall'impresa che ha la qualificazione prevalente, e dovranno essere subappaltate a soggetti all'uopo specificamente e direttamente qualificati (subappalto necessario).

1.3. Nel caso di specie, come meglio descritto in punto di fatto, la concorrente Sgambati S.r.l. era qualificata (tramite avvalimento) per l'esecuzione della prestazione prevalente OG3, non anche per quelle (OS10 e OG10) minoritarie. In particolare, le opere di cui alla categoria OS10 rientrano tra quelle a qualificazione obbligatoria, che non possono essere eseguite dall'impresa a qualificazione esclusivamente prevalente, ma dovranno essere oggetto del cd. subappalto necessario, in favore di un operatore per esse specificamente qualificato. Ciò (diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente) a prescindere dall'importo della lavorazione che rientra tra le categorie ad acronimo OS specificamente elencate nell'art. 12 comma 2 lettera 'b' D.L. 47/2012 (in tal senso: TAR Lazio, Roma, II, 6 marzo 2019 n. 3023).

1.4. Orbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sul conflitto, ravvisato tra le decisioni delle singole sezioni, in ordine alla ricostruzione ermeneutica della natura del subappalto necessario. Alcune sentenze (ad esempio: Consiglio di Stato, V, 25 febbraio 2015 n. 944) ritenevano, in particolare, che l'istituto in parola avesse rilevanza agli specifici

fini della qualificazione per la partecipazione alla gara, e che pertanto, onde consentire all'Amministrazione di verificare la qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la stessa era richiesta dal legislatore, risultava necessaria l'indicazione del nome del subappaltatore già nella domanda di partecipazione alla gara. In tal modo, la PA era posta in condizione di verificare, in capo al soggetto indicato, la sussistenza di tutti i requisiti per la partecipazione alla selezione e per l'esecuzione dell'appalto.

Secondo altre pronunce invece (Consiglio di Stato, IV, 4 maggio 2015 n. 2223) il subappalto, anche quando relativo alle prestazioni a qualificazione necessaria, avrebbe riguardato la sola fase di esecuzione del contratto principale. Per conseguenza, in sede di domanda di partecipazione alla gara, non risultava necessario identificare il subappaltatore, né tantomeno verificare in capo ad esso i requisiti di ammissione, ma solo individuare le opere oggetto di subappalto. Solo dopo la stipula del contratto principale di appalto, la PA avrebbe potuto verificare la qualificazione, in capo al subcontraente, per l'esecuzione delle prestazioni ad esso commissionate; in difetto, avrebbe dovuto rilevarsi un inadempimento contrattuale in capo all'aggiudicataria.

L'Adunanza Plenaria, con riferimento al sistema normativo in vigore prima dell'avvento del D. Lgs. 50/2016 (e dunque con riferimento alle norme di cui al D. Lgs. 163/2006), concludeva per la validità della seconda delle posizioni sopra compendiate, e dunque per la rilevanza esclusivamente esecutiva del subappalto necessario: *«2.3. [...] si ricavano, quindi, i seguenti principi: a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all'art. 107, comma 2, d.P.R. cit.); b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art. 107, comma 2, d.P.R. cit. non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto*

postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione). Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune» (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015 n. 9).

Il principale argomento invocato a supporto di tale conclusione era peraltro costituito dalla mancata previsione, nel D. Lgs. 163/2006, a differenza che nella previgente L. 109/1994 e in quello che sarebbe stato il successivo D. Lgs. 50/2016 (*all'epoca della sentenza in esame era ancora in fase di approvazione, da parte del Parlamento, il disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle Direttive UE 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*), della necessaria indicazione del nome dei subappaltatori nella compilazione della domanda.

1.5. Orbene, la validità della ricostruzione enucleata dall'Adunanza Plenaria veniva confermata anche dalla giurisprudenza espressasi sulla medesima questione in epoca successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016, che all'art. 105 comma 6 imponeva l'indicazione di una terna di subappaltatori in sede di offerta. Basandosi sulla pronuncia della Corte di Giustizia UE del 30 gennaio 2020, resa nella causa C-395/18, secondo cui è contraria all'art. 57 paragrafo 6 della Direttiva 24/2014 la previsione dell'art. 105 comma 12 D. Lgs. 50/2016 (laddove la stessa stabilisce che, in presenza di una causa di esclusione in capo ad uno dei subappaltatori indicato in sede di domanda di partecipazione, consegue l'esclusione automatica della concorrente), il Consiglio di Stato ha affermato doversi propendere per un'interpretazione "comunitariamente orientata" della norma, che in siffatta ipotesi esclude

conseguenze esiziali automatiche e rimette alla stazione appaltante la valutazione discrezionale circa l'esclusione. Per quanto qui rileva, il giudice di secondo grado in tale pronuncia ha inoltre precisato che: «Nessuno dei due indicati profili di censura merita favorevole apprezzamento. 5.3.1. Il primo è smentito dalla ricostruzione dell'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio effettuata dalla citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2015, secondo cui, anche quando consentito per supplire la carente qualificazione del concorrente rispetto alle opere da subappaltare, il subappalto continua ad essere "un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice [...]". Si tratta di affermazione che pienamente si condivide e che non trova smentita nelle norme sul subappalto introdotte dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare in quella del sesto comma, che ha reso obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta per gli appalti ivi considerati. Infatti, in disparte la sospensione dell'efficacia di tale comma fino al 31 dicembre 2020 [...], la disposizione si limita ad imporre, ai fini della validità del subappalto, oltre alle condizioni di cui al quarto comma dello stesso art. 105, l'indicazione appunto della terna dei subappaltatori in sede di offerta. Poiché tale indicazione non era richiesta invece dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, norma sulla quale si è pronunciata l'Adunanza Plenaria, la citata sentenza ha perso di attualità -fatta salva peraltro la sospensione dell'art. 105, comma 6, disposta, come detto, dalla normativa sopravvenuta- soltanto nella parte in cui ha affermato che "l'indicazione del nome 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, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario)". Tuttavia, non è certo vero il contrario: l'obbligatoria (per legge o per disciplinare, come nel caso di specie) indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta e l'indicazione nell'offerta dei servizi che si intendono subappaltare ad uno dei tre

*subappaltatori indicati, non trasforma il subappalto c.d. necessario o qualificatorio in un istituto diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, trattandosi all'evidenza di due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse (cfr., in tale senso, anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2015 cit.). A differenza di quanto accade con l'avvalimento, il rapporto con l'impresa subappaltatrice, anche nel caso di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, non è attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, comma 7 (in tema di obbligazioni che, come già detto, sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) e comma 8 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei comma successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla fase esecutiva, e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto. Ne consegue che l'interpretazione "comunitariamente orientata" degli artt. 80, comma 5, lett. c) e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, quale risulta a maggior ragione dopo la sentenza della Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020 in causa C-395/2018, comporta che, quando è indicata una terna di subappaltatori in sede di offerta, l'esclusione del concorrente che abbia indicato un subappaltatore privo dei requisiti o della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare non è automatica, anche qualora si tratti di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, al quale cioè abbia fatto ricorso il concorrente sprovvisto di qualificazione impegnandosi a subappaltare l'esecuzione delle relative prestazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione. Pertanto, è rimesso alla stazione appaltante consentire la sostituzione del subappaltatore, a maggior ragione quando gli altri subappaltatori indicati nella terna abbiano requisiti e qualificazione» (Consiglio di Stato, V, 4 giugno 2020 n. 3504; in termini: *ibidem*, 23 settembre 2022 n. 8223).*

Anche in presenza dell'obbligo di dichiarazione della terna, dunque, al subappalto necessario era riconosciuta una rilevanza meramente esecutiva. Alla PA non si riconosce dunque alcun potere di vagliare la sussistenza dei requisiti di ammissione in capo al subappaltatore (né lo stesso potere può sorgere per effetto di una istanza di autorizzazione al subappalto impropriamente trasmessa in via anticipata dall'aggiudicatario, come occorso

nel caso oggetto del giudizio), Nei confronti del subappaltatore va invero controllata, dopo la stipula del contratto principale, la sussistenza della qualificazione per le prestazioni ad esso affidate; in difetto della quale, sussiste inadempimento contrattuale dell'appaltatore.

1.6. A maggior ragione, detta natura esecutiva dell'istituto in esame, deve pertanto affermarsi con riferimento alla gara oggetto del presente giudizio, alla quale il comma 6 succitato, e l'imposizione della previa individuazione della terna, non è applicabile, in ragione della sospensione dell'applicazione dell'art. 105 comma 6 fino al 31 dicembre 2023 ad opera dell'art. 52 comma 1 lettera 'a' punto 9 D.L. 77/2021, cui seguiva l'abrogazione della medesima disposizione (art. 105 comma 6 cit.), ad opera dell'art. 10 comma 1 lettera 'd' n. 2 L. 238/2021.

1.7. Per effetto delle considerazioni che precedono, ritiene il Collegio che, anche nella presente controversia, debba affermarsi la rilevanza esclusivamente esecutiva del subappalto necessario. Conseguentemente, come precisato dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 9/2015, non si configura alcun obbligo, in capo al concorrente, di indicare anticipatamente l'identità del subcontraente, dovendo provvedere in tal senso prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere subappaltate, e non potendo attrarsi il subappalto, quand'anche nella forma del "subappalto necessario", alla fase della gara. L'omessa previa identificazione del subappaltatore, o l'esito negativo della preventiva verifica in capo allo stesso della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, non hanno dunque alcun effetto preclusivo alla stipula del contratto, come invece erroneamente indicato dall'Amministrazione nel provvedimento di revoca e negli ulteriori atti qui gravati. L'individuazione e la qualificazione alla gara precedentemente alla stipula dell'appalto non erano infatti dovuti, attenendo alla sola fase esecutiva del contratto già perfezionato (che qui difettava). Alla stregua della compiuta ricostruzione ermeneutica posta in essere dall'Adunanza Plenaria (9/2015), potrà rilevare in termini patologici il solo accertamento della carenza, in capo

al subcontraente, dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto di subappalto, e comunque solo in un momento posteriore all'avvenuto perfezionamento del negozio principale, ed esclusivamente quale ipotesi di inadempimento del contratto già sottoscritto (senza poterne impedirne la stipula), con tutte le conseguenze del caso.

1.7. È pur vero che la revoca viene motivata anche con riferimento all'intervenuto decorso del termine di 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, individuato dall'art. 32 comma 4 D. Lgs. 50/2016 come limite entro cui l'offerta stessa rimane vincolante. Tuttavia, il termine *de quo* è previsto dalla succitata disposizione di legge in favore dell'operatore economico, nel senso che l'impresa, decorso detto *spatium temporis*, può legittimamente ritenersi non più vincolata all'offerta presentata; in assenza di una dichiarazione in tal senso da parte dell'operatore economico, non vi è alcuna conseguenza rilevante per l'Amministrazione, che non ha dunque motivo per escludere la stipula del contratto.

1.8. La PA citava altresì, quale ulteriore profilo motivazionale a sostegno della disposta revoca, il decorso del termine pari a sessanta giorni dalla sopravvenuta efficacia dell'aggiudicazione, previsto dall'art. 32 comma 8 D. Lgs. 50/2016 per la stipula del contratto. In particolare, nel provvedimento impugnato si affermava che il relativo superamento era intervenuto per la mancanza dei requisiti di carattere tecnico professionale in capo ai subappaltatori di volta in volta indicati, circostanza estranea alla volontà dell'Amministrazione. Orbene, la suddetta ricostruzione non trova corrispondenza negli atti del presente processo, dai quali emerge che è stato proprio il Comune di Ronco Briantino a porre in essere, in via del tutto ultronea ed illegittima, la preventiva verifica in capo ai subappaltatori di requisiti che non potevano, per quanto già precisato, precludere la stipula del contratto, e dunque a ritardare il perfezionarsi del procedimento.

1.9. Risulta pertanto fondato il primo motivo di gravame, con conseguente illegittimità del provvedimento di revoca impugnato.

Si assorbono le ulteriori censure, per ragioni di continenza ed economia processuale.

2. In virtù delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto, stante la fondatezza del primo motivo di doglianza, e previo assorbimento delle censure non specificamente esaminate, con conseguente annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe.

Per effetto del disposto accoglimento l'aggiudicazione, già revocata, tornerà ad essere esistente e produttiva di effetti e, in difetto di ulteriori elementi preclusivi rispetto a quelli esaminati (che la PA non ha evidenziato) dovrà farsi luogo alla conseguente stipula del contratto.

Non risulta invece provata l'avvenuta sottoscrizione dell'appalto con altro operatore; non può dunque essere accolta la domanda di subentro, né quella di risarcimento per equivalente.

3. Le spese del giudizio vengono compensate, in ragione dell'incertezza interpretativa che ha interessato gli istituti venuti in rilievo nella causa, attestata dai differenti orientamenti dei quali si è in precedenza dato conto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni indicate in motivazione e annulla, per l'effetto, i provvedimenti impugnati, con gli ulteriori effetti descritti nella parte motiva.

Respinge, per le esposte ragioni, la domanda di subentro e di condanna al risarcimento per equivalente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO