



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 la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1766 del 2020, proposto da
Impresa A.C.V. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati ...

contro

Ferrovienord S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato ...

per l'annullamento

- della nota prot. U.0006529 in data 22 settembre 2020, con cui Ferrovienord S.p.A. ha
comunicato l'esclusione dell'ATI ricorrente dalla procedura ristretta n. 352/2020, per
l'affidamento delle opere viarie afferenti al PIV (Piano Intercomunale della Viabilità), tratta B2,
sistema APL, intervento 35, tangenziale nord di Cesano Maderno, nei comuni di Cesano
Maderno e Seveso, CIG: 8370220C0B;

- del relativo provvedimento di esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara;

- della lettera di invito prot. U.0005189 in data 20 luglio 2020, e in particolare degli art. 6 e 7.2,
se interpretati nel senso di imporre ai concorrenti, quale requisito a pena di esclusione, il
possesso dell'attestazione SOA OG10;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi ai precedenti, ivi inclusa la
nota prot. U. 0007198 in data 15 ottobre 2020, con la quale Ferrovienord ha respinto l'istanza
di riammissione formulata dall'ATI;

e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno derivante all'ATI ricorrente dalla denegata
esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Ferrovienord S.p.A.;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, come convertito nella L. 18 dicembre 2020 n. 176;

Visto l'art. 28 del D.L. 30 aprile 2020, come convertito nella L. 25 giugno 2020 n. 70;

Relatore la dott.ssa Valentina Mameli nella camera di consiglio del 9 giugno 2021 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020 e come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera in data 20 luglio 2020 Ferrovienord S.p.A. ha invitato la ricorrente a partecipare alla procedura ristretta, indetta ai sensi dell'art. 134 del D.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento delle opere viarie afferenti al PIV (Piano Intercomunale della Viabilità), tratta B2, sistema APL, intervento 35, tangenziale nord di Cesano Maderno, nei comuni di Cesano Maderno e Seveso, con termine per la presentazione dei plichi il 14 settembre 2020.

1.1. Tra i requisiti di ammissione, per quanto qui rileva, si richiedeva il "*possesso delle ulteriori categorie SOA, come indicate al successivo paragrafo 7.2*", che indicava le seguenti lavorazioni e categorie di riferimento:

- sistema – opere civili in presenza di esercizio ferroviario (categoria prevalente);
- OS21 – opere strutturali speciali (opere scorporabili a qualificazione obbligatoria);
- OS21 – lavori in terra (opere scorporabili senza qualificazione obbligatoria);
- OS29 – armamento ferroviario (opere scorporabili senza qualificazione obbligatoria);
- OG10 – impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua ed impianti di pubblica illuminazione (opere scorporabili a qualificazione obbligatoria).

1.2. Sempre il par. 7.2 prevedeva la possibilità di subappalto "*nei limiti del 40% dell'importo complessivo del contratto*".

2. ACV s.r.l. e Civelli Costruzioni s.r.l. presentavano offerta in ATI costituenda, entro i termini indicati dagli atti di gara.

2.1. Come evidenziato nella dichiarazione d'impegno la mandante Civelli Costruzioni s.r.l. si assumeva l'esecuzione delle opere di categoria OS21, e la mandataria di tutte le restanti.

2.2. L'ATI dichiarava l'intenzione di subappaltare parte delle lavorazioni per la categoria prevalente (entro il limite del 40%) e parte delle lavorazioni per le categorie scorporabili, entro

il limite complessivo del 30% (testualmente “*dichiarano di voler subappaltare le seguenti opere: ...opere categoria OS21, OS1, OS29, OG10 entro il limite del 30%*”).

2.3. Ferrovienord con nota del 22 settembre 2020 disponeva l'esclusione dell'ATI ricorrente dalla procedura per mancato possesso dei requisiti di partecipazione, rilevando che “*il raggruppamento non risulta in possesso di qualificazione in categoria SOA OG10, prevista a qualificazione obbligatoria nella richiesta d'offerta*”, non potendo soccorrere la dichiarazione di subappalto, in quanto l'ATI si sarebbe riservata il subappalto della categoria OG10 per la sola quota del 30%.

3. L'esclusione veniva impugnata da ACV s.r.l. con il ricorso indicato in epigrafe, chiedendo l'annullamento, previa tutela cautelare.

3.1. Si costituiva in giudizio Ferrovienord s.p.a. resistendo al ricorso, di cui contestava la fondatezza con separata memoria.

3.2. Con n. 1367 del 9 novembre 2020 questo Tribunale respingeva la domanda cautelare.

3.3. In vista della trattazione nel merito le parti depositavano scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

3.4. Indi la causa veniva trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 9 giugno 2021 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020.

4. Il ricorso proposto è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) violazione dell'art. 105 e dell'art. 83 comma 9 del D.lgs. 50/2016, dell'art. 7.2 della lettera d'invito e del principio del *favor participationis* – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità manifesta: il motivo dell'esclusione riguarda solo la categoria OG10, il cui importo rappresenterebbe non solo poco più del 4% del valore totale dell'appalto, ma soprattutto meno del 10% del totale delle opere scorporabili. Non corrisponderebbe al vero che l'ATI avrebbe dichiarato l'intenzione di subappaltare la lavorazione OG10 solo nella misura del 30%. Ben diversamente, l'ATI avrebbe dichiarato di riservarsi di subappaltare il 30% di tutte le lavorazioni non prevalenti, intese nel loro complesso. Tale sarebbe il contenuto sostanziale della dichiarazione resa. In tal quadro, la dichiarazione di subappalto coprirebbe certamente l'intera lavorazione OG10 prevista nel contratto. In ogni caso, anche laddove la stazione appaltante avesse ravvisato un contenuto equivoco della dichiarazione, e anche laddove non avesse inteso interpretarla conformemente al principio del *favor participationis*, sarebbe stato possibile ricorrere al soccorso istruttorio;

II) in subordine: illegittimità del disciplinare, art. 7.2, e illegittimità derivata dell'esclusione per violazione dell'art. 108 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207 e dell'art. 105 del D.lgs. 50/2016 – eccesso di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza – violazione del principio di massima partecipazione – violazione del principio di proporzionalità: in via di estremo subordine la ricorrente ha eccepito l'illegittimità delle previsioni della *lex specialis* (art. 6 e 7.2 della lettera d'invito), nella parte in cui prevedono l'obbligatoria qualificazione per la categoria OG10. Trattandosi di lavorazioni aventi un'incidenza irrisoria nell'economia dell'appalto (4,81%) sul totale (400.000 € in un appalto di oltre 8 milioni), sarebbe abnorme la richiesta dell'attestazione SOA quale requisito di partecipazione.

5. In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla resistente per mancata tempestiva impugnazione del bando: a suo dire la previsione del possesso del requisito di qualificazione nella categoria SOA OG10 costituirebbe una clausola immediatamente escludente, atteso che, per come riconosciuto nello stesso ricorso, la ricorrente non è in possesso di tale qualificazione.

5.1. L'eccezione non può essere condivisa.

Invero con il chiarimento n. 3 l'Amministrazione ha precisato che *“La categoria OG10 è subappaltabile al 100%. Trattandosi di categoria a qualificazione obbligatoria il concorrente che non possiede qualificazione nella stessa è ammesso purché qualificato, per la categoria prevalente, con una classifica corrispondente all'importo dei lavori, compresi quelli riconducibili alla categoria in questione, e purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere ad essa riconducibili ad una impresa in possesso della relativa qualificazione”*.

Al mancato possesso del requisito si poteva quindi sopperire tramite il subappalto al 100%.

Non può quindi ritenersi che la clausola in questione del bando fosse immediatamente escludente.

5.2. Il ricorso pertanto va ritenuto ammissibile e può essere scrutinato nel merito.

6. Come già anticipato in sede cautelare il ricorso non è meritevole di accoglimento.

7. Il bando, al par. 6, prevede tra i requisiti di ammissione il possesso delle categorie SOA indicate al paragrafo 7.2 della lettera di invito, tra le quali la categoria OG10, relativamente ad opere scorporabili a qualificazione obbligatoria. Come sopra rilevato con il chiarimento n. 3 la stazione appaltante ha precisato che *“La categoria OG10 è subappaltabile al 100%”*.

8. Non è contestato che la ricorrente non sia in possesso della qualificazione per la categoria OG10.

8.1. Tant'è che la società ha partecipato dichiarando di voler subappaltare *“opere categoria OS21, OS1, OS29, OG10 entro il limite del 30%”*.

8.2. Tale dichiarazione, tuttavia, si presenta equivoca non garantendo la “copertura” del 100%. E d’altro canto l’affermazione, di cui al ricorso, secondo cui la dichiarazione di subappalto coprirebbe l’intera lavorazione OG10 è indimostrata in sede giudiziale e comunque non affatto evincibile dalla dichiarazione stessa.

8.3. Non convince la tesi della ricorrente secondo cui il subappalto necessario investirebbe le modalità di esecuzione della prestazione e rilevarebbe solo in quella fase. Scopo della dichiarazione di subappalto non sarebbe dunque quello di “garantire” alcunché: l’impegno a subappaltare parte delle opere si tradurrebbe in un onere da osservare in fase esecutiva, il cui rispetto dovrà essere accertato proprio in tale fase.

8.4. Il Collegio osserva che se la dichiarazione di subappalto non fosse idonea a garantire il possesso del requisito di qualificazione richiesto, la ricorrente, non possedendolo, non avrebbe potuto partecipare alla gara (ovvero avrebbe – in questo caso sì – dovuto impugnare tempestivamente la previsione del bando, in quanto escludente).

8.5. Ma a prescindere da tale rilievo, lo strumento del subappalto necessario o qualificante persegue l’obiettivo dell’apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici.

8.6. Nel caso di specie è richiesta la realizzazione degli impianti per la trasformazione di alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua e degli impianti di pubblica illuminazione. Tali opere rientrano nella previsione di cui all’art. 12 comma 2 lett. b) del D.L. 47/2014, per le quali quindi è richiesta la specifica qualificazione.

Va altresì aggiunto che ai sensi dell’art. 61 comma 2 del DPR n. 107/2010 (applicabile in virtù dell’art. 216 comma 14 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - il quale richiama la Parte II, Titolo III, del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, artt. da 60 a 96, imponendone l’applicazione sino all’intervento della nuova disciplina in materia di qualificazione prevista dall’art. 83 comma 2 del medesimo decreto legislativo n. 50/2016) *"La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara"*.

Alla luce della normativa di riferimento, dunque, la qualificazione abilita l’impresa a partecipare alla gara (oltre che ad eseguire i lavori). Laddove il mancato possesso della qualificazione possa essere sostituito dal ricorso al subappalto, è evidente che l’istituto rileva in sede di

partecipazione alla gara in quanto “sostitutivo” del requisito di qualificazione obbligatoria mancante.

8.7. Ora, nel caso di specie la dichiarazione ambigua della ricorrente non consente di soddisfare il possesso del requisito di ammissione di cui all'art. 6 della lettera di invito.

Tale *deficit* non era sanabile attraverso il soccorso istruttorio, non essendo invocabile tale istituto per integrare un requisito di qualificazione mancante (Consiglio di Stato sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036).

8.8. Il primo motivo di gravame va quindi respinto.

9. Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso.

La scelta di prevedere tra i requisiti di ammissione il possesso di una determinata categoria SOA rientra tra le scelte discrezionali della stazione appaltante, sindacabile solo in relazione a profili di irragionevolezza o sproporzione.

Nel caso di specie tali parametri non risultano violati, dovendosi considerare non già il corrispondente valore percentuale del valore dell'appalto o delle opere, bensì il fatto che, ai sensi dell'art. 12 comma 2 lett. b) del D.L. n. 47/2014, si tratta di opere che non possono essere eseguite da soggetto privo della relativa qualificazione.

10. In conclusione il ricorso non è fondato e va pertanto rigettato.

11. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento, a favore di Ferrovienord s.p.a., delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila), oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore