

Publicato il 14/05/2021

N. 00079/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00031/2021 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 31 del 2021, proposto da:

INCO S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Carlin e dall'avvocato Giulia Giusy Cusenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, Via Renato Lunelli, n. 48, presso lo studio legale Antonio Tita;

contro

Scuola Materna Cembra, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Tardivo con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina, n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione autonoma del Trentino-Alto Adige/Südtirol di Trento;

nei confronti

Stroppa Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio;

Zanettin Mirco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento d.d. 29.01.2021 con il quale è stata comunicata all'odierna ricorrente l'avvenuta aggiudicazione a favore della Stroppa Costruzioni S.r.l. della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara indetta dalla Scuola Materna di Cembra, per l'affidamento in appalto "*dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento della scuola materna di Cembra in p.ed. 755 e sistemazioni esterne in pp.ff. 1368/3 - 1368/4 - 1370 C.C. Cembra. CIG: 8578082932 - CUP: E65H20000150001*";

- del verbale di gara d.d. 28.01.2021 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva a favore di Stroppa Costruzioni S.r.l. per i lavori di ristrutturazione e ampliamento della scuola materna di Cembra e nella parte in cui non dispone l'esclusione dalla procedura di gara delle concorrenti Stroppa Costruzioni s.r.l. e Zanettin Mirco S.r.l.;

- per quanto eventualmente di ragione, della nota della stazione appaltante resa all'odierna ricorrente a mezzo p.e.c. in data 17.2.2021 di riscontro negativo alla richiesta formulata dalla stessa per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dovendo essere escluse le concorrenti Stroppa Costruzioni S.r.l. e Zanettin Mirco S.r.l. non in possesso di speciale abilitazione ex D.M. 37/2008, e formulazione di nuova aggiudicazione;

- nonché, di ogni altro provvedimento presupposto o successivo e comunque connesso e/o conseguente e non conosciuto, e per la declaratoria di inefficacia

del contratto d'appalto eventualmente *medio tempore* stipulato con altri, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, co. 1, lett. c) e d) e 122 del d.lgs.

104/2010, con espressa domanda di subentrare nello stesso;
nonché, in via subordinata, nell'ipotesi di mancato o parziale subentro nel contratto d'appalto, per la condanna della Scuola Materna Cembra al risarcimento dei danni per equivalente a titolo di refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati nella misura che sarà accertata nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della Scuola Materna Cembra;

Viste le ulteriori memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante "*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*", convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, ed in particolare l'articolo 25 rubricato "*Misure urgenti relative allo svolgimento del processo amministrativo*", come da ultimo modificato dall'articolo 6, comma 1, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, il quale prevede che, dal 9 novembre 2020 al 31 luglio 2021, per le udienze pubbliche e le camere di consiglio dei procedimenti pendenti presso gli uffici della giustizia amministrativa si applicano le disposizioni dell'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70;

Visto il decreto n. 33 del 4 novembre 2020 del Presidente del T.R.G.A. di Trento;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021, svoltasi con le modalità da remoto previste dall'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, il consigliere Antonia Tassinari e uditi per la ricorrente l'avvocato Giulia Giusy Cusenza e per l'amministrazione

intimata l'avvocato Laura Tardivo, noti all'ufficio e presenti con collegamento da remoto in videoconferenza per discutere la causa, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La *Scuola Materna Cembra*, Ente proprietario e gestore della scuola dell'infanzia di Cembra, con lettera del 30 dicembre 2020 ha invitato quindici imprese a partecipare a una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, indetta per l'affidamento, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento della scuola materna di Cembra in p.ed. 755 e sistemazioni esterne in pp. ff. 1368/3 – 1368/4 – 1370 C.C. Cembra. Secondo quanto precisato nella lettera di invito, la procedura rinviene la propria disciplina negli articoli 1, comma 6, 2, comma 3, e 33, comma 4, della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 e nell'art. 5, comma 2 lett. b), della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2.

2. I lavori di adeguamento del suddetto edificio scolastico risultano finanziati mediante un contributo provinciale ex art. 106, comma 2, della legge provinciale 7 agosto 2006, n. 5 (cfr. determinazione del Dirigente dell'Unità di Missione Semplice Scuola e Servizi Infanzia n. 35 del 4 settembre 2019), nonché da un contributo straordinario del Comune di Cembra Lisignago (cfr. deliberazione della Giunta comunale n. 114 del 2 settembre 2020) ed, altresì, da fondi propri della Stazione Appaltante *Scuola Materna Cembra*.

3. L'importo complessivo di appalto è stato stabilito in euro 1.799.935,01 di cui euro 1.754.107,04 per lavorazioni soggette a ribasso ed euro 45.827,97 per oneri non assoggettati a ribasso d'appalto, per il piano di sicurezza e di coordinamento e per il piano operativo di sicurezza. Quanto alla classificazione dei lavori, la lettera di invito del 30 dicembre 2020 ha previsto:

“L'intervento si compone delle seguenti lavorazioni:

*Edifici civili e industriali - categoria OG 1 - qualificazione obbligatoria: si -
- importo € 712.260,82 - categoria prevalente;*

*Impianti tecnologici - categoria OG 11 - qualificazione obbligatoria: si -
- importo € 335.303,87 - categoria scorporabile SIOS;*

*Finiture di opere - categoria OS6 - qualificazione obbligatoria: no -
- importo € 316.081,38 - categoria scorporabile;*

*Finiture di opere - categoria OS7 - qualificazione obbligatoria: no -
- importo € 242.374,98 - categoria scorporabile;*

*Demolizione di opere - categoria OS23 - qualificazione obbligatoria: no -
- importo € 193.913,96 - categoria scorporabile;*

*... Nella categoria prevalente sono comprese le seguenti lavorazioni per le
quali è richiesta per legge una speciale abilitazione (D.M. 22 gennaio
2008, n. 37 e s.m.):*

- opere da imp. fotovoltaico (OG9) per euro 22.089,44 ...;

- opere di elevazione - ascensore (OS4) per euro 36.537,64 ...;

- opere imp. antintrusione (OS5) per euro 9.659,20 ...;

*Qualora il concorrente non sia in possesso della speciale abilitazione
richiesta dalla legge o di attestazione SOA nelle categorie specializzate di
riferimento OS4 e OS5 e OG9, è tenuto a dichiarare che intende
subappaltare interamente le predette lavorazioni, pena l'esclusione, ai
sensi del combinato disposto di cui all'art. 105 del d.lgs. 50/2016 ...”.*

4. La Stazione Appaltante con nota del 13 gennaio 2021 indirizzata alle
“Ditte offerenti” ha rettificato la lettera d'invito del 30 dicembre 2020
nella parte riguardante la classificazione dei lavori eliminando dalle
lavorazioni la categoria OG11 e ricomprendendo nell'ambito della
categoria prevalente OG1 anche le lavorazioni appartenenti alle categorie
specializzate OS3, OS28, OS30, nelle quali è stata suddivisa l'eliminata
categoria OG11. La rettifica ha nello specifico disposto:

“L'intervento si compone delle seguenti lavorazioni:

Edifici civili e industriali - categoria OG 1 - qualificazione obbligatoria: si - importo €1.047.564,69 - categoria prevalente;

Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi - categoria OS6 - qualificazione obbligatoria: no - importo € 316.081,38 - categoria scorporabile;

Finiture di opere generali di natura edile e tecnica - categoria OS7 - qualificazione obbligatoria: no - importo € 242.374,98 - categoria scorporabile;

Demolizione di opere - categoria OS23 - qualificazione obbligatoria: no - importo € 193.913,96 - categoria scorporabile;

... Nella categoria prevalente sono comprese le seguenti lavorazioni per le quali è richiesta per legge una speciale abilitazione (D.M. 22 gennaio 2008, n. 37 e s.m.):

- Opere da imp. Fotovoltaico (OG9) per euro 22.089,44 ...;

- Opere da impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie (OS3) per euro 89.290,40 ...;

- Opere di elevazione - ascensore (OS4) per euro 36.537,64 ...;

- Opere imp. antintrusione (OS5) per euro 9.659,20 ...;

- Opere impianti termici e di condizionamento (OS28) per euro 106.992,89 ...;

- Opere impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici (OS30) per euro 138.3390,58 ...;

Qualora il concorrente non sia in possesso della speciale abilitazione richiesta dalla legge o di attestazione SOA nelle categorie specializzate di riferimento OG9, OS3, OS4 e OS5, OS28 e OS30, è tenuto a dichiarare che intende subappaltare interamente le predette lavorazioni, pena l'esclusione, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 105 del d.lgs. 50/2016 ..."

5. Alla gara hanno partecipato 11 operatori del settore e, tra questi, la Stroppa Costruzioni S.r.l, la Zanettin Mirco S.r.l. nonché la INCO S.r.l. La

procedura, fatto salvo l'esito positivo delle verifiche di legge, si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, disposta nella seduta pubblica tenutasi in data 28 gennaio 2021, alla Stroppa Costruzioni S.r.l. (Stroppa), la quale ha offerto un ribasso percentuale pari al 7,980%. Al secondo posto della graduatoria si è collocata la Zanettin Mirco S.r.l. (Zanettin), con un ribasso del 7,925%, nel mentre la INCO S.r.l. (INCO) si è posizionata al terzo posto, avendo offerto un ribasso pari al 6,111%.

6. L'impresa prima classificata ed aggiudicataria Stroppa ed, analogamente, la concorrente seconda qualificata Zanettin non hanno reso alcuna dichiarazione di subappalto relativamente alle lavorazioni afferenti la categoria specializzata OG9, come è emerso all'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche (cfr. verbale della seduta di gara del 28 gennaio 2021). Peraltro, le società Stroppa e Zanettin neppure risultano essere in possesso della speciale abilitazione ai sensi del decreto del Ministero dello sviluppo economico 22 gennaio 2008, n. 37 (Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici in sostituzione della disciplina precedentemente contenuta nella legge 5 marzo 1990, n. 46 e abrogata per effetto dell'art. 3 del d.l. 28 dicembre 2006, n. 300 convertito, con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2007, n. 17) o di attestazione SOA nella categoria specializzata di riferimento OG9. In dipendenza di tale circostanza la società INCO con pec del 16 febbraio 2021 ha rivolto alla Stazione Appaltante istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, in particolare chiedendo all'Amministrazione di *“escludere le imprese non in possesso dell'abilitazione OG9 che non hanno dichiarato il subappalto (dal bando era motivo di esclusione) e riformulare la nuova graduatoria e relativa aggiudicazione”*. In tal senso la ricorrente ha pertanto rimarcato che le lavorazioni della categoria OG9 attengono all'installazione di impianti

fotovoltaici di "autoproduzione" di energia elettrica fino a 20 kw, rientranti nella lett. a) dell'art. 1 comma 2 del D.M. n. 37 del 2008. Con pec del 17 febbraio 2021 la Scuola Materna di Cembra ha respinto la richiesta di INCO affermando che le imprese Stroppa e Zanettin avevano "*dichiarato di voler subappaltare la categoria prevalente OG1, nella quale sono ricomprese le categorie OG9, per intero, con la conseguenza che [esse devono ritenersi ammesse] a subappaltare, nella fase esecutiva, tutte le sottocategorie specialistiche ricomprese nella prevalente*" e, quindi, ha confermato l'aggiudicazione e la relativa graduatoria.

7. Ritenendo lesa il proprio interesse legittimo a vedersi aggiudicare la gara *de qua*, INCO si è pertanto rivolta a questo Tribunale al fine di ottenere, previa sospensione, l'annullamento in principalità del verbale di gara del 28 gennaio 2021 per i seguenti motivi di diritto:

I. Violazione di legge – omessa applicazione delle disposizioni contenute nella lex specialis di gara nella parte in cui prevede l'obbligo in capo ai concorrenti di essere in possesso della qualificazione attestazione SOA nella cat. OG9 o della speciale abilitazione ex D.M. 37/2008 o, in alternativa, di subappaltarne l'intero importo.

La lettera di invito prevede espressamente che qualora l'impresa partecipante alla gara non sia in possesso, per la lavorazione "OPERE DA IMP. FOTOVOLTAICO", classificata come OG9, della speciale abilitazione di cui al D.M. n. 37 del 2008 o dell'attestazione SOA, debba dichiarare, a pena di esclusione, che intende subappaltare per intero tale lavorazione. Tuttavia, disattendendo quanto stabilito in maniera chiara e precisa dalla *lex specialis*, la Stazione Appaltante non ha disposto l'esclusione né della prima, né della seconda classificata, nonostante che entrambe risultino prive sia della speciale abilitazione richiesta dal citato decreto ministeriale, sia dell'attestazione SOA e che non abbiano reso la dichiarazione di subappalto. Stante ciò, l'Amministrazione ha pertanto illegittimamente aggiudicato l'appalto ad una concorrente che, in

applicazione delle specifiche prescrizioni del bando di gara, avrebbe dovuto essere esclusa.

II. Eccesso di potere per contraddittorietà – Violazione di legge ed Eccesso di potere per il mancato rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione e buon andamento dell'azione amministrativa - Violazione della lex specialis.

Nel rigettare l'istanza di autotutela, la Stazione Appaltante, pur riconoscendo che la prima e la seconda classificata non avevano reso la dichiarazione di subappalto, ha ritenuto comunque legittimo il proprio operato sulla base dell'erroneo assunto che il possesso dell'abilitazione prevista dal d.m. 22 gennaio 2008, n. 37 e successive modifiche, ovvero il possesso dell'attestazione SOA, costituiscono meri requisiti di esecuzione anziché requisiti di partecipazione/qualificazione idonei, questi sì, a comportare l'esclusione dalla procedura di gara. Così opinando, tuttavia, l'Amministrazione ha violato quella clausola testuale della lettera d'invito che impone l'obbligo di subappalto pena l'esclusione in assenza dell'attestazione o dell'abilitazione, disattendendo quindi disposizioni del tutto inequivoche, da essa stessa predisposte e alle quali essa si era vincolata.

III. Violazione della lex specialis di gara - Eccesso di potere per illogicità manifesta - Violazione delle regole del giusto procedimento - Eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione del principio di imparzialità

L'Amministrazione, nella propria nota del 17 febbraio 2021, ha dichiarato che qualora fosse risultato necessario integrare dichiarazioni incomplete, le imprese avrebbero potuto avvalersi del soccorso istruttorio: e ciò nonostante che la stessa Amministrazione, nella prima lettera d'invito, avesse chiarito che “*non è ammessa regolarizzazione delle dichiarazioni di subappalto*”. Il soccorso istruttorio, pertanto, non solo era stato escluso dalla stessa Stazione Appaltante, ma non risultava neppure ammissibile in

un momento diverso rispetto alla sede di gara, soprattutto se, come nel caso in esame, non ne era stata fatta richiesta, né dai concorrenti né dalla Stazione Appaltante.

8. La Scuola Materna di Cembra, costituitasi in giudizio per resistere al ricorso, ha contestato la lettura della *lex specialis* operata dalla ricorrente. Secondo l'Amministrazione, poiché la categoria generale OG9, insieme alle categorie specializzate OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30, è ricompresa nella categoria prevalente OG1, le relative lavorazioni, così come la speciale abilitazione, di cui al d.m. 22 gennaio 2008, n. 37 e successive modifiche, richiesta per tali lavorazioni, potevano ritenersi automaticamente incluse nel subappalto dichiarato per la categoria prevalente OG1 senza la necessità di dichiarazioni specifiche. Pertanto, le imprese classificatesi prima e seconda che hanno dichiarato "*la possibilità di subappaltare tutte le voci della categoria OG1*" ovvero di voler subappaltare "*tutte le lavorazioni rientranti nella categoria prevalente OG1*" legittimamente non sono state espulse dalla gara. Anche secondo la *lex specialis*, infatti, l'abilitazione di cui al d.m. n. 37 del 2008 costituisce un requisito che rileva unicamente ai fini dell'esecuzione dell'appalto e non anche quale qualificazione dell'impresa ai fini della sua partecipazione alla procedura. E, conclude l'Amministrazione, l'esclusione dell'impresa conseguirebbe alla mancanza di un requisito di partecipazione alla gara e non all'assenza di un requisito della fase esecutiva.

9. Nel corso della camera di consiglio tenutasi l'11 marzo 2021, stante l'impegno dell'Amministrazione a non procedere alla stipula del contratto nelle more della decisione della causa, la ricorrente ha accolto la proposta di abbinamento al merito della domanda cautelare, con fissazione dell'udienza pubblica al 6 maggio 2021. Con atto depositato il 15 marzo 2021 la ricorrente ha poi rinunciato all'istanza cautelare.

10. In vista dell'udienza pubblica la ricorrente, richiamando l'art. 26 della legge provinciale n. 2 del 9 marzo 2016, che impone al concorrente che si

avvale del subappalto di indicare espressamente le lavorazioni e le categorie oggetto del subappalto stesso, ha rilevato che le dichiarazioni rese dalla società Stroppa e dalla società Zanettin, formulate in termini del tutto generici e perplessi in ordine ad una “*possibilità di subappaltare*”, non risultano corrette neppure rispetto a tale disciplina di legge e alla sussistenza del preciso impegno a subappaltare richiesto dalla *lex specialis* di gara.

A propria volta la *Scuola Materna Cembra* ha infine eccepito l’inammissibilità del ricorso, posto che, a suo avviso, anche nell’ipotesi di esclusione della prima e della seconda classificata, la INCO non avrebbe comunque la possibilità, di divenire aggiudicataria.

11. Alla pubblica udienza del 6 maggio 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione a’ sensi dell’articolo 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, come da ultimo modificato con l’art. 6, comma 1, del d.l. n. 44 del 2021.

DIRITTO

I) *In limine litis* deve essere respinta l’eccezione di inammissibilità del ricorso, su cui, in particolare da ultimo, ha insistito la *Scuola Materna Cembra*, assumendo la carenza di interesse della società ricorrente nel presupposto che essa non potrebbe comunque divenire aggiudicataria della gara e che, pertanto, non sarebbe legittimata a chiedere nella presente sede di giudizio l’annullamento dell’aggiudicazione nei confronti della società Stroppa e, nello specifico, del verbale di gara nella parte in cui non ha disposto l’esclusione dalla procedura delle concorrenti Stroppa e Zanettin. Il Collegio, per parte propria, rileva in proposito che, anche a tacere dell’assodato interesse strumentale della ricorrente alla rinnovazione della procedura di gara, in ogni caso, nell’ipotesi di annullamento degli atti impugnati a seguito dell’accertata illegittimità della mancata esclusione della prima e della seconda classificata, INCO quale terza graduata potrebbe divenire aggiudicataria per scorrimento della graduatoria, ovvero

a seguito della formazione da parte della Stazione Appaltante di una nuova graduatoria previa verifica delle eventuali offerte anomale secondo la procedura del paragrafo 7 della *lex specialis*. Il ricorso, stante la sussistenza da parte di INCO dell'interesse ad impugnare l'esito della gara, è pertanto ammissibile.

II) Quanto al merito della vicenda in esame, risultano dirimenti in particolare il primo e il secondo motivo con i quali la ricorrente si duole della mancata esclusione dalla procedura delle società classificatesi prima e seconda in graduatoria, ritenendo - di contro - che, sulla base di quanto stabilito nella lettera d'invito, tale esclusione avrebbe dovuto essere disposta essendo entrambe tali concorrenti prive sia della speciale abilitazione richiesta dal Decreto del Ministero dello sviluppo economico 22 gennaio 2008, n. 37 e successive modifiche, sia dell'attestazione SOA nella categoria specializzata di riferimento OG9 e non avendo le concorrenti medesime reso la dichiarazione di subappalto delle lavorazioni rientranti in tale categoria prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Le doglianze suddette - che considerata la loro stretta correlazione si prestano ad una trattazione congiunta - per le ragioni di seguito illustrate sono fondate e meritano di essere accolte, restando assorbito il vizio riguardante il soccorso istruttorio.

III) Ciò posto, vale allora evidenziare che nel caso di specie il sindacato giurisdizionale non investe le clausole del bando. La domanda introdotta con il ricorso è rivolta in particolare alla caducazione del provvedimento che non ha escluso dalla procedura due concorrenti. Questi ultimi, neppure costituitisi in giudizio, non hanno impugnato con ricorso incidentale la lettera di invito nella parte in cui, qualora il concorrente non sia in possesso della speciale abilitazione richiesta dalla legge o di attestazione SOA nelle categorie specializzate di riferimento OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30, viene prevista, in termini puntuali e, soprattutto, a pena di esclusione, la presentazione della dichiarazione di subappalto, tra l'altro da

rendere preferibilmente a mezzo di un *fac simile* predisposto dall'Amministrazione che, nonostante un rifiuto, si riferisce espressamente alle categorie specializzate di riferimento e all'abilitazione richiesta dalla legge. Coglie pertanto nel segno la difesa della ricorrente laddove rileva che le (chiare e non travisabili) disposizioni rimaste inoppugnate recate dalla *lex specialis* sono intangibili e vincolano, oltretutto i concorrenti, la stessa Stazione Appaltante e, si aggiunga, il giudice, il quale ultimo non può disapplicarle ancorché inopportunamente o incongruamente formulate e finanche illegittime sotto taluni profili (cfr. C.d.S., sez. III, n. 1804/2021; C.d.S., sez. V, n. 2991/2019). È, infatti, in tale evenienza fatta salva la sola possibilità di procedere da parte della stessa Amministrazione all'annullamento delle regole di gara nell'esercizio del potere di autotutela, poiché solo in tal modo viene assicurato il pieno rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti nella procedura competitiva.

Nella fattispecie in esame questo giudice è dunque chiamato meramente ad interpretare la *lex specialis*, vale a dire la lettera d'invito, e a tal scopo assume valenza del tutto dirimente il fondamentale criterio ermeneutico dell'art. 12 disp. prel. c.c., secondo cui “*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”. Il citato art. 12 pur associando al criterio ermeneutico letterale del “*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*” all’ “*intenzione del legislatore*”, ossia all'indagine sulla c.d. “*ratio legis*”, limita quest'ultimo strumento alle sole ipotesi in cui il suo utilizzo è imposto dall'insufficienza, ovvero dall'ambiguità del dato testuale contenuto nella disposizione normativa che deve essere interpretata (cfr. al riguardo T.R.G.A. Trento, n. 1/2021).

D'altra parte, costituisce vero e proprio *ius receptum* giurisprudenziale quello per cui “*nelle gare d'appalto vige il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione*

letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza (occorre infatti evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale)” e che “l’interpretazione della “lex specialis” soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale” (cfr. in particolare C.d.S., sez. III, n. 3715/2018 nonché C.d.S., sez. V, n. 2130/2020; C.d.S., sez. V, n. 8167/2019; C.d.S., sez. V, n. 4307/2017; C.d.S., sez. V, n. 7/2013).

Nella considerazione che le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongano di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, anche l’Autorità nazionale anticorruzione, dapprima con la delibera n. 589 del 8 luglio 2020 e poi con il parere recato dalla delibera n. 159 del 24 febbraio 2021, ha riconosciuto preferenza al criterio letterale.

IV) Ebbene, avuto riguardo al caso di specie, dal testo della lettera d’invito laddove prevede *“qualora il concorrente non sia in possesso della speciale abilitazione richiesta dalla legge o di attestazione SOA nelle categorie specializzate di riferimento OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30 è tenuto a dichiarare che intende subappaltare interamente le predette lavorazioni, pena l’esclusione, ai sensi del combinato disposto di cui all’art.105 del D.Lgs. 50/2016 ed all’art. 1, co. 18, del D.L. 18.04.2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14.06.2019, n. 55”*, non sono obiettivamente desumibili profili equivoci, ambigui o travisabili. Il significato immediato che letteralmente si ricava da tale disposizione è quello secondo cui da un lato la sanzione dell’espulsione consegue all’omissione della dichiarazione di subappalto e, dall’altro lato, stante il riferimento alle *“predette”* lavorazioni, la dichiarazione dell’intendimento di subappaltarle deve aver

riguardo, nello specifico, alle categorie specializzate di riferimento, le quali richiedono per legge la speciale abilitazione, OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30, e non genericamente alla categoria prevalente OG1, come invece avvenuto nella fattispecie in esame. Una diversa lettura della disposizione della *lex specialis*, proprio in quanto di per sé non giustificata da un'obiettiva incertezza del suo significato letterale, risulta preclusa: e, si badi, ciò non solo in quanto un'interpretazione logico sistematica contrasterebbe con la *regula iuris* dell'*in claris non fit interpretatio*, codificata dal citato art. 12 delle preleggi, ma anche al fine di evitare che la via del procedimento ermeneutico conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale e, in definitiva, in modo da non pervenire ad un'inammissibile disapplicazione della *lex specialis* (cfr. C.d.S., sez. V, n. 8167/2019; C.d.S., sez. V, n. 4307/2017). Invero, diversamente argomentando, la tendenziale certezza e stabilità della disposizione normativa potrebbe essere compromessa da letture di carattere personale, delle quali non si può escludere aprioristicamente l'intento di perseguire interessi non coincidenti con quelli che la regola intende tutelare (cfr. C.d.S., sez. V, n. 2130/2020): interessi che, nella fattispecie, vertendosi in materia di gare pubbliche, comprendono anche l'interesse dei concorrenti a che la procedura sia rigorosamente soggetta al principio della parità del loro trattamento da parte dell'Amministrazione. Infatti, il principio che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, ha carattere residuale e, come si è detto, non trova giustificata applicazione a fronte del significato inequivoco della disposizione in questione, non essendo possibili più interpretazioni della clausola medesima. In altri termini, pur considerando il principio del *favor participationis*, all'interprete, diversamente da quanto pretenderebbe

l'Amministrazione, non è consentito considerare *tamquam non esset* la portata della sanzione dell'esclusione che inequivocabilmente consegue, alla stregua della lettera d'invito, alla mancata dichiarazione di subappalto specificamente riferita alle categorie specializzate, comportanti l'abilitazione, OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30.

In definitiva, anche a non voler considerare il disposto di cui all'art. 26, comma 2, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 che impone ai concorrenti ai fini del ricorso al subappalto l'indicazione espressa delle "lavorazioni" e delle "categorie", in ogni caso la dichiarazione specifica a riguardo della categoria OG9 non risulta "ridondante" o "superflua" come viceversa sostenuto dalla Stazione Appaltante, tra l'altro in via del tutto contraddittoria attesa la stigmatizzazione del proprio errore da parte dell'Amministrazione medesima sul *fac simile* di dichiarazione di subappalto.

V) Alla luce di quanto appena rilevato evidentemente non resiste la tesi della Stazione Appaltante secondo la quale, in applicazione della *lex specialis*, la generica dichiarazione di subappalto delle lavorazioni resa dalle concorrenti Stroppa e Zanettin con riferimento alla categoria prevalente e considerata assorbente OG1 comprenderebbe, alla stregua di un sistema di scatole cinesi, la sottocategoria OG9 e - finanche - l'abilitazione, a tale sottocategoria connessa, di cui agli artt. 3 e 4 del d.m. n. 37 del 2008. In primo luogo va infatti osservato che, comunque, Stroppa e Zanettin hanno espressamente dichiarato il subappalto per le altre sottocategorie (OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30) che, oltre alla categoria OG9, pur sono comprese nella categoria prevalente: e ciò quando, secondo l'assunto della stessa Stazione Appaltante sarebbe stata sufficiente la dichiarazione riferita alla categoria prevalente OG1. Inoltre, e a ben vedere, tale tesi, che la Stazione Appaltante riconnette alla natura dell'abilitazione, ritenuta un requisito di esecuzione (la cui mancanza non comporta l'esclusione dalla gara) e non di qualificazione SOA né di

partecipazione a gare d'appalto, postula un'interpretazione logico-sistematica e *pro domo sua* che la Stazione Appaltante tenta di contrapporre al dato letterale. Ma, si ribadisce, l'utilizzo del suddetto canone ermeneutico, che magari eviterebbe gli "sterili ed inutili" formalismi paventati dall'Amministrazione, è destinato a recedere a fronte dell'inoppugnata e del tutto chiara lettera della *lex specialis*, della quale una diversa interpretazione si risolverebbe in una sua disapplicazione. Infatti, indipendentemente dalla riconducibilità, quanto all'abilitazione di cui al d.m.22 gennaio 2008, n. 37, a requisito di esecuzione (la cui mancanza non comporta l'esclusione dalla gara) piuttosto che di qualificazione SOA ovvero di partecipazione a gare d'appalto, rileva nondimeno il fatto che, come sopra evidenziato, la lettera d'invito ha testualmente riconnesso alla mancanza della dichiarazione di subappalto per le lavorazioni comprese nelle categorie specializzate, comportanti l'abilitazione, OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30, la sanzione espulsiva. Tanto basta a rendere ineludibile l'esclusione di Stroppa e Zanettin omessa dalla Stazione Appaltante ed, invero, anche inutile ogni dissertazione circa la natura dell'abilitazione - o meglio - circa la natura che per volere dell'Amministrazione il requisito in questione ha assunto in conseguenza dell'esito forzatamente espulsivo attribuito per la sua mancanza.

Né va sottaciuto che l'abilitazione, ancorché non coincidente, è in ogni caso connessa e richiesta per le specifiche lavorazioni proprie delle sottocategorie OG9, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30 per cui, in ipotesi, neppure con un'interpretazione di tipo logico-sistematico, quale quella evocata dalla Stazione Appaltante (in ogni caso impedita nella fattispecie per le ragioni che si sono dette), potrebbe giustificarsi la dichiarazione di subappalto genericamente riferita alla categoria prevalente OG1, in quanto non idonea a dare contezza delle specificità.

Anche il *fac simile* della dichiarazione di subappalto (Allegato E), approntato dalla Stazione Appaltante e il cui utilizzo è stato suggerito ai

concorrenti, pur privo dell'indicazione proprio della sottocategoria OG9, non giova a sostenere la sufficienza, ritenuta dalla Stazione Appaltante, della dichiarazione riferita alla categoria prevalente OG1. Il modulo *ad hoc* predisposto riporta infatti espressamente tutte le altre sottocategorie (OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30) rientranti nella categoria prevalente OG1 insieme alla sottocategoria OG9: il che ulteriormente conferma come nel "sistema" di formulazione della *lex specialis* di gara l'omissione di quest'ultima categoria costituisce solo un insignificante refuso. Del resto che la dichiarazione di subappalto, nonostante il *fac simile* così predisposto, dovesse avere riguardo *expressis verbis* e specificatamente a tutte le sottocategorie, ivi compresa la OG9, che richiedono la speciale abilitazione, risulta essere stato compreso da tutti i 7 concorrenti che si trovavano nella medesima situazione di Stroppa e Zanettin, i quali in tal senso hanno puntualmente effettuato la dichiarazione in questione. Considerato che per due concorrenti la dichiarazione non è stata necessaria poiché in costituendo RTI con imprese che possiedono in proprio la qualificazione OG9, in effetti solo i due concorrenti Stroppa e Zanettin hanno reso in forma errata la dichiarazione, magari anche in quanto a ciò indotti dal refuso. La circostanza in ogni caso non giustifica l'agire della Stazione Appaltante, la quale, qualora avesse ritenuto il *fac simile* fuorviante (ma tale, come detto, non è), avrebbe dovuto, ove del caso, esercitare il potere di autotutela rettificando il documento di gara anziché omettere di escludere tali concorrenti sulla base di indebite interpretazioni della lettera della legge. Ma, d'altra parte, la Stazione Appaltante, benché al riguardo sollecitata dalla ricorrente, neppure ha ritenuto di provvedere in tal senso relativamente alla mancata esclusione di Stroppa e Zanettin, così come - si osserva - non è stata oggetto di autotutela nemmeno la sanzione dell'esclusione, prevista dalla *lex specialis* per la mancanza della dichiarazione di subappalto: e ciò nonostante la ben chiara dissonanza di

tale previsione con la natura di requisito di esecuzione normativamente riconosciuta all'abilitazione.

VI) In conclusione, per le ragioni sopra diffusamente esposte, assorbenti di ogni ulteriore questione prospettata, le società controinteressate Stroppa e Zanettin, non avendo reso idonee dichiarazioni di subappalto, dovevano essere espulse dalla gara sussistendo al riguardo da parte della Stazione Appaltante un obbligo conformativo alle disposizioni della *lex specialis* da essa stessa adottata e configurandosi la mancata estromissione quale inammissibile disapplicazione della stessa *lex specialis*.

VII) La fondatezza dei motivi appena esaminati determina, previo assorbimento del restante motivo che attiene al soccorso istruttorio (istituto in ogni caso non attivato nella sede propria procedimentale) l'accoglimento del ricorso in epigrafe, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, in particolare, quanto al verbale di gara del 28 gennaio 2021, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva a favore di Stroppa Costruzioni s.r.l. per i lavori di ristrutturazione e ampliamento della scuola materna di Cembra e nella parte in cui non dispone l'esclusione dalla procedura di gara delle concorrenti Stroppa Costruzioni s.r.l. e Zanettin Mirco s.r.l.

La Stazione Appaltante, escluse dalla gara le società Stroppa e Zanettin, prima e seconda classificata, ai fini dell'aggiudicazione procederà secondo le fasi finali del paragrafo 6 (“*ad escludere le eventuali offerte anomale secondo la procedura individuata al successivo paragrafo 7; ad aggiudicare i lavori al concorrente che ha formulato la maggior percentuale di ribasso.....*”) e il paragrafo 7 della *lex specialis*.

VIII) La particolarità della questione trattata giustifica l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente

pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nei limiti indicati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, tramite Microsoft Teams, secondo quanto previsto dal combinato disposto dell'articolo 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, come da ultimo modificato con l'art. 6, comma 1, del d.l. n. 44 del 2021, e dell'articolo 4, comma 1, quarto periodo e seguenti del d.l. n. 28 del 2020, convertito dalla l. n. 70 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Fulvio Rocco

IL SEGRETARIO