

Pubblicato il 09/12/2024

N. 00850/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00949/2024 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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 949 del 2024, proposto da Trevi s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l., Vippell s.r.l. e Zeta s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, in proprio e in qualità, rispettivamente, di mandataria e di mandanti del costituendo R.T.I., rappresentate e difese dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

La Spezia Container Terminal s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Gerbi, Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento in data 15.10.2024, recante l'esclusione dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori di realizzazione del "Nuovo Terminal Ravano del porto Mercantile di La Spezia - Primo Lotto Prestazionale";

- di ogni atto presupposto o connesso, ivi incluso il verbale di gara n. 2 in data 11.10.2024;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Spezia Container Terminal s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2024, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato e depositato il 25 ottobre 2024 Trevi s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l., Vippell s.r.l. e Zeta s.r.l., in proprio e in qualità, rispettivamente, di mandataria e di mandanti del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, hanno impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori del nuovo "Terminal Ravano" del porto mercantile di La Spezia, indetta da La Spezia Container Terminal s.p.a.

Le ricorrenti hanno articolato i seguenti motivi:

I) Violazione degli artt. 12 del d.l. n. 47/2014 e 119 del d.lgs. n. 36/2023.

Violazione degli artt. 1, 3 e 4 del d.lgs. n. 36/2023. Seppur impiegando l'imprecisa espressione "riservarsi", le imprese del R.T.I. avrebbero dichiarato di fare ricorso al subappalto per tutte le categorie di lavorazioni per le quali non possiedono la necessaria qualificazione SOA. Pertanto, la sanzione espulsiva si rivelerrebbe eccessiva e sproporzionata, in quanto focalizzata sulla forma della dichiarazione, nonostante la legge non imponga formule sacramentali, violando così i principi del risultato e dell'accesso al mercato.

II) Violazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023. Ancora violazione degli artt. 1, 3 e 4 del d.lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, carenza di istruttoria. Il soccorso istruttorio sarebbe stato soltanto

apparente, avendo la stazione appaltante tenuto in non cale i chiarimenti resi dal raggruppamento sulla effettiva portata della dichiarazione di subappalto.

La Spezia Container Terminal s.p.a. si è costituita in giudizio, difendendo la piena legittimità del provvedimento gravato e instando per la reiezione dell'impugnativa.

Con decreto cautelare monocratico n. 262 del 26 ottobre 2024, confermato con ordinanza cautelare n. 271 dell'11 novembre 2024, il Tribunale ha accolto l'istanza di sospensione dell'atto impugnato e disposto l'ammissione con riserva alla gara del R.T.I. con capogruppo Trevi s.p.a.

Alla pubblica udienza del 22 novembre 2024 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Per una migliore comprensione della controversia, è opportuno esporre gli elementi salienti della fattispecie:

- il bando e il disciplinare di gara (docc. 3-4 ricorrenti) prescrivono il possesso in capo ai concorrenti della qualificazione SOA per le seguenti categorie e classifiche:

i) opere marittime e lavori di dragaggio OG7, prevalente, classifica illimitata;

ii) opere strutturali speciali OS21, scorporabile, classifica illimitata;

iii) strade, ferrovie e relative opere complementari OG3, scorporabile, classifica IV-bis;

iv) armamento ferroviario OS29, scorporabile, classifica III;

v) acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione OG6, scorporabile, classifica III;

oltre a impianti elettrici OG10, non rilevante ai fini della qualificazione, ma solo del subappalto;

- ai sensi dell'art. 11 del disciplinare, le suddette lavorazioni possono essere subappaltate nei modi e nei termini di cui all'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023

ed all'art. 12 del d.l. n. 47/2014, conv. in l. n. 80/2014;

- in sede di presentazione dell'offerta le ricorrenti hanno consegnato la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento temporaneo, indicando le quote di ciascuna nella partecipazione e nell'esecuzione dei lavori (doc. 5 ricorrenti);

- contestualmente le imprese hanno trasmesso la dichiarazione di subappalto, comunicando:

“✓ che intendono riservarsi il subappalto delle lavorazioni facenti parte della categoria prevalente OG7 e della categoria scorporabile OS21 sino al 49%;

✓ che intendono riservarsi il subappalto delle lavorazioni facenti parti delle categorie scorporabili OG3, OG10 e OG6 entro i limiti stabiliti dalla normativa vigente e dalla documentazione di gara;

✓ che la categoria OS29 sarà subappaltata al 100% per mancanza di qualificazione SOA di tutte le imprese facenti parte del costituendo RTI” (doc. 6 ricorrenti);

- nella prima seduta riservata il RUP ha deciso di attivare il soccorso istruttorio nei confronti del R.T.I. con capofila Trevi s.p.a., rilevando che: Trevi s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. e C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l. non sono qualificate nella categoria OS29; Trevi s.p.a. non possiede un'adeguata qualificazione nemmeno in OG6; Vippell s.r.l. e Zeta s.r.l. sono deficitarie nella categoria OG3; Zeta s.r.l. è sprovvista di certificazione SOA in OS21 (v. docc. 7-8 ricorrenti);

- in risposta alla richiesta di chiarimenti, il R.T.I. capeggiato da Trevi s.p.a. ha richiamato la dichiarazione di subappalto, precisando che “ciascun membro dell'ATI Trevi subappalterà la parte di lavori non coperta dall'attestazione SOA di cui è titolare a favore di un soggetto terzo in possesso della necessaria relativa qualificazione” (doc. 9 ricorrenti);

- il RUP ha, tuttavia, ritenuto che, mentre per le lavorazioni in OS29 le imprese del gruppo abbiano manifestato in modo inequivocabile la volontà di valersi del subappalto necessario, per le altre categorie esse si siano limitate

ad esprimere una generica riserva di subaffidare le opere, indicando così un subappalto meramente facoltativo (doc. 2 ricorrenti). Di conseguenza, l'ente aggiudicatore ha estromesso dalla gara la cordata capitanata da Trevi s.p.a., per mancanza dei requisiti di qualificazione.

2. Tanto premesso, i due motivi del ricorso, scrutinabili congiuntamente per la loro intima connessione, sono fondati.

Secondo l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza, anche di questo Tribunale, nella vigenza del precedente d.lgs. n. 50/2016, l'operatore economico era tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione carente, non tollerandosi l'impiego di formule generiche o predisposte ad altri fini; né l'omessa dichiarazione del subappalto “necessario” o “qualificante” poteva formare oggetto di soccorso istruttorio, trattandosi di una modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che tale orientamento debba essere oggi rivisto alla luce del fondamentale principio del risultato, codificato nel nuovo codice dei contratti.

L'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 sancisce che il principio del risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione – consistente nell'ottenere tempestivamente il miglior rapporto qualità / prezzo – costituisce “criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”. Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023, il principio in parola riveste un ruolo preminente (unitamente alla fiducia ed all'accesso al mercato) nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni codicistiche.

Come evidenziato dagli interpreti, nella materia dei contratti pubblici il risultato è divenuto il criterio ordinante, perché valorizza i poteri discrezionali dell'Amministrazione nel perseguitamento dell'interesse pubblico e ripudia automatismi e formalismi nell'attuazione concreta delle regole. Dunque, il principio del risultato costituisce la “stella polare” che guida le

stazioni appaltanti verso l'opzione veicolante la maggior efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Orbene, in forza del principio - canone esegetico del risultato, La Spezia Container Terminal s.p.a. avrebbe dovuto seguire il percorso ermeneutico per il quale la dichiarazione di subappalto resa dal raggruppamento Trevi s.p.a. in sede di offerta, come precisata nell'ambito del soccorso istruttorio, risulta idonea a legittimare il ricorso delle imprese associate al subappalto necessario non solo per la categoria OS29, ma anche per le categorie OG6, OG3 e OS21.

In proposito, occorre prendere le mosse dall'osservazione che il subappalto necessario (o qualificante) possiede la stessa natura giuridica di quello facoltativo (o semplice), dal quale si differenzia solamente dal punto di vista funzionale, essendo imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (cfr. art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014, conv. in l. n. 80/2014). Pertanto, in assenza di una norma che imponga uno speciale onere di forma, non può richiedersi per il subappalto qualificante una dichiarazione differenziata da quella valevole per il subappalto semplice (così Cons. St., sez. V, 12 novembre 2024, n. 9051, che, con riferimento ad una gara esperita sotto il vecchio codice, ha ritenuto valida ai fini del subappalto necessario la dichiarazione dell'intendimento di subappaltare "tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge"; v. altresì Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2024, n. 1743, relativa ad una dichiarazione di subappalto necessario non contenente l'espressa specificazione della natura qualificatoria).

Per quanto concerne la "riserva" di subappaltare le opere, contenuta nella dichiarazione presentata nel caso in esame, è vero che tale formula indica normalmente il subappalto facoltativo, ma, proprio per la mancanza di oneri formali e per l'unicità del regime giuridico dell'istituto, non può a priori escludersi che essa investa anche il subappalto necessario. E allora,

secondo l'interpretazione orientata al risultato, deve ritenersi che il concorrente possa porre rimedio all'ambiguità di siffatta espressione mediante chiarimenti nella fase di soccorso istruttorio (sulla possibilità di spiegare il significato di una dichiarazione di subappalto formulata in modo dubbio cfr., in generale, Cons. St., sez. V, 14 giugno 2024, n. 5351). Infatti, la dichiarazione in contestazione contiene comunque il riferimento al subappalto, che è lo strumento con cui la cordata ricorrente può partecipare alla procedura: sicché l'esclusione sarebbe una conseguenza spropositata e, a ben vedere, contraria allo scopo della gara pubblica di appalto, id est assicurare all'Amministrazione e, in ultima analisi, alla collettività le opere, i servizi ed i prodotti che risultino migliori e più convenienti grazie ad una selezione condotta nel più ampio confronto concorrenziale possibile.

Né, contrariamente a quanto obiettato dalla resistente, a tale approdo ermeneutico osta il fatto che, per le opere strutturali speciali OS21, la riserva di subappalto è stata operata dal R.T.I. nella percentuale del 49%, anziché nei limiti di legge (ossia per il 100%, non avendo l'ente aggiudicatore introdotto restrizioni specifiche per la commessa).

Infatti, dalla documentazione versata in atti emerge che solo per Zeta s.r.l. è indispensabile ricorrere al subappalto qualificante per la categoria OS21, essendo completamente sguarnita dell'inerente attestazione SOA (doc. 8 resistente). Pertanto, l'impresa dovrà subaffidare le lavorazioni in OS21 per l'intera quota di partecipazione e di esecuzione a suo carico, che è pari al 10% e, quindi, ben al di sotto del predetto limite del 49%.

Diversamente, Trevi s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. e Vippell s.r.l. sono munite di certificazione SOA in OS21 con la (massima) VIII classifica (docc. 4-5-7 resistente); C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l. possiede una qualifica con classifica VI (doc. 6 resistente), sufficiente a coprire la sua quota di partecipazione del 16%, che corrisponde all'importo di € 3.860.290,26 (ammontando il totale delle opere OS21 ad € 24.126.814,13). Dunque, qualora il R.T.I. ottenga l'aggiudicazione, tali imprese della

compagine potranno subappaltare complessivamente il 39% delle lavorazioni in OS21 (49% - 10%).

3. In relazione a quanto precede, il ricorso si appalesa fondato e va, quindi, accolto, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

4. In considerazione della novità della soluzione esegetica prescelta, sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite tra le parti, fatta eccezione per l'importo versato dalle ricorrenti a titolo di contributo unificato, che, stante l'accoglimento del gravame, dovrà essere loro rimborsato dall'ente aggiudicatore soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate; refusione del contributo unificato a carico di La Spezia Container Terminal s.p.a.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felleti, Primo Referendario, Estensore

Marcello Bolognesi, Referendario

L'ESTENSORE
Liliana Felleti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO

