



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 della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 85 del 2020, proposto da

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifulco e Alfredo Cincotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata non costituito in giudizio;

Comune di Scafati, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale di Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

*e con l'intervento di*

*ad opponendum:*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Capasso e Achille Buffardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento, previa sospensione,*

- della nota a mezzo p.e.c. del -OMISSIS-, con cui è stata comunicata all'impresa ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara finalizzata all'affidamento, per il periodo di un anno, dei "lavori di adeguamento sismico della scuola media -OMISSIS-nel comune di Scafati (SA)" -OMISSIS-in quanto l'impresa stessa sarebbe risultata priva "del requisito richiesto nel disciplinare di gara in merito alla cat. SOA OG11, class. II, essendo in possesso della sola classifica I";

- della nota a mezzo p.e.c. del-OMISSIS-, con cui, precisato che ai "sensi dell'art.12, c.2, lett.b) della legge 80/2014, la OG11 è categoria S.I.O.S. con obbligo di qualificazione in proprio o mediante RTI quando, come in questo caso, l'importo è superiore al 10%, con subappalto consentito solo se l'O.E. è già in possesso della dovuta qualificazione", la stazione appaltante ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara appena citata;

- del bando e del disciplinare di gara ove interpretati nel senso di impedire la partecipazione alla gara a imprese prive della qualificazione per l'intero importo dei lavori rientranti nella categoria scorporabile OG11, senza

possibilità di conseguire la qualificazione necessaria per la partecipazione mediante subappalto del 30% dei lavori in questione;

- del provvedimento di aggiudicazione del contratto posto in gara, ove medio tempore eventualmente stipulato;
- di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, comunque lesivo degli interessi della ricorrente,

nonché per la condanna della stazione appaltante ex art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104:

- alla reintegrazione in forma specifica mediante riammissione della ricorrente alla procedura da cui è stata illegittimamente estromessa;
- alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto, essendo l'offerta dell'odierna ricorrente quella collocatosi al primo posto della graduatoria formata dalla stazione appaltante;
- in via gradata, al risarcimento per equivalente dei danni subiti, come saranno quantificati e dimostrati in corso di causa;

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto *medio tempore* eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Scafati e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2020 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori collegati da remoto tramite "Microsoft Teams", come specificato nel verbale, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. - Il Provveditorato OO.PP. per la Campania, il Molise, la Basilicata e la Puglia ha indetto, quale stazione unica appaltante nell'interesse del Comune di Scafati, procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento dei "lavori di adeguamento sismico della scuola media -OMISSIS-nel comune di Scafati (SA)", da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, per un importo pari a € 1.677.637,24 (di cui € 27.154,55 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso). I lavori risultavano così suddivisi in base alla singola tipologia di prestazione da eseguire (cfr. art. 3 del disciplinare di gara):

- € 1.019.822,86 per lavori ricadenti nella categoria OG1 (edifici civili e industriali) classifica III – prevalente;
- € 386.615,17 per lavori ricadenti nella categoria OG11 (impianti tecnologici) classifica II – scorporabile e subappaltabile;
- € 244.044,66 per lavori ricadenti nella categoria OS6 (finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi) classifica I – scorporabile e subappaltabile.

1.1 - Avvalendosi della facoltà di cui all'art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, in linea con quanto previsto dall'art. 18 del disciplinare, la stazione appaltante ha applicato il metodo della c.d. "inversione procedimentale", procedendo immediatamente all'apertura di tutte le offerte economiche, all'individuazione della soglia di anomalia e alla formazione della graduatoria, e solo successivamente all'apertura delle buste amministrative e alla verifica dei requisiti.

1.2 - Nella seduta del 4 dicembre 2019, pertanto, la commissione di gara ha calcolato la media dei ribassi formulati dalle ditte ammesse e la relativa soglia di anomalia. Escluse le offerte anomale, ha stilato la graduatoria, nell'ambito della quale l'odierna impresa ricorrente è risultata prima, con un ribasso pari al 35,565%, mentre al

secondo posto si è classificata la costituenda ATI fra le -OMISSIS-, in qualità di mandataria, e -OMISSIS-, in qualità di mandante, con un ribasso del 35,556%.

1.3 - Nella medesima seduta, secondo quanto emerge dai verbali di gara, l'impresa ricorrente è stata esclusa dopo l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, in quanto "*carente del requisito della SOA cat. OG11, classifica II), come richiesto dal disciplinare di gara, essendo in possesso per la medesima categoria della sola classifica I)*". La stazione appaltante ha quindi proceduto allo scorrimento della graduatoria e alla formulazione della proposta di aggiudicazione a favore dell'ATI con mandataria la -OMISSIS- s.r.l.

1.4 - L'esclusione è stata comunicata alla ricorrente con nota trasmessa a mezzo pec in data -OMISSIS-.

2. - Avverso il provvedimento di esclusione e gli ulteriori atti in epigrafe meglio specificati insorge parte ricorrente, con ricorso notificato il 3 gennaio 2020 e depositato il successivo 17 gennaio. Con un unico motivo rubricato "*violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 248 del 10 novembre 2016 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge n. 80 del 2014 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 92 e seguenti del d.P.R. n. 207 del 2010. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e contraddittorietà*" la ricorrente lamenta l'illegittimità della disposta esclusione in quanto l'operatore economico ben può – come avvenuto nel caso di specie - qualificarsi per la gara dimostrando il possesso di attestazione che copra il 70% del valore della categoria di lavori scorporabili qualificabili come "SIOS" ("Strutture Impianti e Opere Speciali, cd. "a qualificazione obbligatoria") e subappaltare la residua parte a impresa in possesso di adeguata qualificazione ex art. 12, comma 2, del d.l. n. 47 del 2014, convertito con legge n. 80 del 2014.

2.1. - La ricorrente ha altresì chiesto la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante riammissione alla procedura nonché aggiudicazione dell'appalto, essendosi collocata al primo posto in graduatoria; in via gradata è stato chiesto il risarcimento per equivalente dei danni subiti.

3. - Si sono costituiti il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che ha insistito per il rigetto del ricorso siccome infondato e il Comune di Scafati, che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva.

4. - Con ordinanza n. 80 del 7 febbraio 2020 la domanda cautelare è stata accolta con la conseguente riammissione dell'impresa offerente alla procedura selettiva.

5. - Con atto notificato il 23 febbraio 2020 e depositato in pari data ha spiegato intervento *ad opponendum* la -OMISSIS-, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con la -OMISSIS-, eccependo l'inammissibilità del ricorso perché ad essa non notificato e deducendone l'infondatezza nel merito.

5.1. - La -OMISSIS- ha altresì proposto appello avverso l'ordinanza cautelare pronunciata dalla Sezione, rigettato dal Consiglio di Stato.

6. - In previsione dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie ad integrazione delle già spiegate difese. La ricorrente ha contestato l'ammissibilità dell'atto di intervento non sussistendo in capo agli altri concorrenti, prima dell'aggiudicazione definitiva, un interesse protetto suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso.

7. - All'udienza dell'8 luglio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - Va preliminarmente scrutinata l'ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato dalla -OMISSIS-.

8.1. - L'intervento è ammissibile.

8.2. - Per giurisprudenza costante, nel processo amministrativo per l'ammissibilità dell'intervento è sufficiente che l'interventore possa vantare un oggettivo e concreto interesse a contrastare il ricorso e a conseguirne il rigetto, il quale può essere collegato a quello dell'Amministrazione resistente o di qualche controinteressato già costituito in giudizio, ma anche autonomo, poiché connesso al mantenimento del provvedimento gravato.

8.3 – Nel caso di specie è innegabile la sussistenza in capo alla -OMISSIS- di un interesse ad opporsi all'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente atteso che proprio in conseguenza di tale esclusione è stata proposta l'aggiudicazione in suo favore.

9. – Sempre preliminarmente va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica al controinteressato sollevata dalla società interveniente. A sostegno della proposta eccezione viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale allorché l'esclusione e l'aggiudicazione provvisoria (ora proposta di aggiudicazione) siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, il concorrente escluso ha l'onere di notificare il ricorso, a pena di inammissibilità, al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria; in tal caso sarebbe infatti ravvisabile il qualificato interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conservazione dell'atto di esclusione (e, conseguentemente, di aggiudicazione) per avere egli un interesse opposto a quello dell'escluso, già consacrato da una scelta, sia pure provvisoria, dell'Amministrazione.

9.1 – In particolare, secondo la ricostruzione dell'interveniente, la ricorrente, all'atto della proposizione del ricorso, era a conoscenza che la seconda graduata (in favore della quale sarebbe stata dunque formulata proposta di aggiudicazione) era l'ATI con mandataria -OMISSIS-, avendo depositato (cfr. documento n. 8 allegato al ricorso) la graduatoria di gara; in ogni caso la ricorrente, nel corso del giudizio, avrebbe acquisito conoscenza dell'intervenuta formulazione della proposta di aggiudicazione in favore dell'interveniente per effetto del deposito, da parte dell'avvocatura, del verbale della seduta del -OMISSIS-

9.2 - Ritiene il Collegio che l'eccezione sia infondata.

9.3 – E' ben vero che, secondo l'orientamento richiamato *“l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a., assume la veste di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara di modo che il nominativo dell'aggiudicatario risulti dal medesimo verbale contenente l'esclusione, potendo il concorrente escluso rendersi così conto del fatto che la sua impugnativa avverso l'esclusione, che è atto conclusivo del procedimento, incide sulla posizione di altro soggetto il quale ha diritto a potersi difendere per mantenere lo status quo allo stesso favorevole, e ciò tenuto conto anche di esigenze di celerità e speditezza del procedimento di gara”* (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 giugno 2020, n. 2504).

9.4 – Le ragioni sottese a tale orientamento giurisprudenziale vanno ravvisate nella circostanza che – allorché la proposta di aggiudicazione sia immediatamente correlata all'esclusione e dall'escluso conosciuta e/o conoscibile, in quanto perfezionata nel medesimo contesto documentale in cui l'esclusione è disposta – esigenze di lealtà processuale ed economia dell'azione amministrativa inducono a ritenere che il ricorso proposto avverso l'esclusione debba essere necessariamente notificato anche al beneficiario della proposta di aggiudicazione nel rispetto dell'ordinario termine decadenziale; *“d'altra parte, secondo i comuni principi l'aggiudicatario provvisorio indicato nel verbale impugnato ha chiaramente la veste di controinteressato in senso sostanziale, essendo soggetto da un lato agevolmente identificabile sulla base dell'atto censurato e dall'altro palesemente titolare di un interesse giuridicamente qualificato, specularmente a quello azionato dal ricorrente, alla conservazione degli atti oggetto di impugnativa* (Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2768, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 601)” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 giugno 2020, n. 2504).

9.5 – Orbene, tale orientamento non si attaglia al caso di specie, poiché la ricorrente non era in grado, al momento della proposizione del ricorso, di conoscere quale fosse, in concreto, la società che sarebbe stata destinataria della proposta di aggiudicazione, considerato che: a) nessun rappresentante della ricorrente era presente alla seduta di gara, come risulta dalla relativa verbalizzazione; b) la ricorrente ha ricevuto notizia della propria esclusione con nota trasmessa a mezzo pec in data -OMISSIS-, che non fa menzione della proposta di aggiudicazione e cui non risultano allegati i verbali di gara; c) da nessuno dei documenti depositati dalla

ricorrente (neppure dal “documento n. 8”, che rappresenta un fermo immagine del “portale gare di appalto” in cui viene indicata la ricorrente quale “prima ditta classificata” e l’ATI con mandataria la -OMISSIS- s.r.l. quale “seconda ditta classificata”) è possibile desumere, con certezza, che l’ATI seconda classificata sia stata destinataria della proposta di aggiudicazione. Infatti, tenuto conto delle peculiari modalità procedurali adottate dalla stazione appaltante, anche la seconda classificata avrebbe potuto essere esclusa all’esito dell’esame della documentazione amministrativa, senza che tuttavia ciò risultasse dal fermo immagine (considerato che dallo stesso non emerge l’esclusione - pur avvenuta - della società ricorrente). Né alcuna negligenza si può imputare alla ricorrente, che ha formulato tempestivamente istanza di accesso agli atti di gara.

9.6 – In altri termini, nella fattispecie concreta, pur essendosi perfezionata la proposta di aggiudicazione nel medesimo contesto dell’esclusione, difetta il requisito della conoscenza e/o conoscibilità da parte dell’escluso e, dunque, l’elemento formale della nozione di controinteressato, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato o comunque dalla sua agevole identificabilità.

9.7. – Tornano dunque a trovare applicazione le regole generali, secondo le quali rispetto al provvedimento di esclusione da una gara ad evidenza pubblica non sono in linea di principio configurabili, in assenza di aggiudicazione, soggetti controinteressati in senso tecnico, poiché tale qualità presuppone la sussistenza di soggetti nominativamente indicati nel provvedimento impugnato o agevolmente individuabili in base ad esso, titolari di un interesse concreto ed attuale al mantenimento dell’atto impugnato.

10. - In via ulteriormente preliminare, in accoglimento dell’eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dal Comune di Scafati, va disposta l’estromissione dell’ente comunale dal giudizio, atteso che lo stesso non riveste il ruolo di parte necessaria nella presente controversia. L’ente locale è infatti il mero destinatario finale del servizio oggetto dell’appalto, mentre la *res controversa* è rappresentata unicamente dalla legittimità di provvedimenti adottati dal Provveditorato resistente, cui è stato conferito, mediante apposita convenzione del 15 febbraio 2020, l’incarico di ricoprire il ruolo di stazione unica appaltante, nonché di gestire l’espletamento dell’intera procedura di gara.

11. - Passando all’esame del merito del ricorso, occorre rilevare che il gravame ruota intorno alla questione delle modalità di partecipazione nelle gare di lavori in cui, oltre alla categoria prevalente, siano individuate categorie scorporabili incluse nell’elenco di cui al Decreto ministeriale 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*”, anche definite “Strutture Impianti e Opere Speciali” (cc.dd. “SIOS”).

11.1. – Con nota a mezzo p.e.c. del-OMISSIS-la stazione appaltante ha comunicato la disposta esclusione atteso che “*codesto concorrente è risultato privo del requisito richiesto nel disciplinare di gara in merito alla cat. SOA OG11, class. II, essendo in possesso della sola classifica P*”. Con nota inviata nella medesima giornata la stazione appaltante, in relazione alla richiesta di riammissione in gara inoltrata dalla ricorrente, ha precisato che “*la OG11 è categoria s.i.o.s. con obbligo di qualificazione in proprio o mediante RTI quando, come in questo caso, l’importo è superiore al 10%, con subappalto consentito solo se l’O.E. è già in possesso della dovuta qualificazione che, si ribadisce, è obbligatoria*”.

11.2 - Secondo la ricostruzione della ricorrente, invece, per l’esecuzione delle lavorazioni scorporabili rientranti in tali categoria (di ammontare pari a € 386.615,17) sarebbe possibile dimostrare i requisiti richiesti mediante il possesso di attestazione di qualificazione nella categoria in questione per una classifica adeguata a coprire il 70% del valore dei lavori da eseguire (€ 270.630,62) con contestuale dichiarazione di subappalto del restante 30% (€ 115.984,55) a impresa in possesso di idonea attestazione di qualificazione. Tanto è quanto ha fatto la ricorrente, che ha in particolare prodotto:

- a) attestazione di qualificazione nella categoria prevalente OG1 per l'intero importo dei lavori da eseguire (classifica IV - lavori fino a € 2.582.000,00);
- b) attestazione di qualificazione nella categoria OG11, classifica I, che la abilita all'esecuzione di lavori di importo fino a € 309.600,00 (pari alla propria classifica incrementata di un quinto ex art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010);
- c) dichiarazione con cui si è formalmente obbligata a subappaltare il 30% delle lavorazioni ricadenti nella già citata categoria OG11.

11.3 - Secondo l'interveniente, viceversa, non è possibile per il concorrente singolo qualificarsi per il 70 % e subappaltare il residuo 30%. Occorrerebbe infatti distinguere:

- a) categorie specializzate, a cui si applica l'articolo 12, comma 2, lettera a), della l. n. 80 del 2014 e per le quali è dunque possibile per l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;
- b) categorie superspecialistiche, governate dall'articolo 12, comma 2, lettera b), della l. n. 80 del 2014, per le quali l'affidatario – pur se in possesso della qualificazione per la categoria prevalente - non può in ogni caso eseguire dette lavorazioni, se privo di adeguata e specifica qualificazione.

In particolare, secondo la ricostruzione della -OMISSIS-, tali lavorazioni superspecialistiche, scorporabili in caso di ATI verticali, non potrebbero essere subappaltate dal concorrente singolo.

11.4 - Il ricorso è fondato.

11.5 - A mente del più volte richiamato art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito con legge n. 80 del 2014: “1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

2. In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

- a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;
- b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale”.

11.6 – Dalla lettura del citato articolo emerge la sussistenza di una distinzione, in termini di modalità di partecipazione alla gara e di esecuzione dei relativi lavori, fra opere specializzate (disciplinate dal comma 2, lettera a) e opere “superspecialistiche” (disciplinate dal comma 2, lettera b). Ed infatti, nelle prime, il

concorrente qualificato nella categoria prevalente in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori, in caso di aggiudicazione, potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni. Le seconde (tra le quali rientra la categoria OG 11, inclusa nell'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207) possono invece essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario solo se dotato della relativa qualificazione e vengono pertanto anche definite “a qualificazione obbligatoria”.

11.6.1 – Non coglie tuttavia nel segno l'argomentazione dell'interveniente che pretenderebbe di trarre da tale distinzione il corollario della non subappaltabilità delle opere della seconda tipologia, che sarebbero solo scorporabili in caso di ATI verticale. In realtà entrambe le tipologie di lavorazioni sono subappaltabili, con la – significativa – differenza per cui, nel primo caso, potendo il concorrente eseguirle anche se privo delle relative qualificazioni “*il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente*” (Consiglio di Stato, sez. III, Ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702); viceversa “*nel caso in cui le categorie indicate come scorporabili rientrino in determinate tipologie di opere “specialistiche”, per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. “qualificazione obbligatoria”... Dette opere, ..., non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e, quindi, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto ad esse abilitato (cfr. art. 12, comma 2, lett. b), D.L. n. 47/2014, convertito con legge n. 80/2014)*” (cit. Consiglio di Stato, sez. III, Ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702).

11.6.2 – Nella fattispecie da ultimo tratteggiata - in cui il concorrente risulta privo dei requisiti di esecuzione relativi ad una categoria c.d. scorporabile a qualificazione obbligatoria - il subappalto assume la configurazione del cd. subappalto “necessario” o “qualificante”. Tale istituto, previsto dall'art. 118 del decreto legislativo n. 163 del 2006, non risulta espressamente regolato dal decreto legislativo n. 50 del 2016 e tuttavia permane, secondo la giurisprudenza, compatibile con l'attuale quadro normativo (v. Consiglio di Stato, sez. V, n. 5745 del 2019; sez. V, n. 2330 del 2020)

11.7 – Non può pertanto dubitarsi della possibilità per il concorrente singolo di ricorrere a tale tipologia di subappalto, anche alla luce dei principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui “*La direttiva 2014/24/UE osta a una normativa nazionale che limita — a pena di automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione — al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi?*” (Corte giustizia UE sez. V, 26/09/2019, n. 63). D'altro canto la stessa *lex specialis*, pur prevedendo (cfr. par. 7.2 del disciplinare) che il concorrente deve essere in possesso di “*certificazione SOA ... che documenti il possesso di qualificazione per la categoria OG1, classifica III bis; OG11, classifica IP*”, all'art. 9 precisava che “*la categoria SIOS OG11 può essere subappaltata entro il limite del 30% dell'importo delle opere, ai sensi dell'art. 105, c. 5, del Codice*”.

11.8 - Si pone semmai il diverso problema (che non rileva nella presente controversia) di stabilire – data per assunta l'ammissibilità del subappalto necessario – se sia configurabile il subappalto necessario frazionato, ovvero se sia possibile frazionare i requisiti di partecipazione tra più imprese in presenza di qualificazione obbligatoria per opere scorporabili e specialistiche, allorché il soggetto partecipante sia in possesso della sola qualificazione per la categoria “prevalente” (ma non anche per quella “scorporabile”) e debba dunque ricorrere al subappalto “necessario” (cfr. la summenzionata ordinanza Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702, che ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE; nella fattispecie oggetto di esame del Consiglio di Stato a tale istituto si era fatto ricorso attraverso l'indicazione di altri tre soggetti (subappaltatori) in

possesso della stessa categoria e muniti di classe inferiore, cumulando gli importi per i quali le più imprese subappaltatrici risultavano qualificate).

12. – Destituita di fondamento è anche l'ulteriore deduzione dell'amministrazione resistente e dell'interveniente, secondo la quale, anche ove fosse ammissibile per il concorrente singolo qualificarsi al 70% e subappaltare il restante 30%, ai fini della qualificazione non potrebbe utilizzarsi l'aumento del 20% ex art 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, atteso che la *ratio* del beneficio dell'implementazione del 20% sugli importi della qualifica SOA sarebbe finalizzato a consentire al concorrente (interamente qualificato) di fronteggiare l'eventuale affidamento futuro di maggiori lavori nei limiti previsti dal codice degli appalti, onde evitare alla P.A. l'esperimento di una nuova procedura di gara nell'ambito della economicità del procedimento amministrativo. Nel caso di specie l'aggiudicatario, avendo utilizzato l'incremento in sede di qualificazione, non sarebbe in grado di coprire (in caso di variante in aumento del 20% dell'importo dei lavori appartenenti alla categoria OG11) la quota del 70% necessaria per poter subappaltare.

12.1 – A mente dell'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010: *“La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”*.

12.2. Lo stesso dato testuale, che contiene un esplicito riferimento alla partecipazione alla gara, rende palese che gli operatori economici possono applicare il beneficio dell'aumento del quinto (senza limitazioni, a differenza di quanto previsto per i raggruppamenti) proprio al precipuo fine della qualificazione; una diversa lettura restrittiva risulterebbe in contrasto non solo con il generale canone di interpretazione letterale, ma anche con il principio di *favor participationis*.

13. - In conclusione, il ricorso è fondato e merita accoglimento con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione e riammissione dell'impresa offerente alla procedura selettiva per cui è causa. Non possono invece accogliersi le richieste volte a conseguire l'aggiudicazione e la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, atteso che la gara non è ancora pervenuta alla fase dell'aggiudicazione né il relativo contratto è stato stipulato.

13.1 - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione.

Condanna l'amministrazione statale resistente e l'interveniente *ad opponendum* alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che liquida nella somma complessiva di euro 3.000,00 (tremila/00), ponendola *pro quota* al 50% a carico di ciascuna delle suddette due parti, oltre spese generali, I.V.A. e C.P.A. come per legge e rimborso del contributo unificato in pari quota.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.



Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite "Microsoft Teams", ai sensi dell'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla L. 24 aprile 2020, n. 27):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Anna Saporito**

**IL PRESIDENTE**

**Leonardo Pasanisi**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.