

Pubblicato il 06/12/2021

N. 12555/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07955/2021 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 Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7955 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

G.C.F. Generale Costruzioni Ferroviarie S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio De Portu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Flaminia, 354;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Caccioppoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

CEIT S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Marini e Valentina Carucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale del primo in Roma, via di Villa

Sacchetti n. 9;

Sidonio S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento previe idonee misure cautelari

1) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 22.06.2021, reso dalla S.A. resistente nell'ambito della procedura ristretta n. DAC.0177.2020 appresso precisata, con cui è stata comunicata alla ricorrente, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b) del D.lgs. 50/2016, l'esclusione dalla procedura indicata relativamente al Lotto 16 “per mancanza di adeguata qualificazione al lotto stesso”;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione nelle more emesso nei confronti del (originariamente) secondo in graduatoria RTI CEIT Spa ovvero del primo concorrente non anomalo che segue in graduatoria;

- del punto 2 della lettera di invito laddove fosse interpretato nel senso di ritenere che anche per i raggruppamenti di tipo orizzontale – quale è quello ricorrente – la condizione per accedere al c.d. incremento premiante della qualificazione consiste nel possesso di una qualificazione pari ad almeno un quinto dei singoli importi previsti per la categoria prevalente e per quelle scorporabili;

- di qualsiasi atto, provvedimento e/o relazione, ancorché sconosciuto alla ricorrente, che confermi e/o motivi più nel dettaglio l'esclusione della stessa;

- di ogni altro atto, presupposto o conseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché sconosciuto all'odierna ricorrente;

nonché previa declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto eventualmente stipulato medio tempore, ai sensi degli artt. 121 e 122 del C.P.A. nella esecuzione del quale il ricorrente dichiara, fin d'ora, di volere subentrare ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 C.P.A., per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica, mediante riammissione alla procedura di gara con

conferma dell'aggiudicazione in favore della ricorrente e conseguente stipulazione del contratto di appalto;

- ovvero, in subordine, per la condanna della stazione appaltante all'integrale risarcimento del danno a titolo di lucro cessante, perdita di chance, danno curriculare e danno emergente, anche per la parte dei lavori eventualmente eseguiti dall'illegittimo aggiudicatario, con riserva di precisazione in corso di causa.

2) per quanto riguarda i motivi aggiunti:

della nota di RFI prot. DAC/A0011/P/2021/0003659 del 23.07.2021 con cui, nel riscontrare l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente in data 13.07.2021, è stata confermata l'esclusione già comunicata con la precedente nota prot. RFI_DAC\A0011\P\2021\0003015 del 22/06/2021, tempestivamente impugnata nel presente giudizio e si è chiarito per la prima volta che l'asserita carenza di qualificazione "concerne la categoria LIS A, atteso che la mandante - contrariamente a quanto da voi ipotizzato nell'istanza - non può avvantaggiarsi dell'incremento del quinto, non avendo rispetto ai lavori a base di gara una qualificazione sufficiente, tenuto conto dei requisiti che in effetti rilevano con riferimento a detti lavori";

- all'occorrenza, della Lettera di invito relativamente all'art. 2, comma 8, nella misura in cui la relativa prescrizione venisse interpretata nel senso che per accedere al beneficio dell'incremento del quinto in caso di raggruppamento orizzontale, la categoria nella quale è necessario possedere una classifica pari almeno a un quinto dell'importo complessivo dei lavori a base di gara debba essere la stessa categoria per la quale si intende usufruire dell'incremento premiante;

- nonché di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto, ma comunque lesivo delle posizioni giuridiche soggettive della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e di CEIT S.p.A., con la relativa documentazione;
Vista l'ordinanza cautelare n. 5002/2021 del 16 settembre 2021;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del 17 novembre 2021 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Rilevato e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

Rilevato che:

- ai sensi dell'art. 120, commi 6 e 10, c.p.a., la sentenza relativa a giudizio di cui all'art. 119, comma 1, lettera a), c.p.a. è ordinariamente redatta con sentenza in forma semplificata;
- con rituale ricorso a questo Tribunale, la G.C.F. Generale Costruzioni Ferroviarie S.p.A. ("GCF") chiedeva l'annullamento, preve misure cautelari, del provvedimento in epigrafe con il quale la stazione appaltante Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ("RFI") aveva disposto la sua esclusione, relativamente al Lotto 16 ("Milano Linee Nord", del valore complessivo di € 22.442.00,00), dalla procedura ristretta per l'affidamento "della eventuale progettazione esecutiva ed esecuzione in appalto dei lavori relativi agli interventi propedeutici al Piano Accelerato ERTMS e l'implementazione del Piano Tecnologico di Rete, oltre che le prestazioni di manutenzione dei sistemi e delle apparecchiature degli impianti relativi al sottosistema strutturale Comando Controllo Segnalamento, di giurisdizione delle Direzioni Territoriali Produzione di RFI";
- RFI motivava l'esclusione richiamando la "mancanza di adeguata qualificazione al lotto stesso";

- la ricorrente specificava di avere partecipato alla procedura in RTI con Valtellina S.p.A. (mandante) con modalità di raggruppamento “orizzontale”, mediante ripartizione di ciascuna categoria di lavori prevista dalla “lex specialis” tra le due imprese del raggruppamento secondo quote di partecipazione ed esecuzione indicate nella dichiarazione a corredo dell’offerta;
- tra altre, la lettera di invito prevedeva che le categorie di lavori “LIS A”, “OG1”, “OS30” e “OS28” a qualificazione obbligatoria, potevano essere eseguite esclusivamente da soggetti dotati della relativa specifica qualificazione rilasciata da RFI o, in caso contrario, subappaltate;
- il RTI facente capo alla ricorrente risultava primo in graduatoria rispetto al lotto di interesse, dopo la inversione procedimentale che aveva visto dapprima l’esame delle offerte tecniche ed economiche ma, all’esito della verifica della “busta amministrativa”, era comunicata alla ricorrente, ai sensi dell’art. 76, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016, l’esclusione dalla gara con la su ricordata motivazione;
- GCF, quindi, nel ricorso, in sintesi, lamentava quanto segue;
- *“1. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 76, comma 2, lett. a) D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 l. 241/90. Violazione del principio di buon andamento dell’azione amministrativa ex art. 97 Cost.. Eccesso di potere per palese inadeguatezza della motivazione, difetto di istruttoria, illogicità manifesta”*, in quanto risultava una palese carenza di motivazione per la genericità dell’affermazione della stazione appaltante, non comprensibile nei particolari anche dopo l’effettuato accesso agli atti;
- *“2. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 92, commi 1, 2, e 3 e 61, comma 2 D.P.R. 207/2010, dell’art. 48, comma 4 D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art. 12, comma 2, L. n. 80/2014. Violazione e falsa applicazione del paragrafo 2, delle*

“Avvertenze” della Lettera di invito Violazione e falsa applicazione del paragrafo D) del Disciplinare di gara.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento, disparità di trattamento, errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.”, dato che il RTI era in possesso di tutti i requisiti di qualificazione richiesti dalla “lex specialis”, in riferimento a ciascuna delle categorie di cui si componevano i lavori da realizzare, secondo quanto illustrato per la Categoria prevalente “LIS C” e per le Categorie scorporabili “LIS A”, “OG1”, “OS30”, “OS19”, “OS28”;

- *“3. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, commi 8 e 9 D.lgs. 50/2016. Violazione del paragrafo D) punto II del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, violazione del principio di favor participationis, violazione del principio di proporzionalità, errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto”*, in quanto – se fosse stato questo il motivo dell’esclusione – vi era stato un mero errore materiale nell’indicare il possesso della classifica VI, in luogo della VII effettivamente posseduta come da Elenco Operatori RFI, per la categoria prevalente “LIS C”, e della classifica II, in luogo della III effettivamente posseduta come da attestazione SOA, per la categoria scorporabile “OG1”, e ben poteva RFI chiedere chiarimenti sul punto verificando in concreto le singole attestazioni SOA;

- si costituiva in giudizio la CEIT S.p.A. con memoria di mera forma;

- con rituali motivi aggiunti, la ricorrente impugnava gli ulteriori provvedimenti in epigrafe, concernenti il chiarimento sul motivo di esclusione fornito, a richiesta della ricorrente, da RFI:

- in particolare, la stazione appaltante aveva precisato che la motivazione riguardava la carenza della qualificazione concernente la categoria “LIS A”, “...atteso che la mandante - contrariamente a quanto da voi ipotizzato nell’istanza - non può avvantaggiarsi dell’incremento del quinto, non avendo rispetto ai lavori a base di gara una qualificazione sufficiente,

tenuto conto dei requisiti che in effetti rilevano con riferimento a detti lavori”;

- GCF, quindi, lamentava ulteriormente quanto segue:

“I. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 92, comma 1, 2 e 3 del D.p.r. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell’art. 12, comma 2, lett. a) d.l. n. 47/2014. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (Avvertenze della Lettera di invito pag. 47). Violazione e falsa applicazione dell’art. 2 della Lettera di invito. Eccesso di potere per travisamento, erroneità nei presupposti, illogicità manifesta, irrazionalità”, in quanto, ai sensi dell’art. 92, comma 1, ultimo periodo, del D.P.R. 207/2010, ritenuto applicabile dalla “lex specialis”, dell’art. 12, comma 2, lett. a), d. l. n. 47/2014, conv. in l. n. 80/2014 e applicabile in via transitoria fino al varo del nuovo “regolamento sui contratti pubblici”, e della pag. 47 delle “Avvertenze” di cui alla lettera di invito, era sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente singolo o associato non la possieda anche per le categorie scorporabili), purché per l’importo totale dei lavori; ciò perché il RTI ricorrente era sicuramente in possesso della qualifica nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori, dato che, in riferimento alla categoria prevalente “LIS C”, GCF era in possesso della classe 7 illimitata, mentre la mandante Valtellina era in possesso della classe 5 (fino a € 4.500.000,00), fermo restando che il RTI aveva dichiarato espressamente di voler subappaltare le “Parti di opere relative a prestazioni ricomprese nella categoria LIS-A, ad imprese qualificate nel relativo sistema di qualificazione RFI per classi di importo adeguate”, così che risultava pienamente rispettato l’obbligo di subappalto previsto per tale categoria laddove non fosse stata posseduta la relativa qualificazione, stante la non indispensabilità della stessa a fronte della qualifica nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori; inoltre, la ricorrente osservava che, in riferimento alla mandante, la qualificazione nelle categorie

scorporabili, anche a qualificazione obbligatoria, non era necessaria al fine dell'ammissione se il deficit di qualificazione era coperto, come in questo caso, da un "surplus" di qualificazione nella categoria prevalente;

"II. Violazione di legge. Violazione dell'art. 61, comma 2, D.P.R. 207/2010. Violazione dell'art. 48, comma 4, D.lgs. 50/2016, dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della Lettera di invito "Condizione di partecipazione e requisiti". Violazione e falsa applicazione dei considerando, 2, 73, 78, 83, 124, e dell'art. 19 della Direttiva 2014/24/UE, degli artt. da 101 a 109 e dell'art. 173, comma 1 del TFUE. Violazione del principio di favor participationis e di accesso al mercato delle PMI. Eccesso di potere per irrazionalità, illogicità manifesta, disparità di trattamento", in quanto la mandante, in possesso per la categoria in questione della classe 1 (fino a € 350.000,00), aveva usufruito legittimamente dell'incremento premiante del "quinto" sulla propria classifica di qualifica e pertanto doveva ritenersi qualificata per tale categoria fino a € 420.000,00, anche perché la stessa "lex specialis" aveva chiarito che l'incremento premiante era riconoscibile, per i raggruppamenti di tipo orizzontale, quando la qualificazione posseduta fosse stata pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, senza prevedere che la qualificazione fosse riferita ad una determinata categoria, a differenza del caso dei raggruppamenti di tipo verticale o misto ove era previsto che la qualificazione posseduta fosse pari ad almeno un quinto dei singoli importi previsti per la categoria prevalente e per quelle scorporabili, collegando quindi solo in questo secondo caso la qualifica posseduta dal concorrente alle singole categorie per cui si voleva usufruire del c.d. "incremento premiante" del 20%; pertanto, essendo l'importo a base di gara per il Lotto 16 pari a € 22.442.000,00 e la mandante

Valtellina, possedeva la classifica VIII (illimitata) per le categorie "OS30" e "OS19", ricomprese "nell'importo dei lavori posto a base di gara",

risultando qualificata per un importo ampiamente superiore al quinto del valore delle opere a base di gara, emergeva la conseguente possibilità per la stessa mandante di poter beneficiare dell'”incremento del quinto” per la categoria “LIS-A”, pervenendosi altrimenti al risultato illogico della inapplicabilità, ovvero dell'inutilità, dell'aumento del “quinto” in molti e frequenti casi, quali, ad esempio, quelli in cui il 20% dell'importo a base di gara superi quello della categoria scorporabile in questione, come accadeva peraltro nel caso di specie; la ricorrente riscontrava anche un contrasto con l'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, dato che la diversa interpretazione propugnata dalla stazione appaltante avrebbe comportato un eccessivo restringimento del mercato, precludendo di fatto l'accesso alle piccole e medie imprese, contrariamente a quanto previsto da normativa e giurisprudenza eurounitaria che era richiamata;

- *“In via subordinata III. Rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE”*, sulla base della considerazione per la quale se fossero ritenuti infondato il primo motivo e assente la violazione dell'art. 61 cit., doveva proporsi il seguente quesito alla CGUE: “se l'art. 61, comma 2 del D.P.R. 207/2010 interpretato nel senso che la categoria nella quale è necessario avere una classifica pari almeno a un quinto dei lavori a base di gara deve essere la stessa categoria per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA e non anche le altre categorie ricomprese nell'importo dei lavori a base di gara, è compatibile con le norme eurounitarie volte a facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle piccole e medie imprese (considerando 2, 73, 78, 83, 124 della Direttiva 2014/24/UE) e dei principi in materia di concorrenza di cui agli artt. da 101 a 109 e 173, comma 1 del TFUE, nonché dell'art. 19 della Direttiva 2014/24/UE”;

- si costituiva in giudizio RFI, illustrando in una distinta memoria per la camera di consiglio le tesi orientate a rilevare l'infondatezza del gravame;

- con l'ordinanza in epigrafe, la domanda cautelare era motivatamente accolta;
- in prossimità della trattazione di merito le parti depositavano memorie a ulteriore illustrazione delle rispettive tesi;
- alla pubblica udienza del 17 novembre 2021 la causa era trattenuta in decisione;

DIRITTO

Considerato che:

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo, il primo motivo appare improcedibile per carenza di interesse, avendo la stazione appaltante indicato nel provvedimento impugnato con i motivi aggiunti le ragioni specifiche dell'esclusione;
- il contenuto sostanziale del secondo motivo andrà valutato unitamente ai suddetti motivi aggiunti;
- sul terzo motivo pure appare la relativa carenza di interesse, avendo specificato la stazione appaltante che il motivo dell'esclusione del RTI era diverso e non quello dell'errore materiale indicato dalla ricorrente;
- passando all'esame dei motivi aggiunti e al non più sommario esame proprio della fase di merito, il Collegio ritiene di confermare l'orientamento indicato in cautelare, rilevando la fondatezza del gravame nei termini che si vanno a precisare, pur conscio della sussistenza di una certa oscillazione giurisprudenziale in argomento;
- dopo il chiarimento sulla motivazione offerto dalla stazione appaltante, è dunque emerso che la ragione dell'esclusione era limitata alla circostanza per la quale, in relazione alla categoria "LIS A", la mandante non poteva avvantaggiarsi dell'incremento del "quinto", non avendo, rispetto ai lavori a base di gara, una qualificazione sufficiente, tenuto conto dei requisiti che in effetti rilevavano con riferimento a detti lavori;
- RFI nelle sue difese sostiene che: a) la dichiarazione di subappalto era parziale e indeterminata, riferendosi solo a "parti di opere", e quindi

inefficace; b) in relazione all'art. 61 cit., emergeva, oltre che una diversa interpretazione dell'ANAC (delibera n. 45/2020 ma già delibera AVCP n. 75/2007), un orientamento giurisprudenziale, che era riportato, che escludeva la possibilità di consentire l'applicazione dell'istituto del c.d. incremento di un quinto anche laddove il concorrente non possieda una classifica pari ad almeno un quinto dei lavori nella specifica categoria per la quale si invoca l'applicazione del predetto istituto, anche in relazione ai raggruppamenti orizzontali; c), di conseguenza, il possesso da parte della mandante della classifica VIII (fino a € 20.658.000,00) solo per le categorie "OS30" e "OS19", non riguardava la categoria "LIS A" da "premiare", rilevando la categoria concretamente spesa nel raggruppamento – anche se orizzontale – che nel caso di specie prevedeva la mandante partecipare in "LIS A" solo per l'11% e non almeno per il 20%; d) anche la giurisprudenza aveva chiarito che, ai fini del calcolo del "quinto", si deve sempre considerare esclusivamente la classifica soggetta ad incremento premiante e non anche le classifiche ulteriori e distinte; e) non era possibile "coprire" la parte mancante della categoria "LIS A" - per la quale Valtellina possedeva la classe I, fino a € 350.000,00 - con la differenza tra la classifica 5 posseduta per la categoria prevalente "LIS C", fino a 4.500.000,00, e la quota di partecipazione/esecuzione del 18% che la mandante si assumeva per tale categoria prevalente;

- pur rilevando la suggestività di tale ricostruzione fondata su alcune pronunce dell'Autorità di settore e della giurisprudenza, come detto, il Collegio ritiene di condividere l'assunto di parte ricorrente, anch'esso basato su ricostruzioni giurisprudenziali che si condividono maggiormente;

- le tesi di parte resistente non tengono in considerazione che ai sensi dell'art. 92, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010 e della pag. 47 delle Avvertenze di cui alla lettera di invito era sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente singolo o

associato non la possieda anche per le categorie scorporabili), purché per “l’importo totale dei lavori” in riferimento alla sola categoria prevalente;

- i successivi commi 2 e 3 dell’art. 92 cit. prevedono che: *“Per i raggruppamenti temporanei di cui all’articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all’articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l’impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un’impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall’associato o dal consorziato. Nell’ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.*

Per i raggruppamenti temporanei di cui all’articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera e), del codice, ed i soggetti di cui all’articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo verticale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l’importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l’impresa singola. I requisiti relativi

alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente”;

- più in particolare, riguardo alla “lex specialis”, le “Avvertenze” suddette, richiamando solo le categorie “LIS A”, “OG1”, “OS30” e “OS28”, precisavano che *“Pertanto, qualora l’Impresa non sia in possesso della qualificazione o attestazione in tali categorie (qualificazione che, comunque, non è indispensabile per partecipare alla gara, essendo possibile, a tal fine, qualificarsi nella sola categoria prevalente per l’importo complessivo dell’appalto), la stessa ha l’obbligo di subappaltare le corrispondenti lavorazioni a soggetti adeguatamente qualificati da RFI S.p.A. o in possesso di adeguata attestazione SOA, o di costituire un RTI di tipo verticale”;*

- di conseguenza, tale disposizione, in virtù dell’ultimo richiamo, era applicabile ai raggruppamenti orizzontali e non specificava la quota minima di subappalto in tali categorie;

- sull’art. 92 cit. è stato osservato che in caso di sub-raggruppamento orizzontale nella medesima categoria, l’impresa capogruppo soddisfa il requisito di legge, possedendo i requisiti in misura maggioritaria, comunque non inferiore al 40%, ed eseguendo la prestazione prevalente in misura maggioritaria (Cons. Stato, Sez. V, 9.12.20, n. 7751);

- è solo nel caso di RTI di tipo verticale che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi devono essere posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente di riferimento (TAR Umbria, 6.11.20, n. 497);

- sulla base di tale ricostruzione trova quindi, condivisione da parte del Collegio la conclusione giurisprudenziale che specifica come, per la partecipazione alla gara di appalto per l’affidamento di lavori pubblici, sia sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili. L’affidatario - se sprovvisto

della relativa qualificazione subappalterà l'esecuzione ad imprese che ne sono provviste. La validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla Stazione Appaltante il contratto di subappalto; tutto ciò comporta, in definitiva, che il possesso della qualificazione nella categoria prevalente, per l'importo totale dei lavori, giustifica di per sé la partecipazione ad una gara, indipendentemente dalla qualificazione nelle categorie scorporabili, da rendere necessariamente oggetto di subappalto in sede di offerta e di successivi adempimenti, attinenti alla fase di esecuzione contrattuale (Tar Sardegna, Sez. II, 2711.20, n. 661);

- ai sensi dell'art. 12, comma 2 lett. b), del richiamato d.l. 47/2014, questa conclusione è praticabile anche per categoria a qualificazione "obbligatoria", quale era nel caso di specie la "LIS A", dato che risulta dichiarato espressamente nell'offerta di volere dare luogo a subappalto a impresa in possesso delle relative qualificazioni;

- a ciò deve aggiungersi, in relazione al richiamo all'art. 61, comma 2, D.P.R. cit. – secondo il quale *“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”* – che l'interpretazione preferibile è quella propugnata dalla ricorrente e basata sulla “ratio” della norma, che è quella di garantire l'attuazione dei principi eurounitari di concorrenza e “favor participationis”, strettamente connessi a quelli, costituzionali, di buon andamento, imparzialità e libertà d'iniziativa economica privata, al fine di consentire l'accesso alle gare d'appalto anche alle imprese, singole

- o associate, le quali hanno una qualificazione di poco inferiore a quella richiesta dai bandi;
- l'interpretazione opposta e richiamata da parte resistente potrebbe condurre a un risultato illogico, particolarmente evidente nel caso in cui le imprese di un RTI orizzontale, per beneficiare dell'incremento del quinto per la categoria scorporabile, dovrebbero possedere una qualificazione di gran lunga superiore allo stesso requisito di partecipazione, in tutti quei casi in cui l'aumento del quinto è richiesto rispetto a categorie diverse da quella principale, il cui importo è ridotto; ciò con l'irragionevole risultato di imprese componenti il RTI che sono abbondantemente qualificate in tutte le categorie richieste dal bando, tranne che per una marginale, in cui hanno una qualificazione di poco inferiore a quella richiesta dalla stazione appaltante, vanificando l'intento della norma e limitando oltremodo la platea dei partecipanti, con conseguente violazione del fine perseguito dal legislatore, che è, come detto, quello di favorire la concorrenza, e in assenza di pregiudizio sostanziale per gli interessi pubblici coltivati dalla stazione appaltante;
 - per quanto riguarda la lamentata – da RFI – dichiarazione generica di subappalto, il Collegio rileva che la stessa non era stata richiamata a fondamento (ulteriore) dell'esclusione, per cui in questa sede risulta illegittimamente integrata la motivazione, fermo restando che il RTI depositerà il contratto a specificazione dei lavori e la stazione appaltante potrà verificare la consistenza delle opere subappaltate;
 - la ricostruzione suddetta appare conforme alle normative eurounitarie e, pertanto, non appare necessaria la rimessione alla CGUE nel senso proposto dalla ricorrente;
 - alla luce di quanto dedotto, pertanto, il gravame deve essere accolto per quanto riguarda la domanda di annullamento;
 - in relazione alle altre domande e per l'intervenuta pronuncia cautelare, non risulta che si sia dato luogo ad aggiudicazione né che la ricorrente

abbia subito danni in tal senso, per cui non possono accogliersi le ulteriori istanze di inefficacia contrattuale, subentro e risarcimento;

- la ricordata oscillazione giurisprudenziale e la complessità della fattispecie consentono eccezionalmente di compensare nella loro integralità le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'affetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Luca Biffaro, Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO