

Publicato il 08/03/2017

N. 00328/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00053/2017 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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 53 del 2017, proposto da:
Sintexcal Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Mischi, Andrea
Corinaldesi, con domicilio eletto presso l'avv.to Elia Dogliani in
Torino, via Aglietta, 7;

contro

Comune di Collegno e Centrale Unica di Committenza Comune di
Collegno e San Gillio c/o Comune di Collegno, in persona del
sindaco e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Matteo Paschero, domiciliato ex art. 25 cpa presso
T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Massano S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non
costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale della seduta di gara del 2/12/2012 con cui il seggio di gara ha disposto l'esclusione della Sintexcal s.p.a. - per essere stata indicata da altri concorrenti nella terna dei subappaltatori - con verbale non comunicato alla Sintexcal S.p.A.;
 - della comunicazione a mezzo PEC del 28/12/2016 con cui il Comune di Collegno, in risposta alla richiesta di riammissione alla gara formulata da Sintexcal S.p.A., ha definitivamente disposto l'esclusione della Sintexcal S.p.A., con ulteriori motivazioni, dalla gara per l'esecuzione dell'appalto di manutenzione del suolo e sottosuolo pubblico, ristrutturazioni e pavimentazioni stradali e di manufatti stradali presenti sul territorio a seguito di manomissioni eseguite da privati ed enti di servizio pubblico;
 - della lettera di invito, in quanto atto presupposto, nella parte in cui disponeva che nella documentazione amministrativa fosse inclusa: «A) l'attestazione in bollo), redatta secondo il Mod. A), di aver esaminato gli elaborati progettuali e di aver preso conoscenza delle condizioni e di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione del contratto, comprensiva, a pena di esclusione, dell'indicazione ai sensi dell'art 105 comma 6 D.lgs. 50/2016 della terna degli eventuali subappaltatori»;
 - di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, successivo, connesso e/o collegato, anche al momento non conosciuto;
- nonché per la condanna
della Centrale di committenza Comune di Collegno e Comune di San Gillio al risarcimento del danno prioritariamente in forma specifica

ovvero per equivalente nella misura che risulterà in corso di causa, anche determinato in via equitativa, oltre a rivalutazione e interessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Collegno e Centrale Unica di Committenza Comune di Collegno e San Gillio c/o Comune di Collegno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2017 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Sintexcal s.p.a. ha impugnato il provvedimento con il quale l'amministrazione resistente la ha esclusa dalla gara di appalto per la manutenzione di suolo e sottosuolo pubblico, ristrutturazioni e pavimenti stradali per il biennio 2016-2017, gara dell'importo complessivo di € 640.200,00, oltre IVA. L'amministrazione ha disposto l'esclusione della ricorrente rilevando come la stessa, oltre a partecipare alla gara quale concorrente in proprio, fosse stata anche indicata quale subappaltatrice dai concorrenti Tirri Felice s.r.l. e Ronchetta & C. s.r.l. La stazione appaltante ha escluso sia la Sintexcal sia le altre due concorrenti con la seguente motivazione: "la circostanza crea un effetto distorsivo sulla regolarità della procedura di affidamento, alterando la competizione, integrando un fattore di rischio cui l'amministrazione non può esporsi. L'indicazione dei

subappaltatori ai sensi dell'art. 105 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 – espressamente prevista per l'appalto in esame a pena di esclusione in sede di lettera di invito – costituisce, infatti, una più puntuale definizione dei principi generali dell'appalto pubblico, tra i quali quello inerente alla segretezza delle offerte nel rispetto della concorrenza e della par condicio. L'eventuale e potenziale conoscenza delle rispettive offerte potrebbe determinare comportamenti anticoncorrenziali che la stazione appaltante è tenuta a precludere, onde evitare una lesione concreta della procedura. La contestuale presenza –nella medesima gara – di soggetti che vi accedono, seppur a diverso titolo, è un elemento negativo rispetto ai principi di trasparenza e parità di condizioni che debbono essere sempre assicurati nelle procedure concorsuali e non garantisce la presenza di offerte indipendenti e segrete, a comprova della fondatezza dell'esclusione disposta.”

Con successiva lettera del RUP, a fronte delle contestazioni mosse in sede procedimentale, la stazione appaltante ha precisato che la disposta esclusione doveva essere inquadrata nella previsione di cui all'art. 80 comma 5 lett. m) del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui deve essere escluso l'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, “in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

A fronte di siffatta esclusione la ricorrente lamenta una violazione dei principi di parità di trattamento e legittimo affidamento, evidenziando che la stazione appaltante - pur avendo prescritto nella

legge di gara l'obbligo di indicazione, a pena di esclusione, dei subappaltatori - non ha vietato di concorrere in proprio a chi fosse indicato quale subappaltatore, né ha vietato che più imprese indicassero il medesimo subappaltatore. La stazione appaltante avrebbe quindi disposto una esclusione in assenza di puntuale prescrizione nella legge di gara.

Si lamenta inoltre una violazione degli artt. 80 co. 5 lett. m) del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 della legge n. 241/90. La ricorrente ha infatti partecipato alla gara su invito, ignorando l'identità degli altri concorrenti; essa sarebbe poi stata indicata a propria insaputa quale subappaltatore; in ogni caso la partecipazione in qualità di subappaltatore o concorrente avviene a diverso titolo giuridico e non comporta violazione della segretezza delle offerte; sotto altro profilo, si afferma che sarebbe onere, gravante sulla stazione appaltante, dimostrare la sussistenza di un unico centro di imputazione riferibile a diverse offerte.

Si censura altresì in ricorso l'incompetenza del soggetto che ha disposto l'esclusione; a fronte delle difese sul punto svolte dalla stazione appaltante la censura è stata sostanzialmente abbandonata.

Da ultimo si lamenta che la motivazione spesa dalla stazione appaltante per disporre l'esclusione sarebbe contraddittoria ed errata in fatto e diritto e che la prescrizione della legge di gara, che avrebbe imposto l'individuazione di subappaltatori, sarebbe nulla in quanto avrebbe trasformato una facoltà dei concorrenti in un obbligo, in violazione del principio della libera iniziativa economica.

Si è costituita la stazione appaltante contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso ed evidenziando come l'eventuale riammissione in gara della ricorrente indurrebbe la stazione

appaltante a riammettere anche gli ulteriori due concorrenti contestualmente esclusi (pur se i medesimi non hanno proposto ricorso); tanto comporterebbe un esito della gara incerto per la ricorrente, considerato che non è dato sapere il contenuto delle offerte delle altre concorrenti escluse.

All'udienza del 28.2.2016 la causa è stata discussa e decisa nel merito. La legge di gara ha pacificamente imposto ai concorrenti, a pena di esclusione, di dichiarare immediatamente eventuali subappaltatori, nel numero massimo di tre per categoria o lavorazione.

In sostanza la stazione appaltante, benchè si tratti di gara sotto-soglia, ha liberamente scelto di imporre un maggior rigore nella gestione dei subappalti, secondo uno schema oggi espressamente previsto per le gare sopra-soglia comunitaria. La scelta risulta conforme a quanto previsto dall'art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui: "la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35".

Non è condivisibile la forzata lettura che della legge di gara si propone con l'ultimo motivo di ricorso. La legge di gara, infatti, non obbligava affatto a subappaltare; essa si limitava a imporre, a quei concorrenti che liberamente intendessero farlo, di dichiarare immediatamente l'identità dei futuri subappaltatori.

L'esclusione della Sintexcal e delle altre due concorrenti è stata disposta, prima ancora dell'apertura delle offerte, sulla base della circostanza che lo stesso soggetto si è palesato nella gara in un caso come concorrente e in due altri casi come subappaltatore. E' pacifico che la legge di gara, pur imponendo l'indicazione dei subappaltatori, non prevedeva siffatta evenienza quale causa di esclusione, né

stabiliva un divieto per lo stesso soggetto di concorrere in più vesti. Neppure siffatto divieto è previsto dalla legge, in analogia a quanto invece disposto, ad esempio, per gli ausiliari o i componenti il raggruppamento temporaneo di imprese.

La stazione appaltante ha ricondotto la causa di esclusione all'art. 80 comma 5 lett. m), ritenendo in sostanza che la partecipazione di uno stesso soggetto, se pure a diverso titolo, a tre offerte possa integrare una forma di collegamento/controllo sostanziale tra concorrenti, idonea ad alterare la concorrenza ed a comportarne *ex se* l'esclusione.

Sul punto ritiene il collegio che l'evocata disposizione dell'art. 80 comma 5 lett. m) non possa che essere letta alla luce della giurisprudenza comunitaria in materia, anche per quanto concerne il rapporto con il recente obbligo di immediata individuazione dei subappaltatori.

L'esclusione discende infatti, nel caso concreto, da un obbligo imposto dalla legge di gara; poiché tuttavia siffatto obbligo mutua analogo previsione normativa, di derivazione comunitaria, prevista per le gare sopra-soglia non può che essere interpretato in senso coerente alle disposizioni che intende evocare.

Si legge nella pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22.10.2015 in causa C-425/14, Edilux, che è contrario al principio di proporzionalità imporre ad un concorrente l'obbligo di dichiarare a pena di esclusione che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara; secondo la Corte di giustizia, infatti, tale assoluto divieto implica una "presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione

tra le due imprese interessate, senza possibilità di dimostrare il contrario.” La soluzione, per la Corte, eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi.

La decisione citata è stata resa nel vigore della direttiva 2004/18/UE e deve essere contestualizzata alla luce della direttiva 2014/24/UE, la quale ha parzialmente mutato prospettiva in tema di subappalti; la più recente direttiva ha infatti introdotto la facoltà (utilizzata dal legislatore nazionale) per gli Stati membri di imporre ai concorrenti di dichiarare immediatamente i soggetti ai quali, nel prosieguo della gara, intendono subappaltare determinate lavorazioni.

Il subappalto è oggetto di particolare attenzione nella più recente normativa, poiché ritenuto fase dell'esecuzione dei lavori pubblici particolarmente sensibile rispetto a potenziali attività illegali; si legge nel considerando 105 della direttiva 2014/24/UE che è “necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto”.

La normativa nazionale, esplicitando l'onere di indicazione del subappaltatore sin dalla fase di presentazione dell'offerta, muta in parte il significato del subappalto da mera problematica esecutiva (del tutto successiva alla formazione dell'offerta) ad elemento che in qualche modo caratterizza l'offerta sin dal suo palesarsi.

La previsione normativa non può infatti avere il solo fine di indurre un immediato controllo sui requisiti generali di partecipazione in capo ai subappaltatori da parte della stazione appaltante.

Così riduttivamente interpretata, infatti, la norma rischierebbe di tradursi in un inutile aggravamento procedimentale.

Se infatti da un lato l'indicazione dei subappaltatori obbliga la stazione appaltante a verificare immediatamente che costoro possiedano i requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche, dall'altro, ai sensi dell'art. 105 del nuovo codice, tale verifica dovrà essere ripetuta all'atto di effettiva stipulazione/autorizzazione del contratto di subappalto; in sostanza la prima pur doverosa verifica non preclude (come giusto che sia, considerato anche che le condizioni dei subappaltatori possono mutare nel tempo) la necessità di una ulteriore verifica all'atto di stipulazione del contratto di subappalto. D'altro canto la verifica svolta al momento di ammissione dell'offerta, nella prospettiva del subappalto, potrebbe anche rivelarsi inutile, andando ad interessare un soggetto indicato come subappaltatore facoltativo che, concretamente, potrebbe non venire mai chiamato ad operare in cantiere.

In siffatto contesto affinché l'onere di immediata indicazione del subappaltatore non si traduca in una mera inutile ripetizione di procedure di controllo (in parte anche potenzialmente inutili) non può che attribuirsi a tale onere anche un significato in termini di trasparenza immediata circa le modalità anche di composizione delle offerte da parte dei concorrenti.

Se tanto pare coerente con il nuovo quadro normativo resta, a parere del collegio, non conforme al principio di proporzionalità desumerne l'automatica esclusione di un concorrente che risulti anche indicato da altri quale subappaltatore, tanto più che l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica. Nel caso di specie

la ricorrente sostiene infatti di essere stata indicata quale subappaltatore a propria insaputa; quale che sia la verosimiglianza di tale assunto resta vero che l'indicazione di un soggetto come subappaltatore non implica necessariamente il suo formale coinvolgimento.

In siffatto contesto l'esclusione automatica esorbita dal principio di proporzionalità. La presenza del medesimo soggetto nell'ambito di più offerte può costituire mero sintomo di collegamento tra le offerte e di dubbia trasparenza delle stesse (tanto più che, secondo la difesa della stazione appaltante, in questo caso si tratterebbe di subappalto necessario; la circostanza non è tuttavia menzionata nei provvedimenti impugnati) ma, quale mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti. Come infatti chiarito nella sentenza Edilux l'esclusione automatica "costituisce una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto."

Ritiene in definitiva il collegio che l'esclusione, automaticamente disposta, ecceda il principio di proporzionalità, pur essendo la circostanza rilevata dall'amministrazione non totalmente neutra e valutabile in un complessivo quadro indiziario.

La domanda deve quindi trovare accoglimento, con annullamento degli atti impugnati ed onere della stazione appaltante di riammettere la ricorrente in gara rinnovando il prosieguo della procedura.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paola Malanetto

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO