

Pubblicato il 15/10/2024

N. 01177/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00875/2024 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 875 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG A041FBC906 da

Doldo Carlo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifolco, Ylenia Di Biase e Alfonso Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Società Consortile Energia Toscana – C.E.T. S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Bargellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Indipendenza 10; Comune di Radicofani, non costituito in giudizio;

nei confronti

Icostrade S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Stochino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della determina dirigenziale n. 110 del 3 maggio 2024, con cui la Società Consortile Energia Toscana CET S.c.r.l. ha aggiudicato alla controinteressata ICOSTRADE S.r.l la procedura avente ad oggetto “Interventi di messa in sicurezza della rupe sovrastante l’abitato di Radicofani e riqualificazione dell’area verde loc. La Ripa - CIG A041FBC906 - CUP I77H21006850002”;
b) della nota prot. n. 0001334 del 3 maggio 2024 con cui, ai sensi dell’art. 90 del d.lgs. n. 36 del 2023, la ricorrente è stata messa a conoscenza della determinazione di cui al punto che precede;
c) di tutti i verbali di gara, sia delle sedute pubbliche e di quelle riservate;
d) per quanto possa occorrere, di tutti gli atti posti a base di gara, tra cui, in particolare, il bando ed il correlativo disciplinare;
e) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o collegato, ove lesivo della posizione della ricorrente, ivi compresi tutti gli altri verbali di gara e gli altri atti emanati dall’Amministrazione resistente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Consortile Energia Toscana – C.E.T. S.c.r.l. e della controinteressata Icostrade S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 26 settembre 2024 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Radicofani, con determinazione del 19 dicembre 2023, ha indetto una procedura aperta per l’appalto dei lavori di messa in sicurezza della rupe sovrastante l’abitato cittadino e di riqualificazione dell’area verde in località La Ripa, e ne ha affidato lo svolgimento alla Società Consortile Energia Toscana (C.E.T.) in veste di centrale di committenza. L’importo a base d’asta era pari a 996.677,05 euro.

La gara, cui hanno partecipato sessantaquattro concorrenti, è stata aggiudicata a Icostrade S.r.l. con il provvedimento del 3 maggio 2024, in epigrafe. Al secondo posto della graduatoria si è collocata l'odierna ricorrente, Doldo Carlo S.r.l., la quale lamenta che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura perché munita di qualificazione per la sola categoria prevalente di lavori (OS12-B) e non anche per l'ulteriore categoria (OS24) di cui le opere da appaltare si compongono.

L'illegittimità dell'aggiudicazione è dedotta sulla scorta di un unico, articolato, motivo in diritto, che supporta la domanda principale di annullamento e risarcimento in forma specifica, se del caso previa declaratoria di inefficacia del contratto, nonché la domanda subordinata di risarcimento per equivalente.

1.1. Resistono al ricorso l'amministrazione aggiudicatrice e la controinteressata Icostrade, mentre non si è costituito il Comune di Radicofani.

1.2. Nella camera di consiglio del 27 giugno 2024, il collegio ha respinto la domanda cautelare formulata con lo stesso atto introduttivo del giudizio.

1.3. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 26 settembre 2024, preceduta dallo scambio fra le parti di memorie difensive e repliche.

2. Come riferito in narrativa, al fondo delle censure rivolte dalla società ricorrente nei confronti dell'aggiudicazione impugnata vi è l'assunto secondo cui la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché priva di qualificazione per le opere della categoria OS24, incluse nell'appalto. Icostrade S.r.l., infatti, non potrebbe eseguire direttamente le opere in questione, al contrario di quanto dalla stessa affermato in risposta alla stazione appaltante, che, rilevato il deficit di qualificazione, aveva chiesto alla concorrente di fornire la dichiarazione relativa al subappalto qualificante.

L'unico motivo di ricorso si apre con brevi cenni sull'evoluzione del regime di qualificazione dei concorrenti ai fini della partecipazione agli appalti pubblici di lavori e con la ricostruzione dell'assetto "tradizionale", formatosi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014 e rimasto sostanzialmente inalterato con il d.lgs. n. 50/2016. Stando alla ricostruzione della ricorrente, in virtù di tale disciplina agli operatori economici era consentito partecipare alle procedure di affidamento se in possesso dei requisiti relativi sia alla categoria prevalente di lavori, sia alle categorie "scorporabili", ovvero se in possesso di qualificazione relativamente alla categoria prevalente e a una parte delle categorie scorporabili, o, infine, se in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla sola categoria per l'importo totale dei lavori, ma, nella seconda e nella terza ipotesi, a condizione che le opere scorporabili non rientrassero nel novero di quelle c.d. a qualificazione obbligatoria individuate dal citato art. 12 co. 2 d.l. n. 47/2014, alla lettera b). Il concorrente che non si fosse trovato nelle condizioni di eseguire direttamente le opere scorporabili avrebbe, però, potuto subappaltare le relative lavorazioni a imprese munite delle necessarie qualificazioni (subappalto c.d. "necessario").

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, prosegue la ricorrente, il quadro regolatorio sarebbe cambiato.

In particolare, l'allegato II.12 del nuovo codice, recante la disciplina del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori, non distinguerebbe più fra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria, con la conseguenza che la qualificazione dovrebbe considerarsi necessaria per tutte le categorie di opere. Inoltre, il codice non fisserebbe più limiti di carattere quantitativo per poter scorporare determinate lavorazioni, di modo che le categorie scorporabili sarebbero unicamente quelle individuate dalla stazione appaltante e indicate come tali negli atti di gara.

Questo comporterebbe, a legislazione vigente, la possibilità per un operatore economico di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone

l'opera o il lavoro soltanto se in possesso di qualificazione per tutte le categorie di opere interessate, salva la possibilità di subappaltare le lavorazioni per le quali risulti sprovvisto di qualificazione.

Tanto premesso, a fronte della dichiarazione rilasciata dalla controinteressata – titolare di qualificazione per i soli lavori della categoria prevalente OS12-B – circa la propria volontà di eseguire direttamente anche i lavori della categoria OS24, e di non subappaltarli, la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla gara per assenza dei requisiti di partecipazione.

C.E.T. replica che l'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014 non sarebbe stato abrogato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 e non sarebbero dunque venute meno né la categoria delle opere speciali a qualificazione obbligatoria suscettibili di subappalto necessario, e neppure la prerogativa degli operatori economici, qualificati per le opere della categoria prevalente, di eseguire direttamente le opere scorporabili di modesto valore, ancorché a qualificazione necessaria (prerogativa sancita, nella specie, da apposita clausola del disciplinare di gara).

Analoghe difese sono svolte dalla controinteressata, la quale aggiunge che laddove si dovesse ritenere a qualificazione obbligatoria le opere appartenenti alla categoria OS24, sebbene di valore inferiore alle soglie stabilite dall'art. 12 co. 2 lett. b) d.l. n. 47/2014, l'assenza da parte sua di una dichiarazione di subappalto necessario sarebbe imputabile alla formulazione letterale della *lex specialis*, fermo restando che non potrebbe essere ignorata la dichiarazione contenuta nella domanda di partecipazione alla procedura. In ogni caso, l'eventuale accoglimento del ricorso potrebbe semmai condurre alla caducazione dell'intera gara, ma non al subingresso della ricorrente nell'aggiudicazione.

2.1. Il ricorso è infondato.

È pacifco che il disciplinare di gara, accanto alle opere della categoria prevalente OS12-B, individuava una categoria di opere scorporabili OS24,

con la precisazione che queste ultime, singolarmente inferiori a 150.000,00 euro e di incidenza complessiva inferiore al 10% del valore della commessa, avrebbero comunque potuto essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente per l'intero valore dell'appalto, incluso quello delle opere scorporabili.

La previsione del disciplinare riecheggia a contrario il disposto dell'art. 12 co. 2 lett. b) del d.l. n. 47/2014, convertito in legge n. 80/2014, secondo il quale non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108 co. 3 del d.P.R. n. 207/2010 relative, per quanto qui interessa, a una serie di categorie di opere speciali (OS), ivi compresa la categoria OS24.

L'art. 108 del d.P.R. n. 207/2010, oggi abrogato, a sua volta identificava "le ulteriori categorie generali e specializzate" di opere dagli importi scorporabili e suscettibili di subappalto e, al terzo comma, stabiliva appunto la soglia di valore oltre la quale dette opere scorporabili, se appartenenti alle categorie indicate dall'art. 12 co. 2 lett. b) d.l. n. 47/2014, non potevano essere eseguite direttamente dall'affidatario, ma dovevano essere subappaltate, dando così vita alla categoria delle opere scorporabili a subappalto necessario, per le quali non operava cioè la previsione dell'art. 92 co. 1 del medesimo d.P.R. n. 207/2010, che consentiva al concorrente di partecipare alla gara qualora in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori.

Una previsione identica a quella dell'art. 92 co. 1 cit. è stata conservata dal d.lgs. n. 36/2023, applicabile ratione temporis alla fattispecie, all'art. 30 dell'allegato II.12 relativo al sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici ("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”).

Per altro verso, il nuovo codice dei contratti pubblici non ha abrogato espressamente l’art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014, già a suo tempo lasciato deliberatamente in vita dal d.lgs. n. 50/2016 (il cui art. 217 aveva abrogato i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dello stesso art. 12: cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873); né vi sono argomenti convincenti nel senso di un’abrogazione implicita, eventualità esclusa anche dalla relazione illustrativa di accompagnamento allo schema definitivo del codice, redatta dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato ed alla quale va riconosciuto il ruolo di autorevole ausilio interpretativo delle nuove disposizioni, avuto riguardo alle peculiari – e notorie – modalità che hanno condotto alla stesura del testo normativo.

In particolare, la relazione (sub art. 119) fa discendere dalla perdurante vigenza dell’art. 12 co. 2 d.l. n. 47/2014 l’ammissibilità del subappalto per l’esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, vale a dire il subappalto “necessario”, istituto che trova la sua disciplina fuori dal codice dei contratti pubblici (invero, la relazione illustrativa cita il comma 14 dell’art. 12, ma che si tratti di un mero errore materiale è confermato proprio dal riferimento esplicito al subappalto delle lavorazioni a qualificazione obbligatoria, del quale si occupa il comma 2 dell’art. 12. Quest’ultimo, inoltre, è composto di soli undici commi).

D’altro canto, volendo accedere alla tesi dell’abrogazione tacita dell’art. 12 co. 2 ad opera del d.lgs. n. 36/2023 (sul presupposto che la disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici si esaurisca oggi nelle disposizioni racchiuse dall’allegato II.12 del nuovo codice, cui rinvia l’art. 100 co. 4, terzo periodo, dello stesso d.lgs. n. 36/2023), non sarebbe più possibile individuare categorie di lavorazioni scorporabili a qualificazione obbligatoria, con il risultato della piena operatività della regola, già richiamata, che consente al concorrente singolo di partecipare alla gara

qualora in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla sola categoria prevalente, ma per l'importo totale dei lavori (art. 30 allegato II.12, cit.). Sul punto, merita di ricordare che l'art. 12 del d.l. n. 47/2014 venne emanato per rimediare all'intervenuto annullamento dell'art. 109 d.P.R. n. 207/2010, che individuava proprio le opere specializzate scorporabili a qualificazione obbligatoria e le sottraeva all'esecuzione diretta da parte dell'affidatario in possesso di qualificazione per la sola categoria prevalente: dunque esso risponde a esigenze ancora attuali di verifica delle competenze degli appaltatori relativamente a determinate tipologie di lavorazioni, esigenze che sarebbero vanificate ove la norma dovesse ritenersi abrogata (cfr. anche T.R.G.A. Bolzano, 6 marzo 2024, n. 62). E proprio il ruolo di supplenza assolto dall'art. 12 co. 2 dimostra che il rinvio alle soglie stabilite dall'art. 108 co. 3 del d.P.R. n. 207/2010, già contenuto nell'art. 109 co. 2 del medesimo d.P.R. n. 207/2010, deve intendersi come rinvio fisso e non risente dell'abrogazione della norma richiamata.

Se così è, risulta del tutto coerente con il quadro normativo vigente, immutato in parte qua, la previsione del disciplinare di gara che consentiva agli operatori in possesso di qualifica per le opere della categoria prevalente di eseguire direttamente anche le opere della categoria scorporabile OS24, in quanto di valore inferiore alla soglia dei 150.000,00 euro e del 10% del valore dell'appalto, stabilita dall'art. 108 co. 3 d.P.R. n. 207/2010.

Consequenzialmente, nessuna illegittimità è ravvisabile nella scelta della stazione appaltante di non escludere dalla procedura la controinteressata Icostrade, la quale, dopo aver manifestato nelle dichiarazioni per la partecipazione alla gara la volontà di subappaltare a terzi parte delle opere, nel riscontrare il soccorso istruttorio attivato da C.E.T. ha invece dichiarato di volersi avvalere della facoltà consentita dal disciplinare, e dalla legge, di eseguire in proprio anche le lavorazioni della categoria scorporabile, sussistendone le condizioni.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento e va respinto in ogni sua domanda.

3.1. La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Viola, Presidente FF

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Flavia Rizzo, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Luigi Viola

IL SEGRETARIO