

Appalti - Differenza fra avvalimento e subappalto - Decisione del Consiglio di Stato del 20/6/2011, n.3698

Autore:

In: Appalti pubblici

N. 03698/2011REG.PROV.COLL.

N. 04044/2010 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 4044 del 2010, proposto da:

Impresa De Ricorrente Pantaleo in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria ATI con Ricorrente 2 Srl, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Laura Mantegazza .24;

contro

Provincia di Lecce, rappresentata e difesa dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Fulcieri P. De Calboli 9;

nei confronti di

Controinteressata Srl Immobiliare Costruzioni Controinteressata, appellante incidentale, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, corso Rinascimento, 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 01058/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RIUSO DEL VELODROMO DEGLI ULIVI DI MONTERONI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Lecce e di Controinteressata Srl Immobiliare Costruzioni Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2011 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, per delega dell'Avv. *****, ***** e *****, per delega dell'Avv. *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'appello portato oggi alla cognizione del Collegio è proposto dall'impresa ***** e si dirige contro la sentenza indicata in epigrafe del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sezione staccata di Lecce, la quale ha accolto un ricorso incidentale proposto dalla contro interessata e ha dichiarato inammissibile il ricorso ivi presentato dalla odierna appellante tendente all'annullamento dell'esclusione della stessa impresa dalla gara per l'affidamento di lavori di riuso del velodromo degli ***** di Monteroni.

2. La detta esclusione era stata disposta, in quanto l'ATI De Ricorrente aveva redatto la dichiarazione di impegno a conferire mandato collettivo speciale ad una delle imprese associate su un foglio aggiuntivo, inserendolo però, in violazione del bando di gara, nella busta contenente la documentazione

amministrativa, anziché in quella contenente l'offerta economica..

Nel giudizio avanti al TAR Puglia, Lecce, si costituiva, oltre alla Provincia di Lecce, la contro interessata Controinteressata s.r.l. che proponeva ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, evidenziando altre cause di esclusione non rilevate dal seggio di gara, al fine di fare dichiarare il ricorso inammissibile

Il TAR esaminava prioritariamente il ricorso incidentale della Controinteressata s.r.l. e lo accoglieva, ritenendo fondata la censura secondo la quale, premesso che l'ATI ricorrente è verticale di tipo misto - ove il rapporto attinente alle categorie prevalenti è di tipo orizzontale - , in applicazione all'art. 37, comma 6, del d.lgs. 163/06, la classificazione nella categoria prevalente deve essere posseduta dalla mandataria, ***** , per l'importo relativo alla percentuale di lavorazioni effettivamente da eseguire dalla stessa impresa,fermo restando il possesso della classificazione per l'importo dei lavori della categoria prevalente in capo alle imprese associate per l'esecuzione degli stessi lavori.

Il TAR con la sentenza appellata riteneva fondato il detto profilo del ricorso e per l'effetto dichiarava inammissibile il ricorso principale

3. L'appellante, premesso di avere per errore inserito la dichiarazione di volersi riunire con le altre imprese del raggruppamento nella busta contenente i documenti, anziché in quella contenente l'offerta economica, formula il seguente motivo di appello:

Violazione del bando ed errore di presupposto; in quanto il raggruppamento poteva essere al massimo un raggruppamento verticale misto, eseguendo i lavori scorporati la mandataria, mentre la mancanza di qualificazione della medesima mandataria nella misura del 51% della categoria principale è coperta dalla dichiarazione di subappalto, oltre al fatto che la dichiarazione della volontà di raggrupparsi non poteva ritenersi dalle norme di bando da inserirsi soltanto nella busta contenente l'offerta, e, se qualora ciò fosse, sarebbero illegittime le medesime norme di bando.

Si oppone all'appello la Immobiliare Costruzioni Controinteressata s.r.l. e ne chiede la reiezione, contro deducendo puntualmente e riproponendo le ulteriori, originarie, censure incidentali (assorbite dal TAR).

Si costituisce in giudizio e si oppone all'appello, presentando memoria, anche la Provincia di Lecce, che tra l'altro ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, in relazione alla sopravvenuta aggiudicazione definitiva della gara..

L'appellante presenta una successiva memoria illustrativa, con la quale, ulteriormente argomentando, insiste per l'accoglimento dell'appello.

La causa passa in decisione alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2011.

DIRITTO

Considerata la peculiarità della vcontrointeressatanda contenziosa all'esame del Collegio, lo stesso ritiene opportuno nella specie procedere, innanzitutto, all'esame dell'appello principale.

Questo è infondato.

Anche a non volere considerare come determinante, ai fini della esclusione, il possesso in capo alla mandataria ***** di una qualificazione in categoria OG1 pari all'intero importo dei lavori, sembrano decisivi i rilievi del TAR secondo cui:

- essa si era

impegnata ad eseguire il 51% della categoria di lavorazioni OG1, poste a base di gara, che corrisponde ad un importo complessivo pari ad euro 621.896,16, mentre la certificazione OG1 di II classifica della quale è in possesso le conferisce una qualifica limitata a lavorazioni per un importo massimo di euro 516.457,00, che, incrementato del quinto, ai sensi dell'art. 3, comma 2 del d.P.R. n. 34/00, risulterebbe pari a euro 619.748,40, comunque sempre inferiore a quello necessario;

-a ciò si aggiunga che già in base a quanto disposto dall'art. 37 comma 13, d.lg. n. 163 del 2006 deve ritenersi sussistente un principio di «stretta consequenzialità» fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo, percentuale di esecuzione dei lavori in appalto e qualificazione dell'impresa. Pertanto, la partecipazione alla procedura indetta per l'affidamento della realizzazione di opere pubbliche delle associazioni temporanee è comunque subordinata alla condizione che la mandataria e le altre imprese associate siano in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale (Consiglio Stato, sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6493). Proprio al fine di impedire la verifica di situazioni distorsive degli ordinati assetti concorrenziali, si palesa, infatti, imprescindibile l'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti .

- conseguentemente, la impresa De Ricorrente in quanto sprovvista della qualificazione necessaria richiesta per la partecipazione, a norma dell'art. 37, citato, e dell'art.40 del d.lgs. n. 163/06, andava esclusa dalla gara.

Sul punto l'appellante rileva che nella dichiarazione di associazione le imprese dell'ATI De Ricorrente avevano dichiarato di volere subappaltare in particolare i lavori della OG1 secondo quanto previsto nella normativa vigente e quindi entro il limite massimo del 30%, da considerare in detrazione rispetto all'entità dei lavori, per i quali era richiesta la qualificazione delle associate nella categoria OG1.

La tesi non è condivisibile.

Anzitutto il bando di gara, con previsione non espressamente impugnata in parte qua, prevedeva la subappaltabilità delle sole opere rientranti nella categorie scorporabili OS 26 e OG11 e non anche per la categoria OG 1, richiedendo nel contempo il possesso in capo alle concorrenti di tutte le qualificazioni richieste (punto 7 del bando di gara). Il che corrisponde al principio di coerenza tra quota di partecipazione della impresa al raggruppamento, categoria di qualificazione e percentuale di esecuzione dei lavori.

D'altra parte l'appellante sembra confondere il possesso di un requisito (nel caso di specie il possesso del 51% della qualificazione per la categoria prevalente), che poteva essere integrato mediante avvalimento, se consentito dal bando, con la possibilità di prevedere un subappalto.

Quest'ultimo, consentito dall'art. 118 del d.lgs. n.163/2006 per la categoria prevalente nella misura massima del 30%, rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l'eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante.

Questi, come si è detto, può integrare, nel caso ciò non sia vietato dal bando, le proprie carenze in materia di requisiti mediante il cosiddetto avvalimento, che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara, ma il subappalto è, invece, altra cosa rispetto all'avvalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al solo fine della esecuzione dei lavori, e che avrà eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà, dopo la stipulazione del contratto appaltatore, potendo, solo a partire da quel momento procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto.

Altra ragione che milita nel distinguere nettamente la figura del subappalto da quella dell'avvalimento, è che lo stesso subappalto, benché previsto in via preliminare, determina solo una possibilità di dargli corso, per cui, trattandosi di un'evenienza puramente eventuale, non si vede come si possa considerare

integrativa della carenza dei requisiti del concorrente, il quale potrebbe poi non dare corso al subappalto.

Le motivazioni di cui sopra sono sufficienti per individuare una carenza di requisito dell'appellante che può così considerarsi legittimamente escluso dalla gara, potendo esimersi il Collegio dall'esaminare le altre censure che, anche se fondate, non potrebbero comunque essere utili all'appellante.

Infondato, per le ragioni predette, l'appello principale, l'appello incidentale è conseguentemente, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Assorbita ogni altra questione, le spese di giudizio del presente grado possono, però, in considerazione della particolarità della controversia azionata, essere integralmente compensate fra le parti in lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

Rigetta l'appello principale

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/appalti-differenza-fra-avvalimento-e-subappalto-decisione-del-consiglio-di-stato-del-2062011-n-3698/>