

Pubblicato il 29/12/2021

N. 01122/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00509/2021 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2021, proposto da
Claf Sud Porte e Finestre di Capasso Francesco, in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

INPS, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso
dall'avvocato Alberto Fuochi, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia e con domicilio eletto in Genova, Piazza Borgo Pila 40 – Torre A,
presso la Direzione Regionale dell'Ente;

nei confronti

I.Co.Ser S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Carlo Comandé, Patrizia Saiya, Filippo Morici, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto attiene al ricorso principale:

- del Decreto del dirigente recante aggiudicazione dei Lavori di Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera c bis) del D.Lgs. 50/2016, mediante l'uso di procedura telematica del MEPA, volta all'affidamento dei lavori di Sostituzione tapparelle esistenti con schermature mobili compreso impianto di gestione e supervisione;
- dei Verbali redatti dalla Commissione di Gara in relazione alla modalità del calcolo della soglia di anomalia e comunque nella parte in cui escludono eventualmente ed automaticamente la ricorrente dalla procedura;
- del contratto stipulato tra la Amministrazione e la ditta contro interessata;
- dell'eventuale provvedimento di rigetto della informativa di ricorso;
- del Bando di Gara e disciplinare se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- di ogni altro provvedimento, connesso, collegato, propedeutico se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- della mancata rettifica della graduatoria da parte dell'INPS e del provvedimento di esclusione della ricorrente e se ed in quanto disposta;
- della Proposta di aggiudicazione a favore della ditta contro interessata;
- del silenzio sulle istanze presentate dalla ricorrente volte ad ottenere la rettifica della graduatoria;
- della determina n. 80 del 25.06.2021 emessa dall'INPS e recante aggiudicazione dei lavori a favore della controinteressata ICOSER s.r.l.;
- dell'eventuale provvedimento di esclusione;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato, con richiesta di conseguire l'aggiudicazione della gara e subentro nel contratto;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da I.Co.Ser S.r.l. il 14.07.2021:

- della Determinazione del Direttore regionale dell'I.N.P.S. – Liguria n. 80 del 25 giugno 2021 con la quale sono stati definitivamente aggiudicati i lavori di *“Sostituzione tapparelle esistenti con schermature mobili compreso impianto di gestione e*

supervisione (presso la sede della direzione provinciale I.N.P.S. di La Spezia) CIG 8114622DE6” alla I.CO.SER. S.r.l., nella parte in cui, tuttavia, non è stata disposta l’esclusione dalla procedura di gara della ditta Claf Sud Porte e Finestre di Capasso Francesco, per assenza in capo a quest’ultima di adeguata qualificazione SOA per l’esecuzione dei lavori nella categoria superspecialistica a qualificazione obbligatoria (SIOS) OS30 class. I;

- di tutti i verbali di gara relativi all’appalto indetto I.N.P.S. - Liguria per l’affidamento dei lavori di *“Sostituzione tapparelle esistenti con schermature mobili compreso impianto di gestione e supervisione (presso la sede della direzione provinciale I.N.P.S. di La Spezia) CIG 8114622DE6”*, nella parte in cui è stata ammessa l’offerta presentata ditta Claf Sud Porte e Finestre di Capasso Francesco;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I.Co.Ser S.r.l. e dell’INPS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2021 il dott. Alessandro Enrico Basilico e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, premettendo di aver partecipato alla gara per l’affidamento dei lavori di sostituzione delle tapparelle esistenti con schermature mobili, compreso l’impianto di gestione e supervisione, indetta dall’INSP mediante ricorso al MEPA, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, ha impugnato l’aggiudicazione disposta a favore della controinteressata, lamentando in particolare come la propria offerta sia stata esclusa per aver presentato il maggior ribasso, in (contestata) applicazione del meccanismo del c.d. “taglio delle ali”.

2. Si è costituito in giudizio l’INPS, resistendo all’impugnativa.

3. Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata aggiudicataria, chiedendo il rigetto dell'impugnativa e proponendo altresì ricorso incidentale "escludente".

4. Con ordinanza n. 189 del 2021, la domanda cautelare proposta dalla ricorrente principale è stata respinta.

5. Nel prosieguo del giudizio le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi.

6. All'udienza pubblica del 15.12.2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Ragioni di pregiudizialità logico-giuridica inducono a esaminare innanzitutto il ricorso incidentale, il quale è fondato su un unico motivo, con cui si deduce: violazione e falsa applicazione dell'art. 89, co. 11, del d.lgs. n. 50 del 2016, del d.m. n. 248 del 2016, dell'art. 61 del DPR n. 207 del 2010, dell'art. 105, co. 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 4, 7 e 12 del disciplinare di gara; eccesso di potere; illegittimità manifesta; violazione del principio di parità di trattamento.

In sostanza, la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa perché priva della qualificazione richiesta per l'esecuzione dei lavori rientranti nella categoria scorporabile di opere superspecialistiche a qualificazione obbligatoria (SIOS) OS30 class. I, carenza non superabile mediante ricorso al subappalto che, nella specie, era limitato al 30% dei lavori (pertanto, secondo la controinteressata, la società attrice avrebbe comunque dovuto eseguire in proprio il restante 70%, pur mancando della necessaria qualificazione SOA).

8. Il ricorso incidentale è fondato.

9. Ai sensi dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, *«i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro»* sono chiamati a provare il possesso dei requisiti di qualificazione, mediante apposita attestazione da parte delle società organismi di attestazione (SOA) autorizzate dall'ANAC.

Il successivo art. 89, co. 11, aggiunge che, qualora nell'oggetto dell'appalto rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (c.d. SIOS), non è ammesso l'avvalimento qualora queste abbiano un valore che superi il 10% dell'importo totale dei lavori.

Tra queste, il d.m. n. 248 del 10.11.2016 ricomprende la categoria OS30 *“Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi”*, la quale è peraltro inclusa tra quelle in cui i lavori non possono essere eseguiti direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo della specifica qualificazione richiesta, ai sensi dell'art. 12, co. 2, lett. b), del d.l. n. 47 del 2014 (conv. in l. n. 80 del 2014).

10. Nella gara in esame, il disciplinare stabiliva espressamente che, per l'esecuzione dei lavori elettrici e affini, il cui valore era indicato in 180.308,02 euro (e rappresentava quindi una quota superiore al 10% del valore totale a base di gara, quantificato in 616.000 euro), fosse necessario il possesso della qualificazione di cui alla categoria OS30-CL I, ed è stato dimostrato che la ricorrente ne era priva (si v. le relative attestazioni SOA, doc. 4 della controinteressata).

11. La ricorrente obietta che, avendo dichiarato che avrebbe subappaltato lavori per una quota pari al 30% del valore totale di quelli della categoria OS30, in realtà i lavori che avrebbe svolto in proprio, in quella categoria, avrebbero avuto un valore di 126.215,614 euro (pari al 70% del totale di 180.308,02 euro), dunque inferiore alla soglia di 150.000 che l'art. 84 del codice dei contratti pubblici individua quale limite il cui superamento rende necessario il possesso dell'attestazione di qualificazione.

12. La tesi, tuttavia, non è condivisibile.

Ai fini del rispetto della soglia in questione, si deve infatti considerare l'importo complessivo dei lavori afferenti alla relativa categoria, senza che questo possa essere ulteriormente frazionato mediante ricorso al subappalto e la divisione di un insieme omogeneo di opere tra diversi esecutori, perché,

altrimenti, verrebbe facilmente elusa la norma che impone l'obbligo di qualificazione.

Nella specie, quindi, la soglia è superata, perché, come si è detto, l'importo dei lavori elettrici e affini è pari a 180.308,02 euro, pertanto qualunque impresa si proponga di eseguirli in tutto o in parte a qualsiasi titolo – ossia quale appaltatore principale ovvero quale subappaltatore – è tenuta a possedere il requisito di qualificazione di cui alla categoria OS30-CL I.

13. Né si può sostenere che tali lavori siano liberamente subappaltabili, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sui limiti al subappalto: nella specie, infatti, la clausola del bando che limitava il subappalto al 30% delle opere non è stata specificamente impugnata e non può essere disapplicata dal giudice (sull'impossibilità di disapplicazione del bando di gara, che non è atto normativo bensì atto amministrativo generale, si v. TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 4191 del 2017 e sez. II, sent. n. 6480 del 2006, nonché, con specifico riferimento al contrasto con norme eurounitarie, TAR Sicilia, Catania, sent. n. 2350 del 2017).

14. La fondatezza del ricorso incidentale rende improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso principale, in quanto esso deduce censure che, se venissero accolte, non comporterebbero né l'esclusione dell'aggiudicatario, né la riedizione della gara, ma unicamente la correzione di una graduatoria dalla quale comunque la ricorrente rimarrebbe esclusa.

15. La particolare complessità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla gli atti impugnati nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente principale;
- dichiara inammissibile il ricorso principale;

- compensa tra tutte le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021
con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO