

Publicato il 17/12/2019

N. 14479/2019 REG.PROV.COLL.
N. 11707/2019 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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11707 del 2019, proposto da Gesenu S.p.A., Cosp Tecno Service Soc Coop Arl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Fabrizio Garzuglia, Giovanni Ranalli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Viterbo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pierluigi Piselli in Roma, via G. Mercalli n. 13;

per l'annullamento:

1) del Verbale di gara n. 3 del Comune di Viterbo datato 8 luglio 2019, relativo all'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei

rifiuti urbani e servizi di igiene urbana, nella parte in cui il “Seggio di gara” del Comune di Viterbo ha dichiarato che “non risulta possibile che il costituendo RTI GESENU S.p.A. possa fare ricorso all'istituto del subappalto”;

2) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso, ivi inclusi per quanto possa occorrere: 2.a) l'art. 10 del Disciplinare di gara emesso dal Comune di Viterbo relativo alla gara per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e servizi di igiene urbana, limitatamente alla parte in cui dovesse negare l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio alla dichiarazione afferente il subappalto; 2.b) l'atto, se esistente, con il quale il Comune di Viterbo dovesse aver preso atto del verbale n. 3/2019 e negare il subappalto alle odierne ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Viterbo;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le ricorrenti, rispettivamente mandataria e mandante del costituendo RTI, hanno impugnato il verbale n. 3 dell'08.07.2019, con cui la commissione di gara, in sede di esame della documentazione, ha deciso che l'RTI non possa avvalersi del sub appalto, perché, pur

avendo indicato le 3 imprese individuate come sub appaltatrici, “non ha indicato le parti del servizio che ritiene di subappaltare”.

Con l'ultima memoria del 29.11.2019 la ricorrente ha reso noto che “in data 20 novembre 2019 si è tenuta la seduta di gara ove sono state aperte le offerte economiche”, che “all'esito della seduta l'offerta dell'odierna ricorrente è risultata essere la migliore”, e che “sussiste, pertanto, il pieno interesse a che il presente ricorso sia deciso”.

Alla pubblica udienza dell'11.12.2019 la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso è fondato, e va pertanto accolto.

Le ricorrenti hanno precisato in ricorso, in ciò non contestate, che “sono da sole ampiamente in possesso di tutti i requisiti speciali previsti dall'art. 7 del disciplinare per la partecipazione all'appalto”, e che la decisione della commissione di gara di non consentire il sub appalto sarebbe illegittima innanzitutto perché il modello di DGUE predisposto dall'Amministrazione non prevede l'indicazione delle parti da subappaltare.

Poi, è vero, come ammettono le stesse ricorrenti, che l'art. 10 del disciplinare prevede che “il concorrente indica all'atto dell'offerta le parti del servizio che intende subappaltare”, e che “in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato”; tuttavia le ricorrenti sostengono che tale disposizione vada coordinata con l'art. 8 del disciplinare, il quale, da una parte, al comma 1, prevede che “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda e, in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la

procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice"; e dall'altra, al comma 2, chiarisce che "la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva (es. dichiarazioni delle parti del servizio ai sensi dell'art. 48, comma 4, del Codice) sono sanabili".

Cosicché, secondo le ricorrenti, in presenza di una mancata indicazione delle parti del servizio da subappaltare, l'Amministrazione "avrebbe dovuto fare (quanto meno) ricorso al soccorso istruttorio".

E del resto, aggiungono le ricorrenti, "l'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che le parti del servizio debbano essere indicate nella dichiarazione, non esclude la possibilità di integrare una eventuale carenza sul punto con il soccorso istruttorio".

E se si ritenesse che il divieto di subappalto in casi del genere discende dall'art. 10 del disciplinare, tale disposizione andrebbe considerata illegittima, perché "si porrebbe in netto contrasto con l'art. 83 del D.Lgs. 50/2016", il cui comma 9 prevede genericamente anche per casi del genere il soccorso istruttorio.

Inoltre, concludono le ricorrenti sul punto, il precedente del TAR Lazio, citato dalla commissione di gara a supporto della propria decisione, n. 146/2019, non è pertinente, perché in quel caso, al contrario di quello in esame, si trattava di subappalto c.d. "qualificante", cioè "necessario al fine di soddisfare i requisiti speciali di partecipazione".

Infine, le ricorrenti affermano che la decisione della commissione contrasterebbe con "i principi di trasparenza e correttezza che devono governare l'andamento della gara", visto che, dopo aver

ritenuto corretta la documentazione nelle prime due sedute, solo nella terza seduta ha poi rilevato la presunta incompletezza documentale.

Nella memoria conclusiva, le ricorrenti hanno poi rilevato che la previsione del citato art. 105, comma 6, del D.Lgs. 50/2016, che prevede come “obbligatoria l’indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta”, è stata sospesa fino al 31.12.2020 dall’art. 1, comma 18, del D.L. n. 32 del 18.04.2019.

Sul punto il Collegio rileva che la citata sospensione normativa è nel caso di specie non applicabile, perché il bando di gara è stato approvato con determinazione dirigenziale del 14.03.2019, pubblicato anche sul sito web del Comune, e spedito per la pubblicazione sulla Gazzetta dell’Unione Europea l’11.04.2019. Poiché per le “procedure aperte” come quella in esame l’art. 60 del D.Lgs. 50/2016 prevede che il termine minimo per la ricezione delle offerte sia “di 35 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara”, per la presentazione delle offerte il bando ha assegnato tempo alle imprese fino al 16.05.2019.

Per cui non può che trovare applicazione il principio *tempus regit actum*, sulla base del quale le procedure di gara sono soggette alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 12.05.2017 n. 2222).

Il Collegio ritiene comunque che il ricorso sia fondato.

Infatti, è vero che il citato art. 105, al comma 4, nel prevedere la possibilità di “affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto”, condiziona tale possibilità, tra l’altro, alla circostanza che “all’atto dell’offerta siano stati indicati i

lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare”.

E tuttavia, l'art. 83, al comma 9, prevede che “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, 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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”.

Il Comune ha sostenuto nelle proprie difese che “l'omessa indicazione delle parti del servizio da affidare un subappalto attiene a un elemento essenziale dell'offerta, trattandosi di un aspetto inerente alle modalità con le quali il concorrente intende realizzare la commessa”, e in quanto tale non regolarizzabile.

Il Collegio ritiene però tale tesi infondata, e che la mancata indicazione delle parti di servizio che si intende subappaltare non sia in alcun modo riconducibile alle “irregolarità afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica” – che attengono invece, rispettivamente, al prezzo e alle modalità tecniche in senso stretto, con riferimento, cioè, al piano di lavoro, personale, metodologie e macchinari impiegati, piani di sicurezza, ecc. – bensì alla “mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi”, genericamente indicati al citato comma 9 dell'art. 83.

È significativo, nell'ottica prospettata, non soltanto che nel medesimo comma sia precisato che il termine, non superiore a dieci giorni, legato al "soccorso istruttorio", è concesso "perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie", ma anche che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili (solo) "le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Vale a dire che la previsione di cui al citato art. 105, comma 4, secondo cui la possibilità di "affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto", è condizionata, tra l'altro, alla circostanza che "all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare", e le disposizioni del disciplinare di gara che tale disposizione normativa hanno recepito, va coordinata con l'art. 83, per come specificamente modificato sul punto, proprio al fine di ridurre più possibile le esclusioni legate a dichiarazioni mancanti o incomplete.

Oltretutto, va ricordato che nel caso in esame si trattava di omessa di indicazione solo delle parti del servizio che si intendeva subappaltare alle altre 3 imprese, specificamente individuate.

Infine, è utile precisare che le due disposizioni esaminate, cioè quella sull'obbligo di indicare le parti del servizio che si intende affidare in sub appalto e quella sul soccorso istruttorio così ampio, non sono coeve, perché quest'ultima è successiva.

Infatti, l'obbligo di indicare le parti del servizio che si intende affidare in sub appalto non è una novità del nuovo Codice dei contratti, introdotto con il citato D.Lgs. 50/2016, perché era già previsto nel primo "Codice dei contratti pubblici", approvato con

D.Lgs. 12/04/2006 n. 163, che all'art. 118, relativo proprio al "subappalto", aveva previsto espressamente che l'affidamento in subappalto o in cottimo era sottoposto, tra le altre, alla condizione che i concorrenti, "all'atto dell'offerta", avessero "indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture" che intendevano "subappaltare o concedere in cottimo".

E il descritto soccorso istruttorio fu introdotto con il D.L. 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014 n. 114, che all'art. 38 del Codice, relativo ai "requisiti di ordine generale", introdusse il comma 2-bis, prevedendo che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive...", comportavano sì l'obbligo, per il concorrente che vi avesse dato causa, del "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 era "garantito dalla cauzione provvisoria"; ma, in ogni caso, anche l'obbligo per la stazione appaltante di assegnare "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"; solo "nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili", la stazione appaltante non era tenuta a richiedere la regolarizzazione, e ad applicare alcuna sanzione. E solo "in caso di inutile decorso del termine" assegnato, il concorrente era "escluso dalla gara".

Il nuovo "Codice dei contratti pubblici", approvato con D.Lgs. 18/04/2016 n. 50, ha poi confermato, seppure modificandola, tale

disposizione, perché l'art. 83, relativo a “criteri di selezione e soccorso istruttorio”, al comma 9 dispone ora, come già ricordato, che “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, 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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

Pertanto, per il Collegio il descritto succedersi nel tempo delle citate disposizioni, e l'ampia formulazione del citato art. 83, impongono a maggior ragione di interpretare l'obbligo di indicare le parti del servizio che si intende affidare in sub appalto alla luce del soccorso istruttorio, ormai reso obbligatorio anche per le “irregolarità essenziali”, e le “dichiarazioni necessarie”.

Vale a dire che, nei casi di mancata dichiarazione sul punto in sede di presentazione dell'offerta, il subappalto sarà vietato solo nel caso in cui l'impresa non integri la propria dichiarazione neppure dopo il termine assegnato dall'Amministrazione.

Ad avallare tali conclusioni può richiamarsi la giurisprudenza secondo cui la dichiarazione relativa al subappalto possa essere

limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente, come nel caso in esame, delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. St., sez. IV, 13.03.2014 n. 1224, che precisa che la ratio dell'orientamento che ritiene legittima l'esclusione in questi ultimi casi risiede nell'esigenza, ricavabile in via sistematica, che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto, mentre non può ammettersi che l'aggiudicazione venga disposta "al buio" in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l'Amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara).

Con la conseguenza che nei casi di subappalto facoltativo il soccorso istruttorio va ammesso (vedi anche quella giurisprudenza secondo cui più in generale anche la mancata indicazione dei nominativi della terna dei subappaltatori può essere sanata col soccorso istruttorio: TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 29.12.2016 n. 1790. Va peraltro dato atto che per una parte della giurisprudenza il soccorso istruttorio va ammesso perfino nei casi di mancata indicazione del subappaltatore necessario (così TAR Liguria, sez. II, 06.02.2018 n.

112; TAR Veneto, sez. I, 08.03.2017 n. 235; TAR Palermo, sez. III, 07.10.2015 n. 2476).

In conclusione, assorbiti motivi non esaminati, il ricorso va accolto. In considerazione del fatto obiettivo che le disposizioni di riferimento sulla questione di diritto in esame pongono problemi di coordinamento, per le descritte ragioni, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Seconda Bis, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Dauno Trebastoni

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO

