



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 98 del 2020, proposto da T.M.G. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Borney, Rosario Scalise, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Toscana, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il proprio Ufficio legale in p.zza Unità 1;

nei confronti

Passarelli S.p.A. non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della comunicazione di esclusione del 24/12/2019, comunicata il 25 dicembre 2019, ore 10,53, disposta dalla Regione Toscana con riferimento alla seguente procedura: "Intervento cod. U8 – Realizzazione della cassa di espansione di Campo Regio – I Lotto. Cig 7956260175 – Cup D37B13000300002. e del decreto

dirigenziale n. 21164 del 20 dicembre 2019, certificato in data 24 dicembre 2019, ivi allegato;

- dei verbali di gara delle sedute del 16 ottobre 2019, 23 ottobre 2019 e del 28 novembre 2019 la cui ostensione è stata assentita in data 8/1/2019;

- per quanto occorra del bando di gara e del disciplinare di gara relativi alla procedura per l'affidamento della gara "Intervento cod. U8 – Realizzazione della cassa di espansione di Campo Regio – I Lotto. Cig 7956260175 – Cup D37B13000300002.

-di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso alla Procedura;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere riammessa alla procedura di gara

e per la condanna al risarcimento dei danni conseguenti, da effettuarsi anche per equivalente pecuniario che risulterà di giustizia, se impossibile in forma specifica,

Con ogni consequenziale pronuncia;

e per la condanna

al risarcimento dei danni conseguenti, da effettuarsi anche per equivalente pecuniario che risulterà di giustizia, se impossibile in forma specifica, Con ogni consequenziale pronuncia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Toscana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 il consigliere Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La T.MG s.r.l. ha concorso alla procedura di gara indetta dalla Regione Toscana per l'affidamento dei lavori di "Realizzazione della cassa di espansione di Campo Regio – I Lotto.

Nella domanda di partecipazione la stessa ha dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni comprese nella categoria prevalente OG8 e nelle categorie scorporabili OG1, OG3, OG6, OG10, OS21 nel limite massimo del 30% dell'importo contrattuale e lavorazioni comprese nella categoria scorporabile OG11 fino al massimo del 30% del pertinente importo contrattuale di categoria e, in particolare, le demolizioni, i movimenti terra, le opere di pavimentazione, le opere a verde, la realizzazione di scogliere, l'infissione ed estrazione palancole, la realizzazione di pali trivellati, di opere in calcestruzzo armato e non, opere in ferro e acciaio, le opere impiantistiche idrauliche, elettriche ed elettromeccaniche, le opere in conglomerato bituminoso, la formazione di segnaletica.

La stazione appaltante, muovendo dalla premessa che la categoria OG 10, essendo necessariamente scorporabile dovrebbe essere subappaltata per l'intero importo previsto (non potendo l'offerente eseguirla in proprio per la sola parte per la quale è in possesso della relativa qualifica), ha ritenuto che la predetta dichiarazione non esprimesse in modo inequivoco la volontà di ricorrere al subappalto integrale delle lavorazioni inerenti la predetta categoria, e, quindi, ha escluso la concorrente la quale impugna il provvedimento sfavorevole con il presente ricorso.

TMG, a sostegno del gravame, afferma in primo luogo di aver dichiarato in modo assolutamente limpido la volontà di ricorrere al subappalto per quanto concerne la categoria OG10. Essa osserva, al riguardo, che il limite massimo del 30% (imposto peraltro dal bando) non era riferibile alle singole categorie indicate ma all'intero importo contrattuale dei lavori il cui ammontare eccede ampiamente il valore contrattuale della predetta categoria.

In secondo luogo la ricorrente, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, impugna il bando di gara nella parte in cui, recependo la prescrizione contenuta nell'art. 105 del codice dei contratti pubblici, prevede un limite massimo all'importo subappaltabile.

In terzo luogo la stessa si duole della mancata attivazione del soccorso istruttorio per chiarire l'effettiva volontà espressa nell'offerta.

Il Collegio deve rilevare che l'impugnativa del bando di gara non è stata formulata in via subordinata (non rilevando a tal fine l'ordine di esposizione dei motivi di ricorso).

La fondatezza della censura che investe la *lex specialis* assume quindi carattere prioritario alla luce di quanto affermato dalla Adunanza Plenaria nella sentenza n. 5/2015 poiché esprime un vizio radicale e logicamente pregiudiziale sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale.

Va ancora precisato sul piano preliminare che la clausola che ha limitato l'importo subappaltabile ha leso la ricorrente imponendole di delimitare la volontà di ricorrere al subappalto anche con riferimento (fra le altre) alla categoria OG10, facendola in tal modo incorrere nella contestata esclusione. Non vi è dubbio, infatti, che se T.M.G. non avesse dovuto recepire il limite del 30% dell'importo contrattuale nella sua dichiarazione relativa alla categorie e lavorazioni da subappaltare sarebbe venuta meno anche ogni restrizione concernente la predetta categoria.

Nel merito la censura è fondata.

La Corte di Giustizia UE con sentenza C-63/18 del 26 settembre 2019, ha affermato che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 105 del codice dei contratti pubblici, che limita in modo rigido ed indiscriminato al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

A nulla rileva il fatto che la predetta pronuncia sia stata pubblicata dopo la pubblicazione del bando posto che la stessa rende inapplicabile la normativa nazionale dichiarata in contrasto con quella comunitaria anche nei giudizi in corso non potendo il giudice nazionale assumere decisioni non conformi al diritto UE.

Il bando di gara nella parte in cui ha fatto applicazione di una norma nazionale contrastante con la vigente direttiva in materia di appalti pubblici così come interpretata dalla Corte di Giustizia è quindi illegittimo e va annullato.

L'effetto del predetto annullamento, peraltro, travolge l'intera procedura atteso che la eliminazione del limite all'importo subappaltabile incide sulle regole concorrenziali per l'accesso alla commessa e richiede quindi la apertura di un nuovo confronto pubblico e trasparente sulla base di regole conformi alla disciplina comunitaria.

Entro tali limiti il ricorso deve essere accolto.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati con gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Raffaello Gisondi

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO