

Pubblicato il 13/10/2023

N. 15238/2023 REG.PROV.COLL.
N. 11554/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11554 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri e Chiara Carosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAS Gruppo Fs Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone, Stefano Angeloni ed Enrico Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota ANAS, prot. CDG.CDG DAA Registro Ufficiale. U. -OMISSIS- 26 luglio 2023, a firma del Responsabile Unità Appalti e Lavori, avente ad

oggetto: “GARA -OMISSIS- - Accordo Quadro biennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte suddiviso in 5 lotti. -OMISSIS-. Codice CIG -OMISSIS- Importo complessivo € 50.000.000,00 di cui per oneri sicurezza non soggetti a ribasso € 7.500.000,00. Comunicazione di esclusione ex art. 76, comma 5, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016.” e della relativa determinazione;

- del verbale del seggio di gara Rep. DAA n.-OMISSIS- del 26 luglio 2023 (non conosciuto), richiamato nella suddetta comunicazione, recante le motivazioni alla base della esclusione e di ogni altro contenuto del medesimo pregiudizievole per la-OMISSIS-;

- della graduatoria “Valutazione Finale” pubblicata sul sistema il 27 luglio 2023, nella parte in cui vede-OMISSIS- esclusa dalla gara;

- del chiarimento n. 5, di cui all'atto prot. CDG.CDG UFFGACO Registro Ufficiale.-OMISSIS- 17 gennaio 2023, a firma del Direttore Appalti e Acquisiti con il quale sono state fornite indicazioni in merito alla dichiarazione di subappalto, ove inteso nei termini fatti propri dal seggio di gara e dalla stazione appaltante;

nonché per la declaratoria di inefficacia dell'accordo quadro e degli eventuali ordini di esecuzione *ove medio* tempore stipulato e adottati, ai sensi degli artt. 121 e ss. del d.lgs. n. 104/2010 e smi, con dichiarazione di disponibilità della ricorrente al subentro e per la condanna dell'amministrazione al risarcimento in forma specifica;

e in via subordinata in considerazione degli sviluppi processuali, qualora il subentro non fosse possibile, per la condanna della a.s. al risarcimento per equivalente di tutti i danni subiti e subendi, in ragione della illegittimità degli atti impugnati.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- il 24 agosto 2023:

per l'annullamento:

- del verbale del seggio di gara rep. -OMISSIS- del 26 luglio 2023 (erroneamente indicato nel provvedimento di esclusione con rep. -OMISSIS- e già fatto oggetto di impugnazione);
- del verbale del seggio di gara rep. -OMISSIS- del 6 giugno 2023;
- del verbale del seggio di gara rep. DAA n. -OMISSIS- del 6 giugno 2023 (non conosciuto e menzionato nel verbale rep. -OMISSIS- del 26 luglio 2023);
- nonché, unitamente a questi, anche degli atti già oggetto di impugnazione con il ricorso originario, per le ragioni ulteriori di seguito espresse; nonché per l'annullamento
- della determina ANAS di approvazione dell'aggiudicazione prot. CDG U. - OMISSIS- del 4 agosto 2023, a firma del Responsabile Unità Appalti Lavori, con la quale, preso atto dell'esclusione del concorrente -OMISSIS- dalla procedura di gara, disposta con provvedimento ANAS prot CDG -OMISSIS- del 26 luglio 2023 e dei successivi lavori del seggio di gara, ha approvato l'aggiudicazione in favore del concorrente: RTI -OMISSIS-, mandataria - - OMISSIS- mandante;
- della comunicazione della determina di aggiudicazione, prot. CDG- OMISSIS- 4 agosto 2023;
- del verbale di seduta riservata rep DAA n. -OMISSIS--BIS del 26 luglio 2023 con il quale il seggio di gara, ha individuato, come migliore offerente, il concorrente: RTI -OMISSIS-;
- del verbale di seduta riservata rep DAA n.-OMISSIS- del 3 agosto 2023 con il quale il seggio di gara, verificata positivamente la documentazione amministrativa e i costi della manodopera del RTI con mandataria-OMISSIS- ne ha proposto l'aggiudicazione;
- per quanto occorrere possa della *lex specialis* (bando punto III.1.3 e Disciplinare artt. 7, 14) nei termini indicati nell'atto e della determina a contrarre, in parte qua;
- di ogni altro atto connesso, presupposto, antecedente e consequenziale, ancorché non conosciuto, correlato all'esclusione della -OMISSIS-, e

all'aggiudicazione nonché alle verifiche consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Gruppo FS Italiane e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2023 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla GURI, serie speciale n. -OMISSIS-, ANAS s.p.a. (di seguito anche solo ANAS) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro biennale (Gara -OMISSIS-) per lavori di manutenzione straordinaria e risanamento strutturale di opere d'arte suddiviso in 5 lotti, di valore complessivo pari ad € 250.000.000,00.

Oggetto del presente contendere è il lotto-OMISSIS- relativo alle opere d'arte ricadenti nelle-OMISSIS-, codice CIG -OMISSIS- di importo stimato pari ad € 65.000.000,00 per lavori da eseguire di cui € 10.000.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non assoggettabili a ribasso (punto II.2.6 del bando).

Il disciplinare (art. 7.2) e il bando (punto II.2.6), in merito ai requisiti di partecipazione, prevedevano quale categoria prevalente OG3, soggetta ad avvalimento e quali ulteriori categorie scorporabili OS18-A, OS11, OS21, OS23, OS12-A specificando che le stesse erano interamente subappaltabili.

-OMISSIS- (di seguito anche solo -OMISSIS-) si candidava alla gara, quale operatore singolo, qualificandosi attraverso un contratto di avvalimento con la società -OMISSIS- per la categoria OG3 in classifica VIII e dichiarando il subappalto per le restanti categorie scorporabili.

All'esito delle valutazioni tecniche ed economiche (la gara prevedeva l'inversione procedimentale), la -OMISSIS-, con un punteggio complessivo di

69,092, risultava prima graduata, seguita dal RTI, con mandataria -OMISSIS- con un punteggio di 67,803 (di seguito anche solo RTI -OMISSIS-).

Con gli atti oggetto della presente impugnativa, ANAS ha escluso la -OMISSIS- dalla gara ravvisando un difetto di qualificazione per ciò che attiene alle categorie scorporabili OS 18-A, OS 11, OS 21 e OS 12-A, derivante *“dalla insuperabile inadeguatezza della dichiarazione di subappalto resa a sopperire il difetto di qualificazione nella categoria medesima”*.

Secondo la stazione appaltante, in particolare, la dichiarazione resa dal concorrente, attraverso la compilazione del modello DGUE, sarebbe generica, in quanto non espliciterebbe la necessarietà del subappalto, e si rivelerebbe per ciò inidonea a colmare il difetto di requisiti per quel che attiene alle predette categorie a qualificazione obbligatoria. Né, si legge nel provvedimento di esclusione, si potrebbe far ricorso al soccorso istruttorio in quanto *“la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)”*.

Nel richiamato provvedimento ANAS rileva altresì che la -OMISSIS- avrebbe ommesso di comunicare che l'amministratore delegato e rappresentante legale della Società nell'ambito del *“procedimento penale pendente dinanzi al Tribunale Penale di Forlì (...), nella propria qualità di Presidente del C.d.A. della -OMISSIS- e datore di lavoro (all'epoca dei fatti), a seguito di un infortunio mortale occorso a un operaio all'interno del cantiere sito a Galataport (Istanbul, Turchia) (...), risulta destinatario di provvedimento di rinvio a giudizio del 2 luglio 2021”*.

L'impugnato provvedimento prosegue evidenziando che *“stante l'assorbimento del difetto di qualificazione già rilevato e considerato che l'accertamento di tale, ulteriore causa di esclusione richiederebbe l'attivazione di un*

contraddittorio ad hoc con il concorrente, con ulteriore dilazione della tempistica di gara a discapito del principio di buon andamento, il Seggio valuta di soprassedere rispetto a tale ultima fattispecie al fine di tutelare, nel contemperamento dei vari interessi, l'economicità e la rapidità dell'attività valutativa in corso al fine di addivenire nel più breve termine all'aggiudicazione della procedura nel rispetto del cronoprogramma scandito dalla Determina a Contrarre, che assegna al Seggio di Gara un termine di 35 giorni per addivenire alla formulazione della proposta di aggiudicazione (...).”.

2. Parte ricorrente, con il gravame introduttivo, ha impugnato il predetto provvedimento di esclusione, facendo valere tre motivi di ricorso, come di seguito rubricati:

“I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 92, comma 1 del D.p.r. 207/2010, vigente in forza dell’art. 216 comma 14 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art. 12, comma 2, lett. a) d.l. n. 47/2014, convertito con modifiche in l. 23 maggio 2014, n. 80. Violazione e falsa applicazione dell’art. 105, comma 4, lett. c) del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, dell’art. 9 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dei principi in tema di qualificazione. Eccesso di potere per travisamento, erroneità nei presupposti, illogicità manifesta, irrazionalità, falsa applicazione dei principi di proporzionalità e favor participationis”;

“II. Violazione e falsa applicazione dell’art. 105 del D.Lgs. 50/2016; degli artt. 92, comma 1 del D.p.r. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell’art. 12, comma 2, lett. a) d.l. n. 47/2014, convertito con modifiche in L. 23 maggio 2014, n. 80; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 71, 72, 73, 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 e smi; Violazione dei principi in tema di qualificazione. Violazione del divieto di “gold plating” in tema di dichiarazione del subappalto. Violazione del principio di tipicità, tassatività

e proporzionalità delle clausole escludenti – Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza.”;

“3. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, degli artt. 9, 14 e 22 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dei principi in tema di qualificazione. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, commi 8 e 9 del D.Lgs. 50/2016 e smi. Eccesso di potere per travisamento, erroneità nei presupposti, illogicità manifesta, irrazionalità falsa applicazione dei principi di proporzionalità e favor participationis; Violazione e falsa applicazione dei principi di buona fede, correttezza e trasparenza nelle contrattazioni”.

Con l’atto di motivi aggiunti, oltre ad insistere sulle domande contenute nel gravame introduttivo, parte ricorrente ha esteso l’impugnativa ai verbali del seggio di gara riguardanti la valutazione dei requisiti amministrativi di -OMISSIS-; agli art. 7 e 14 della *lex specialis* laddove interpretati come fondanti l’esclusione di -OMISSIS-, per non aver l’operatore precisato nella dichiarazione di subappalto resa nel DGUE che esso fosse necessario; nonché agli atti con cui la stazione appaltante ha proceduto ad aggiudicare la commessa a favore del secondo graduato, il RTI -OMISSIS-.

3. L’Amministrazione e -OMISSIS-, in proprio e quale mandataria del RTI con mandante -OMISSIS-, si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame.

4. Alla camera di consiglio del 6 settembre 2023 l’istanza cautelare è stata respinta.

5. All’udienza pubblica dell’11 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è fondato.

Le censure contenute nel ricorso introduttivo possono essere trattati congiuntamente per ragioni di connessione.

6.1. Con il primo motivo parte ricorrente deduce la violazione della normativa di settore in tema di requisiti di qualificazione, in quanto la stazione appaltante

avrebbe erroneamente ritenuto che -OMISSIS- non avesse i requisiti per partecipare alla gara.

ANAS inoltre avrebbe agito irragionevolmente in quanto ha fatto derivare l'esclusione della -OMISSIS- dalla mera circostanza che l'operatore nel proprio DGUE non abbia specificato che il subappalto di cui intendeva avvalersi in relazione alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria era "necessario".

6.2. Con il secondo motivo, inoltre, parte ricorrente contesta il riferimento, contenuto nel provvedimento impugnato, al chiarimento n. 5, a firma del Direttore Appalti e Acquisiti in cui si afferma quanto segue: *«Si precisa che nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto delle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (c.d. subappalto qualificante e/o necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto "necessario", cioè di subappaltare i lavori della/e categoria/e scorporabili perché privo della corrispondente qualificazione».*

Parte ricorrente in particolare contesta che:

- la regola prevista nel chiarimento potrebbe operare, nei casi in cui *“i requisiti di partecipazione siano carenti e dunque non consentano l'ammissione del concorrente”*, laddove invece -OMISSIS- è qualificata per partecipare alla gara in virtù della qualifica da essa posseduta nella categoria prevalente;
- il chiarimento *“lungi dal rivelarsi tale, sarebbe introduttivo di un vincolo partecipativo e di un correlato motivo di esclusione non previsto né dalla lex specialis né dal D.Lgs. 50/2016 16 né dal complesso delle disposizioni in tema di qualificazione e per questo illegittimo e meritevole di Annullamento”*.

6.3. Con il terzo motivo, infine, lamenta la mancata attivazione del soccorso istruttorio e/procedimentale, nonché la violazione, da parte dell'Amministrazione, dei principi generali di proporzionalità, buona fede e

favor participationis. La stazione appaltante, difatti, in ossequio a quei principi, a fronte di eventuali dubbi in merito alla portata della dichiarazione di subappalto resa, avrebbe potuto attivare il soccorso istruttorio e/o procedimentale per chiedere chiarimenti; e ciò anche considerato il contenuto del modulo del DGUE che non chiedeva di specificare se il subappalto fosse “necessario” o “facoltativo”.

6.4. Ai fini dello scrutinio dei motivi di ricorso è opportuno, in premessa, soffermarsi brevemente sulla nozione di subappalto “necessario” o “qualificante”.

Con tale espressione la dottrina e la giurisprudenza fanno riferimento all'istituto attualmente disciplinato dall'art. 12, comma 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modifiche in l. 23 maggio 2014, n. 80, il quale dispone quanto segue: “b) 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'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”.

Tale disposizione consente, in ottica concorrenziale, all'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che

affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

Tale istituto presenta delle peculiarità rispetto al subappalto c.d. ordinario. Difatti, mentre nell'ipotesi di subappalto "classico" o "facoltativo" l'affidamento a terzi di una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto è frutto di una libera scelta imprenditoriale (essendo il concorrente già in possesso di tutte le qualifiche relative alle lavorazioni oggetto del bando), il subappalto necessario si caratterizza, al contrario, per la circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; il subappalto si configura allora come "necessario" perché l'affidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria è imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire tali tipo di prestazioni.

Ciò chiarito si rivela altresì utile, ai fini dell'inquadramento della presente vicenda, richiamare il contenuto dell'art. 92 "Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti" del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, di cui parte ricorrente lamenta la violazione da parte della stazione appaltante.

"1. 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. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Orbene, dal combinato disposto tra l'articolo 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e l'art. 12, comma 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47 si desume in maniera chiara che l'operatore economico in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può partecipare alla gara, anche se non è in possesso dei requisiti di qualificazione relativi alle categorie scorporabili. Tuttavia se il

difetto di qualificazione attiene alle categorie a qualificazione obbligatoria, le lavorazioni corrispondenti alle predette categorie non possono essere eseguite dal concorrente, ma da un soggetto in possesso delle relative qualificazioni; a tal fine il concorrente può ricorrere al subappalto, qualificatorio e necessario, appunto, perché serve a colmare il deficit di qualificazione del concorrente ad eseguire le predette lavorazioni.

6.5. Venendo al caso di specie si osserva quanto segue.

La *lex di gara*, con specifico riferimento al subappalto, disponeva quanto segue:

- *“Il concorrente indica all’atto dell’offerta le categorie di lavori previste dal bando di gara che intende subappaltare o concedere in cottimo in conformità a quanto previsto dall’art. 105 del Codice; in mancanza di tale indicazione il subappalto è vietato”* (art. 9 del Disciplinare);

- *“In caso di ricorso al subappalto si richiede la compilazione della sezione D. Il concorrente, pena l’impossibilità di ricorrere al subappalto, indica l’elenco delle opere o parti delle opere che intende subappaltare con l’indicazione delle categorie SOA alle quali dette opere sono riconducibili e con la relativa quota percentuale.”* (articolo 15.2).

Occorre inoltre precisare che il modello DGUE, fornito dalla stazione appaltante, conteneva una sola specifica sezione dedicata al subappalto, quella sub D, nella quale l’operatore era tenuto a barrare “sì” o “no” all’intendimento di subappaltare e a indicare le relative lavorazioni.

6.6. In tale contesto normativo, la -OMISSIS- si qualificava come segue:

- per quanto attiene i requisiti di cui alla categoria prevalente OG 3 integrava i propri requisiti con quelli di -OMISSIS- tramite contratto di avvalimento; in virtù del predetto contratto, nello specifico, acquisiva la qualificazione nelle categorie OG 3 prevalente, classifica 8;

- per quel che riguarda le lavorazioni di cui alle categorie OS 18-A, OS 11, OS 21 e OS 12-A, formalizzava la dichiarazione di subappalto nel DGUE.

A fronte di tale quadro la stazione ha ritenuto di dover escludere la -OMISSIS- in ragione della mancata specificazione nel DGUE che il subappalto di cui la Società intendeva valersi era “necessario”.

6.7. La questione giuridica che pone l'esame del presente motivo è se l'operatore in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e che abbia formalizzato la richiesta di subappalto per le lavorazioni a qualificazione obbligatoria possa essere escluso dalla gara per la mera circostanza di non aver specificato nella domanda di gara che il subappalto cui faceva ricorso era da intendersi “qualificatorio” e/o “necessario”.

È opinione del Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa.

6.8. Si deve, anzitutto, con specifico riguardo al caso di specie, prendere le distanze dalla tesi dell'Amministrazione secondo cui la mancata indicazione nel DGUE della natura “qualificatoria” del subappalto renderebbe la dichiarazione di subappalto eccessivamente generica e dunque inidonea a colmare il deficit di qualificazione in capo a -OMISSIS-.

Difatti, se pure la dichiarazione di subappalto non conteneva la specificazione che lo stesso fosse “necessario”, deve sottolinearsi che la -OMISSIS- aveva formalizzato la dichiarazione di subappalto nell'apposita sezione del DGUE, indicando espressamente le singole categorie di lavorazioni oggetto di subappalto e la classifica di riferimento.

La dichiarazione, quindi, era in linea a quanto chiesto dal bando, il quale non era formulato in termini tali da indurre il concorrente a ritenere che fosse necessaria la specificazione in ordine alla natura “qualificatoria” del subappalto (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VII, 6 giugno 2023, n. 5545, il quale, in vicenda simile all'episodio odierno, ha affermato come la dichiarazione della volontà di subappaltare le lavorazioni di categorie di cui l'operatore non possiede la qualificazione non solamente è ben diversa da una generica indicazione, ma permette di ritenere che la società abbia scelto di ricorrere all'istituto proprio per sopperire con questo ad una categoria

necessaria per l'esecuzione dei lavori e che quindi, in ultima analisi, abbia reso nel DGUE la dichiarazione del c.d. subappalto necessario).

Vale in secondo luogo osservare che l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato e ribadita nelle difese dell'Amministrazione, secondo cui -OMISSIS- non avesse i requisiti di partecipazione alla gara si scontra con il tenore letterale delle disposizioni richiamate in precedenza, le quali chiariscono in termini inequivoci che è la categoria prevalente capiente a garantire l'ammissione del concorrente alla gara, mentre il subappalto e la relativa dichiarazione, che pure deve essere resa, ha la diversa funzione di colmare le preclusioni esecutive derivanti dal mancato possesso delle specifiche qualifiche per le categorie a qualificazione obbligatoria.

Questa conclusione, del resto, è confermata da costante giurisprudenza:

- Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015 n. 9, secondo cui: *“per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili; le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); il concorrente deve subappaltare l'esecuzione di queste ultime lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare”* (conf. T.a.r. Lazio – Roma, sez. III, 6 dicembre 2021, n. 12555, che ha ulteriormente specificato quanto segue: *“il possesso della qualificazione nella categoria prevalente, per l'importo totale dei lavori, giustifica di per sé la partecipazione ad una gara, indipendentemente dalla qualificazione nelle categorie scorporabili, da rendere necessariamente oggetto di subappalto in sede di offerta e di successivi adempimenti, attinenti alla fase di esecuzione contrattuale”*);

- Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873: «*Emerge la regola generale in forza della quale l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, con l'eccezione delle lavorazioni indicate alla lettera b) della norma e cioè delle categorie cosiddette a qualificazione obbligatoria, che, non potendo essere eseguite direttamente dall'affidatario, qualificato solo per la categoria prevalente, "sono comunque subappaltabili" ad imprese munite delle specifiche attestazioni*»;

- Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2022, n. 8223: «*l'obbligatoria (per legge o disciplinare) indicazione nell'offerta della terna di subappaltatori e dei servizi che si intendono subappaltare non trasforma il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) in un istituto strutturalmente diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, presentando questi ultimi presupposti, finalità e regolazioni diverse (in tal senso, anche Consiglio di Stato, Ad. plen. n. 9 del 2015).*

A differenza di quanto accade con l'avvalimento, anche nel caso di subappalto c.d. necessario il rapporto con l'impresa subappaltatrice non viene attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella successiva fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, commi 7 (in tema di obbligazioni che sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) ed 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla sola fase esecutiva e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto. È dunque corretto quanto rilevato nella sentenza appellata laddove, diversamente dall'impresa ausiliaria nel caso di avvalimento, "Il subappaltatore, dunque, non "presta" o "fornisce" alcunché al concorrente subappaltante. Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto

dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti» (conf.: T.a.r. Lombardia - Milano, sez. IV, 15 maggio 2023, n. 1124).

L'esclusione disposta nei confronti di -OMISSIS-, inoltre, si pone in contrasto con il contenuto della *lex specialis*, la quale non solo non conteneva una previsione in tal senso, ma nemmeno consentiva di "scegliere" tra subappalto facoltativo e necessario (e tantomeno chiedeva il nominativo del subappaltatore); ciò, del resto, in linea con la normativa di riferimento.

Né, a conclusioni diverse, conduce la lettura della sentenza n. 3180 del 28 marzo 2023, del Consiglio di Stato, sez. V, richiamata nel provvedimento impugnato secondo la quale «...*il concorrente deve dichiarare sin da subito la propria intenzione di avvalersi del subappalto necessario - in quanto- "nella dichiarazione di subappalto necessario viene in rilievo (...) una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche (...) pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche (cfr. Cons. St., Sez. V, 1.7.2022, n. 5491)...»*. Difatti, queste affermazioni sono state rese in una vicenda in cui il subappalto atteneva proprio alla categoria prevalente, non altrimenti posseduta; il che escludeva di per sé la possibilità che la dichiarazione potesse svolgere funzione integrativa del requisito, laddove invece nel caso di specie è chiara e puntuale la volontà di ricorrente al subappalto per le categorie di lavorazioni in contestazione.

Del pari inconferente si rivela l'altro precedente menzionato nel provvedimento escludente. La fattispecie decisa da Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596, invero, riguardava tre imprese di un sub-raggruppamento orizzontale sulla scorporabile, due delle quali si erano imputate il 40% delle attività nella categoria OG11, senza possedere le necessarie qualifiche e senza che il sub-raggruppamento, peraltro, neanche nel suo complesso garantisse la copertura della OG11. In quel caso, dunque,

emergeva che le imprese del RTI non avessero dimostrato di possedere requisiti idonei ai fini della partecipazione; il che differisce in maniera sostanziale dal caso riguardante -OMISSIS- che invece, grazie all'apporto e alla capienza della categoria prevalente, risulta pienamente idonea alla partecipazione, ma ha solo l'obbligo di far eseguire le opere all'impresa subappaltata in possesso delle qualifiche adeguate.

Le conclusioni appena esposte non sono messe in discussione dal rilievo dell'Amministrazione che il modulo DGUE, nella sezione in cui andava inserita la dichiarazione di subappalto, fosse formulato come segue: "Informazioni concernenti i subappaltatori sulle cui capacità l'operatore economico non fa affidamento"; e, che pertanto, l'operatore avrebbe dovuto modificare il modulo cancellando l'avverbio NON o inserire una dichiarazione di subappalto necessario "a parte" nella domanda di partecipazione; difatti, a fronte della predisposizione di un apposito modulo da parte della stazione appaltante, è del tutto ragionevole che l'operatore confidi sulla completezza dello stesso e sulla sua conformità alla normativa vigente.

6.9. Ad ogni modo, anche a voler ritenere (come però non si ritiene) che la dichiarazione di subappalto non fosse del tutto univoca, deve escludersi che dal mancato utilizzo dell'aggettivo "qualificatorio" accanto alla parola subappalto possa derivare una conseguenza tanto grave quale l'esclusione del concorrente dalla gara; una siffatta conclusione, difatti, si presenta sproporzionata e irragionevole, e si pone in contrasto con i principi di *favor participationis* e tassatività della clausole escludenti; e ciò anche considerato che né il codice degli appalti, né la lex di gara, nel riferirsi al subappalto delle lavorazioni riconducibili alle categorie a qualificazione obbligatoria, utilizzano la terminologia subappalto "necessario" e/o "qualificatorio" (cfr. in argomento: Consiglio di Stato, sez. VII, 6 giugno 2023, n. 5545: *«l'osservazione dell'appellante sul punto, precisata anche in sede di discussione della causa, in base alla quale sarebbe mancato un impegno specifico della*

controinteressata a subappaltare i lavori della categoria OG11, ineludibile trattandosi di subappalto c.d. necessario e non potendo bastare a tal fine la (generica) volontà di subappaltare, pur suggestiva, non coglie nel segno: essa, da un lato, non considera che l'intenzione della X di subappaltare i lavori della suddetta categoria scorporabile è stata espressa in modo specifico già nel DGUE; dall'altro, pecca di eccessivo formalismo, in quanto invoca una sanzione che, oltre a non essere esplicitata, si mostra sproporzionata e ingiusta rispetto a una dichiarazione comunque presente nella domanda di partecipazione; (...) al riguardo soccorre anche l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale" (così C.d.S., Sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4640; v. altresì C.d.S., Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2232 e 24 febbraio 2017, n. 869). Pertanto, gli artt. 4 e 10 del disciplinare, regolanti rispettivamente i requisiti di partecipazione e il subappalto, non avendo previsto espressamente la necessità di un'apposita dichiarazione sul ricorso al c.d. subappalto necessario, con la specificazione dell'impegno allo stesso proprio in quanto subappalto necessario e quindi utilizzato per sopperire ad una carenza di qualificazione, a pena dell'esclusione dalla gara in caso di sua omissione, non possono essere interpretati nel senso che essi contengano comunque, pur se in via implicita, una clausola di tal fatta (...).»..

La validità di quanto appena esposto non è messo in discussione dal contenuto del chiarimento n. 5, in precedenza richiamato. E difatti, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, i "chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex

specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso” (Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2022, n. 7793; Cons. giust. amm. Sicilia, 22 settembre 2021, n. 841).

Orbene, poiché, secondo quanto in precedenza chiarito, l'espressa specificazione della natura qualificatoria del subappalto non era richiesta, tantomeno a pena di esclusione, ne deriva che una siffatta portata non potrà certamente derivare dal chiarimento in esame. Sotto tale limitato profilo il secondo motivo si rivela fondato.

7. Ferma l'assorbente delle considerazioni cui sopra, deve ulteriormente rilevarsi che, ove la stazione appaltante avesse avuto necessità di maggiori chiarimenti in merito al contenuto della dichiarazione di subappalto, la stessa avrebbe potuto, al limite, attivare il soccorso istruttorio e/o procedimentale.

Sul punto non appare pertinente il richiamo, nel provvedimento impugnato, alla giurisprudenza secondo cui *“l'impiego del soccorso istruttorio nel caso di specie risulta infine escluso, sempre dalla costante giurisprudenza su richiamata in quanto... la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)”*.

Difatti l'affermazione che il concorrente non avesse i requisiti per partecipare, nel caso di specie, non è stato frutto di un accertamento, bensì della supposizione dell'Amministrazione che la dichiarazione di subappalto contenuta nel DGUE non fosse una dichiarazione impegnativa ma solo la

prospettazione di un'ipotetica possibilità del ricorso al subappalto; conclusione, quest'ultima, che non è supportata dalla domanda di partecipazione e a cui la stazione appaltante sarebbe potuta pervenire solo se all'esito del soccorso istruttorio il concorrente avesse rilasciato dichiarazioni in tal senso.

Ugualmente, come correttamente rilevato dalla parte ricorrente, non appare rispondente ai canoni del corretto agire pubblico e alla *ratio* sottesa ad istituti quali il soccorso istruttorio e procedimentale, che, a fronte di un'incertezza interpretativa determinata dalla stessa formulazione del DGUE predisposto dall'Amministrazione, ANAS abbia scelto di preferire l'interpretazione più penalizzante per il concorrente, invece che attivare il soccorso istruttorio o a limite quello procedimentale.

Si evidenzia, al riguardo, l'articolo 14 del disciplinare, in merito all'istituto del soccorso istruttorio, specificava quanto segue: *“l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della lettera ufficiale di invio dell'offerta, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni?”*.

Orbene, stante anche l'ampia formulazione della disciplina del soccorso istruttorio contenuta nella *lex di gara*, la stazione appaltante, in caso di dubbi, avrebbe dovuto invitare il concorrente a rendere le specificazioni d'interesse in merito alla dichiarazione di subappalto.

Del pari pertinente, al fine di evidenziare la necessità di un prodromico confronto con il concorrente il merito al contenuto della dichiarazione di subappalto prima di ogni determinazione, appare il richiamo effettuato dalla parte ricorrente alla disciplina del soccorso procedimentale il quale, tra le sue funzioni, ha precipuamente quella di ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 23 marzo 2022, n. 2130: *“si rinviene nel sistema normativo dei contratti pubblici la possibilità di attivare, da parte della stazione appaltante, il c.d.*

soccorso procedimentale - nettamente distinto dal c.d. soccorso istruttorio - per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità"; cfr. pure Consiglio di Stato, sez. III, 4 ottobre 2022, n. 8481 che evidenzia come la funzione del soccorso procedimentale sia quello di ricercare "l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone ogni eventuale ambiguità e giungendo ad esiti univoci circa la portata dell'impegno negoziale assunta con l'offerta presentata"; conf. Consiglio di Stato, sez. III, 23 marzo 2022, n. 2130; sulla portata dei chiarimenti ammessi in sede di soccorso procedimentale cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. V, sez. 27 gennaio 2020, n. 680: "Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Consiglio di Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).)".

Né, in senso contrario a quanto appena evidenziato, è conferente il richiamo effettuato dall'Amministrazione ai principi di autoresponsabilità; ed invero, se è corretto pretendere che gli operatori si attengano con scrupolo alle indicazioni del bando, tale formalismo non può trasformare la procedura di selezione in una caccia agli errori dei concorrenti; e ciò tanto più nei casi, come quello in esame, in cui il rigore che viene richiesto agli operatori – e segnatamente la specificazione della natura qualificatoria del subappalto - non stato è osservato nemmeno dalla stazione appaltante, che, come visto, nella *lex di gara* si riferisce genericamente al subappalto senza distinguere tra subappalto necessario e facoltativo.

Nel deriva la fondatezza del ricorso.

8. L'accoglimento delle analizzate censure, in quanto soddisfattivo dell'interesse della parte ricorrente all'annullamento del provvedimento di esclusione della - OMISSIS- e del provvedimento di aggiudicazione nei confronti del RTI - OMISSIS-, giustifica l'assorbimento degli ulteriori motivi, dal cui accoglimento parte ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità aggiuntiva.

9. A fini di completezza il Collegio rileva che il riferimento, contenuto al provvedimento impugnato, ad ulteriori carenze informative con riguardo a eventi potenzialmente significativi ai fini della valutazione di affidabilità dell'operatore, non rappresenta una valutazione definitiva dell'Amministrazione (il provvedimento impugnato afferma espressamente che un'esclusione per gravi illeciti professionali avrebbe richiesto la prodromica attivazione di un soccorso istruttorio). Esula quindi dal presente scrutinio, stante il disposto di cui all'articolo 34, comma 2, cod.proc.amm., ogni valutazione sulla sufficienza della contestata carenza informativa (comunque negata dalla parte ricorrente) a giustificare l'esclusione della - OMISSIS- dalla presente procedura.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo per quel che attiene alla posizione dell'ANAS. Sussistono giustificati motivi di compensazione delle spese nei confronti della parte controinteressata, tenuto conto che la stessa non ha in alcun modo concorso a determinare le illegittime determinazioni dell'Amministrazione e che non ha, con le presenti difese, ampliato il *thema decidendum* del presente giudizio, non costringendo quindi la parte ricorrente allo svolgimento di attività difensiva supplementare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto dispone l'annullamento degli atti impugnati e, segnatamente:

- del provvedimento di esclusione di-OMISSIS-. dalla procedura in epigrafe;

- del provvedimento di aggiudicazione del presente accordo quadro nei confronti del RTI con mandataria -OMISSIS-, ai fini delle competenti determinazioni dell'Amministrazione.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite nei confronti della parte ricorrente che liquida nella misura di euro 5000,00, oltre alla restituzione del contributo unificato, ed accessori e interessi come per legge. Spese compensate nei confronti della parte controinteressata.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della parte privata ricorrente nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il suo coinvolgimento in procedimenti penali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.