Pubblicato il 12/11/2024

N. 09051/2024REG.PROV.COLL.
N. 01376/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1376 del 2024, proposto da

PF Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9528964DD7, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Lanzaro e Alessandro Bonanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

2C Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia e Giovanni La Fauci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Sellia Marina, Centrale Unica di Committenza Sersale - Cropani - Sellia Marina – Botricello, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sez. I, n. 1632 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di 2C Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Lanzaro e La Fauci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La PF Costruzioni s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 dicembre 2023, n. 1632 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sez. I, che ha accolto il ricorso della 2C Costruzioni s.r.l. avverso la determinazione n. 98 in data 27 marzo 2023 con cui il Comune di Sellia Marina ha aggiudicato in favore dell'appellante la "*procedura aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento sismico ed ampliamento della scuola primaria in viale Calabricata*", con importo a base d'asta di euro 1.082.118,41 (da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Si tratta della procedura di gara indetta in data 2 dicembre 2022 dalla Centrale unica di committenza Sersale-Cropani-Sellia Marina-Botricello, per conto del Comune di Sellia Marina, alla quale hanno partecipato, tra i vari operatori, anche le imprese parti della presente controversia.

In particolare, la PF Costruzioni, con riguardo ai requisiti di ordine speciale, si è qualificata nella categoria prevalente OG1 ricorrendo all'avvalimento della Greco s.r.l., mentre, con riguardo alla categoria scorporabile OG11, ha fatto ricorso al subappalto, per la quota del 100 per cento, come dichiarato nel DGUE.

All'esito della gara la PF Costruzioni è risultata prima graduata, mentre seconda la 2C Costruzioni s.r.l.

Con il ricorso in primo grado la società 2C Costruzioni ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, deducendone l'illegittimità nell'assunto che la PF Costruzioni fosse carente di qualificazione nella categoria OG11 per

non avere fatto ricorso all'avvalimento, né al subappalto "necessario", ma ad un mero subappalto "semplice", della carenza della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria e contestando altresì il punteggio relativo all'offerta tecnica.

2. - La sentenza appellata ha accolto il primo motivo di ricorso, respinto il secondo e assorbito il terzo (posto in via subordinata) nella considerazione che, a mente dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, è consentito all'operatore economico, sprovvisto delle qualificazioni prescritte dal bando per le categorie scorporabili, di partecipare alla gara, a condizione di affidare le lavorazioni ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni mediante subappalto necessario. Ha peraltro ritenuto, nello specifico, che la dichiarazione di subappalto resa non presenti il grado di specificità necessaria per un subappalto qualificante. Come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, la sentenza ha inoltre dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato in data 21 giugno 2023 e accolto la domanda risarcitoria in forma specifica della ricorrente, disponendone il subentro nel contratto.

3.- Con il ricorso in appello la PF Costruzioni s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza che, disattendendo la sua eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, non ha tenuto conto della sopravvenuta perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte della società 2C Costruzioni; ha inoltre allegato la validità della propria dichiarazione di subappalto formulata a pag. 4 del DGUE concernente le lavorazioni OG11, nell'assunto che la volontà dell'operatore economico di ricorrere al subappalto necessario può anche essere implicita, nel senso di desumibile dal tenore letterale della dichiarazione, senza che occorra un'espressa manifestazione di volontà in tale senso.

4. – Si è costituita in resistenza la 2C Costruzioni s.r.l. eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 13 giugno 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.-Il primo motivo critica la statuizione di rigetto dell'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, svolta da PF Costruzioni s.r.l. nell'assunto che la 2C Costruzioni abbia perso i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, come sarebbe inferibile dall'applicazione di misure cautelari nei confronti dell'asserito amministratore di fatto della società, da parte del Tribunale di Catanzaro, nell'ambito di indagini penali relative ad appalti pubblici.

Il motivo è infondato.

Nei termini esposti, effettivamente l'eccezione si appaleserebbe generica; peraltro, anche a tenere conto di quanto successivamente allegato e versato in atti, sino all'epilogo dell'esclusione dalla gara della società 2C Costruzioni, disposta con determinazione del Comune di Sellia Marina n. 150 del 22 maggio 2024, trattandosi di provvedimento dichiaratamente impugnato in sede giurisdizionale, non è consentito al Collegio provvedere con una declaratoria di sopravvenuto difetto di interesse del ricorso proposto dalla stessa 2C Costruzioni avverso l'aggiudicazione.

2. – Il secondo motivo, costituente il nucleo tematico della controversia, deduce l'erroneità della statuizione di prime cure, di accoglimento della prima censura proposta dalla 2C Costruzioni, volta a contestare la mancanza della qualificazione SOA nella categoria OG11 in capo alla PF Costruzioni, non avendo la stessa fatto ricorso all'avvalimento ovvero al c.d. subappalto necessario. Per l'appellante, la volontà dell'operatore economico di ricorrere al subappalto necessario può essere implicita o comunque desumibile dal tenore letterale della dichiarazione, senza che sia necessaria un'espressa manifestazione di volontà in tale senso; in particolare, nel caso di specie, dovendosi interpretare la dichiarazione di volontà di subappaltare le lavorazioni della categoria scorporabile OG11, contenuta nel DGUE, alla luce della dichiarazione di non possedere la qualificazione nella categoria OG11, e dunque mediante una lettura integrata delle dichiarazioni rese in sede di gara. In altri termini, la dichiarazione di voler ricorrere al subappalto integrale (100

per cento) della categoria scorporabile OG11 sottenderebbe l'inequivocabile volontà di utilizzare tale istituto a fini di qualificazione (circostanza confermata dal fatto che, con riferimento alla categoria prevalente OG1, per la quale la PF Costruzioni si è qualificata tramite il ricorso all'avvalimento, l'impresa si è limitata a richiamare i limiti di legge, senza specificare alcunché in merito alla percentuale effettiva da affidare in subappalto). Sempre nella prospettazione dell'appellante, tale soluzione troverebbe conferma nella disposizione di cui all'art. 12, comma 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, la quale, nel prevedere il c.d. "subappalto necessario", non prescrive affatto di esternare in modo esplicito la volontà di ricorrere al subappalto necessario, né alcun formalismo di sorta in tale senso.

Il motivo è fondato.

La sentenza impugnata, dopo avere ricostruito il senso e le peculiarità del subappalto "qualificatorio" o "necessario" rispetto a quello "semplice", ha respinto il motivo, nell'assunto che «*la dichiarazione di subappalto, resa nell'ambito delle informazioni concernenti i subappaltatori sulle cui capacità l'operatore economico non fa affidamento e dunque nell'ambito del subappalto facoltativo, non presenta il grado di specificità necessaria richiesta in caso di subappalto qualificante, nel senso cioè di non avere sufficientemente specificato la PF Costruzioni di ricorrere al subappalto come modalità di sua qualificazione e non come mero modulo operativo attinente alla semplice esecuzione del contratto*»; ha aggiunto la sentenza che il disciplinare di gara prevedeva la domanda di partecipazione come sede ove indicare la tipologia di subappalto e non richiedeva che ciò avvenisse nella Sezione "D" del DGUE, concernente le informazioni relative a qualsiasi tipo di subappalto.

Osserva il Collegio che il disciplinare di gara non contiene disposizioni specifiche in ordine alle modalità formali di dichiarazione del subappalto; nulla dispone l'art. 8, il quale si limita a prevedere che «*il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta le prestazioni del servizio che intende subappaltare, tra quelle ammesse dalla Stazione Appaltante, secondo quanto previsto dall'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016; in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato*». La presentazione dell'offerta

contemplava, secondo quanto prevede l'art. 14 del disciplinare, il caricamento nella piattaforma della busta "A", contenente la documentazione amministrativa, della busta "B", contenente l'offerta tecnica, e della busta "C", contenente l'offerta economica.

Per quanto ivi rileva, la busta "A" include, tra la documentazione amministrativa, la domanda di partecipazione alla gara, mediante dichiarazione sostitutiva, e il DGUE. La domanda di partecipazione contempla, *sub* lett. s), la indicazione, da parte del concorrente, delle "*lavorazioni che intende, eventualmente, subappaltare o concedere a cottimo*"; il DGUE «*è finalizzato alla dimostrazione del possesso –dei requisiti- di ordine generale e speciale di cui rispettivamente all'art. 80 e 83 del D.Lgs. n. 50/2016 e deve essere compilato nel rispetto delle seguenti disposizioni […]*».

Se ne ricava che il disciplinare non prevedeva l'indicazione del subappalto necessario nella domanda di partecipazione alla gara (anzi, qui dovrebbe, piuttosto, trovare collocazione l'indicazione del subappalto semplice, che è eventuale); analogamente la sede necessaria non era il DGUE, al punto *sub* D ("*Informazioni concernenti i subappaltatori sulle cui capacità l'operatore economico non fa affidamento*").

Atteso che dunque nella documentazione amministrativa non vi era uno spazio destinato all'indicazione del subappalto necessario, occorre chiedersi se la dichiarazione, da parte della società PF Costruzioni, contenuta nel DGUE [con la specificazione che intendeva subappaltare "tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge (OG11 al 100%)"] possa ritenersi comunque validamente espressa (anche tenendo conto che neppure l'art. 12, comma 2, lett. b, del d.l. n. 47 del 2014, contenente la disciplina legislativa del subappalto necessario, contempla oneri di forma speciale per la dichiarazione di tale subappalto).

Si ripropone dunque in questa sede una questione di ordine generale, che ha visto interpretazioni giurisprudenziali non sempre totalmente omogenee,

concernente la necessità o meno di un onere di forma speciale per la dichiarazione del subappalto necessario.

Osserva il Collegio che, a fronte di una documentazione di gara (domanda di partecipazione o DGUE) che non contiene la previsione di un'apposita dichiarazione sul ricorso al c.d. subappalto necessario, deve ritenersi a questo fine sufficiente la compilazione del riquadro del DGUE dedicato al subappalto, nel quale è indicata la volontà dell'operatore di subappaltare i lavori di qualificazione necessaria, con l'indicazione delle relative categorie.

Tale soluzione è coerente non solo con la dichiarazione resa in sede di DGUE (inequivocabilmente evocativa del ricorso al subappalto necessario per la categoria scorporabile) dalla società appellante, ma anche con il principio del *favor partecipationis*, che verrebbe vulnerato da una lettura, eccessivamente formalistica, tale da portare all'esclusione dalla gara in assenza di una causa esplicitata, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr art. 10, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 31 marzo 2023, n. 36), e, comunque, all'applicazione di una sanzione sproporzionata e ingiusta rispetto a una dichiarazione sostanzialmente presente nella domanda di partecipazione (in termini Cons. Stato, VII, 6 giugno 2023, n. 5545). Tale è anche l'indirizzo condiviso da alcune pronunce della Sezione (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2024, n. 1793; V, 21 febbraio 2024, n. 1743; V, ord. 24 novembre 2023, n. 4736), volte a valorizzare l'effettiva volontà dell'operatore economico, quale desumibile dagli atti di gara, senza che occorra una dichiarazione formalmente differenziata da quella che vale anche per il subappalto semplice, non necessario.

2.1. - La diversa opinione espressa da alcune sentenze della Sezione, pur nella serietà degli argomenti che pongono a proprio fondamento (ad esempio, Cons. Stato, V, 28 maggio 2024, n. 4724), si traduce, in definitiva, nell'affermazione che non occorre l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di offerta (ciò è stato chiarito da Cons Stato, Ad.

plen., 2 novembre 2015, n. 9), ma si impone una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte di lavori, servizi o forniture (caratterizzante il subappalto facoltativo).

Detto in altri termini, tale indirizzo giurisprudenziale assume che, con riguardo al subappalto necessario, la dichiarazione resa dal concorrente, attraverso la compilazione del modello DGUE, sarebbe inidonea a colmare il difetto dei requisiti per le categorie a qualificazione obbligatoria.

Ma tale assunto non appare al Collegio, all'esito di ulteriore approfondimento (rispetto anche a quanto deciso in fase cautelare), convincente, in assenza di una norma che espressamente lo preveda. Infatti il subappalto "necessario", che tale è in quanto l'affidamento (ad un soggetto dotato delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria è imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire quel tipo di prestazioni, si differenzia dal punto di vista funzionale dal subappalto facoltativo, ma non nella natura giuridica.

Conseguentemente, non può postularsene, in assenza di una previsione normativa, un differente regime giuridico (anche sotto il profilo della forma della dichiarazione), essendo sufficiente che il concorrente dia espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi (e cioè per supplire al requisito di qualificazione mancante).

Tale onere dichiarativo, nella fattispecie controversa, deve ritenersi essere stato assolto dalla PF Costruzioni, che, nel DGUE, ha dichiarato di essere sprovvista della propria SOA (barrando la casella "no" alla relativa richiesta) e ha quindi espressamente dichiarato che si sarebbe avvalsa del subappalto per "*tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge*", specificando ancora espressamente, con l'inciso "OG11 al 100%", di voler subappaltare integralmente la sola categoria scorporabile OG11.

3. - Obietta l'appellata che la interpretazione qui seguita sia in contrasto con il diritto europeo, avendo la Corte giust. UE affermato che l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'art. 59 e il considerando

84 di tale direttiva deve essere interpretato nel senso che "*osta ad una normativa nazionale in forza della quale un operatore economico che intende fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto per l'esecuzione di un appalto pubblico deve trasmettere i documenti attestanti il possesso dei requisiti di qualificazione di tale soggetto e la dichiarazione di impegno del medesimo solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi*" (così, da ultimo, ord. 10 gennaio 2023, in causa C-469/22, Ambisig).

Rileva il Collegio che l'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE non riguarda il subappalto, disciplinato dal successivo art. 71.

Inoltre la giurisprudenza europea citata pone il problema della previa conoscenza del soggetto al quale è riferita la qualificazione, mentre la sentenza appellata pone il diverso tema della forma della dichiarazione di avvalimento necessario.

E' altresì noto che la disciplina in materia di subappalto non richiede l'indicazione preventiva delle imprese subappaltatrici; la terna di subappaltatori era inizialmente prevista dall'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma poi tale disposizione è stata sospesa, e il nuovo codice (art. 119 del d.lgs. n. 36 del 2023) non la contempla più. La stazione appaltante viene dunque a conoscere il subappaltatore al momento della trasmissione, da parte dell'aggiudicatario, del subcontratto (almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle prestazioni).

L'assunto di parte appellata porterebbe all'assimilazione della disciplina del subappalto necessario con quella dell'avvalimento, ma si tratta di soluzione che nega le differenze strutturali tra i due istituti, in quanto il subappalto si colloca a valle del contratto di appalto, mentre l'avvalimento produce i suoi effetti ai fini della partecipazione alla gara.

E' pur vero dunque che vi è una vicinanza "funzionale" tra subappalto necessario e avvalimento e che, in generale, in applicazione proprio del diritto europeo, si sono attenuati i tratti distintivi tra i due istituti (non esiste più il limite della quota subappaltabile e si è esteso il regime della responsabilità

solidale), ma rimane la diversa "collocazione" del subappalto e dell'avvalimento e la differente natura giuridica dei due contratti.

4. - In definitiva, alla stregua di quanto esposto, il ricorso in appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità della questione controversa integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Stefano Fantini	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO