

Pubblicato il 17/12/2020

N. 08096/2020REG.PROV.COLL.
N. 00730/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 730 del 2020,
proposto da

Giulia Appalti s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Edil Legno s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

contro

Unione dei Comuni Alto Cilento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Di Marco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Adriano Tortora, in Roma, via Cicerone 49;

Comune di Agropoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

R&S Costruzioni Generali s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Leone, con domicilio

digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

Ditta Edil D'Aniello di D'Aniello Antonio, Costruzioni Vitale s.r.l., Edilservice s.r.l., Pravia s.r.l., Tema Impianti s.r.l., Cavin Group s.r.l., I.Me.Co. s.r.l., Italiana Costruzioni s.r.l., Edil Forte s.r.l., Kam Costruzioni s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 70/2020, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento dei lavori di costruzione di un edificio scolastico in località Mattine del Comune di Agropoli;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Alto Cilento e della R&S Costruzioni Generali s.r.l.s.;

Vista l'ordinanza cautelare del 21 febbraio 2020, n. 828;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il consigliere Fabio Franconiero, sulle note di udienza ex artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, depositate dalle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Giulia Appalti s.r.l.s. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sezione staccata di Salerno in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento degli atti della procedura indetta dall'Unione dei comuni Alto Cilento per l'affidamento in appalto dei lavori di costruzione di un edificio scolastico in località Mattine del Comune di Agropoli, di cui al bando pubblicato il 15 febbraio 2019.

2. L'appellante, classificatasi in raggruppamento temporaneo di imprese Edil Legno s.r.l. al dodicesimo posto della graduatoria, censura gli atti di gara, a partire dal bando, per non avere previsto tra i requisiti di qualificazione il possesso dell'attestazione SOA nella categoria OS32 – strutture in legno, di cui erano privi tutti i concorrenti che la hanno precedono in graduatoria. Secondo la Giulia Appalti tale qualificazione sarebbe stata nel caso di specie necessaria, perché il progetto a base di gara e i relativi allegati prevedono per la copertura dell'edificio scolastico una copertura in legno lamellare, per un valore di € 231.625,35 (così in particolare nel computo metrico estimativo, voce 17 a.p. 6), cui va sommata la relativa manodopera, per un ammontare di € 244.962,02 (come previsto nell'elaborato «*stima incidenza mano d'opera*»). Sulla base di tali dati, provenienti dalla stessa stazione appaltante, per l'appellante sarebbe integrato il presupposto della necessità di qualificazione degli operatori economici nella categoria specialistica OS32, per il superamento della soglia del 10% sull'importo dei lavori, nel caso di specie pari ad € 936.293,61, ai sensi degli artt. 83 e 109 del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

3. Per la Giulia Appalti sarebbe pertanto errata la decisione di rigetto del ricorso emessa dal Tribunale amministrativo, fondata sul presupposto che il valore della fornitura e posa in opera della copertura in legno lamellare ammonterebbe a soli € 82.921,87, ricavato sulla base della consulenza tecnica di parte controinteressata, ovvero l'aggiudicataria R&S Costruzioni Generali (tale dichiarata con determinazione n. 56 del 19 luglio 2019).

4. Sulle censure ora sintetizzate si fonda l'appello dell'originaria ricorrente, per resistere al quale si sono costituiti in giudizio l'Unione dei Comuni "Alto Cilento" e la controinteressata.

DIRITTO

1. Le contestazioni della Giulia Appalti nei confronti degli atti della procedura di affidamento in appalto dei lavori di costruzione dell'edificio scolastico in località Mattine del Comune di Agropoli svolta dall'Unione dei Comuni "Alto

Cilento”, nella quale si è classificata al dodicesimo e ultimo posto della graduatoria, vertono sul mancato scorporo dalla categoria prevalente OG11 (opere edili) della fornitura e posa in opera della copertura in legno lamellare dell’edificio scolastico nella categoria di lavori OS32, malgrado il relativo valore sia superiore al 10% di quello complessivo dell’appalto. Secondo l’originaria ricorrente il mancato scorporo avrebbe illegittimamente permesso la partecipazione alla gara di tutte le altre concorrenti, ivi compresa l’aggiudicataria, benché prive della qualificazione nella predetta categoria di lavori, e che pertanto avrebbero dovuto essere escluse.

2. Più nello specifico, con il primo motivo d’appello la Giulia Appalti contesta le ragioni a base del rigetto del ricorso, basate sul minore ammontare dei lavori relativi alla categoria OS32 di € 82.921,87, inferiore quindi al 10% del valore globale dell’appalto. Secondo l’originaria ricorrente questo ammontare sarebbe stato ricavato sulla base di un «*inammissibile spacchettamento*» di quello invece indicato nei documenti di gara operato dalla consulenza tecnica di parte dell’aggiudicataria R&S Costruzioni Generali, comunque inficiata da errori valutativi, che nondimeno la sentenza appellata ha fatto propria.

3. L’appellante ripropone quindi le censure imperniate sull’assunto secondo cui la categoria OS32 sarebbe a qualificazione obbligatoria, tale prevista dall’allegato A al regolamento di esecuzione di cui al citato d.P.R. n. 207 del 2010, per il quale opera la preclusione prevista dall’art. 109, comma 2, del medesimo regolamento, secondo cui «(n)on possono essere eseguite direttamente dall’affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni», le opere riconducibili al medesimo allegato A.

4. La Giulia Appalti sottolinea che le descritte caratteristiche delle strutture in legno riconducibili alla categoria OS32 sono state riprodotte nel codice dei contratti pubblici attualmente vigente, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. La società appellante richiama le seguenti disposizioni del codice: - l’art. 3, comma 1, lett. oo-ter), che definisce «*lavori di categoria scorporabile*», la categoria di lavori «*individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra*

quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11»;

- l'art. 89, comma 11, per il quale «*non è ammesso l'avalimento*» per «*lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*» pari ad oltre il 10% dell'importo totale;

- l'art. 105, comma 5, che per i medesimi lavori consente il subappalto nei limiti del 30% del relativo importo.

La Giulia Appalti richiama inoltre il decreto del ministro delle infrastrutture de 10 novembre 2016, n. 248 (*Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*), emanato in attuazione del citato art. 89, comma 11, il quale include la categoria OS32 tra quelle «*di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica*».

5. In conclusione, per l'appellante il bando di gara sarebbe illegittimo per non avere scorporato i lavori riconducibili a quest'ultima categoria e da ciò deriverebbe «*la ineseguibilità dell'appalto (...) da parte di operatori privi di detta qualifica obbligatoria*».

6. Così sintetizzate, le censure riproposte nel presente grado di giudizio sono innanzitutto ammissibili, contrariamente a quanto *ex adverso* eccepito. Come infatti deduce l'originaria ricorrente, la mancanza di un requisito di qualificazione nella normativa di gara non rientra tra le ipotesi che onerano l'operatore economico ad impugnare il bando di gara. Per la giurisprudenza amministrativa un simile onere è configurabile solo rispetto a clausole impeditive della partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), per l'immediata lesione che esse producono per l'aspirante concorrente, cosa che invece non si verifica laddove quest'ultimo dopo avere partecipato alla procedura di affidamento ne contesti l'esito finale, perché a suo dire determinato dall'illegittima altrui partecipazione. Al riguardo deve

precisarsi che quest'ultimo ordine di contestazioni può essere svolto tanto per la mancanza di un requisito di qualificazione previsto dalla normativa di gara, secondo quanto di frequente si registra nel contenzioso concernente le procedure di affidamento di contratti pubblici, quanto perché è la stessa normativa di gara a non prevedere un requisito che in tesi si assume dovuto, come invece è avvenuto nel presente giudizio, secondo la prospettazione dell'originaria ricorrente sopra sintetizzata.

7. Accertata dunque l'ammissibilità del ricorso, deve quindi darsi atto della correttezza dei rilievi critici della Giulia Appalti per il mancato scorporo delle opere di copertura dell'edificio scolastico oggetto di appalto rispetto a quelle appartenenti alla categoria prevalente OG1. Il valore di tale opere specialistiche è infatti desumibile dagli stessi documenti progettuali richiamati dalla Giulia Appalti, ovvero il computo metrico estimativo e l'elaborato «*stima incidenza mano d'opera*», in cui si attesta in modo convergente che la fornitura e posa della copertura in legno lamellare ha un valore di € 231.625,35 (nel secondo caso al lordo del costo della manodopera di € 9.737,10), superiore quindi al 10% dell'importo totale dei lavori, pari ad € 936.293,61.

8. Il dato proveniente dalla stessa stazione appaltante, che riconduce tale fornitura e posa nella categoria OS32 nel suo complesso, non può evidentemente essere superato dalle considerazioni tecniche del consulente della controinteressata R&S Costruzioni Generali, che invece la sentenza di primo grado ha ritenuto decisive per respingere le censure della Giulia Appalti. Come deduce quest'ultima tali considerazioni si fondano su un insostenibile ed irrazionale spaccettamento delle singole lavorazioni invece riconducibili all'unitaria categoria OS32 nella loro globalità, secondo le valutazioni svolte dal progettista dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, per accertare la correttezza in fatto delle deduzioni dell'originaria ricorrente non è necessario esaminare la consulenza tecnica invece depositata nel giudizio di primo grado da quest'ultima, in relazione alla cui tempestività

rispetto ai termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm. vi sono contestazioni dalle parti resistenti.

9. L'ulteriore conseguenza di quanto finora rilevato è che lo scorporo dei lavori riferibili alla categoria OS32 rispetto a quella prevalente OG1 era doveroso, ai sensi del sopra richiamato art. 3, comma 1, lett. *oo-ter*), e degli artt. 1, comma 3, e 2 comma 1, del parimenti menzionato d.m. n. 248 del 2016, i quali, rispettivamente, prevedono che le *«opere di cui al presente decreto sono scorporabili e sono indicate nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti a partecipare»* e includono tra quelle *«per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica»* la categoria OS32 (lett. q).

10. Dall'illegittimità del bando di gara deriverebbe l'ulteriore conseguenza voluta dall'odierna appellante dell'*«ineseguibilità dell'appalto (...) da parte di operatori privi di detta qualifica obbligatoria»*. Questa non è tuttavia predicabile nei confronti dell'aggiudicataria R&S Costruzioni Generali. Come infatti deduce quest'ultima, la medesima controinteressata è in possesso dell'attestazione SOA nella categoria OG1 per una classifica che copre l'intero importo dei lavori oggetto dell'appalto, ovvero la III-*bis*, che tenuto conto dell'aumento del quinto raggiunge la cifra di € 1.800.000, pari circa al doppio di quella stimata per l'appalto medesimo.

11. La qualificazione dell'aggiudicataria per una classifica superiore all'importo globale dei lavori consente dunque di ritenere applicabile la regola prevista dall'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010 (richiamata nel bando di gara), secondo cui *«Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente»*. Ciò avuto riguardo al fatto che diversamente da quanto sostiene l'appellante, la categoria OS32, benché inclusa dal d.m. n. 248 del 2016 tra le c.d. "superspecialistiche", nei confronti delle quali

l'avvalimento non è consentito ed è limitato al 30% del relativo valore il subappalto, nondimeno non rientra tra quelle "a qualificazione obbligatoria".

12. Deve sul punto precisarsi che in quest'ultima sono incluse le lavorazioni che *«non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni»*, ai sensi dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207, che a tal fine faceva rinvio all'allegato A al medesimo regolamento, in cui era (ed è tuttora) inclusa la categoria OS32. La disposizione regolamentare da ultimo menzionata è stata tuttavia annullata in sede straordinaria, con d.P.R. in data 30 ottobre 2013, reso conforme su parere dell'Adunanza della Commissione speciale di questo Consiglio di Stato del 26 giugno 2013, n. 3014. Per colmare il vuoto normativo così venutosi a determinare è stato emanato il decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 (*Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*; convertito dalla legge 23 maggio 2014, n. 80), il cui art. 12, comma 2, lett. b), ha reintrodotto le categorie di lavori a qualificazione obbligatoria. Sennonché tra queste non figura più la categoria OS32.

13. Ne segue che pur di natura superspecialistica i lavori concernenti le strutture in legno di cui alla categoria OS32 non sono a qualificazione obbligatoria, per cui in base all'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, tuttora vigente, in base alla norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, l'operatore economico privo della qualificazione in tale categoria scorporabile può nondimeno eseguire i lavori se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto, come appunto è nel caso di specie l'aggiudicataria R&S Costruzioni Generali.

14. L'appello deve quindi essere respinto, ma per la complessità delle questioni controverse si ravvisano giusti motivi ex art. 92 cod. proc. civ. per compensare le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di causa.

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

Così deciso nella camera di consiglio ex artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, del giorno 3 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO