

N. 00011/2015REG.PROV.COLL.

N. 00007/2015 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 7 del 2015 di A.P., proposto da RITONNARO COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2,

contro

- la PROVINCIA DI SALERNO, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita;
- il MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, in persona del Ministro *pro tempore*, e il PROVVEDITORATO INTERREGIONALE PER LE OPERE PUBBLICHE PER LA CAMPANIA E IL MOLISE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

- SCHIAVO & C. S.p.a. e R.D.R. S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Taranto, 18,

avverso e per la riforma,

previa sospensione dell'esecuzione,

della sentenza del T.A.R. della Campania, Sez. Staccata di Salerno, Sezione Prima, n. 1935/2014, con la quale è stato accolto il ricorso della società Schiavo & C. S.p.a. contro il decreto del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e il Molise prot. nr. 0016003 del 20 maggio 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto per i lavori di "Risanamento ambientale dei corpi idrici superficiali della Provincia di Salerno – Comparto Attuativo n. 4 – Area Fiumariello, Lambro e

Mingardo” in favore dell’a.t.i. Ritonnaro Costruzioni S.r.l. – Degremont S.p.a. e, nel contempo, è stato respinto il ricorso incidentale dell’odierna appellante contro l’a.t.i. Schiavo & C. S.p.a. – R.D.R. S.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni statali intimate e delle società Schiavo & C. S.p.a. e R.D.R. S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 27 febbraio e 28 settembre 2015), dall’Amministrazione (in data 21 settembre 2015) e dalle appellate (in date 24 gennaio, 21 febbraio e 21 settembre 2015) a sostegno delle rispettive difese;

Vista la sentenza-ordinanza della Sezione Quinta nr. 3069 del 17 giugno 2015, con la quale la causa è stata rimessa all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all’udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2015, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l’avv. Lentini per la appellante, gli avv.ti Brancaccio e La Gloria per le appellate e l’avv. dello Stato Vessichelli per l’Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L’odierna appellante, Ritonnaro Costruzioni S.r.l., ha partecipato, in r.t.i. con la società Degremont S.p.a., alla gara indetta dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e il Molise, con bando del 18 settembre 2013, per l’affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di *“Risanamento ambientale dei corpi idrici superficiali della Provincia di Salerno – Comparto Attuativo n. 4 – Area Fiumariello, Lambro e Mingardo”*, per un importo a base d’asta di € 9.483.789,20.
2. All’esito della procedura competitiva, in data 20 maggio 2014 è stata disposta l’aggiudicazione definitiva in favore dello stesso r.t.i. Ritonnaro Costruzioni – Degremont.
3. Le società Schiavo & C. S.p.a. e R.D.R. S.r.l., a loro volta in r.t.i., classificatesi seconde, hanno impugnato il detto decreto di aggiudicazione definitiva dinanzi alla Sezione di Salerno del T.A.R. della Campania.
4. Con la sentenza oggetto dell’odierna impugnazione, il T.A.R. adito, dopo aver respinto il ricorso incidentale proposto da Ritonnaro Costruzioni S.r.l., ha accolto l’impugnativa principale, ritenendo fondata e assorbente la censura afferente alla mancata indicazione, da parte dell’aggiudicataria, del nominativo del subappaltatore in relazione alle lavorazioni a qualificazione obbligatoria (OG7, OG11

e OS23) per le quali la stessa risultava priva di qualificazione ed aveva dichiarato l'intento – appunto – di subappaltare le relative prestazioni.

5. Con l'appello qui proposto, l'originaria ricorrente ha censurato la sentenza suindicata sulla scorta dei seguenti motivi in diritto:

I) *error in iudicando*; violazione di legge (art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, e art. 119 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207), violazione del disciplinare di gara (pag. 9): in relazione alla reiezione del primo motivo di ricorso incidentale, afferente alla violazione delle clausole di gara relative alla correzione delle categorie di lavori ed alla necessità di doppia sottoscrizione sulle stesse;

II) *error in iudicando*; violazione di legge (art. 46 del d.lgs. nr. 163/2006; indeterminatezza assoluta dell'offerta); violazione del disciplinare di gara (pagg. 9-10: contenuto busta "D"); eccesso di potere (difetto del presupposto, difetto di istruttoria, arbitrarietà): in relazione alla reiezione del motivo di ricorso incidentale afferente alla violazione della prescrizione di gara che richiedeva ai concorrenti di indicare un unico ribasso percentuale;

III) *error in iudicando*; violazione di legge (art. 38 del d.lgs. nr. 163/2006); violazione del disciplinare di gara (punti 4 e 12): in relazione alla reiezione del motivo di ricorso incidentale con cui era stata dedotta la violazione delle clausole di gara relative alle dichiarazioni da rendersi dal progettista;

IV) *error in iudicando* in relazione agli artt. 37 e 118 del d.lgs. nr. 163/2006 ed all'art. 92 del d.P.R. nr. 207/2010: in relazione all'erroneità dell'impostazione che reputa sempre necessario, allorché nell'appalto siano comprese lavorazioni a qualificazione obbligatoria per le quali il concorrente risulti sprovvisto dei relativi requisiti, che lo stesso, oltre a dichiarare espressamente di voler subappaltare dette prestazioni, indichi anche fin dal momento dell'offerta il nominativo del subappaltatore.

6. Si sono costituite le appellate e ricorrenti in primo grado, società Schiavo & C. S.p.a. e R.D.R. S.r.l., le quali, oltre a opporsi con diffuse argomentazioni all'accoglimento dell'appello, hanno riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. gli ulteriori motivi di ricorso articolati in primo grado, rimasti assorbiti nella sentenza impugnata.

7. Si sono altresì costituite le Amministrazioni statali, associandosi invece all'appello e instando per il suo accoglimento.

8. Alla camera di consiglio del 27 gennaio 2015, fissata per l'esame dell'istanza cautelare formulata in una all'appello, questa è stata differita sull'accordo delle parti, per essere abbinata alla trattazione del merito.

9. Le parti appellante e appellata hanno poi affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

10. All'esito dell'udienza pubblica del 10 marzo 2015, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato:

- ha, per un verso, definito parzialmente la controversia, respingendo i primi tre motivi di appello (e, quindi, confermando il giudizio di infondatezza del ricorso di primo grado);

- ha, invece, rimesso all'Adunanza plenaria la questione – decisiva ai fini dell'esame del quarto motivo d'appello, ed in relazione alla quale sussisteva contrasto in giurisprudenza – se, in ipotesi di gara d'appalto avente ad oggetto lavorazioni rientranti nelle categorie c.d. a qualificazione obbligatoria, il concorrente il quale risulti sprovvisto per esse dei necessari requisiti di qualificazione

sia tenuto sempre (e, dunque, anche qualora sia in possesso di qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto) non solo a dichiarare preventivamente l'intento di subappaltare le dette prestazioni, ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. nr. 163/2006, ma anche a indicare già in sede di offerta i nominativi delle imprese che saranno subappaltatrici.

11. Incardinato il giudizio dinanzi all'Adunanza plenaria, le parti hanno ulteriormente argomentato con memorie a sostegno delle rispettive tesi.

12. All'udienza del 7 ottobre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

13. Tutto ciò premesso, questa Adunanza plenaria ritiene di dover dare, alla questione circa la sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore da parte del concorrente a una gara d'appalto il quale, essendo sfornito dei requisiti per l'esecuzione di prestazioni a qualificazione obbligatoria, abbia dichiarato di volerle subappaltare, una risposta conforme a quella fornita con la sentenza nr. 9 del 2 novembre 2015, relativa ad identica questione di diritto esaminata nella medesima udienza.

In tale sede, è stato enunciato il principio di diritto secondo cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, del citato d.P.R. n. 207/2010, tanto discendendo da plurime considerazioni di ordine testuale, sistematico e logico.

14. In tal senso va decisa anche la questione sottoposta a questa Adunanza plenaria nel presente giudizio, con conseguente restituzione della causa alla Sezione V per l'ulteriore corso (e, segnatamente, per l'esame dei motivi di ricorso di primo grado ritualmente riproposti dall'originaria ricorrente).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, formula il principio di diritto di cui in motivazione e restituisce gli atti alla Sezione V per ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2015

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

Il Dirigente della Sezione