

N. 01448/2016REG.PROV.COLL.

N. 01530/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello nr. 1530 del 2015, proposto da MATTIODA PIERINO & FIGLI S.p.a., in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., e da SO.GE.CO. S.r.l., in proprio e quale mandante di costituendo r.t.i., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, corso del Rinascimento, 11,

contro

SAFITAL S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Flaminia, 354,

nei confronti di

S.A.V. - SOCIETÀ AUTOSTRADE VALDOSTANE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini, Manuela Sanvido, Giovanni Corbyons e Claudio Guccione, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del T.A.R. della Valle d'Aosta nr. 18 pubblicata in data 13 febbraio 2015, con cui è stato accolto il ricorso promosso da Safital S.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. tra le imprese Mattioda Pierino & Figli S.p.a. (mandataria) e So.Ge.Co. S.r.l. (mandante) dell'appalto per la esecuzione dei "*lavori di sostituzione della barriera spartitraffico tra le progressive Km 78+816 e Km 88+865 (tratto nr. 40)*", gara A5/SAV/01/13/INV – CIG 5089123D24, oltreché degli atti connessi, presupposti e conseguenti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Safital S.r.l. e di S.A.V. - Società Autostrade Valdostane S.p.a., nonché l'appello incidentale da quest'ultima proposto;

Viste le memorie prodotte dalle appellanti (in date 29 aprile, 8 maggio, 21 e 25 settembre 2015 e 1 marzo 2016), da Safital S.r.l. (in date 19 marzo, 28 aprile, 8 maggio, 21 settembre 2015, 1 e 4 marzo 2016) e da S.A.V. S.p.a. (in date 21 e 25 settembre 2015 e 1 marzo 2016) a sostegno delle rispettive difese;

Viste le ordinanze di questa Sezione nr. 1328 del 19 maggio 2015, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione della sentenza impugnata, e nr. 2707 del 3 giugno 2015, di rimessione all'Adunanza plenaria;

Vista la sentenza dell'Adunanza plenaria nr. 9 del 2 novembre 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2016, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Pellegrino per la appellante, l'avv. De Portu per Safital S.r.l. e gli avv.ti Corbyons e Guccione per S.A.V. S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Nell'ottobre del 2013 S.A.V. – Società Autostrade Valdostane S.p.a. ha indetto una procedura ristretta del valore di € 8.213.115,39 avente a oggetto l'affidamento dei lavori di sostituzione della barriera architettonica spartitraffico tra le progressive Km +816 e Km +5 (tratto nr. 4.0) dell'autostrada A5.
2. Alla gara, il cui criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, hanno partecipato dieci concorrenti tra i quali, per quanto qui rileva, il raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo Mattioda Pierino & Figli S.p.a. (d'ora in avanti, per brevità, Mattioda S.p.a.) e Safital S.r.l.
3. A seguito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione definitiva è stata disposta a favore del r.t.i. Mattioda S.p.a., mentre Safital S.r.l. si è classificata seconda.
4. Avverso tale esito la seconda classificata ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. della Valle d'Aosta chiedendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto al r.t.i. controinteressato, del quale ha dedotto – tra l'altro - l'illegittima ammissione alla gara, atteso che, pur avendo indicato di voler subappaltare completamente le opere appartenenti alla categoria dei lavori OS10, lavori scorporabili a qualificazione obbligatoria, aveva ommesso di indicare il nominativo del subappaltatore.
5. Il giudice adito ha accolto il ricorso, aderendo, tra gli opposti orientamenti giurisprudenziali esistenti sull'argomento, a quello secondo il quale è legittima l'esclusione da una gara pubblica dell'impresa che, non essendo in possesso dei requisiti di qualificazione per parte delle opere, abbia manifestato nell'offerta il proprio intento di fare ricorso al subappalto per l'esecuzione delle opere per cui non è qualificata, ma non abbia indicato il soggetto del quale si servirà a tal fine.
6. Mattioda S.p.a. e So.Ge.Co. S.r.l., rispettivamente mandataria e mandante del r.t.i. concorrente, hanno appellato tale decisione, della quale hanno chiesto la riforma previa sospensione cautelare, reiterando *in primis* l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del bando di gara nella parte che qui rileva; in secondo luogo lamentando la violazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, in quanto, non essendoci nessuna indicazione esplicita nella *lex specialis* che, in caso di subappalto c.d. "necessario", il concorrente dovesse indicare in fase di gara il nominativo del subappaltatore, l'esclusione per tale omissione sarebbe in violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione; in ultimo, assumendo l'erroneità delle statuizioni di primo grado nella parte in cui non si è considerato che la normativa di riferimento in materia, quale riveniente dagli artt. 118, comma 2, del d.lgs. nr. 163/2006 e 92 e 109 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, non richiede in alcun modo l'indicazione del nominativo del subappaltatore (ed in tal senso, si aggiunge, sembrerebbero andare l'evoluzione della normativa stessa nonché l'orientamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: cfr. la determinazione nr. 1 dell'8 gennaio 2015).
7. Si è costituita in resistenza la ricorrente in primo grado, Safital S.p.a., la quale, oltre a opporsi con diffuse argomentazioni all'accoglimento del gravame avverso, ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. l'ulteriore motivo di censura articolato in prime cure, e rimasto assorbito nella decisione appellata, in relazione all'erroneità delle conclusioni raggiunte dalla stazione appaltante all'esito della verifica sull'anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria, a cagione dell'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale.
8. Successivamente, l'appellata S.A.V. - Società Autostrade Valdostane S.p.a., ha a sua volta impugnato la sentenza in epigrafe nelle forme dell'appello incidentale, aderendo sostanzialmente alle censure formulate dalle appellanti principali, e riproponendo le difese svolte in primo grado anche in relazione al motivo di ricorso rimasto assorbito.
9. Questa Sezione, all'esito della camera di consiglio del 24 marzo 2015, ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalla parte appellante principale, rilevando, quanto al profilo dell'obbligo di indicazione nominativa dei subappaltatori in caso di

c.d. subappalto necessario, l'indirizzo unanime, almeno negli ultimi due anni, di tutte le Sezioni di questo Consiglio di Stato, in linea con le conclusioni del primo giudice, nonché reputando non priva di fondatezza la doglianza di prime cure circa la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale.

10. In sede di trattazione del merito, peraltro, la Sezione ha ritenuto di rimettere all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, in considerazione della contrastante giurisprudenza sul punto, la questione circa la sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta in caso di subappalto c.d. necessario, nonché le ulteriori questioni circa l'applicabilità dell'eventuale principio in tal senso affermato, come pure di quello già enunciato in relazione all'obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi per la sicurezza aziendale, anche alle procedure selettive indette anteriormente al pronunciamento della stessa Plenaria, senza possibilità che il concorrente che abbia omesso le dette indicazioni sia ammesso al c.d. soccorso istruttorio.

11. L'Adunanza plenaria, con la sentenza nr. 9 del 2 novembre 2015 ha dato riscontro ai suindicati quesiti:

a) escludendo che la normativa vigente debba essere interpretata nel senso che, in caso di subappalto c.d. necessario, il concorrente sprovvisto dei requisiti sia tenuto in sede di offerta, oltre che a dichiarare di voler subappaltare le relative prestazioni, anche a indicare nominativamente il subappaltatore (o i subappaltatori);

b) considerando conseguentemente superato il secondo quesito, col quale si era posto il problema dell'applicabilità dell'obbligo di indicazione del subappaltatore a pena di esclusione, qualora in tal senso si fosse concluso, anche alle gare indette anteriormente alla pronuncia della medesima Plenaria;

c) ha escluso, quanto all'obbligo di indicazione in sede di offerta degli oneri per la sicurezza, già affermato in via generale con la sentenza della Plenaria nr. 3 del 20 marzo 2015, che per le procedure indette anteriormente a tale decisione potesse farsi luogo al c.d. soccorso istruttorio per le imprese che avessero omesso tale indicazione.

Inoltre, nella medesima sentenza la Plenaria ha dichiarato inammissibili gli interventi dell'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (A.I.S.C.A.T.) e dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (A.N.C.E.), disponendone pertanto l'estromissione dal giudizio.

12. Dopo la restituzione della causa alla Sezione, le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

In particolare, le appellanti principali hanno chiesto disporsi la sospensione del giudizio, così come fatto da altra Sezione di questo Consiglio di Stato, in attesa della decisione della Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla questione pregiudiziale, sollevata da diversi Tribunali Amministrativi Regionali (T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 16 dicembre 2015, nr. 1745; T.A.R. Molise, sent. 12 febbraio 2016, nr. 77; T.A.R. Napoli, sez. I, ord. 24 febbraio 2016, nr. 990), circa la compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affermato obbligo, per tutte le tipologie di appalti, di indicazione già in sede di offerta degli oneri per la sicurezza aziendale.

13. All'udienza del 17 marzo 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

14. La ricostruzione in fatto sopra riportata, ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure e riassuntiva di quanto avvenuto nel presente grado di appello, non risulta contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64, comma 2, cod. proc. amm., deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

15. Tutto ciò premesso, alla luce del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria si appalesa la fondatezza degli appelli all'esame (sia di quello principale proposto dalle originarie controinteressate che di quello proposto in via incidentale dalla stazione appaltante).

Infatti, è evidente che, una volta escluso che dalla normativa vigente in materia di subappalto possa ricavarsi un generale obbligo, per i concorrenti sprovvisti dei requisiti di qualificazione per le prestazioni scorporabili e che perciò abbiano indicato di volerle subappaltare, di indicare già in sede di offerta il nominativo dei subappaltatori, risulta infondata la censura articolata dalla ricorrente in primo grado in relazione alla mancata esclusione del r.t.i. aggiudicatario dalla procedura selettiva a cagione di tale omessa indicazione.

16. L'acclarata fondatezza dei motivi di appello articolati sul punto, tuttavia, non determina automaticamente l'accoglimento degli appelli medesimi, dovendo esaminarsi l'ulteriore motivo di censura fatto valere in primo grado da Safital S.r.l., dalla stessa qui ritualmente riproposto, col quale è stata lamentata la mancata esclusione del r.t.i. Mattioda – So.Ge.Co. a cagione della mancata specificazione dell'incidenza sull'offerta economica degli oneri per la sicurezza aziendale.

16.1. Sul punto, come già sopra accennato, parte appellante insta per una sospensione del giudizio, atteso che nei confronti della rigorosa interpretazione dell'Adunanza plenaria – la quale, oltre a ribadire l'orientamento di cui alla

sentenza nr. 3 del 2015, ha escluso che possa farsi luogo a qualsivoglia soccorso istruttorio anche per le gare indette in epoca anteriore alla ridetta decisione – pende questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE, a seguito di ordinanze di rinvio pronunciate da diversi TT.AA.RR.

Deve rilevarsi anche che, in sede di discussione orale, la difesa della stazione appaltante ha dichiarato di non opporsi a tale soluzione, assumendo non sussistere ragioni di urgenza che impediscano di attendere le determinazioni della Corte.

16.2. Tuttavia, ad un più attento esame degli atti, la Sezione è dell'avviso che il motivo di censura *de quo* possa essere deliberato prescindendo da tale questione pregiudiziale.

16.2.1. Ed invero, da una piana lettura del ricorso di primo grado – ed anche della memoria di costituzione in appello in cui la censura in questione è stata riprodotta *ex extenso*– emerge con evidenza che la ricorrente in primo grado aveva stigmatizzato non già la mancata esclusione in via preliminare dell'offerta del r.t.i. controinteressato, a causa della mancata indicazione degli oneri della sicurezza, bensì l'inadeguatezza della verifica di anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria, a cagione della mancata considerazione dei predetti oneri fra le voci in tale sede esaminate.

La distinzione non è irrilevante, atteso che nella prima ipotesi si sarebbe fatta questione di un'omissione formale (la carenza di un'indicazione obbligatoria per legge) suscettibile di determinare *de plano* l'esclusione del concorrente, mentre nel secondo caso trattasi di questione sostanziale, afferente a una non dimostrata congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. nr. 163 del 2006.

Rilevante è anche la differenza sul piano effettuale dell'eventuale fondatezza delle doglianze così come diversamente formulate, atteso che nel primo caso dovrebbe addivenirsi ad annullamento della stessa ammissione del concorrente alla procedura, mentre nel secondo il vizio colpirà soltanto gli atti posti in essere in fase di verifica delle offerte anomale, nonché gli atti successivi, facendo regredire la procedura a tale fase.

16.2.2. Così stando le cose, il tentativo dell'odierna appellata di avvalersi a proprio vantaggio dei rigorosi principi da ultimo affermati dall'Adunanza plenaria si risolve in una sorta di non consentita *mutatio libelli*, tenuto conto altresì che anche nella fase incidentale dinanzi alla Plenaria l'appellata ha precisato di non essere direttamente interessata dalla questione dell'obbligo di dichiarare *ab initio* gli oneri per la sicurezza, perché la censura articolata in prime cure verteva su altro profilo.

16.3. Tanto premesso, risulta *per tabulas* che effettivamente, in sede di verifica sulle offerte sospette di anomalia, la stazione appaltante non ha per nulla preso in considerazione l'incidenza sull'offerta economica degli oneri per la sicurezza aziendale, come pure avrebbe dovuto fare a norma del comma 3-*bis* dell'art. 86, d.lgs. nr. 163/2006.

Al riguardo, contrariamente a quanto vorrebbe l'appellata S.A.V. S.p.a., non può in alcun modo tenersi conto della quantificazione dei detti oneri in complessivi € 30.700,00, come ricavabile da una relazione tecnica prodotta dalle odierne appellanti nel primo grado del giudizio (all. 4 alla costituzione di Mattioda S.p.a. e So.Ge.Co. S.r.l.); infatti, trattasi di documento estraneo alla procedura di gara ed elaborato e prodotto al fine di dimostrare in giudizio la congruità dell'offerta risultata aggiudicataria, laddove nulla sul punto era esplicitato nelle giustificazioni rese nella fase di verifica (all. 3 alla costituzione suindicata).

Quanto sopra è implicitamente ammesso dalle stesse odierne appellanti, laddove ammettono che l'omissione vi sia stata, ma ne ascrivono la causa al non aver la stazione appaltante per nulla richiesto giustificazioni in ordine all'incidenza dei costi per la sicurezza, aggiungendo che, qualora una tale richiesta fosse stata formulata, sarebbe stato agevole dimostrare la congruità dell'offerta anche sotto tale profilo.

16.4. La Sezione rileva peraltro che, una volta accertato che nella specie l'incidenza degli oneri per la sicurezza aziendale sull'equilibrio complessivo dell'offerta non è stata verificata nella sede propria *ex art. 86, comma 3-bis, d.lgs. nr. 163/2006*, tale omissione non può certo essere "surrogata" da una verifica in sede giudiziale (tenuto conto anche dei noti limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni rimesse all'Amministrazione *in subiecta materia*).

Pertanto, in questa sede occorre semplicemente prendere atto della carenza riscontrata, senza potersi far luogo ad alcuna valutazione o approfondimento ulteriore in punto di congruità dell'offerta risultata prima in graduatoria.

17. Alla stregua dei rilievi che precedono, la censura di primo grado qui riproposta si appalesa fondata, imponendo una conferma dell'accoglimento del ricorso di primo grado ancorché con diversa motivazione, e con salvezza degli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione potrà in essere in sede di rinnovazione della procedura.

18. Le questioni appena vagliate, peraltro, esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 cod. proc. civ., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: cfr., *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, nr. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, nr. 7663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inadeguati a supportare una conclusione di tipo diverso.

19. In considerazione della complessità e della novità delle questioni esaminate, tali da rendere necessaria la devoluzione all'Adunanza plenaria in ragione del contrasto di giurisprudenza riscontrato, può disporsi l'integrale compensazione della spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e l'appello incidentale, confermando la sentenza impugnata con diversa motivazione e con gli effetti in motivazione precisati.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)