

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/11/2014 n. 5760

Sull'attività valutativa della commissione in una gara d'appalto per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'orientamento dominante nella giurisprudenza è nel senso che: competenza esclusiva della commissione in una gara d'appalto per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è l'attività valutativa, mentre ben possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento quelle attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, tanto in ragione delle previsioni generali contenute nell'art. 10, comma 2, d.lgs. 163/2006, che affida al responsabile unico del procedimento lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Materia: appalti / disciplina

N. 05760/2014REG.PROV.COLL.

N. 02245/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2245 del 2014, proposto da:
Termokimik Cooperation Impianti e Procedimenti Industriali S.p.A., in persona del legale
rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Caccini, n. 1;

contro

Consorzio per la Zona Industriale di Macomer in liquidazione, in persona del suo commissario
liquidatore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Contu, con domicilio eletto presso il suo
studio, in Roma, via Massimi, n. 154;

nei confronti di

Area Impianti S.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e nella qualità di capogruppo Rti,
rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni
in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 2; Rti Monsud S.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI, SEZIONE I, n. 196/2014, resa tra le parti,
concernente affidamento della progettazione esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in
sede di offerta, con relativa realizzazione dei lavori e gestione dell'impianto per sei mesi di una nuova
linea di termovalorizzazione da 30mwt presso il sistema di trattamento rifiuti di Macomer/Tossilo -
mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio per la Zona Industriale di Macomer in liquidazione e
di Area Impianti S.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo Rti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Villata, Matilde Mura, su delega dell'avvocato Giovanni Contu e Federico Liccardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Sardegna Termokimik Corporation Impianti e Procedimenti Industriali S.p.A. invocava l'annullamento:

- della nota prot. n. 1397 del 22 agosto 2013, con la quale il Consorzio per la Zona industriale di Macomer in liquidazione aveva comunicato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, con relativa realizzazione dei lavori e gestione dell'impianto per sei mesi - realizzazione di una nuova linea di termovalorizzazione da 30Mwt presso il sistema di trattamento rifiuti di Macomer/Tossilo, in favore della costituenda A.T.I. tra Area Impianti S.p.A. e Monsud S.p.A.;

- della deliberazione del Commissario Liquidatore del Consorzio Macomer n. 49 del 21 agosto 2013, comunicata con nota prot. n. 1397 del 22 agosto 2013, con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della costituenda A.T.I. tra Area Impianti S.p.A. e Monsud S.p.A., erano state confermate le valutazioni della Commissione di gara in ordine all'offerta di quest'ultima, erano stati contestualmente approvati i verbali delle sedute di gara e la costituenda A.T.I. tra Area Impianti S.p.A. e Monsud S.p.A., che viceversa avrebbe dovuto essere esclusa, era stata definitivamente collocata al primo posto della graduatoria di merito.

- delle operazioni e delle determinazioni di cui al verbale di gara relativo alla prima seduta pubblica, tenutasi in data 5 novembre 2012, nella quale la Commissione di gara aveva erroneamente rilevato la completezza e la regolarità della documentazione amministrativa prodotta dalla costituenda A.T.I. tra Area Impianti S.p.A. e Monsud S.p.A. ed aveva ammesso il predetto raggruppamento alla successiva fase di gara;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non noto, ivi inclusi la determinazione di aggiudicazione provvisoria del predetto appalto del 30 luglio 2013 ed i verbali delle sedute di gara presupposti alle predette deliberazioni e determinazioni.

2. L'originario ricorrente rappresentava al primo giudice numerose ragioni di illegittimità a carico degli atti sopra indicati, deducendo sia vizi relativi all'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata, sia vizi relativi all'intera procedura.

3. Il primo giudice esaminava dapprima i motivi relativi alla dedotta illegittimità dell'aggiudicazione a favore dell'originaria controinteressata, quindi quelli inerenti la presunta illegittimità della procedura di gara, ritenendoli tutti non condivisibili, e di conseguenza respingeva il ricorso.

4. Propone appello Termokimik Corporation Impianti e Procedimenti Industriali S.p.A., deducendo l'erroneità della sentenza impugnata ed invocandone la riforma per le seguenti ragioni: I) la mandante, nonostante quanto dichiarato in sede d'offerta, sarebbe in possesso della qualificazione soa sino alla

classifica V per le opere OG9, che unitamente a quelle riconducibili nella categoria OG1 rappresentano le lavorazioni scorporabili, mentre il bando avrebbe richiesto la classifica VI, che non verrebbe raggiunta nemmeno con l'aumento figurativo del quinto. Né questa lacuna potrebbe dirsi colmata mercé il ricorso al subappalto. Infatti, in caso di subappalto necessario al momento dell'offerta il concorrente dovrebbe indicare il nominativo del subappaltatore. Non convincerebbe, al riguardo, la tesi del TAR secondo la quale la mandataria coprirebbe con la propria qualificazione il mancato possesso dei requisiti della mandante per le opere scorporabili. Inoltre, una simile conclusione contrasterebbe con il disposto dell'art. 92, comma 3, d.p.r. n. 207/10, secondo il quale: "Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice, ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo verticale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente."; II) l'art. 15 del disciplinare di gara avrebbe previsto a pena di esclusione la prestazione di una garanzia provvisoria pari al 2% dei lavori a base d'asta. L'ATI aggiudicataria si sarebbe avvalsa della riduzione di cui all'art. 75 comma 7 d.lgs. 163/2006, pur non avendone diritto, perché a fronte di una categoria prevalente OS14 avrebbe presentato una certificazione di qualità che afferisce ad opere diverse, poiché gli impianti di cogenerazione non sarebbero assimilabili agli impianti di smaltimento rifiuti. Né varrebbe opporre l'assenza nella lex specialis di una clausola espulsiva espressa; III) l'originaria controinteressata sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 8.5. del disciplinare di gara, che imponeva che tutti gli elaborati del progetto definitivo fossero sottoscritti dal progettista qualificato indicato o associato. Nella fattispecie l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe fatto ricorso ad altra società e gli elaborati progettuali sarebbero stati formati solo dal legale rappresentante della stessa e non dagli altri componenti della struttura operativa, contrariamente alla risposta al quesito offerta dalla stessa stazione appaltante. Il primo giudice avrebbe errato nel richiamare l'art. 8.5. del disciplinare di gara che riguarderebbe l'offerta economica, ma non l'offerta tecnica; IV) un'ulteriore violazione addebitabile alla stazione appaltante, sarebbe data dal mancato rispetto dell'art. 84, d.lgs. 163/2006 e 49 l.r. Sardegna 5/2007, perché le operazioni di apertura plichi e controllo della documentazione sarebbe state poste in essere solo dal r.u.p.-presidente della commissione di gara; V) il TAR erroneamente non avrebbe rilevato la violazione dell'art. 83, d.lgs. 163/2006, da parte della lex specialis, che, pertanto, sarebbe illegittima nella misura in cui contemplerebbe esclusivamente l'attribuzione dei punteggi massimi senza alcuna indicazione in ordine alle modalità di valutazione degli elementi tecnici, sicché la commissione sarebbe dotata di sconfinati poteri discrezionali nella valutazione dell'offerta tecnica, essendo i criteri e sottocriteri indicati palesemente generici.

5. Costitutosi in giudizio in data 28 marzo 2014, il Consorzio per la Zona Industriale di Macomer in liquidazione invoca il rigetto dell'appello principale.

6. In data 7 aprile 2014 si costituisce in giudizio Area Impianti S.p.a., sostenendo l'infondatezza dell'appello principale, sottolineando come occorra distinguere tra l'art. 92 e l'art. 109 d.P.R. n. 207/2010, atteso che il primo si occuperebbe di disciplinare la fase di partecipazione alla gara, mentre il secondo della fase esecutiva. Pertanto, il surplus di qualificazione nella categoria prevalente coprirebbe quello mancante nella scorporabile, mentre in sede di esecuzione tale mancanza sarebbe superata dall'utilizzo del subappalto. Peraltro, il bando non prescriverebbe un obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore a pena di esclusione.

7. Con memoria del 26 giugno 2014 il Consorzio pone in luce l'infondatezza del primo motivo d'appello, perché la disciplina della qualificazione dei r.t.i. fonderebbe non soltanto sull'art. 37, d.lgs. 163/2006, ma anche sull'art. 92 d.P.R. n. 207/2010, che consentirebbe alle imprese singole ovvero ai r.t.i. verticali

od orizzontali, di coprire la categoria scorporabile con la qualifica posseduta nella prevalente. Una conferma di questa interpretazione dovrebbe trarsi dal comma 7 del citato art. 92, che consentirebbe di coprire i requisiti mancanti per le categorie scorporabili attraverso la categoria prevalente, indipendentemente dalla natura del r.t.i., anche per le opere superspecialistiche. Da ciò deriva che analoga conclusione dovrebbe raggiungersi per le categorie ordinarie. Allo stesso modo infondato sarebbe l'assunto secondo il quale in caso di subappalto sarebbe necessaria la previa indicazione del subappaltatore.

Non sarebbe motivo di esclusione la prestazione di una cauzione inferiore a quella richiesta. In ogni caso l'aggiudicataria poteva avvalersi della suddetta riduzione.

Infondato sarebbe anche il terzo motivo d'appello, atteso che l'art. 8.5. della lex specialis consentirebbe che il progetto dell'ATI aggiudicataria fosse sottoscritto dal rappresentante legale della società di ingegneria incaricata di redigere il progetto.

Ancora, non meriterebbe adesione la doglianza inerente l'apertura dei plichi e delle offerte.

Da ultimo, non potrebbe sostenersi che i criteri di aggiudicazione fossero generici e, comunque, la Commissione avrebbe motivato adeguatamente le proprie valutazioni.

8. Con memoria depositata in data 27 giugno 2014 l'appellante evidenzia in relazione al primo motivo di appello che, qualora le lavorazioni scorporabili vengano affidate ad un'impresa mandante di un RTI verticale, quest'ultima dovrebbe possedere i necessari requisiti ai sensi dell'art. 37, comma 6, d.lgs. 163/2006, mentre non sarebbe applicabile la regola contenuta nell'art. 92, comma 7, d.P.R. n. 207/2010, che consentirebbe alla mandataria di r.t.i. orizzontale, di compensare con la propria sovrabbondanza di requisiti nella categoria prevalente il difetto di requisiti relativi alla categoria scorporabile non affidati specificamente in r.t.i. mista ad una mandante. Monsud avrebbe dichiarato: a) che avrebbe eseguito in qualità di mandante il 100% delle categorie scorporabili OG9 e OG1; b) di possedere la classifica soa nella categoria OG9 per l'importo relativo ai lavori corrispondenti. Tale dichiarazione risulterebbe inesatta, perché Monsud disporrebbe non della classifica VI, quale requisito minimo per l'assunzione dei lavori rientranti nella categoria OG9, ma della classifica V, quindi l'offerta doveva essere esclusa. Nella fattispecie, quindi, l'indicazione dell'impresa subappaltatrice sarebbe ineludibile, trattandosi di un subappalto necessario.

9. Con memoria depositata il 27 giugno 2014 Area Impianti S.p.a. sottolinea che il primo motivo d'appello, poggerebbe sull'art. 109 comma 2, d.p.r. n. 207/2010, che sarebbe stato annullato dal d.p.r. 30 ottobre 2013, mentre l'aggiudicazione sarebbe del 21 agosto 2013, sicché opererebbe soltanto il comma 1, in ragione del quale l'affidatario in possesso della qualificazione per la categoria prevalente può realizzare anche le altre o subappaltarle. Successivamente, l'art. 109 comma 2, sarebbe stato reintrodotta, modificando le categorie specializzate a qualificazione obbligatoria con d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito in l. 80/2014. L'art. 12, comma 4, del d.l. 47/2014, però, prevedrebbe una disciplina transitoria secondo la quale la novella si applica solo ai bandi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore.

10. In data 3 luglio 2014 in sede di replica il Consorzio sottolinea che l'art. 118 non conterrebbe alcun obbligo di indicare nominativamente il subappaltatore. Un simile obbligo presente nell'art. 18, comma 3, l. 55/90 sarebbe, infatti, stato abrogato nella vigenza della l. 109/94 e non riproposto nel d.lgs. 163/2006. Pertanto, in costanza del principio di tassatività della cause di esclusione e dell'assenza di un simile obbligo nella lex specialis non avrebbe potuto essere disposta l'invocata esclusione.

11. In data 4 luglio 2014 l'appellante precisa che la difesa di Area impianti sosterebbe che il I motivo di appello sarebbe fondato sull'art. 109 comma 2 d.p.r. 207/2010 in virtù del quale l'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente non potrebbe eseguire ulteriori categoria di opere generali e specializzate per le quali è prevista una qualificazione obbligatoria se di importo superiore ai limiti fissati dal comma 3 dell'art. 108 d.p.r. n. 207/2010. Sosterebbe, inoltre, che ratione temporis non sarebbe applicabile il comma 2 dell'art. 109, ma il solo comma 1. Da ciò farebbe derivare la possibilità per la mandante di eseguire le prestazioni rientranti nella categoria scorporabile OG9, pur se sprovvista di qualificazione e senza dover ricorrere al subappalto o indicare le generalità del subappaltatore. Tanto perché la mandante integrerebbe tale requisito in ragione del surplus di qualificazione nella categoria prevalente. L'appellante, però, sostiene di non aver dedotto la violazione dell'art. 109 comma 2 d.p.r. 207/2010, ma dell'art. 92, comma 3, d.p.r. 207/2010. Mentre il primo riguarderebbe i requisiti di partecipazione alla gara, il secondo riguarderebbe i requisiti per l'esecuzione del contratto. La mandante Monsud avrebbe, infatti, dichiarato di possedere la classifica VI nella categoria OG9, senza possederla, possedendo solo la classifica V, non raggiungendo la VI nemmeno con l'aumento figurativo del quinto. Il requisito non sarebbe potuto essere colmato con la generica indicazione del ricorso al subappalto senza indicazione delle generalità del subappaltatore. Nei r.t.i. verticali non si applicherebbe l'art. 92 comma 7 d.p.r. 207/2010, che consente alla mandataria nei r.t.i. orizzontali di coprire con la propria sovrabbondanza dei requisiti nella categoria prevalente il difetto dei requisiti relativi a categorie scorporabili non affidate in r.t.i. mista ad una mandante.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e non merita di essere accolto, dovendo trovare conferma le argomentazioni adoperate dal giudice di prime cure nel disattendere il ricorso principale.

2. Occorre, preliminarmente, chiarire che già in prime cure il primo motivo di doglianza contenuto nel gravame in esame poneva in luce come la mandante del raggruppamento aggiudicatario avesse dichiarato il possesso in relazione alla categoria scorporabile OG9 della classifica VI, risultando, invece, possedere la qualificazione solo sino alla classifica V, sicché non può apprezzarsi la presenza di un motivo nuovo da parte dell'appellante.

Allo stesso modo deve rilevarsi come la *lex specialis* all'art. 7.2 (rubricato: Requisiti speciali dell'esecutore di lavori) sub 1. (rubricato: Ripartizione dei requisiti nei Raggruppamenti temporanei per l'esecuzione dei lavori) prevedesse che in caso di r.t.i. verticali o misti: "...I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente (con relativo subappalto nei limiti di legge, trattandosi di categorie a qualificazione obbligatoria). I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprese riunite in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale con le stesse modalità di cui ai punti 2 e 3, costituendo un raggruppamento di tipo misto". Il successivo art. 8.1. stabilisce la documentazione amministrativa da produrre a pena di esclusione e tra questa l'obbligo di rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti e circa l'utilizzo del subappalto. Infine, l'art. 9.3. sancisce le dichiarazioni a pena di esclusione quali dichiarazioni debbano essere rese dall'esecutore dei lavori sui requisiti di qualificazione.

Va, del pari, rimarcato come sin dal giudizio di prime cure l'odierno appellante invocava la violazione dell'art. 92, d.P.R. n. 207/2010 e non dell'art. 109, d.P.R. n. 207/2010, essendo sufficiente sul punto verificare quanto dedotto a pag. 6 del ricorso di primo grado ovvero pag. 6 dell'odierno gravame.

3. Fatte queste premesse, deve rilevarsi che non può essere apprezzato favorevolmente il primo motivo d'appello. Infatti, il r.t.i., di cui risulta mandataria l'odierna appellata, prendeva parte alla procedura di gara nelle forme del r.t.i. misto, ossia orizzontale per le categorie prevalente e verticale per le opere scorporabili, non incorrendo nella denunciata violazione della disciplina di riferimento.

3.1. Secondo quanto dispone l'art. 37, comma 6, d.lgs. n. 163/2006: "Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale". La norma in questione impone che la categoria di lavori scorporabili venga assunta in caso di r.t.i. da una mandante dotata dei requisiti di qualificazione necessari per eseguirli. Va rammentato, inoltre, che sussiste un obbligo di esatta indicazione delle opere realizzande da parte dei membri del r.t.i., in modo tale che la stazione appaltante possa svolgere le necessarie verifiche volte ad accertare che il lavoro, nella parte indicata, verrà posto in essere dall'impresa dotata della necessaria qualificazione (Cons. St., Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3900).

3.2. La disciplina contenuta nel codice dei contratti è, però, completata da quella del d.P.R. n. 207/2010. Le norme alle quali fare riferimento sono, in particolare, l'art. 92, commi 1, 3, 7 e l'art. 109. Disposizione quest'ultima che è stata oggetto di annullamento da parte del d.P.R. 30 ottobre 2013, a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato e, successivamente, abrogata dal comma 3 dell'art. 12, d.l. 47/2014, ma che al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ossia in data 22 agosto 2013, risultava vigente.

3.3. In particolare, l'art. 92 comma 1, d.P.R. n. 207/2010, prevede che il concorrente singolo possa partecipare alla gara anche se non possiede i requisiti di qualificazione relativi alle categorie scorporabili, purché ne disponga con riferimento alla categoria prevalente. Analogo precetto è contenuto con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese verticali nel comma 3 dell'art. 92, secondo il quale: "I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente".

Il comma 7 dell'art. 92, completa la disciplina, prevedendo una deroga per quelle opere indicate dal comma 1 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006 per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori. In una simile eventualità, infatti, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente. In questo caso resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica. Rispetto alla disciplina vigente al momento dell'aggiudicazione definitiva e, a fortiori al momento della pubblicazione del bando, risultava vigente l'art. 107 comma 2, annullato dal d.P.R. 30 ottobre 2013 ed in seguito sostituito dall'art. 12, comma 1, d.l. n. 47/2014.

La categoria scorporabile indicata nel bando di gara per la quale il r.t.i. appellato si è avvalso del subappalto non rientra tra le categorie indicate dall'allora vigente art. 107, d.P.R. n. 207/2010, trattandosi di categoria scorporabile OG 9, importo € 7.819.700,00, classifica VI. Pertanto, per quest'ultima non può ritenersi operante il limite del 30% indicato dal comma 7 del citato art. 92, né lo stesso limite del 30% previsto dall'art. 118 comma 2 d.lgs. n. 163/2006, che vale solo per la categoria prevalente.

3.4. Il quadro in questione si completa con quanto previsto dall'art. 109, comma 1, d.P.R. n. 207/2010, secondo il quale: "L'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto al comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni" e con il successivo comma 2, che nel caso in cui si tratti di categorie di opere generali individuate nell'allegato A di importo superiore a quello previsto dal comma 3 dell'art. 108, d.P.R. n. 207/2010, esclude che le opere possano essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, ne prevede la possibilità di subappalto, richiamando espressamente il dettato del comma 7 dell'art. 92. Le disposizioni in questione sono state sostanzialmente riproposte dal legislatore con il comma 2 dell'art. 12, d.l. n. 47/2014.

4. Dinanzi a questo complesso quadro normativo di non semplice decifrazione l'appellante sostiene, da un lato, che la mandante sarebbe priva della necessaria qualificazione per partecipare con ciò che ne dovrebbe conseguire in termini di esclusione del r.t.i. appellato dalla gara, dall'altro che il subappalto utilizzato dalla mandante sprovvista della necessaria classifica in relazione ai lavori della categorie scorporabili che si era impegnata ad eseguire, debba qualificarsi come subappalto necessario, che necessitava dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di verifica della qualificazione.

In particolare, quanto al primo profilo l'appellante sostiene che solo in caso di r.t.i. orizzontale la mandataria potrebbe coprire il deficit di qualificazione nella categoria scorporabile con il surplus nella categoria prevalente, sicché non vi è bisogno di conoscere da subito il nominativo dell'impresa subappaltatrice che eseguirà i lavori. Mentre nel caso di r.t.i. misto, in cui la mandante si impegna ad eseguire i lavori della categoria scorporabile, analogo meccanismo non può operare, non essendo sufficiente la dichiarazione da parte della mandante di voler ricorrere al subappalto se non vi è coeva indicazione dell'impresa subappaltatrice.

5. Il ragionamento svolto dall'appellante non convince.

Occorre innanzitutto rammentare come, l'orientamento dominante nella giurisprudenza di questo Consiglio rappresentato da Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963, è nel senso che: "l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti nelle categorie scorporabili, purché accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le scorporabili.

In sintesi, la qualificazione mancante deve essere posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico - finanziaria da parte dell'impresa (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563; 26 marzo 2012, n. 1726; n. 6708 del 2009; n. 4572 del 2008).

Quanto alla identificazione del subappaltatore ed alla verifica del possesso da parte di questi di tutti i requisiti richiesti dalla legge e dal bando, essa attiene solo al momento dell'esecuzione (Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563)".

Identico approdo era raggiunto dalla determinazione dell'AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012 che nello stilare le norme che le stazioni appaltanti devono tenere in fase di stesura dei bandi di gara, rammentava che, come voluto dall'art. 92 del d.p.r. n. 207 del 2010, "i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

La stessa determinazione precisava che la normativa "non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, ma solamente di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per le categorie scorporabili".

Non vi sono ragioni per discostarsi dal citato orientamento, che esclude che la verifica del possesso dei requisiti in parola debba essere effettuato all'epoca dell'offerta. Ed. infatti, da un lato, l'esame della normativa sopra richiamata non consente di giungere alle conclusioni rassegnate dall'appellante, poiché il comma 3 dell'art. 92, fa espresso riferimento ai r.t.i. di tipo verticale e non vi sono motivi per ritenere che tale disciplina non possa valere anche per i r.t.i. misti. Pertanto, anche per quest'ultimi la fase della qualificazione appare soddisfatta dalla circostanza che la mandataria copra con il surplus di requisiti di qualificazione nella categoria prevalente il deficit della mandante circa la classifica per la categoria scorporabile. In ordine alla circostanza denunciata dall'appellante che sarebbe stato necessario da subito indicare il nome del subappaltatore, deve notarsi che, se ciò fosse vero, non si comprende quale valore possa avere la regola che consente alla mandataria del r.t.i. di coprire il deficit di qualificazione della mandante per la categoria scorporabile con il surplus della propria qualificazione sulla categoria prevalente, se si imponesse l'immediata indicazione del nome del subappaltatore. Non v'è dubbio, infatti, che nei limiti indicati dall'art. 118, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, in ogni caso il r.t.i. verticale, qualora la mandataria non possedesse i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili con riferimento alla categoria prevalente, potrebbe comunque valersi del subappalto. Né si spiegherebbe la differente disciplina contenuta nel comma 7 dell'art. 92, che per le opere specializzate richiede obbligatoriamente che la mandataria abbia il suddetto surplus di qualificazione: "deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente".

Ancora, va evidenziato come la giurisprudenza richiamata nel gravame in esame non contrasta con l'orientamento del Consiglio sopra illustrato, dal momento che quest'ultima afferma il principio secondo il quale nel caso di subappalto necessario già in sede di offerta deve essere indicato il nome del subappaltatore, ma una simile conclusione del tutto condivisibile non è esportabile nell'odierna fattispecie, che come chiarito risulta regolata da una disciplina che non richiede l'indicazione del subappaltatore, allorché l'entità delle opere scorporabili trova capienza in un surplus di qualificazione nella categoria principale, prevedendo che il controllo dei requisiti venga operato non al momento della presentazione dell'offerta, ma successivamente al tempo del deposito del contratto di subappalto.

Può concludersi, pertanto, che il r.t.i. aveva adeguatamente dimostrato la propria qualificazione e che non vi fosse obbligo per la mandante di indicare immediatamente il nominativo del subappaltatore.

6. Inoltre, deve darsi il giusto peso, anche in termini di affidamento, al quadro normativo vigente al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ed all'interpretazione che ne era stata offerta da questo Consiglio, con l'orientamento sopra descritto.

Infatti, non va dimenticato che gli annullamenti che hanno interessato gli artt. 107 e 109 d.P.R. 207/2010 da parte del d.P.R. 30 ottobre 2013 sono cronologicamente successivi rispetto al provvedimento di aggiudicazione impugnato con il ricorso proposto dinanzi al giudice di prime cure.

Tanto appare sufficiente per ritenere che il primo motivo di doglianza del gravame in esame non possa essere accolto, non potendo valere per la fattispecie in esame l'obbligo individuato dalla giurisprudenza dominante di questo Consiglio per il cd. subappalto necessario circa l'indicazione già in sede di verifica dei requisiti soggettivi del nominativo del subappaltatore.

7. Il secondo motivo di doglianza non appare condivisibile, poiché come correttamente rilevato dal giudice di prime cure all'accoglimento del motivo in esame osterebbe, comunque, il principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 46, comma 1-bis, D. Lgs. 163/2006. Ed, infatti, la legge di gara non prevedeva che una simile eventualità comportasse l'estromissione del partecipante dalla procedura di evidenza pubblica, pertanto l'invocata esclusione sarebbe avvenuta in violazione della disciplina contenuta nel citato art. 46.

8. Non coglie nel segno la terza censura dell'appello in esame con la quale si sostiene che la sentenza di prime cure avrebbe erroneamente richiamato l'art. 8.5. del disciplinare di gara, per escludere una violazione degli obblighi di sottoscrizione da parte dell'aggiudicatario. Infatti, contrariamente a quanto affermato dall'appellante la citata norma del disciplinare di gara non si riferisce alla sola offerta economica, tanto che al punto 1. fa riferimento a tutti gli elaborati del progetto definitivo, costituente offerta tecnica.

9. Del pari non appare meritevole di positivo apprezzamento la doglianza con la quale si contesta che il TAR non abbia rilevato la violazione dell'art. 84, d.lgs. 163/2006, perché le operazioni di apertura plichi e controllo della documentazione sono state operate solo dal rup-presidente della commissione di gara.

Occorre, infatti, ribadire (Cons. St., Sez. III, 15 luglio 2011, n. 4331) che competenza esclusiva della commissione in una gara d'appalto per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è l'attività valutativa, mentre ben possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento quelle attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, tanto in ragione delle previsioni generali contenute nell'art. 10, comma 2, d.lgs. 163/2006, che affida al responsabile unico del procedimento lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

10. Anche l'ultima doglianza prospettata, che attiene alla presunta violazione dell'art. 83, d.lgs. 163/2006, per mancata indicazione in ordine alle modalità di valutazione degli elementi tecnici, va respinta. Il disciplinare di gara, infatti, per la valutazione dell'offerta tecnica prevede punteggio l'attribuzione di un massimo di 65 punti, da attribuire sulla scorta di una serie di criteri e sub-criteri indicati alle pagg. 11-17, secondo griglie dettagliate. Ma in ciò non si ravvisa alcuna violazione del citato art. 83, per aver lasciato alla commissione di gara una discrezionalità troppo ampia.

Infatti, i sub-criteri, ai quali corrispondono i correlati sub-punteggi, circoscrivono il potere valutativo della commissione di gara, che può, se ritiene essa stessa fissare criteri motivazionali, da intendersi quali dichiarazioni di intenti circa le modalità di futuro esercizio della propria discrezionalità tecnica. Ciò non esclude, però, che la commissione non predetermini dei criteri motivazionali, ma di volta in volta provveda, come nella fattispecie, ad analizzare le singole offerte in relazione ai diversi criteri di assegnazione del punteggio.

Una simile condotta della commissione non integra alcuna violazione dell'art. 83, d.lgs. 163/2006, risultando soddisfatti quei canoni di predeterminazione, trasparenza e logicità nell'attribuzione dei punteggi che la norma intende presidiare.

11. L'appello deve, dunque, essere respinto. Nella particolare complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 15 luglio 2014 e del 21 ottobre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
II 21/11/2014

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)