



REPUBBLICA ITALIANA

N. Reg. dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1564 Reg. ric.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

ANNO 2008

(Sezione III ter)

composto dai Magistrati:

Italo RIGGIO Presidente

Maria Luisa DE LEONI Consigliere, relatore

Stefano FANTINI Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n. 1564 del 2008 Reg. Gen., proposto da GALASSI s.r.l.-
IMPIANTI EDILTECNOLOGICI, in persona del legale
rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Giancarlo Navarra e Lucrezia Vaccarella ed elettivamente domiciliata
presso il loro studio in Roma, P.le di Porta Pia, n. 121;

contro

il Ministero dei trasporti, in persona del Ministro pro-tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i
cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato;

nonché, nei confronti

della THESIS Impianti S.p.A., in persona del legale rappresentante
pro-tempore, non costituita;

per l'annullamento

-del provvedimento, comunicato alla ricorrente con nota prot. N. 7643 del 19 dicembre 2007, ricevuta il 27.12.2007, con il quale la Commissione di gara ha deliberato l'esclusione della ricorrente dalla gara di appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria degli impianti elettrici della sede di C.S.R.P.A.D.;

-del verbale di gara 12 dicembre 2007, con il quale è stata disposta l'impugnata esclusione;

-della nota prot. N. 71/2008 di conferma dell'esclusione;

- dell'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva disposta in favore della Thesis Impianti S.p.A.;

- del bando di gara e relativo disciplinare nella parte in cui dispongono il divieto di subappalto della categoria OG11;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza cautelare n. 352 del 2008;

Nominato relatore alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2008 il Consigliere Maria Luisa De Leoni e uditi i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 6 febbraio 2008 e depositato il successivo 18 febbraio, la ricorrente Società impugna gli atti specificati in epigrafe, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria degli impianti elettrici della sede del Centro Superiore Ricerche e Prove Autoveicoli e Dispositivi (C.S.R.P.A.D.).

2. L'esclusione è stata determinata dal fatto che il punto 3.7 del bando non prevede il subappalto, mentre l'Impresa ricorrente, pur munita di attestazione SOA nella categoria OG11, III classifica, ha esplicitamente dichiarato nell'offerta che *“in caso di aggiudicazione intende riservarsi la possibilità di subappaltare o concedere a cottimo, ai sensi dell'art. 118 del Codice, le opere relative alla categoria OG11 e OGI”*.

3. Deduce:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del d.P.R. n. 34 del 2000, degli artt. 37, comma 11, e 118 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, dell'art. 72 del d.P.R. n. 554 del 1999; eccesso di potere, inadeguatezza dell'istruttoria, violazione del principio di massima partecipazione alle gare.

Premette la ricorrente che qualora non fosse stata esclusa si sarebbe aggiudicata la gara. Difatti il ribasso offerto del 25,415% è quello che per difetto si avvicina di più alla soglia di anomalia individuata all'esito dell'apposito procedimento nel 25,426%.

Assume l'interessata di essere qualificata per la ctg. OG11, classifica III e, quindi, per un importo di gran lunga superiore a quello

dell'appalto, sicché è indiscutibile che, a prescindere dalla dichiarazione resa, avesse tutti i requisiti per rendersi affidataria. D'altro canto, l'aver dichiarato di voler accedere al subappalto non poteva essere considerata un'autolimitazione della capacità tecnica e/o economica dell'Impresa, costituendo il subappalto uno strumento fruibile sia per supplire a parziali carenze circa i requisiti richiesti sia per determinare specifiche scelte organizzative dell'imprenditore, quand'anche abilitato in proprio.

Nella specie, quindi, la S.A. ha omesso di verificare la piena sussistenza in capo alla ricorrente dei requisiti per aspirare legittimamente all'affidamento, ancorandosi ad una dichiarazione formale che ben poteva essere disattesa, senza per ciò causare una lesione al principio della *par condicio*.

In relazione al bando la ricorrente assume che in esso non era prevista alcuna esplicita esclusione dalla gara qualora il concorrente avesse dichiarato di voler subappaltare i lavori ricadenti nella categoria OG11, aggiungendo che non vengono indicate quali siano le opere speciali che in sé considerate superano la soglia del 15% dell'importo dell'appalto. Solo con la nota n 71/08 l'Amministrazione ha esplicitato le ragioni del divieto, dando, quindi, conferma dell'omissione in sede di gara.

3. Conclude per l'accoglimento del ricorso con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.
4. Con ordinanza n. 352 del 2008 è stata accolta la domanda cautelare;
5. L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha chiesto il

rigetto del ricorso, siccome irricevibile nella parte in cui si indirizza contro il bando di gara ed infondato nel merito.

6. Con ordinanza collegiale sono stati richiesti, alla Stazione Appaltante, chiarimenti circa l'esito della gara;

5. All'udienza dell'11 dicembre 2008 la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

Come esposto in fatto, la ricorrente, è stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria degli impianti elettrici della sede del Centro Superiore Ricerche e Prove Autoveicoli e Dispositivi (C.S.R.P.A.D.), in quanto il punto 3.7 del bando non prevede il subappalto, mentre l'Impresa ricorrente, pur munita di attestazione SOA nella categoria OG11, III classifica, ha esplicitamente dichiarato nell'offerta che *“in caso di aggiudicazione intende riservarsi la possibilità di subappaltare o concedere a cottimo, ai sensi dell'art. 118 del Codice, le opere relative alla categoria OG11 e OGI”*.

Con ordinanza n. 352 del 2008 questo Collegio ha concesso la tutela cautelare, tuttavia, ad un più approfondito esame ed a seguito dei chiarimenti offerti dall'Amministrazione, il ricorso non appare meritevole di accoglimento.

Va, in primo luogo, deliberata la censura relativa alla legittimità o meno della previsione di bando di cui al p. 3.7 laddove stabilisce il divieto del subappalto.

In proposito, va disattesa l'eccezione di parziale irricevibilità del ricorso sollevata da parte resistente, in quanto il divieto contenuto nel bando di subappaltare i lavori rientranti nella categoria OG11 non necessariamente avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla gara e, pertanto, la relativa clausola non poteva ritenersi immediatamente lesiva, tanto più che la "lex specialis" non conteneva siffatta esplicita previsione.

Nella specie, peraltro, il bando di gara appare immune dai vizi denunciati.

Osserva il Collegio che il divieto di subappalto di cui all'art. 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006, pur dettato con riferimento alle categorie speciali e, quindi, di per sé non applicabile alla categoria OG11, tuttavia, non preclude alle amministrazioni appaltanti, dato il carattere composito della categoria in questione, di individuare all'interno della stessa lavorazioni ed opere riconducibili alle categorie speciali, per le quali, in relazione alla rilevanza del loro peso nell'ambito dell'appalto, prevalgano esigenze di controllo della professionalità dell'esecutore.

Consegue che in presenza di determinati presupposti può essere consentito alla Stazione appaltante di negare il subappalto al fine di garantirsi il diretto controllo dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa aggiudicataria.

Nella specie, il bando di gara indica quale oggetto dell'appalto "impianti elettrici", categoria OG11. Tuttavia siffatta categoria, che qualifica i lavori di cui trattasi, raggruppa in sé varie tipologie di

opere altamente specializzate le quali, come emerge dagli elaborati progettuali che individuano le lavorazioni specializzate, sono interconnesse tra loro e non eseguibili separatamente.

La circostanza che con la sigla OG11 si indichi una categoria generale di opere, non può essere di ostacolo al divieto di subappalto, essendo essa caratterizzata da un notevole contenuto tecnologico e da una rilevante complessità tecnica (cfr. deliberazione n. 31 del 2002 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici).

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, l'Amministrazione per giustificare il divieto imposto avrebbe dovuto indicare nel bando quali opere speciali, in sé considerate, superano la soglia del 15% dell'importo dell'appalto; tuttavia nel caso in esame tale indicazione non occorreva poichè la sola categoria specialistica con una incidenza superiore al 15% del valore dell'appalto, e cioè la OS 30 (impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi), assorbe la quasi totalità dell'importo dei lavori da eseguire, come è facilmente rilevabile dalla documentazione di gara, sicché, dovendo essa essere ricompresa tra quelle lavorazioni che figurano nell'elenco di cui all'art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999, non era subappaltabile.

La rimanente parte delle opere rientra nella categoria OS28 (impianti termici e di condizionamento), consistente nella posa in opera di n. 2 fan-coil, per un importo stimato non superiore a €1000,00 ed al 2% delle prestazioni non oggetto di subappalto ai sensi dell'art. 118, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (cfr. nota

dell'Amministrazione dell'11.1.2008, prot. N. 0071/08). Ne consegue che il divieto di subappaltare le opere oggetto di gara è stato legittimamente previsto dalla Stazione appaltante e ciò anche in relazione al chiaro dettato dell'art. 10 del bando di gara, che, dopo aver richiamato il divieto di subappalto e precisato che *“le lavorazioni di cui al presente bando devono essere eseguite direttamente dai soggetti affidatari e non possono essere affidate in subappalto”*, rimanda *“all'elenco di cui all'art.72, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999”*, vale a dire a quelle lavorazioni, le quali, nell'ambito del processo realizzativo dell'opera, necessitano di una particolare specializzazione e professionalità.

Quindi la evidenziata circostanza che la ricorrente sia in possesso della qualificazione OG11 non poteva di per sè significare che l'Amministrazione avrebbe dovuto prescindere dalla dichiarazione resa, ammettendo comunque alla gara l'interessata, dal momento che quest'ultima ha consapevolmente dichiarato di voler subappaltare opere che non era in grado di eseguire direttamente, pur avendo il direttore tecnico della Società, in data 29 novembre 2007, eseguito il sopralluogo ed acquisito tutta la documentazione necessaria anche per quanto concerne la parte tecnica.

Infatti parte ricorrente ha affermato *“di aver preso conoscenza della natura dell'appalto e di tutte le circostanze generali, particolari e locali (...)”* ed attestato *“di aver effettuato uno studio approfondito del progetto”*, come richiesto dalle lettere “M” e “N” del disciplinare di

gara, sicchè la stessa era ben a conoscenza delle lavorazioni speciali che risultavano inserite nella categoria OG11.

Per le suesposte argomentazioni, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono, comunque, giuste ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente ordinanza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio dell'11 dicembre 2008.

Italo Riggio - Presidente

Maria Luisa De Leoni - Consigliere estensore