

APPALTI: Consiglio di Stato - Sezione Quinta - Sentenza 10 marzo 2025, n. 1959, in Rivista Trimestrale degli Appalti n. 2 del 2025, pag. 159, con commento di I. Picardi: >>*Le formalità da seguire per il rilascio della dichiarazione di subappalto “facoltativo” “necessario”*>>, pag. 165.

Appalti -Possesso dei requisiti di qualificazione da parte dell’impresa aggiudicataria -Norme in materia di subappalto -Violazione -Incide solo sulla fase di esecuzione della commessa

La violazione delle norme in materia di subappalto incide soltanto sulla fase di esecuzione della commessa, ove il concorrente sia comunque in possesso dei requisiti di qualificazione onde poter eseguire i lavori oggetto di appalto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unica Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2025 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti l’Avv. Doschi, in sostituzione dell’Avv. Piselli, e dato atto della richiesta di passaggio in decisione formulata dall’Avv. Salvadori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto indetto per lavori di messa in sicurezza e bonifica di un’area industriale (ex Stabilimento SIF) sita nel Comune di Valle Lomellina (provincia di Pavia). Importo dell’appalto: oltre 2 milioni 159 mila euro. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Esiti della gara: prima classificata Prandelli punti 66,95; seconda classificata Unica punti 60,68.

2. La seconda classificata UNICA impugnava l’aggiudicazione dei suddetti lavori (in favore della prima classificata PRANDELLI) con ricorso dinanzi al TAR Lombardia che accoglieva il gravame per le seguenti ragioni: a) alcune importanti attività della commessa (progetto esecutivo demolizioni e direzione operativa di cantiere) sarebbero state affidate alla DEAM ossia una società di ingegneria esterna alla Prandelli (dunque non si trattava semplicemente di uno o più lavoratori autonomi); b) tra Prandelli e DEAM non sussiste alcuna relazione giuridica di collaborazione tipo raggruppamento societario, avvalimento, subappalto o prestazione di opera professionale; c) di qui la qualificazione in termini sostanziali, di tale medesimo rapporto, alla stregua di subappalto; d) di qui ancora la violazione delle norme in tema di subappalto (art. 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016, *ratione temporis* applicabile), atteso che la suddetta società DEAM non sarebbe stata espressamente indicata quale soggetto affidatario, per l’appunto in subappalto, delle attività sopra evidenziate; e) né si sarebbe potuta applicare l’esimente di cui all’art. 105, comma 3, dello stesso codice dei contratti (il quale prevede talune ipotesi di esclusione dal regime del subappalto e, tra queste, il ricorso a lavoratori autonomi) trattandosi nel caso di specie di soggetto imprenditoriale (ossia la società di ingegneria

DEAM) e non di meri liberi professionisti. Venivano infine espressamente assorbiti i restanti motivi di ricorso.

3. La sentenza di primo grado veniva impugnata per erroneità nella parte in cui sarebbe stato applicato ed interpretato in modo non corretto l'art. 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in particolare laddove è stato affermato che l'offerta dell'appellante "non sarebbe rispettosa della disciplina che regola il subappalto". In questi casi, infatti, carenti od erronee dichiarazioni di subappalto potrebbero soltanto determinare l'impossibilità di ricorrervi in fase di esecuzione e non anche l'estromissione del concorrente ove quest'ultimo risulti comunque in possesso di taluni requisiti di partecipazione. In ogni caso la DEAM sarebbe stata indicata soltanto in funzione di mero supporto alla progettazione relativa alle attività di demolizione.

4. Si costituiva in giudizio UNICA s.p.a. per chiedere il rigetto del gravame. La stessa UNICA riproponeva, ex art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi assorbiti e non altrimenti esaminati in primo grado e, in particolare:

4.1. Erroneità del punteggio attribuito alla Prandelli in ordine: a) al piano delle demolizioni, della sicurezza e dello smaltimento; b) al personale ed ai relativi *curricola*; c) alle modalità riguardanti la "rintracciabilità dei rifiuti". Erroneità, altresì, del punteggio assegnato ad UNICA in ordine alla disponibilità degli impianti per il trattamento dei rifiuti;

4.2. Violazione dei paragrafi 29.3. e 32.8. del disciplinare, il quale vieta la presentazione di offerte condizionate. Violazione questa che si sarebbe registrata, nel caso della offerta della Prandelli, nella parte in cui si condiziona l'attività di "riempimento" degli scavi ad uno specifico e futuro affidamento ulteriore da parte della stessa stazione appaltante;

4.3. Violazione art. 11 del capitolato in quanto mancherebbe la sottoscrizione del progettista in calce alla relazione allegata all'offerta tecnica;

4.4. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria nella parte in cui, con riguardo allo specifico parametro di valutazione su "bonifica amianto, demolizione impianti e edifici, scavo, movimentazione e stoccaggio rifiuti", alla Prandelli sono stati attribuiti 4,40 punti e non zero punti. Ciò a causa di alcune ritenute gravi lacune sulla gestione dei seguenti ambiti di attività: a) amianto; b) interferenze con i sottoservizi; c) interferenza con la linea ferroviaria; d) modalità di riempimento degli scavi di bonifica; e) rimozione delle ceneri;

4.5. Erroneità del punteggio assegnato in relazione al parametro "tracciabilità dei rifiuti", per cui la commissione di gara avrebbe dovuto assegnare zero punti;

4.6. Mancato accoglimento di richiesta istruttoria (verificazione o CTU).

5. Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2025 la causa veniva infine trattenuta in decisione.

6. Tutto ciò premesso, il primo ed unico motivo di appello proposto dalla PRANDELLI si rivela fondato dal momento che:

6.1. Secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. V, 30 giugno 2014, n. 3288; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224) la eventuale violazione delle norme in materia di subappalto incide soltanto sul divieto di ricorrere al subappalto stesso in fase di esecuzione della commessa, ove il concorrente sia comunque in possesso dei requisiti di qualificazione onde poter eseguire i lavori oggetto di appalto. In particolare è stato affermato dalla citata giurisprudenza che:

- la dichiarazione di subappalto *“deve contenere anche l’indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniquale volta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l’esecuzione delle lavorazioni oggetto dell’appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; id., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698). L’affermazione appare pienamente coerente con lo speculare e consolidato indirizzo giurisprudenziale che circoscrive i casi di legittima esclusione del concorrente autore di una incompleta o erronea dichiarazione di subappalto alle sole ipotesi in cui il concorrente stesso risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, mentre negli altri casi gli unici effetti negativi si avrebbero in fase esecutiva, sotto il profilo dell’impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato (cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; id., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696)”. Prosegue la stessa giurisprudenza affermando che: “La ratio di tale orientamento ... risiede nell’esigenza, ricavabile in via sistematica, che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall’inizio l’idoneità di un’impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l’apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l’aggiudicazione del contratto, mentre non può ammettersi che l’aggiudicazione venga disposta “al buio” in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l’amministrazione procedente che l’appaltatore così designato non onori l’impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (cfr., in particolare, Cons. St., n. 5900/2012 e*

2508/2012, citt.)” (così Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224);

- la *“irrituale o carente dichiarazione del soggetto concorrente in merito all’esercizio della facoltà di subappalto ... non avrebbe potuto condurre all’esclusione del raggruppamento ... dalla procedura, ma, in ossequio alla costante giurisprudenza relativa al cd. subappalto non necessario, alla concentrazione, in chiave esecutiva, degli obblighi prestazionali in capo al concorrente dotato ex se dei necessari requisiti di qualificazione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224, secondo cui “nelle gare pubbliche, la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce causa di legittima esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, atteso che al di fuori di tali ipotesi gli unici effetti negativi di una incompleta o erronea dichiarazione concernente il subappalto rilevano in fase esecutiva, precludendo al concorrente di ricorrere al subappalto”)”* (così Cons. Stato., sez. V, 30 giugno 2014, n. 3288).

6.2. Del resto, in questa stessa direzione l’art. 15 del disciplinare aveva espressamente stabilito che: *“I concorrenti che intendono fare ricorso al subappalto devono darne indicazione in sede di DGUE. Diversamente, non sarà possibile autorizzare in fase di esecuzione dell’Appalto eventuali istanze di subappalto”*. Come correttamente evidenziato dalla difesa di parte appellante ciò sta quindi a significare che, in caso di violazione delle formalità da seguire per subappaltare le attività di gara, l’unica conseguenza che il concorrente avrebbe potuto subire sarebbe stata quella del divieto di subappaltare e non certamente la sua estromissione dalla gara.

6.3. Pertanto, anche a voler ritenere inapplicabile l’esimente di cui all’art. 105, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (deroga alla disciplina sul subappalto riguardante i soli lavoratori autonomi e non anche i soggetti imprenditoriali):

6.3.1. Se il concorrente non avesse posseduto i necessari requisiti di partecipazione e di qualificazione professionale, la eventuale violazione della suddetta normativa (in tema di subappalto) avrebbe senz’altro comportato la sua esclusione dalla gara;

6.3.2. Se invece il concorrente avesse posseduto tali requisiti (o comunque laddove non fosse stato contestato, in sede procedimentale o giudiziale, un simile possesso) si sarebbe potuto allora procedere non alla sua esclusione ma soltanto al divieto di applicare il subappalto nella fase esecutiva (visto che allo svolgimento di taluni compiti potrebbe provvedervi direttamente il concorrente stesso);

6.4. Ebbene nel caso di specie né il TAR, né il ricorrente in primo grado (UNICA) hanno fornito adeguata dimostrazione circa il mancato possesso, in capo alla Prandelli, dei requisiti di qualificazione necessari onde eseguire i prescritti lavori di messa in sicurezza e di bonifica del sito industriale. Né è stato indicato in quale misura e per quale ragione la Prandelli si sarebbe potuta

avvantaggiare, in termini di ammissione alla gara oppure di attribuzione del punteggio, di tale ritenuta impropria indicazione della DEAM;

6.5. Ne deriva che lo stesso giudice di primo grado avrebbe potuto contemplare non l'obbligo di esclusione di Prandelli ma soltanto il possibile divieto, in capo a quest'ultima, di ricorrere al subappalto in favore di DEAM nella successiva fase di esecuzione della commessa;

6.6. Il giudice di primo grado non ha invece preso in considerazione tale ultima eventualità (divieto di ricorso al subappalto nella fase esecutiva) ma ha soltanto ravvisato la mancata indicazione di DEAM, nella qualità di subappaltatrice, quale ragione di doverosa esclusione dalla gara di Prandelli;

6.7. Da quanto sopra considerato consegue l'accoglimento dell'unico motivo di appello;

6.8. Di qui l'accoglimento, altresì, del ricorso in appello.

7. Quanto poi ai motivi riproposti da UNICA *ex art.* 101, comma 2, c.p.a. (motivi ritenuti assorbiti in primo grado e tempestivamente presentati in quanto la notifica dell'appello risale al 31 agosto 2024, laddove la memoria di "riproposizione", al di là di ogni formale atto di costituzione, è comunque del successivo 27 settembre 2024) si tratta di aspetti tutti riguardanti i punteggi assegnati all'offerta tecnica di Prandelli, come tali rientranti nella discrezionalità tecnica della PA. Potere discrezionale che non risulta mai essere stato contestato in termini di palese erroneità o di manifesta irragionevolezza. Più in particolare:

7.1. Con il primo dei motivi riproposti:

7.1.1. Si evidenzia l'erroneità del punteggio assegnato al piano delle demolizioni, della sicurezza e degli smaltimenti in quanto nella relazione tecnica allegata alla domanda di partecipazione il livello di approfondimento di tale documentazione sarebbe molto scarso. Osserva il collegio come la relazione tecnica da allegare all'offerta di gara, anche in ragione dei limiti imposti per la sua formulazione (max 50 pag., come stabilito dall'art. 27 del disciplinare di gara), non richiedesse in alcun modo di allegare i suddetti documenti di piano per intero ma anche soltanto in forma riassuntiva e sintetica. Di qui il rigetto del suddetto profilo di censura;

7.1.2. Si lamenta l'assegnazione di punti 6 per il personale "nonostante la Prandelli non avesse effettivamente la dotazione di figure chiave per lo svolgimento delle opere" (cfr. pag. 18 della memoria UNICA in data 27 settembre 2024). Trattasi tuttavia di rilievo del tutto generico e non altrimenti oggetto di più specifica dimostrazione. Di qui la inevitabile inammissibilità di tale specifico profilo di censura;

7.1.3. Si contesta il punteggio assegnato alla Prandelli per la "rintracciabilità dei rifiuti", sostenendo che quest'ultima non avrebbe operato alcuna indicazione a tale specifico riguardo. La tesi difensiva di UNICA è palesemente smentita ad una mera lettura dell'offerta tecnica di PRANDELLI dalla quale emerge, alle pagg. 39 – 44, una accurata relazione su modalità e criteri riguardanti la tracciabilità sia

documentale, sia materiale dei rifiuti stessi. Anche tale profilo di censura deve dunque essere rigettato;

7.1.4. Si censura altresì la erroneità del punteggio assegnato ad UNICA in ordine alla disponibilità degli impianti per il trattamento dei rifiuti, sostenendo al riguardo di avere diritto al punteggio massimo in quanto anche i rifiuti con codice CER 070108 e 070708, a differenza di quanto affermato dalla commissione di gara, sarebbero stati smaltiti presso taluni impianti di rifiuti. Osserva il collegio che: a) l'impianto disponibile non viene a tal fine specificamente indicato; b) il documento 13 indicato dalla difesa di UNICA (pag. 19 della memoria in data 27 settembre 2024) reca soltanto alcuni "trasportatori" (non tutti, peraltro) pronti a farsi carico di tali specifici rifiuti ma non anche "impianti" parimenti disponibili per il relativo trattamento; c) lo stesso documento 13, alle pagg. 38 – 40, reca un dettagliato elenco dei codici concernenti i rifiuti per cui i vari impianti di smaltimento sarebbero disponibili ma, tra questi codici, non rientrano quelli in questione (ossia 070108 e 070708). Alla luce di quanto appena considerato, anche tale profilo di censura non può dunque trovare ingresso;

7.1.5. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, il primo dei motivi riproposti deve dunque essere rigettato;

7.2. Quanto al secondo dei motivi riproposti osserva il collegio che:

7.2.1. Si lamenta la violazione dei paragrafi 29.3. e 32.8. del disciplinare, il quale vieta la presentazione di offerte condizionate. La suddetta violazione si sarebbe registrata, nel caso della offerta della Prandelli, nella parte in cui si condiziona l'attività di "riempimento" degli scavi ad uno specifico e futuro affidamento ulteriore da parte della stessa stazione appaltante;

7.2.2. Anche tale motivo non può essere accolto dal momento che, come correttamente evidenziato dalla difesa di parte appellante, il capitolato speciale di appalto prevede una serie di attività, quale oggetto della commessa in contestazione (si veda l'art. 1 ove si fa riferimento a "*trasporto, smaltimento/recupero rifiuti ... miglioramento ambientale ... rimozione e smaltimento di coperture in cemento amianto e coibenti, dismissione di impianti e demolizione edifici, invio a recupero dei materiali metallici e invio a smaltimento/recupero delle macerie da demolizione*"), tra cui non rientra tuttavia anche il "riempimento" degli scavi realizzati;

7.2.3. Di qui, si ripete, il rigetto altresì di tale riproposta censura;

7.3. Con il terzo dei motivi riproposti si lamenta la violazione dell'art. 11 del capitolato in quanto mancherebbe la sottoscrizione del progettista in calce alla relazione allegata all'offerta tecnica. Osserva al riguardo il collegio come la deduzione di parte sia *per tabulas* smentita ad una attenta lettura della pag. 46 della relazione tecnica di Prandelli, la quale reca la sottoscrizione dell'ing. Teani proprio nella qualità di "progettista". Di qui il rigetto, altresì, di tale riproposto motivo;

7.4. Con il quarto dei motivi riproposti si contesta il vizio di eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria nella parte in cui, con riguardo allo specifico parametro di valutazione su “bonifica amianto, demolizione impianti e edifici, scavo, movimentazione e stoccaggio rifiuti”, alla Prandelli sono stati attribuiti 4,40 punti e non zero punti. Ciò a causa di alcune ritenute gravi lacune sulla gestione di diversi ambiti di attività. Osserva al riguardo il collegio che, per tale voce, la appellata UNICA ha ottenuto 5 punti, dunque un punteggio migliore. Nello specifico va rilevato che:

7.4.1. Le evidenziate lacune in tema di amianto scontano il fatto che la difesa di UNICA pretende che, già in sede di offerta tecnica e di connessa relazione, i concorrenti fossero comunque tenuti a predisporre degli specifici piani. Adempimento questo tuttavia riservato alla successiva fase di esecuzione, laddove in sede di gara avrebbero potuto limitarsi alla predisposizione di relazioni sintetiche o riassuntive dei piani stessi. Dunque non era necessario il livello di dettaglio preteso dalla difesa di UNICA;

7.4.2. Quanto alla gestione delle interferenze con i sottoservizi, la difesa di UNICA sostiene che il proprio documento illustrativo di tale specifico aspetto fosse molto più dettagliato di quanto avesse al riguardo proposto la Prandelli. Ebbene una simile considerazione (superiorità dell’offerta tecnica di UNICA sul punto specifico) è fuor di dubbio, tanto che la commissione di gara ha assegnato su tale parametro un punteggio migliore alla stessa UNICA. Tale stessa constatazione è idonea tuttavia a giustificare la assegnazione alla Prandelli di un punteggio peggiore ma non anche il suo completo azzeramento;

7.4.3. Le stesse considerazioni di cui al punto che precede vanno estese agli aspetti relativi a interferenza con la linea ferroviaria, modalità di riempimento degli scavi di bonifica e rimozione delle ceneri. Anche in tali ipotesi la difesa di UNICA afferma che la propria proposta tecnica, su tali specifici aspetti, fosse di gran lunga migliore di quanto avesse proposto la PRANDELLI. Ciò che darebbe luogo – come poi ha dato luogo – ad un punteggio più elevato in favore di UNICA ma non anche al correlato ed automatico azzeramento (del tutto ingiustificato alla luce delle deduzioni della difesa di UNICA) del punteggio da assegnare alla Prandelli quanto a tali medesimi profili;

7.4.4. Alla luce delle suddette considerazioni, anche tale motivo riproposto deve dunque essere rigettato;

7.5. Con il quinto dei motivi riproposti si lamenta la erroneità del punteggio assegnato in relazione al parametro “tracciabilità dei rifiuti”, per cui la commissione di gara avrebbe dovuto assegnare zero punti. La censura è generica in quanto si lamenta che mancherebbe, al riguardo, sia “il rilievo topografico delle celle”, sia “la modalità di conservazione degli elementi volatili durante il trasferimento”: il tutto senza in ogni caso specificare per quali particolari ragioni la mancata

trattazione di tali aspetti sarebbe stata così grave da comportare un azzeramento, altresì, di questa voce di valutazione;

7.6. La successiva riparametrazione dei punteggi (di cui alla pag. 31 della memoria in data 27 settembre 2024) non può dunque trovare ingresso per tutte le ragioni sopra evidenziate, con cui sono stati puntualmente respinte tutte le censure riproposte in questa sede;

7.7. Quanto infine al mancato accoglimento dell'istanza istruttoria osserva il collegio che, per giurisprudenza costante, sulla ammissione dei vari mezzi istruttori (verificazione o CTU) *“il giudice di merito dispone di un'ampia sfera di apprezzamento discrezionale sull'opportunità di disporre o non la consulenza tecnica di ufficio e la scelta se avvalersene o non è sindacabile solo entro limiti molto ristretti”* (Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2974). Limiti qui senz'altro non superati proprio sulla base di quanto affermato ai punti che precedono;

7.8. Da quanto sinora detto consegue l'integrale rigetto di tutti i suddetti riproposti motivi di primo grado.

8. In conclusione:

8.1. Il ricorso in appello di PRANDELLI (prima classificata) è fondato e deve essere accolto;

8.2. I motivi di primo grado non esaminati e in questa sede riproposti da UNICA (seconda classificata e ricorrente in primo grado) sono infondati e debbono essere rigettati;

8.3. La sentenza di primo grado deve dunque essere riformata;

8.4. Il ricorso di primo grado va di conseguenza integralmente rigettato (ed il provvedimento di aggiudicazione confermato, sebbene con le precisazioni di cui al punto 6 della presente decisione circa gli aspetti relativi al subappalto);

8.5. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della gravata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado anche con riguardo ai motivi riproposti in questa sede di appello.

Condanna l'amministrazione comunale appellata e l'intimata società UNICA alla rifusione delle spese di lite relative al doppio grado di giudizio, spese da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila/00), oltre IVA e CPA, e da porre a carico di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore