Pubblicato il 05/01/2018

N. 00028/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01532/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 1532 del 2017, proposto da: Vitali S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Marascio e Stefano Genovese, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Carrea in Milano, via Fontana, n. 5

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, n. 23

per l'annullamento:

- del verbale n. 2 relativo alla seduta di gara pubblica del 24 maggio 2017, alla quale la ricorrente non ha partecipato, comunicato alla stessa via PEC in data 29.5.2017, recante l'esclusione dalla "*Procedura ristretta ai sensi dell'art. 61, D.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'A/8 dalla barriera di Milano Nord all'Interconnessione di Lainate, Lotto 2 dal km 7 302,38 al km 9 990,62 ubicati*

sull'Autostrada A8 Milano Laghi, Codice appalto 0082/A08 – Commessa 0G187 – CIG 6773538462";

- del verbale n. 1 relativo alla seduta di gara del 22 maggio 2017, alla quale il ricorrente non ha partecipato, comunicato via PEC in data 29.5.2017;
- della lettera di invito *in parte qua*, relativamente al punto 1.4, laddove individua le categorie superspecialistiche a qualificazione obbligatoria;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle more emesso nonché dell'eventuale nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela nelle more comunicata;
- di ogni ulteriore eventuale atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, ancorché non conosciuto e/o lesivo per la ricorrente;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione resistente, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 del d.lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more sottoscritto, al risarcimento del danno da disporsi in forma specifica mediante la riammissione della ricorrente alla gara, ovvero, in via meramente subordinata, da disporsi per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, V serie speciale n. 93 del 12.8.2016, Autostrade per l'Italia S.p.A. ha indetto una procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'Autostrada A8 dalla barriera di Milano Nord all'Interconnessione di Lainate, Lotto 2 dal km 7+302,38 al km 9+990,62.

L'intervento si compone delle seguenti lavorazioni:

- OG3 prevalente pari a €. 45.090.148,19;
- OG1 pari a €. 1.146.806,90;
- OG10 pari a €. 1.965.339,53;
- OS10 pari a €. 754.640,47;
- OS11 pari a €. 670.837,16;
- OS12A pari a €. 3.480.910,14;
- OS13 pari a €. 1.900.188,04;
- OS18A pari a €. 4.334.685,26;
- OS21 pari a €. 8.168.713,24;
- OS24 pari a €. 363.418,11;
- OS34 pari a €. 6.177.727,26;
- OS35 pari a €. 11.157.802,54.

Il bando di gara consentiva il subappalto per tutte le suddette categorie.

La società Vitali S.p.A., odierna ricorrente, ha presentato domanda di partecipazione alla procedura in questione, dimostrando il possesso delle categorie OG3 (a copertura della categoria prevalente nonché delle scorporabili OG10, OS10, OS11, OS12-A, OS13, OS18-A, OS24, OS34, OS35), OG1 e OS21; l'interessata è stata quindi invitata a presentare offerta mediante apposita lettera di invito del 16.11.2016.

La lettera di invito, al punto 1.4, stabiliva che le categorie OG1, OG10, OS10, OS11, OS12-A, OS13, OS18-A, OS21, OS24, OS34 e OS35, se non possedute, "*dovranno,*

a pena di esclusione, essere subappaltate, fermi restando i limiti di cui all'art. 105, comma 2, ad imprese in possesso delle relative qualificazioni".

Vitali S.p.A. ha presentato la propria offerta, dichiarando l'intenzione di subappaltare tutte le categorie (non possedute) oggetto dell'appalto, in conformità all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016.

All'esito delle sedute pubbliche di gara del 22 maggio 2017 e del 24 maggio 2017, la stazione appaltante ha escluso l'interessata dalla gara, dandone comunicazione alla stessa mediante PEC in data 29.5.2017. L'esclusione si fonda sulla circostanza che "*la Commissione ha rilevato il superamento della percentuale del 30% prevista dall'art. 105, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in materia di subappalto*".

Vitali S.p.A., in data 12.6.2017, ha presentato istanza di autotutela, rimasta senza esito.

Con il presente ricorso, notificato il 27 giugno 2017 e depositato il 6 luglio 2017, Vitali S.p.A. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, censurando la propria esclusione dalla gara sulla base dei seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 61 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 120, comma 2-*bis* del c.p.a.; violazione dell'art. 1337 c.c.; violazione dei principi di correttezza e buona fede; eccesso di potere per contraddittorietà, arbitrarietà, illogicità manifesta, irrazionalità, erroneità dei presupposti, travisamento, sviamento, violazione del principio del giusto procedimento, violazione del principio del *contrarius actus*;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 105, commi 2 e 14, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione del principio di buon andamento; eccesso di potere per contraddittorietà, arbitrarietà, illogicità manifesta, irrazionalità, erroneità dei presupposti, travisamento, sviamento;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 89, comma 11, e 216, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione del decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248; illegittimità *in parte qua* della lettera di invito; eccesso di potere per travisamento, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, sviamento;
4) in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE; istanza di disapplicazione ovvero, in subordine, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea *ex* art. 267 TFUE.
Si è costituita in giudizio Autostrade per l'Italia S.p.A., chiedendo la reiezione del ricorso.
Alla camera di consiglio del giorno 26 luglio 2017 la Sezione ha disposto l'ammissione con riserva dell'interessata alla procedura di gara.
Alla pubblica udienza del giorno 8 novembre 2017 la causa è passata in decisione.
2. I primi tre motivi di ricorso sono infondati; al riguardo il Collegio osserva quanto segue.
2.1. Con il primo motivo la ricorrente lamenta la contraddittorietà e arbitrarietà del gravato provvedimento di esclusione rispetto alla precedente ammissione alla gara, posto che la commissione di gara, in fase di prequalifica, aveva già valutato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti contenute nella domanda di partecipazione, disponendo l'ammissione dell'interessata alle successive fasi della procedura e invitandola a presentare offerta; la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare un procedimento di annullamento in autotutela *ex* art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, con tutti i requisiti richiesti *ex lege*, del precedente atto di ammissione; l'efficacia a tutti gli effetti provvedimentale dell'ammissione disposta all'esito della fase di prequalifica sarebbe sancita dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., secondo cui le ammissioni alla gara disposte a seguito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali devono essere impugnate nel termine di trenta giorni, "*con conseguente cristallizzazione di detto provvedimento e impossibilità di far*

valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento"; ne deriverebbe, peraltro, la violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c. da parte della Commissione, avendo quest'ultima dapprima ammesso la ricorrente alla gara, sulla base delle dichiarazioni sui requisiti posseduti contenute nella domanda di partecipazione, e subito dopo escluso la stessa in ragione della presunta carenza dei medesimi requisiti.

La censura non ha pregio.

In primo luogo, occorre rilevare che l'avvicendarsi delle diverse fasi della gara non produce alcuna preclusione per la stazione appaltante, che non perde il potere di riesaminare anche in un momento successivo a quello della verifica dei requisiti di partecipazione la documentazione allegata all'offerta per disporre l'esclusione di un'impresa concorrente che ne fosse priva (T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, 10 novembre 2011, n. 2715).

La giurisprudenza amministrativa ammette addirittura che l'Amministrazione possa intervenire in via di autotutela anche dopo la conclusione della gara annullando l'aggiudicazione; sicché, a maggior ragione, l'esercizio del potere di verifica delle offerte non può essere in alcun modo impedito quando la gara è in corso e non si sono ancora formate posizioni consolidate in relazione al conseguimento della commessa (T.A.R. Lombardia – Milano, n. 2715/2011, cit.).

Peraltro, nella fattispecie, la commissione che ha operato nella fase di prequalifica ha espressamente rinviato ad una fase successiva l'accertamento dei requisiti relativi al subappalto (v. verbale di prequalifica dell'11.11.2016, *sub* all. 6 della produzione di parte resistente), sicché, in relazione a tali requisiti, i candidati – inclusa la ricorrente – sono stati ammessi, di fatto, con riserva. Ciò risulta comprovato dal fatto che la commissione ha allegato al verbale dell'11.11.2016 una tabella riepilogativa di tutte le classifiche SOA possedute per le opere in appalto dai vari candidati, specificando che "*tale tabella potrà essere di ausilio alla commissione deputata per*

l'espletamento della fase di gara per accertare – prima dell'apertura delle offerte – il possesso dei predetti requisiti di esecuzione da parte dei concorrenti, in combinato con le eventuali dichiarazioni da rendere in sede di offerta circa le opere che intenderanno richiedere in subappalto".

In ragione di ciò non è configurabile, in capo alla stazione appaltante, alcun obbligo di attivare un procedimento in autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

Né è ravvisabile, nell'operato di Autostrade per l'Italia S.p.A., alcun vizio di contraddittorietà o violazione dei principi di correttezza e buona fede.

La censura, pertanto, va respinta.

2.2. Con il secondo motivo Vitali S.p.A. contesta che la stazione appaltante, nel rilevare il superamento della soglia del 30 % prevista per il subappalto dall'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, avrebbe erroneamente riferito tale limite all'importo dei lavori posto a base di gara anziché al valore del contratto come risultante dall'aggiudicazione.

Il superamento del limite in questione, rispetto all'importo a base di gara, non risulta contestato.

Tuttavia, secondo la prospettazione di parte ricorrente, la disposizione di cui al richiamato art. 105, comma 2, a tenore del quale "*l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori*", deve essere interpretata nel senso che "*la valutazione circa il superamento o meno di siffatta quota, possa essere espletata solo ed esclusivamente successivamente all'aggiudicazione ovvero nella fase di avvio dei lavori, in quanto occorre conoscere l'effettivo importo del contratto*". Il provvedimento impugnato, in quest'ottica, rivelerebbe tutta la sua abnormità in quanto non consentirebbe di tener conto di alcuni elementi suscettibili di incidere, a detta dell'interessata, sul valore del contratto (richiesta, nella *lex specialis*, di una offerta a prezzi unitari con indicazione dei singoli prezzi e delle singole quantità; possibilità per l'affidatario di praticare ai subappaltatori un ribasso non superiore al 20 %

rispetto ai prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione; produzione in proprio, da parte della società ricorrente, di calcestruzzo e inerti, con conseguente scomputo di tale fornitura dall'importo delle opere in subappalto).

La censura non coglie nel segno.

Va dato atto, in primo luogo, che la formulazione letterale della norma di cui al richiamato art. 105, comma 2, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non è univoca; il generico riferimento all' "importo complessivo del contratto di lavori", infatti, non consente, *ex se*, di prendere posizione in un senso o nell'altro.

In chiave sistematica, tuttavia, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di parità di trattamento tra i concorrenti, l'espressione "importo complessivo del contratto di lavori" non può che riferirsi all'importo a base di gara.

Diversamente opinando, infatti, per un verso, si favorirebbero situazioni di incertezza (fino al momento dell'aggiudicazione) circa l'effettivo rispetto del limite in questione da parte dei concorrenti e, per altro verso, si legittimerebbero irragionevoli trattamenti differenziati tra gli operatori economici.

In altri termini, posto che l'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce un limite quantitativo alla possibilità di ricorrere al subappalto di lavori (oltre che di servizi e forniture), tale limite deve essere lo stesso per tutti gli operatori del mercato e deve essere conosciuto da tutti fin dalla fase iniziale della gara.

La censura, pertanto, va respinta.

2.3. Con il terzo motivo Vitali S.p.A. deduce la erronea applicazione, da parte della commissione, della normativa in materia di categorie c.d. superspecialistiche a qualificazione obbligatoria.

La ricorrente, in particolare, lamenta che:

- la commissione, nell'escluderla, avrebbe preso erroneamente a riferimento l'art. 12 del d.l. 28 marzo 2014, n. 47 (convertito con l. 23 maggio 2014, n. 80) - applicabile, ai sensi dell'art. 216, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, "*Fino alla data di entrata in vigore*

del decreto di cui all'articolo 89, comma 11" - anziché applicare proprio il decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248, pubblicato in G.U. n. 3 del 4 gennaio 2017, attuativo del citato art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016; quest'ultimo decreto sarebbe applicabile nella fattispecie in quanto entrato in vigore in data 19 gennaio 2017, ossia antecedentemente alla data della presentazione dell'offerta;

- il richiamato decreto n. 248/2016 non contempla tra le categorie superspecialistiche le categorie OS10, OS24, OS34 e OS35, complessivamente incidenti per una percentuale del 21,66%; ne conseguirebbe, considerate le categorie possedute dalla ricorrente, che le uniche categorie "superspecialistiche" per le quali, nella sola fase di esecuzione, potrebbe sussistere in astratto, per l'interessata, l'obbligo di subappalto sarebbero le restanti categorie OS11, OS12-A, OS13 e OS18-A, il cui valore complessivo corrisponde alla percentuale del 14,50% dell'importo offerto e sarebbe pertanto rispettoso del limite del 30% imposto dalla legge;

- non sarebbe in ogni caso configurabile, in capo a Vitali S.p.A., un obbligo di qualificazione e di conseguente subappalto neanche per le categorie "superspecialistiche" OS11, OS12-A, OS13 e OS18-A, avendo ciascuna di tali categorie un valore inferiore al 10% dell'importo totale dei lavori e dovendosi applicare ad esse, pertanto, la disciplina di cui all'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, che attribuisce rilevanza al superamento del solo limite relativo del 10% e non più anche del limite assoluto di € 150.000,00 previsto dalla normativa previgente (art. 12, comma 2, lett. b, della l. n. 80/2014, che richiamava a sua volta l'art. 108, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010);

- peraltro, sarebbe *in parte qua* illegittima anche la lettera di invito, per aver introdotto, al punto 1.4, previsioni non contemplate dal bando di gara asseritamente in contrasto con la legge applicabile nella fattispecie.

Il motivo è infondato.

Al riguardo, in disparte ogni altra considerazione, è sufficiente rilevare che la normativa invocata dalla ricorrente a sostegno della propria doglianza non può trovare applicazione *ratione temporis*.

Il decreto ministeriale n. 248 del 2016, infatti, è entrato in vigore in data 19 gennaio 2017, quindi successivamente sia alla pubblicazione del bando (pubblicato in GURI il 12.8.2016 e in GUCE il 10.8.2016) sia all'invio della lettera di invito (avvenuto in data 16.11.2016); esso, pertanto, non è applicabile alla gara di cui è causa, ai sensi dell'art. 4 del decreto citato, a tenore del quale esso "*si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, qualora non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*".

Quanto alla lettera di invito, è sufficiente aggiungere che, per costante giurisprudenza, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis* (*ex multis*, C.d.S., n. 2497/2016); la lettera di invito, quindi, è un atto che concorre, insieme al bando di gara, a formare la *lex specialis* della procedura e, in quanto tale, può ben integrare il bando stesso.

La censura, pertanto, va respinta.

3. Con il quarto motivo, poi, la ricorrente contesta, in via subordinata, che la previsione di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 non sarebbe conforme alla normativa comunitaria, in quanto quest'ultima, in materia di subappalti, non prevede alcuna limitazione quantitativa: la norma *de qua*, pertanto, dovrebbe essere disapplicata in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario, oppure, in relazione alla stessa, si dovrebbe rinviare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *ex* art. 267 TFUE, la questione inerente l'esatta interpretazione dell'art. 71

della direttiva 2014/24/UE e la valutazione in ordine alla conformità o meno alla disciplina comunitaria del citato art. 105, comma 2.

In proposito, il Collegio ritiene di sollevare, con separata ordinanza, questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, per verificare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che, nel settore degli appalti pubblici, impongono che il subappalto non possa superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori.

4. In relazione a quanto precede, il ricorso in esame va respinto, con riguardo ai primi tre motivi di censura, mentre con riferimento al quarto va disposta la sospensione del giudizio, in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta con separata ordinanza, secondo quanto in quest'ultima stabilito.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge con riguardo ai primi tre motivi, e sospende il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta con separata ordinanza, secondo quanto in quest'ultima stabilito.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 8 novembre 2017 e 13 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Oscar Marongiu, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO

•