

Al sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici continua ad applicarsi l'art. 12 del d.l. n. 47/2014.

di Davide Angelucci

Data di pubblicazione: 15-4-2024

Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici richiamato all'art. 100, comma 4, del Codice D.lgs. 36/2023, ed affidato per la sua intera disciplina all'allegato II.12, non ricomprende lo speciale istituto di cui all'art. 12 del D.L. n. 47/2014, in quanto afferente ad un diverso settore giuridico.

Più in generale, il nuovo codice dei contratti del 2023 ha abrogato il precedente codice del 2016, che tuttavia non ricomprendeva la speciale disciplina di cui al D.L. n. 47/2014. Pertanto, se corrisponde al vero che la nuova legge, il codice del 2023, regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (il codice del 2016), lo stesso non può predicarsi per la speciale disciplina extracodicistica del D.L. n. 47/2014.

Recente giurisprudenza amministrativa, richiamando anche la relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119, ove si precisa che "La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100", ha confermato l'attuale vigenza del D.L. n. 47/2014 (così T.A.R. Calabria, sent. 26.10.2023, n. 782 e T.A.R. Piemonte, sent. 16.1.2024, n. 23),

N. 00062/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00238/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 238 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Holzer GmbH, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9976475F99, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Dalponte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Riva del Garda, viale A. Lutti n. 10;

contro

Comune di Campo Tures, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Trento, largo Porta Nuova, n. 9; Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e per il PNRR - Struttura di Missione per il PNRR, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Unionbau S.p.A. e J. Schmidhammer S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Marco Giustiniani, Antonello Frasca e Alessandro Paccione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero dell'Istruzione e del Merito, Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. del Disciplinare di gara relativo alla procedura negoziata per i lavori di demolizione e ricostruzione della scuola elementare a Riva di Tures (Codice CIG 9976475F99), conosciuto da Holzer GmbH a seguito di ricevimento in data 8 agosto 2023 della lettera d'invito alla predetta procedura negoziata;
2. di ogni atto al precedente connesso, presupposto o consequenziale, anche ad oggi non conosciuto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Holzer GmbH il 15.11.2023, previa sospensiva o adozione delle opportune misure cautelari:

3. della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Borgata Campo Tures del 12 ottobre 2023, n. 295, avente ad oggetto “CIG 9976475F99 – CUP I51B22000200006 – Finanziamento dell'Unione Europea – Next Generation EU – PNRR M2C3I1.1 – Demolizione e ricostruzione della scuola elementare a Riva di Tures: Annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'impresa Holzer Srl ed assegnazione dei lavori al RTI Unionbau Spa – Schmidhammer Srl (secondo nella graduatoria)”, comunicata alla ricorrente con pec del 17 ottobre 2023;

4. della relazione interna del RUP dell'11 ottobre 2023, parimenti comunicata alla ricorrente con pec del 17 ottobre 2023;

5. di ogni atto al precedente connesso, presupposto o consequenziale, anche ad oggi non conosciuto;

nonché

- per la conseguente declaratoria di inefficacia del relativo contratto, ove *medio tempore* stipulato, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.;

- per il conseguente risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori alla Holzer GmbH e il suo subentro nel contratto, ove *medio tempore* stipulato;

- o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Campo Tures e di Unionbau S.p.A. e di J. Schmidhammer S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2024 il consigliere Fabrizio Cavallar e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

(Salvo che non sia specificato diversamente i documenti di seguito indicati si riferiscono a quelli depositati in giudizio dalla ricorrente)

1. La ricorrente (d'ora in poi semplicemente Holzer) è stata invitata l'8 agosto 2023 (doc. 2) a partecipare ad una procedura negoziata per i lavori di demolizione e ricostruzione di una scuola elementare a Riva di Tures (doc. 1). La selezione si basava sull'offerta

economicamente più vantaggiosa in base al solo prezzo, con scadenza per la presentazione delle offerte all'8 settembre 2023 (doc. 2). L'importo dei lavori per il quale poteva venire offerto un ribasso (al netto d'IVA e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché oneri di sicurezza), ossia l'importo dei lavori posto a base di gara, ammontava a euro 6.370.147,97, IVA esclusa (doc.1).

2. Holzer ha presentato un'offerta di euro 4.974.828,61, (doc. 5) includendo la previsione di subappaltare il 10% dei lavori di movimento terra (OS1) e il 30% dei lavori di demolizione (OS23) (doc. 4).

3. Dopo l'apertura delle buste avvenuta l'11 settembre 2023, Holzer è stata provvisoriamente dichiarata aggiudicataria con deliberazione della Giunta comunale n. 212 dell'11.9.2023, mentre un raggruppamento di imprese si è classificato al secondo posto (doc. 5).

4. Successivamente, il 25 settembre 2023, Holzer ha ricevuto una richiesta di chiarimenti riguardo al parziale subappalto delle categorie di lavoro OS1 e OS23. Il Responsabile Unico del Procedimento ha chiesto a Holzer di fornire l'attestazione del possesso delle qualifiche OS1 e OS23, considerando l'obbligatorietà della qualificazione per tali categorie secondo le disposizioni del Disciplinare di gara (doc. 6).

5. La ricorrente ha risposto alla richiesta di chiarimenti con nota del 28.9.2023 (doc. 7), contestando le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3, del Disciplinare di gara, specificamente quelle che stabiliscono che le lavorazioni delle categorie prevalenti e scorporabili sono subappaltabili entro certi limiti, che le categorie a qualificazione obbligatoria (tra le quali le categorie OS1 e OS23) devono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario solo se possiede la qualificazione adeguata, altrimenti devono essere completamente subappaltate, e che in caso di mancato utilizzo della dichiarazione di subappalto necessario, l'offerente è obbligato a raggrupparsi con un soggetto qualificato.

6. La ricorrente, non essendo in possesso delle qualificazioni relative alle categorie OS1 e OS23, temendo la propria esclusione dalla gara, ha quindi impugnato, con il ricorso introduttivo dd. 2.10.2023, depositato il 13.10.2023, il Disciplinare di gara *in parte qua*, ritenendo che le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3, in particolare con riguardo alle categorie OS1 e OS23 considerate a qualificazione obbligatoria, siano illegittime, e debbano essere dichiarate nulle o annullate per i seguenti motivi:

6.1. *“I. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 12, comma 2, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, e legge di conversione del 23 maggio 2014, n. 80; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 100, comma 4, e dell’art. 30 dell’Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023; in subordine: violazione dell’art. 97 Cost.; violazione dei principi generali in materia di appalti, di legalità, di concorrenza, di par condicio, di massima partecipazione, di proporzionalità e di non discriminazione; violazione degli artt. da 1 a 10 del d.lgs. 36/2023.”*

6.2. *“Violazione e/o falsa interpretazione e applicazione dell’art. 100, commi 4 e 12, e dell’art. 30 dell’Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023; violazione dell’art. 97 Cost.; violazione dei principi generali in materia di appalti, di legalità, di concorrenza, di par condicio, di massima*

partecipazione, di proporzionalità e di non discriminazione; violazione degli artt. da 1 a 10 del d.lgs. 36/2023.”

7. In data 12.10.2023 la Giunta comunale di Campo Tures ha approvato con deliberazione n. 295 l'annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'impresa Holzer S.r.l. e l'esclusione della stessa dalla procedura di gara, con conseguente scorrimento della graduatoria e aggiudicazione in favore del RTI Unionbau spa - Schmidhammer S.r.l., secondo in graduatoria (doc. 5 dell'Amministrazione resistente).

8. In data 6.11.2023 si è costituito in giudizio il Comune di Borgata Campo Tures, contestando tutte le affermazioni avversarie e chiedendo, in via pregiudiziale principale, in rito, di dichiarare il ricorso inammissibile per intervenuta acquiescenza alla *lex specialis* di gara; in via pregiudiziale subordinata, in rito, di dichiarare il ricorso irricevibile/inammissibile/improcedibile per mancata impugnazione della deliberazione giuntale n. 295 del 12 ottobre 2023; in via subordinata, nel merito, di rigettare il ricorso siccome infondato in fatto e diritto.

9. In data 13.11.2023 si è costituita in giudizio la ditta Unionbau s.p.a, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante J. Schmidhammer s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso in quanto manifestamente irricevibile, inammissibile e comunque infondato.

10. In data 15.11.2023 Holzer ha depositato motivi aggiunti, previa sospensiva, per l'annullamento:

- della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Borgata Campo Tures del 12 ottobre 2023, n. 295 (doc. n. 8), avente ad oggetto “*CIG 9976475F99 – CUP I51B22000200006 – Finanziamento dell’Unione Europea – Next Generation EU – PNRR M2C3I1.1 – Demolizione e ricostruzione della scuola elementare a Riva di Tures: Annullamento dell’aggiudicazione in favore dell’impresa Holzer Srl ed assegnazione dei lavori al RTI Unionbau Spa – Schmidhammer Srl (secondo nella graduatoria)*”, comunicata alla ricorrente con pec del 17 ottobre 2023 (doc. n. 9);

- della relazione interna del RUP dell’11 ottobre 2023 (doc. n. 10), parimenti comunicata alla ricorrente con pec del 17 ottobre 2023;

- di ogni atto al precedente connesso, presupposto o consequenziale, anche ad oggi non conosciuto;

nonché

- per la conseguente declaratoria di inefficacia del relativo contratto, ove *medio tempore* stipulato, ai sensi dell’art. 122 c.p.a.;

- per il conseguente risarcimento in forma specifica mediante l’aggiudicazione dei lavori alla Holzer GmbH e il suo subentro nel contratto, ove *medio tempore* stipulato;

- o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

11. Holzer ha fatto valere i medesimi motivi di ricorso sollevati contro il Disciplinare di gara.

12. In data 23.11.2023 l'Amministrazione comunale ha depositato le proprie difese contro i motivi aggiunti di ricorso, chiedendo, in via pregiudiziale principale, in rito, di dichiarare il ricorso inammissibile per intervenuta acquiescenza alla *lex specialis* di gara e in via subordinata, nel merito, di rigettare il ricorso anche per motivi aggiunti siccome inammissibile ed infondato in fatto e diritto.

13. In data 27.11.2023 anche le imprese controinteressate hanno depositato la propria memoria difensiva, con specifica riserva di controdedurre ai sopravvenuti motivi aggiunti.

14. In data 1.12.2023 la ricorrente ha depositato la memoria di replica.

15. In data 9.12.2023 anche le ditte controinteressate si sono difese sui motivi aggiunti e sull'istanza di sospensiva.

16. Con ordinanza n. 102/2023, depositata il 13.12.2023, a seguito della camera di consiglio tenutasi il 12.12.2023, questo Tribunale, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, ha respinto l'istanza cautelare trattandosi di un appalto finanziato con i fondi del PNNR; per la medesima ragione ha disposto l'integrazione del contraddittorio, a cura di parte ricorrente, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle infrastrutture e del Ministero per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR – Struttura di Missione per il PNRR e del Ministero dell'Istruzione e del Merito; ed ha fissato per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 7.2.2024, per garantire il rispetto dei termini a difesa relativi ai motivi aggiunti.

17. In data 13.12.2023 si è tenuta l'udienza di discussione del ricorso che è stata rinviata al 7.2.2024.

18. In data 22.12.2023 la ricorrente ha integrato il contraddittorio nei confronti delle Amministrazioni individuate dall'ordinanza cautelare.

19. In data 22.1.2024, depositando una memoria difensiva, le imprese controinteressate hanno allegato, in punto di fatto, che il 20 dicembre 2023, successivamente all'ordinanza del TRGA n. 102/2023, il Comune di Campo Tures e il RTI Unionbau hanno stipulato il contratto relativo all'appalto di cui è causa.

Pertanto, rispetto alle richieste risarcitorie della ricorrente, hanno eccepito da un lato, che il risarcimento in forma specifica mediante la sottoscrizione del contratto o il suo subentro sarebbero divenuti inaccoglibili per l'inclusione dell'appalto nel PNRR, che, secondo l'art. 48, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, impone l'applicazione dell'art. 125 c.p.a., precludendo la caducazione del contratto una volta sottoscritto, tranne per le eccezioni dell'art. 121 c.p.a.; dall'altro, l'inammissibilità della domanda di risarcimento per equivalente perché generica, in quanto non fornirebbe elementi sufficienti per dimostrare il pregiudizio ristorabile.

20. In pari data la ricorrente ha depositato una memoria difensiva con la quale ha indicato i presupposti della propria domanda risarcitoria. Ha sostenuto di aver subito un danno “*da mancata aggiudicazione*”, liquidabile nel *quantum* attraverso il risarcimento sia dell'interesse positivo (mancato profitto derivante dall'esecuzione dell'appalto), sia del danno curricolare (pregiudizio al *curriculum* e all'immagine professionale). L'utile stimato dall'impresa ammonterebbe al 10% dell'offerta presentata, pari a euro 497.482,86. Inoltre, la ricorrente ha chiesto per il danno curricolare un risarcimento forfettizzato del 5% della somma riconosciuta per il danno da mancato profitto, ovvero euro 24.874,14.; più la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dalla data di stipulazione del contratto fino al completo soddisfacimento.

21. In data 26.1.2024 la ricorrente ha depositato la propria memoria di replica, con la quale ha contestato l'eccezione di inammissibilità della domanda di risarcimento per equivalente, introdotta, a suo dire, in modo puntuale, sia nel ricorso iniziale che nei motivi aggiunti.

La ricorrente avrebbe successivamente depositato documenti a supporto della domanda e avrebbe presentato una memoria difensiva esplicitante la richiesta di risarcimento, rispettando i termini di legge e mantenendo il *thema decidendum* senza estensioni non necessarie.

Inoltre, la ricorrente ha sottolineato l'ammissibilità della pregiudiziale domanda di accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., presentata nella memoria difensiva. Tale richiesta sarebbe considerata ammissibile secondo l'orientamento giurisprudenziale che riconosce la possibilità di una semplice dichiarazione per ottenere l'accertamento dell'illegittimità degli atti, garantendo al contempo il contraddittorio tra le parti.

22. In data 27.1.2024 anche le imprese controinteressate hanno depositato la propria memoria di replica, insistendo sull'eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria della ricorrente, che avrebbe presentato la richiesta in modo generico nei motivi aggiunti, dettagliandola tardivamente nella memoria ex art.73, comma 1, c.p.a.. L'inammissibilità deriverebbe dalla parcellizzazione della domanda, che secondo giurisprudenza del Consiglio di Stato violerebbe il contraddittorio, poiché l'altra parte potrebbe controdedurre solo con una memoria di replica o in udienza.

Oltre all'aspetto procedurale, la domanda risarcitoria sarebbe comunque infondata, in quanto basata su un presupposto errato, cioè che l'interesse della ricorrente sarebbe il subentro nel contratto, anziché la possibilità di una riedizione della procedura con un disciplinare emendato.

23. All'udienza pubblica del 7.2.2024, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

24. In via preliminare, devono essere scrutinate le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'amministrazione resistente e dalle controinteressate, per intervenuta acquiescenza alla *lex specialis* di gara e per mancata impugnazione della deliberazione giuntale n. 295 del 12 ottobre 2023.

25. Quanto all'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione del bando di gara per intervenuta acquiescenza alla *lex specialis* di gara, in via preliminare, va puntualizzato che costituisce *ius receptum* che l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni della *lex specialis* riguarda solo le prescrizioni che rivestono carattere escludente, per tali dovendo intendersi:

- le previsioni che, afferendo ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludono in nuce la possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, rendendone certa l'esclusione;

- le altre clausole che - benché non *stricto sensu* ostative a *latere* soggettivo - valgano comunque a precludere, a *latere* oggettivo, la partecipazione alla gara.

In particolare, la sentenza del Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ha fatto rientrare nel *genus* delle c.d. clausole immediatamente escludenti le seguenti fattispecie:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;

e) clausole impositive di obblighi *contra ius*;

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate;

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "*non soggetti a ribasso*".

La regola generale della non immediata impugnabilità del bando, derogata dalle prescrizioni escludenti come sopra intese, richiede che chi agisca in giudizio, avverso l'atto indittivo di una procedura contrattuale lamentandone un effetto lesivo immediato, sia gravato di un onere di dimostrazione dell'allegata lesione, che reclama di essere rigorosamente adempiuto, facendo constare come la legge di gara impedisca ogni seria partecipazione alla selezione (cfr. C.G.A. n. 248 del 2016).

In coerenza con i principi della Plenaria, ove invece le clausole della *lex specialis* non impediscano la presentazione dell'offerta (o in ogni caso non siano immediatamente

escludenti nel senso sopra specificato), l'illegittimità del bando va dedotta a seguito dell'impugnazione dell'aggiudicazione, non potendo la partecipazione alla gara considerarsi acquiescenza alle regole di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972).

Nell'odierna fattispecie ricorre quest'ultima condizione, in quanto non solo alla ricorrente non è stato impedito di presentare la propria offerta, ma essa è stata addirittura dichiarata aggiudicataria provvisoria (doc. 5), prima che il controllo sulle qualificazioni da essa possedute determinasse l'annullamento in autotutela di tale aggiudicazione. In questo caso, pertanto, la sua partecipazione alla gara non può in alcun modo considerarsi acquiescenza alle regole di gara e l'impugnazione del bando è avvenuta debitamente nel momento in cui la ricorrente ha temuto per la propria esclusione, a seguito della richiesta di chiarimenti sulle qualificazioni da essa possedute avanzata dalla stazione appaltante (doc. 6).

26. Pure la seconda eccezione di inammissibilità, per mancata impugnazione della deliberazione giuntale n. 295 del 12 ottobre 2023, è infondata, dal momento che tale deliberazione è stata debitamente impugnata con i motivi aggiunti.

27. Nel merito, osserva il Collegio che l'intervenuta sottoscrizione del contratto di cui è causa (dd. 20 dicembre 2023, doc. 11), finanziato con fondi del PNRR, fa sì che non possa essere utilmente pronunciata – anche in ipotesi di fondatezza delle censure articolate nel gravame – una pronuncia di annullamento degli atti impugnati, dovendo quindi essere diversamente accertata l'illegittimità degli stessi nei limiti in cui ne sussista l'interesse a fini risarcitori (in questi termini anche T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 5.2.2021, n. 126, confermata da Consiglio di Stato, sez. V, 27.9.2022, n. 8327).

28. Infatti, in base al combinato disposto dell'art. 48, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che ha previsto l'applicazione dell'art. 125 c.p.a. alle impugnazioni delle procedure finanziate anche in parte con fondi PNRR, e al disposto dell'art. 125 c.p.a., ai sensi del quale "*Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente*", non può essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso, né la conseguenziale domanda di subentro.

29. Pertanto, sono divenute improcedibili per difetto di interesse tutte le domande di annullamento azionate dalla ricorrente – quella di annullamento *in parte qua* del disciplinare di gara (richiesta nel ricorso introduttivo), quella di annullamento del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria (richiesta nei motivi aggiunti) - nonché quella di accertamento di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a. e quella di risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori alla Holzer GmbH e il suo subentro nel contratto (richieste nei motivi aggiunti).

30. Conserva invece interesse la domanda di risarcimento danni per equivalente avanzata dalla ricorrente in sede di motivi aggiunti.

Dispone, infatti, l'articolo 34, comma 3 c.p.a. che *“quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori”*.

31. È doveroso, pertanto, che il Collegio vagli le censure di illegittimità prospettate dalla ricorrente contro il bando di gara (doc. 1) e contro il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria (doc. 5 dei motivi aggiunti), al fine di determinare l'eventuale sussistenza del c.d. fatto lesivo, costituente uno dei quattro presupposti del diritto risarcitorio.

32. La ricorrente, non essendo in possesso delle qualificazioni per le categorie OS1 e OS23, temendo la propria esclusione dalla gara, ha impugnato, con il ricorso introduttivo, il Disciplinare di gara in *parte qua* (doc. 1), ritenendo che le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3 - per il quale *“Le categorie a qualificazione obbligatoria ai sensi dell'allegato II. 12 del D.lgs. n. 36/2023 sono eseguibili direttamente dall'aggiudicatario solo se in possesso della relativa adeguata qualificazione. In caso contrario l'offerente sarà tenuto a subappaltare le predette lavorazioni.”* - in particolare con riguardo alle categorie OS1 e OS23 a qualificazione obbligatoria, fossero illegittime, e dovessero essere dichiarate nulle o annullate per i seguenti motivi:

“I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12, comma 2, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, e legge di conversione del 23 maggio 2014, n. 80; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 100, comma 4, e dell'art. 30 dell'Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023; in subordine: violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi generali in materia di appalti, di legalità, di concorrenza, di par condicio, di massima partecipazione, di proporzionalità e di non discriminazione; violazione degli artt. da 1 a 10 del d.lgs. 36/2023.”

“II. Violazione e/o falsa interpretazione e applicazione dell'art. 100, commi 4 e 12, e dell'art. 30 dell'Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi generali in materia di appalti, di legalità, di concorrenza, di par condicio, di massima partecipazione, di proporzionalità e di non discriminazione; violazione degli artt. da 1 a 10 del d.lgs. 36/2023.”

32.1. Holzer sostiene che le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3, del Disciplinare di gara, in particolare con riguardo alle categorie OS1 e OS23 ritenute a qualificazione obbligatoria, violino l'art. 12, comma 2, lett. a) e b), del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, (d'ora in poi “D.L. n. 47/2014”) che regola l'affidamento di contratti pubblici di lavori. Secondo quest'articolo, l'affidatario può eseguire direttamente tutte le lavorazioni se è in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, oppure può subappaltare le lavorazioni specializzate a imprese qualificate. Non può eseguire direttamente, senza le qualificazioni adeguate, lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati solo per alcune categorie specifiche, che nel presente caso non rilevarebbero.

La ricorrente ritiene che il Disciplinare di gara non possa derogare alla suddetta normativa, poiché rappresenterebbe una disciplina di rango superiore e non prevedrebbe espressamente la possibilità di deroga. Sostiene, altresì, che, anche se i bandi di gara possono stabilire requisiti più rigorosi rispetto alla legge, ciò non si applicherebbe al sistema di qualificazione.

Inoltre, afferma che le categorie OS1 e OS23 sarebbero erroneamente considerate categorie a qualificazione obbligatoria dal Disciplinare di gara, contravvenendo all'art. 12, comma 2, del D.L. n. 47/2014, il quale non le elencherebbe come tali. Un tanto costituirebbe una palese discriminazione e violerebbe i principi di legalità, concorrenza, *par condicio*, massima partecipazione e proporzionalità.

La ricorrente sottolinea, infine, che, nonostante l'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), l'art. 12, comma 2, del D.L. n. 47/2014 non sarebbe stato abrogato, né esplicitamente, né tacitamente, in quanto la disciplina introdotta dal nuovo decreto non regolerebbe completamente la materia delle categorie a qualificazione obbligatoria.

32.2. L'amministrazione resistente ha controdedotto che dal 1° luglio 2023 avrebbe assunto piena efficacia il Codice degli appalti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 e, con esso, la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici.

L'art. 100, comma 4, del Codice, dedicato ai requisiti di ammissione nei lavori pubblici, prevedrebbe che il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse, sarebbe disciplinato dall'allegato II.12, affidando, dunque, la disciplina dell'istituto all'allegato II.12.

Le categorie di opere continuerebbero a distinguersi in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate e l'art. 100 D.lgs. n. 36/2023 preciserebbe che il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenterebbe condizione necessaria e sufficiente per l'esecuzione dell'appalto (principio che verrebbe ribadito e rafforzato all'art. 1 del citato allegato).

L'Allegato II.12, all'art. 30, confermerebbe la previsione del previgente Regolamento di esecuzione del codice (D.P.R. n. 207/2010), secondo la quale *“il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”*.

L'Allegato II.12 non conterrebbe alcuna previsione riproduttiva del disposto di cui all'art. 12 del D.L. n. 47/2014, in merito alla distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria ed alla previsione secondo cui l'aggiudicatario poteva eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.

Né l'Allegato II.12 recherebbe un elenco di opere a “qualificazione obbligatoria” e neppure la Tabella A dell'Allegato II.12 recherebbe alcun riferimento alla distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria.

L'art. 15 delle Disposizioni Preliminari al Codice civile (Preleggi) prevedrebbe l'abrogazione implicita di una legge o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. Il citato art. 100, comma 4, del Codice D.lgs. 36/2023 nella parte in cui prevede che *“il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici”* è disciplinato dall'All. II.12 del codice avrebbe, con tenore inequivoco, affidato l'intera disciplina dell'istituto all'allegato II.12, dovendo intendersi, perciò, implicitamente abrogata, ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, ogni precedente disposizione regolatrice dell'istituto e dunque anche l'art. 12, comma 2, del D.L. n. 47/2014.

Altresì, per il principio *“Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”* potrebbe fondatamente ritenersi che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali, sia specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione (circostanza che qui non ricorrerebbe), oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto (integralmente, mentre qui si prevede il ricorso al subappalto in una percentuale pari al 10% per la OS1 e al 30% per la OS23, con la conseguenza che il subappalto non copre le lavorazioni per intero).

Il comma 2, dell'art. 2, del citato allegato confermerebbe che *“La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”*, il che farebbe dedurre che per *“eseguire i lavori”* sarebbe necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.

Argomenti a sostegno dell'abrogazione implicita dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014 si rinverrebbero anche negli artt. 12 e 227 dell'attuale Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), da cui si desumerebbe che il legislatore sarebbe intervenuto in modo organico sull'intera materia, costituendo, dunque, il d.lgs. n. 36/2023 l'unico *corpus* normativo di riferimento in materia di contratti pubblici.

Infine, anche la giurisprudenza amministrativa confermerebbe siffatta lettura, essendosi in una analoga controversia recentemente affermato quanto segue: *“Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto. Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2, comma 2, del citato allegato II.12, laddove prescrive che ‘La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto’, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione”* (così T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782).

32.4. Le controinteressate hanno ribadito le allegazioni difensive dell'amministrazione resistente ed hanno dedotto che *“anche a prescindere dalle argomentazioni sviluppate, le stazioni appaltanti possono introdurre, nei bandi di gara o nelle lettere di invito, requisiti di*

qualificazione più rigorosi rispetto a quelli a base di legge, alla luce delle specificità e peculiarità dell'appalto in via di affidamento (vedasi Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 5873, non appellata)".

32.5. Ad avviso del Collegio le censure della ricorrente sono fondate.

32.5.1. Va premesso che con il decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, di decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, era stato disposto l'annullamento di alcune disposizioni regolamentari del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, costituente il regolamento di esecuzione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Erano state annullate le disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, in relazione, quest'ultimo, alla "*Tabella sintetica delle categorie*" contenuta nell'Allegato A) del medesimo decreto: quella che distingueva tra categorie, generali e speciali, a qualificazione obbligatoria e no.

Il parere n. 3014/2013 del Consiglio di Stato - Adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013, alla base del predetto annullamento, aveva accertato che nonostante il principio generale sancito dallo stesso regolamento all'art. 109, comma 1, per il quale l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche qualora sia privo delle relative qualificazioni, il comma 2 del medesimo articolo introduceva una serie nutritissima di eccezioni (46 categorie su 52) alle quali quella regola generale non si applicava e che "*Molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A (del D.P.R. n. 207) come categorie a qualificazione obbligatoria risultano, infatti, prive di connotati di particolare "specialismo", la cui sola presenza, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 37, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che fa riferimento ad opere di "notevole contenuto tecnologico" e di "rilevante complessità tecnica"), potrebbe giustificare l'imposizione della qualificazione obbligatoria e, dunque, la deroga al principio generale sopra ricordato.*" Inoltre, il sistema normativo risultante dagli articoli del regolamento 109, comma 2, (alla luce di quanto previsto dal citato allegato A) e, in particolare, dalla Tabella sintetica delle categorie) e 107, comma 2, non aveva adeguatamente considerato "*che la qualificazione per una categoria OG (opere generali) comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale*"... e che "*l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una più attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari. Le norme impugnate non realizzano un adeguato punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze ma si limitano, in maniera, come si è detto, contraddittoria e illogica, a imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, così sacrificando illegittimamente gli interessi delle imprese generali.*"

32.5.2. A seguito di questo annullamento è intervenuto il D.L. 28 marzo 2014, n. 47, recante *"Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015"* e, in particolare, l'articolo 12 (*"Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici"*), comma 1, nel quale si prevedeva che, *"al fine di garantire la stabilità del mercato dei lavori pubblici, nelle more dell'emanazione delle disposizioni regolamentari sostitutive delle sopra citate disposizioni regolamentari annullate, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del citato decreto-legge, sono individuate le categorie di lavorazioni di cui all'Allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 che, in ragione dell'assoluta specificità strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al notevole contenuto tecnologico, richiedono l'esecuzione da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione e, tra di esse, le categorie di lavorazioni per le quali trova applicazione l'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163."*

32.5.3. Nel termine così fissato veniva quindi emanato il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 24 aprile 2014, che, *"Considerato il complesso processo di revisione delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle categorie superspecialistiche volto ad una riduzione delle categorie stesse, tale da raggiungere un adeguato punto di equilibrio che tenga conto di criteri oggettivi indicativi del livello di specializzazione delle opere riconducibili alle singole categorie oltre che di un attento bilanciamento dei contrapposti interessi tra imprese generali e specialistiche"*, all'art. 1 indicava le *"Categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria"* come di seguito:

"1. 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 decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonche' 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 32, OS 33, OS 34, OS 35."

All'art. 3, comma 3, si stabiliva altresì che *"Le disposizioni del presente decreto cessano di avere efficacia alla data di entrata in vigore delle disposizioni regolamentari sostitutive delle previsioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010, annullate dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013."*

32.5.4. Le disposizioni così introdotte dal decreto ministeriale venivano fatte proprie dalla legge di conversione del D.L. 28 marzo 2014 n. 47, ossia dall'art. 1, comma 1, L. 23 maggio 2014, n. 80. La nuova versione dell'art. 12 del decreto legge, per quanto di interesse in questa sede, così recitava:

"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

individuare 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. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.

3. I commi 1 e 3 dell'articolo 109 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 sono abrogati. Sono soppressi l'ultimo periodo delle premesse dell'allegato A del predetto decreto e la tabella sintetica delle categorie del medesimo allegato. I richiami, contenuti nelle disposizioni vigenti, all'articolo 107, comma 2, del predetto regolamento, annullato dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 280 del 29 novembre 2013, si intendono riferiti alle disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo. Il richiamo, contenuto nell'articolo 108, comma 1, ultimo periodo, all'articolo 109, commi 1 e 2, del predetto regolamento, si intende riferito al comma 2 del presente articolo.

32.5.5. Successivamente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18.4.2016, n. 50, il predetto art. 12 conservava la propria veste, per quanto di interesse, con l'eliminazione del terzo comma:

“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. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.”

32.5.6. Il D.P.R. n. 207/2010 e con esso l'Allegato A) recante le Categorie di opere generali e specializzate, privato dal maggio del 2014 della *Tabella sintetica delle categorie*, quella che conteneva l'indicazione delle categorie a qualificazione obbligatoria, veniva invece abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. u), del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016.

32.5.7. Il predetto Allegato A) veniva ripristinato con l'art. 216, comma 14, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lett. gg), n. 1), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, per il quale. “Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.”.

32.5.8. Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stato quindi abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023

dall'art. 226, comma 1, del Decreto legislativo 31.3.2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il predetto art. 226 non ha tuttavia abrogato il D.L. n. 47/2014.

Recente giurisprudenza amministrativa, richiamando anche la relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119, ove si precisa che *“La questione dell’ammissibilità del subappalto per l’esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell’art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all’art. 100”*, ha confermato l’attuale vigenza del D.L. n. 47/2014 (così T.A.R. Calabria, sent. 26.10.2023, n. 782 e T.A.R. Piemonte, sent. 16.1.2024, n. 23).

32.5.9. L’allegato A dell’abrogato D.P.R. n. 207/2010, nella versione modificata dal D.L. n. 47/2014, è oggi riprodotto nella Tabella A di cui all’Allegato II.12 del nuovo Codice dei contratti pubblici, recante *“Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura”*.

32.5.10. Sussistono pertanto tutte le disposizioni necessarie per poter applicare l’art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.L. n. 47/2014, come convertito, alla fattispecie in esame, per cui: *“ 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.”

Ebbene, dal momento che l’impresa ricorrente non era in possesso delle qualificazioni per le categorie OS1 e OS23, che, ai sensi del predetto art. 12, non costituiscono categorie a qualificazione obbligatoria, avrebbe potuto eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l’opera pubblica oggetto della presente causa in virtù del possesso della qualificazione per la categoria prevalente G1 (doc. 4) e conservare così l’acquisita aggiudicazione provvisoria se l’amministrazione resistente non avesse illegittimamente introdotto nel bando di gara la previsione di cui all’art. 1, comma 2.3. (doc. 1).

32.5.11. A questa ricostruzione normativa non si oppone l’art. 100 del D.lgs. n. 36/2023, che continua a distinguere le categorie di opere in generali e specializzate e precisa che il

possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per l'esecuzione dell'appalto (principio che verrebbe ribadito e rafforzato all'art. 1 del citato allegato).

Infatti, queste disposizioni di cui al citato art. 100 corrispondono a quelle di cui all'art. 60 del D.P.R. n. 207/2010, pienamente compatibili con lo speciale regime introdotto dall'art. 12 del D.L. n. 47/2014, che aveva inteso supplire all'intervenuto annullamento, ad opera del Parere n. 3014/2023 del Consiglio di Stato - Adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013, delle disposizioni del medesimo D.P.R. di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, in relazione, quest'ultimo, alla Tabella sintetica delle categorie contenuta nell'Allegato A del medesimo decreto: quella che distingueva tra categorie, generali e speciali, a qualificazione obbligatoria e no.

32.5.12. Lo stesso è a predicarsi per l'art. 30 dell'Allegato II.12, che conferma la previsione del previgente Regolamento di esecuzione del codice del 2006, art. 92, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010, secondo la quale *“il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”*.

32.5.13. Quanto all'osservazione che l'Allegato II.12 non conterrebbe alcuna previsione riprodotiva del disposto di cui all'art. 12 del D.L. n. 47/2014 in merito alla distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria ed alla previsione secondo cui l'aggiudicatario poteva eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, si può agevolmente replicare che nemmeno il precedente codice di cui al D.lgs. n. 50/2016 riproduceva i disposti di cui al predetto art. 12, che tuttavia ha continuato ad essere applicato perché non abrogato. A sostegno, pare opportuno citare la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 21 marzo 2023, n. 2873, che, nel vigore del d.lgs. 50/2016, ha ritenuto persistere la vigenza anche dell'art. 12, comma 2, del D.L. 47/2014.

32.5.14. Quanto alle considerazioni secondo cui né l'Allegato II.12 recherebbe un elenco di opere a *“qualificazione obbligatoria”*, né la Tabella A dell'Allegato II.12 recherebbe alcun riferimento alla distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria, è sufficiente ricordare che proprio il predetto art. 12 del D.L. n. 47/2014 aveva espunto dall'ordinamento dei contratti di lavori pubblici l'elencazione delle opere distinta per qualificazione, abrogando espressamente, al comma 3, la Tabella sintetica delle categorie dell'Allegato A) al D.P.R. n. 207/2010, che individuava le categorie a qualificazione obbligatoria.

32.5.15. Del pari infondata è la deduzione dell'amministrazione resistente e delle controinteressate secondo cui il citato art. 100, comma 4, del Codice D.lgs. 36/2023, nella parte in cui prevede che *“il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici”* “è

disciplinato dall'All. II.12" del codice, avrebbe, con tenore inequivoco, affidato l'intera disciplina dell'istituto all'allegato II.12, dovendo intendersi, perciò, implicitamente abrogata, ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, ogni precedente disposizione regolatrice dell'istituto e dunque anche l'art. 12 del D.L. n. 47/2014.

Infatti, se si esaminano l'art. 1 e l'art. 2 del predetto allegato II.12. ci si avvede che le relative disposizioni riproducono quelle dell'abrogato regolamento di esecuzione al codice del 2006, che pur aveva subito l'intervento innovativo di cui al più volte citato art. 12 del D.L. n. 47/2014.

L'art. 1, rubricato "*Ambito di applicazione*" conferma i disposti dell'art. 60 del D.P.R. n. 207/2001, recante a sua volta "*Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione degli esecutori di lavori*", conforme pure all'art. 1, del D.P.R. n. 34/2000.

L'art. 2, rubricato "*Categorie e classifiche*", riproduce i medesimi disposti, salva un'ovvia diversa numerazione dei rinvii, dell'art. 61 dell'abrogato regolamento di esecuzione.

Orbene, gli articoli 60 e 61 del D.P.R. n. 207/2010 appartenevano al Titolo III, rubricato "*Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*", che ricomprendeva gli articoli da 60 a 96. L'art. 12 del D.L. n. 47/2014 è intervenuto sugli articoli 107 e 109 del medesimo D.P.R., riguardanti un diverso campo applicativo, quello dei "*Sistemi di realizzazione dei lavori e selezione delle offerte*".

Pertanto, "*il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici*" richiamato all'art. 100, comma 4, del Codice D.lgs. 36/2023, ed affidato per la sua intera disciplina all'allegato II.12, non ricomprende lo speciale istituto di cui all'art. 12 del D.L. n. 47/2014, in quanto afferente ad un diverso settore giuridico.

Più in generale, il nuovo codice dei contratti del 2023 ha abrogato il precedente codice del 2016, che tuttavia non ricomprendeva la speciale disciplina di cui al D.L. n. 47/2014. Pertanto, se corrisponde al vero che la nuova legge, il codice del 2023, regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (il codice del 2016), lo stesso non può predicarsi per la speciale disciplina extracodicistica del D.L. n. 47/2014, introdotta nell'ordinamento a seguito di un contenzioso davanti al Giudice amministrativo, che aveva accertato la necessità di "*un più equilibrato contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari*" (così il parere del Consiglio di Stato n. 3014/2013).

Orbene, è del tutto evidente che tali "*opposte esigenze*" continuino a sussistere anche oggi e vadano regolate, come in precedenza, attraverso una disciplina extracodicistica. Infatti, da un lato il sistema di qualificazione corrisponde sostanzialmente al precedente (gli articoli 60 e 61 del D.P.R. n. 207/2010 corrispondono agli articoli 1 e 2 dell'allegato II.12 e nelle linee principali il regime di qualificazione attualmente in vigore è del tutto sovrapponibile a quello

previsto sia dall'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, sia dall'art. 40 del d.lgs. n. 163/2003, così come specificato dagli artt. 60-96 del D.P.R. n. 207/2010), dall'altro, la classificazione delle categorie è conforme alla precedente (l'allegato A dell'abrogato D.P.R. n. 207/2010 è oggi trasfuso nella tabella A di cui all'Allegato II.12 del nuovo Codice dei contratti pubblici, recante *"Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura"*).

32.5.16. Da ultimo, deducono l'amministrazione resistente e le controinteressate che argomenti a sostegno dell'abrogazione implicita dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014 si rinverrebbero anche negli artt. 12 e 227 dell'attuale Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), da cui si desumerebbe che il legislatore sarebbe intervenuto in modo organico sull'intera materia, costituendo, dunque, il d.lgs. n. 36/2023 l'unico *corpus* normativo di riferimento in materia di contratti pubblici.

Anche questi argomenti sono infondati.

Anzitutto, l'art. 12 del d.lgs. n. 36/2023 contiene un duplice rinvio esterno, destinato ad operare a fronte di lacune normative in senso tecnico all'interno del Codice: da un lato, il rinvio è alla l. n. 241/1990 quanto *"alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative"*; dall'altro lato, al codice civile, con riferimento alla stipula ed alla *"fase di esecuzione"*. Ebbene, nella fattispecie in esame non viene in gioco una lacuna del codice ma un istituto extracodicistico sin dalle origini. La facoltà riconosciuta alle imprese generali di svolgere una determinata gamma di lavori specialistici, complementari e normalmente necessari per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale delle loro qualificazioni, non è mai stata riconosciuta in alcuno dei tre codici dei contratti pubblici che si sono succeduti dal 2006 ad oggi, a dimostrazione che non costituisce una disciplina di ordine generale soggetta a codificazione.

Quanto al richiamato art. 227 del nuovo codice, esso si limita ad operare per il futuro e non è certo applicabile ad un istituto sorto nel 2014 e mai abrogato. Dispone infatti l'art. 227: *"1. Ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute."*

32.5.17. Infine, il Collegio non condivide l'orientamento espresso dal T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, nella recente pronuncia del 26 ottobre 2023, n. 782, che, in un'analogia controversia ha affermato quanto segue: *"Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto. Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2, comma 2, del citato allegato II.12, laddove prescrive che 'La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto', il che fa dedurre*

che per 'eseguire i lavori è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione'.

Il Collegio osserva, anzitutto, che il sistema di qualificazione degli operatori economici introdotto dal D.lgs. n. 36/2023 non è affatto nuovo. Esso riproduce in massima parte, ed in alcuni casi semplicemente aggiorna, l'abrogata disciplina di cui agli artt. da 60 a 104 del D.P.R. n. 207/2010. Oltre ai già esaminati articoli 1 e 2, che confermano rispettivamente le disposizioni di cui agli artt. 60 e 61 del D.P.R. n. 207, l'art. 30, dedicato ai *"Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti"* (ai sensi del quale: *"1. Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente."*) riproduce letteralmente l'art. 92 del D.P.R. n. 207.

Inoltre, come esaminato in precedenza, l'art. 2, comma 2, del citato allegato II.12, laddove prescrive che *"La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto"*, corrisponde al disposto di cui all'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207, ritenuto pienamente compatibile con la nuova disciplina, sostitutiva dell'art. 109, comma 2, dello stesso D.P.R., introdotta con il D.L. n. 47/2014.

32.5.18. Con riguardo, inoltre, alla deduzione delle controinteressate che, *"anche a prescindere dalle argomentazioni sviluppate, le stazioni appaltanti possono introdurre, nei bandi di gara o nelle lettere di invito, requisiti di qualificazione più rigorosi rispetto a quelli a base di legge, alla luce delle specificità e peculiarità dell'appalto in via di affidamento (vedasi Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 5873, non appellata)"*, il Collegio ritiene che essa sia destituita di fondamento.

La ricostruzione storica dell'istituto delle opere a qualificazione obbligatoria di cui è causa, in precedenza tratteggiata, mostra che la tematica delle qualificazioni obbligatorie necessita di un intervento legislativo che, con una previsione generale ed astratta, sia in grado di bilanciare adeguatamente due contrapposti interessi pubblici: *"da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari"* (così il parere del Consiglio di Stato n. 3014/2013). È evidente che questo attento e delicato equilibrio raggiunto dal legislatore non possa essere derogato nei casi concreti dalle stazioni appaltanti. A conferma di ciò, si consideri che l'art. 100, comma 12, del d.lgs. 36/2023 puntualizza che *"Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo"*. Il che significa che le norme sulla qualificazione vanno lette in senso restrittivo, non potendosi aggiungere requisiti non espressamente previsti dalle stesse.

32.5.19. Conclusivamente sul punto, risultano fondate le censure di cui al primo motivo di ricorso e deve essere affermata l'illegittimità degli impugnati provvedimenti ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a..

33. Stante la fondatezza delle censure di cui al primo motivo di ricorso si può procedere all'assorbimento delle censure di cui al secondo motivo di ricorso.

34. Accertata in tal modo, ai sensi dell'articolo 34, comma 3 c.p.a., l'illegittimità degli atti impugnati in presenza di un interesse a fini risarcitori, e quindi la sussistenza del c.d. "fatto lesivo", il Collegio esamina gli ulteriori elementi costitutivi del diritto risarcitorio azionato, per determinarne la fondatezza. L'ordinamento giuridico, infatti, postula indefettibilmente la presenza di quattro elementi costitutivi affinché si possa perfezionare il diritto al risarcimento del danno, ovverosia: (a) il fatto lesivo, (b) il danno, (c) il nesso di causalità tra il fatto lesivo e il danno, (d) la colpevolezza.

35. Quanto all'elemento soggettivo, basti il rammentare il dato acquisito dal diritto vivente, rinveniente anche dalla giurisprudenza sovranazionale, secondo cui in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dal diritto dell'Unione; gli indefettibili principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione che informano la disciplina in tema di pubblici appalti impongono la tutela risarcitoria per l'impresa pregiudicata da qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque alla imputabilità soggettiva di essa violazione (CGUE, III, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz; cfr., per tutte, CdS, a.p., 12 maggio 2017, n. 2; TAR Lombardia, I, 26 giugno 2018, n. 1589).

Parimenti indiscutibile è il nesso di causalità, avendo giustappunto l'illegittimo operato dell'Amministrazione impedito alla ricorrente di ottenere quell'utilità sostanziale (aggiudicazione della gara e stipulazione del contratto) che costituisce il danno.

36. Occorre pertanto acclarare l'elemento del danno.

Come premesso in fatto la ricorrente ha precisato la domanda di risarcimento per equivalente, formulata solo nei motivi aggiunti e non anche nel ricorso introduttivo, con la nominata memoria di data 22.1.2024.

In quest'ultimo atto la società ha dedotto:

- che si tratterebbe di un danno da mancata aggiudicazione, la cui imputazione all'amministrazione appaltante "(...) opera in termini obiettivi, che prescindono dalla colpa della stazione appaltante, in quanto – in conformità alle indicazioni di matrice eurounitaria – la responsabilità assume, nella materia de qua, una coloritura funzionale compensativo-surrogatoria a fronte della impossibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto" (Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 26; in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429);

- che tale danno sarebbe liquidabile *nel quantum* attraverso il risarcimento sia dell'interesse positivo (mancato profitto derivante dall'esecuzione dell'appalto), sia del danno curriculare (pregiudizio al curriculum e all'immagine professionale);

- che l'utile stimato dall'impresa ammonterebbe al 10% dell'offerta presentata, pari a euro 497.482,86, come emergerebbe dall'analisi economica dell'offerta depositata *sub doc. n. 13*; in subordine, che la congruità dell'utile indicato potrà eventualmente essere oggetto di una verifica/consulenza tecnico-contabile disposta dal Collegio ed effettuata sulla base dell'offerta economica depositata in atti (doc. n. 12);

- che la ricorrente non è stata in grado di utilizzare i propri mezzi e le proprie maestranze in altri lavori: *“come, infatti, documentato in atti (v. doc. n. 14), Holzer, nelle more, ha presentato la propria offerta, per un importo pari ad euro 4.259.165,35 (al netto degli oneri per la sicurezza) – importo simile, per valore economico, a quello oggetto della gara in esame - per la realizzazione di un importante edificio residenziale, la quale (offerta), tuttavia, non è stata accettata dalla committenza. In tal senso, si ritiene che l'utile prospettato non vada decurtato in alcuna misura percentuale”*;

- che *“considerata la rilevanza dell'appalto finanziato con i fondi del PNRR per la realizzazione di un edificio pubblico di grande interesse in zona, la ricorrente abbia perso la “(...) possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale (...)”* (Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 26);

- che, in ragione di ciò, il danno curricolare viene stimato in misura forfettaria con il 5% della somma riconosciuta a titolo di mancato utile, ovvero euro 24.874,14.; più la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dalla data di stipulazione del contratto fino al completo soddisfacimento.

37. Ebbene, il Collegio ritiene che tale domanda risarcitoria - prescindendo dallo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle controinteressate, per essere stata la domanda risarcitoria determinata in tutti i suoi elementi identificativi solo con semplice memoria non notificata - per come formulata e argomentata non sia comprovata e quindi non possa essere accolta. Infatti i pregiudizi allegati dalla ricorrente, il mancato utile e il danno curricolare, rispettivamente nella misura del 10% e del 5% dell'offerta presentata, non sono stati debitamente dimostrati in giudizio.

38. Secondo consolidata giurisprudenza, richiamata e ribadita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 12 maggio 2017, n. 2, in relazione ai presupposti per il riconoscimento del danno da mancata aggiudicazione valgono i seguenti principi:

“a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che

l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti;

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

e) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

f) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

g) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base

d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

h) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del documento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante;

i) il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 12 maggio 2017, n. 2).

In sostanza, sulla base delle indicate coordinate ermeneutiche, il ricorrente che si ritenga danneggiato deve fornire una prova rigorosa dell'*an* e del *quantum* della pretesa risarcitoria, poiché, come appena visto, nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza, non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ex art. 64 c.p.a. e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di una situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 8 ottobre 2019, n. 2326; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 agosto 2019, n. 1533).

39. Nel caso di specie, la ricorrente non ha assolto all'onere probatorio così determinato attraverso idonee allegazioni, né nella prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, né nella dimostrazione del danno curricolare.

Infatti, l'analisi economica dell'offerta depositata *sub doc.* n. 13 non spiega in alcun modo con quali passaggi motivazionali il consulente giunga a quantificare il mancato utile nella misura del 10% dell'offerta. Nell'analisi economica dell'offerta („*Wirtschaftsanalyse des Angebotes zum Bau der Grundschule und Kindergarten in Rein in Taufers*“) si rinviene semplicemente: *“Bei der Kalkulation des Angebotes wurde bei den weitervergebenen Gewerken mit einem Aufschlag von ca. 5-10% gerechnet. Weiters haben die angefragten Firmen einen Abschlag auf die angebotenen Preise von 3-5% zugesichert, falls sie die Arbeiten ausführen können. Für die weitervergebenen Arbeiten wurde also gesamt mit einem Gewinn von 10% gerechnet. Auch bei der Kalkulation der Baumeisterarbeiten (Großteil der Kategorie OG1) wurde mit 10% Gewinn auf die Arbeitsleistung und den Materialeinkauf gerechnet.*

Berechnung geplanter Gewinn:

Betrag abgegebenes Angebot: 4.674.828,61 € zuzüglich Sicherheitskosten

Kalkulierter Gewinn 10% 467.482,86€

Es wird darauf verwiesen, dass es uns nicht gelungen ist, in der Zwischenzeit den Ausfall dieses großen Auftrages durch andere Arbeiten zu ersetzen. “

Tradotto: “Analisi economica dell’offerta per la costruzione della scuola elementare e della scuola materna a Riva di Tures - Nel calcolo dell’offerta per le attività subappaltate era previsto un sovrapprezzo di circa il 5-10%. Inoltre le ditte in questione hanno promesso uno sconto del 3-5% sui prezzi offerti se potranno eseguire i lavori. Per il lavoro subappaltato era previsto un profitto totale del 10%. Nel calcolo del lavoro del costruttore (gran parte della categoria OG1), è stato calcolato un profitto del 10% sul lavoro e sugli acquisti di materiale.

Calcolo del profitto pianificato:

Importo versato: € 4.674.828,61 più spese di sicurezza

Utile calcolato 10% € 467.482,86

Va notato che nel frattempo non siamo riusciti a sostituire la perdita di questo importante ordine con altri lavori.”

Non vengono indicati né costi medi della prestazione di lavoro e dei materiali, né prezzari pubblici, né rilevazioni statistiche, da cui individuare gli effettivi costi che avrebbe sostenuto la ricorrente rispetto all’offerta praticata *sub doc. n. 12*. A tale proposito il Collegio evidenzia, altresì, che la ricorrente ha praticato un forte ribasso di quasi il 22% sull’importo dei lavori posto a base di gara, sì che la stima dell’utile avrebbe dovuto essere assolutamente dettagliata e rigorosa. Lo stesso è a dirsi per la stima del danno curricolare basata su una mera presunzione.

Infine, anche il documento dimesso a riprova dell’insussistenza di un *aliunde perceptum* è inidoneo allo scopo, perché non dimostra l’arresto dell’attività imprenditoriale, ma solo il mancato conseguimento di una commessa.

40. Pertanto, la domanda risarcitoria della ricorrente per quanto attiene all’elemento costitutivo del danno deve essere respinta perché infondata, in quanto i pregiudizi allegati non sono stati provati come impone l’art. 124, comma 1, c.p.a..

41. In conclusione, le domande di annullamento del disciplinare di gara *in parte qua* e del provvedimento di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione provvisoria sono divenute improcedibili per l’intervenuta sottoscrizione del contratto ai sensi dell’art.125, comma 3, c.p.a.; del pari sono divenute improcedibili per la medesima causale le domande di dichiarazione di inefficacia del contratto, di risarcimento in forma specifica mediante l’aggiudicazione dei lavori alla Holzer GmbH e di subentro nel contratto. Va invece accertata l’illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori ai sensi dell’art. 34, comma 3, c.p.a.. La domanda di risarcimento danni per equivalente viene invece respinta per la mancata dimostrazione dell’elemento costitutivo del danno.

42. La novità e la complessità delle questioni trattate e decise giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- dichiara improcedibili le domande di annullamento del disciplinare di gara *in parte qua* e del provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria;
- dichiara improcedibili le domande di dichiarazione di inefficacia del contratto, di risarcimento in forma specifica e di subentro nel contratto;
- accerta l'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.;
- rigetta la domanda di risarcimento danni per equivalente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere

Stephan Beikircher, Consigliere

Fabrizio Cavallar, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con pronuncia n. 62 dello scorso 6 marzo, il T.R.G.A. - Sezione Autonoma di Bolzano si è pronunciato sulla disciplina del sistema di qualificazione dei lavori pubblici sostenendo l'attuale vigenza del d.l. n. 47/2014.

La pronuncia prende le mosse dall'esclusione di un operatore economico da una gara per un appalto di lavori in cui erano previsti come requisiti di carattere speciale una categoria di opere generali (OG1) come prevalente e due categorie scorporabili (OS1 e OS23), indicate come a qualificazione obbligatoria.

L'operatore economico era in possesso soltanto della categoria prevalente per l'intero importo a base di gara ed aveva dichiarato di ricorrere al subappalto del 10% dei lavori di movimento terra (OS1) e del 30% dei lavori di demolizione (OS23); non essendo, quindi, qualificato per le categorie scorporabili veniva escluso dalla gara.

Secondo l'operatore ricorrente l'esclusione sarebbe illegittima in quanto l'indicazione delle categorie OS1 ed OS23 come obbligatorie contravverrebbe all'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014 che non le elenca come tali.

Parte ricorrente sottolineava che, nonostante l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), l'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014 non sarebbe stato abrogato, né espressamente, né tacitamente, in quanto la disciplina introdotta dal nuovo decreto non regolerebbe completamente la materia delle categorie a qualificazione obbligatoria.

Di conseguenza, posto che, ai sensi del predetto art. 12, le categorie OS1 e OS23 non costituiscono categorie a qualificazione obbligatoria, l'impresa ricorrente avrebbe potuto eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera pubblica in oggetto, in virtù della qualificazione per la categoria prevalente per l'intero importo a base di gara.

Il TAR ha ritenuto il ricorso fondato sul presupposto che l'art. 12 del d.l. n. 47/2014 sia ancora in vigore.

In particolare, il TAR ha rilevato come recente giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Calabria, 26 ottobre 2023, n. 783 e TAR Piemonte, 16 gennaio 2024, n. 23) abbia confermato l'attuale vigenza del d.l. n. 47/2014 richiamando la relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119, ove si precisa che *“La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100”*.

Ritiene, ancora, il TAR che il *“sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici”* richiamato dall'art. 100, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 ed affidato per la sua intera disciplina all'allegato II.12, non ricomprende lo speciale istituto di cui all'art. 12 del d.l. n. 47/2014, in quanto afferente ad un diverso settore giuridico: *“Più in generale, il nuovo codice dei contratti del 2023 ha abrogato il precedente codice del 2016, che tuttavia non ricomprendeva la speciale disciplina di cui al D.L. n. 47/2014. Pertanto, se corrisponde al vero che la nuova legge, il codice del 2023, regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (il codice del 2016), lo stesso non può predicarsi per la speciale disciplina extracodicistica del D.L. n. 47/2014, introdotta nell'ordinamento a seguito di un contenzioso davanti al Giudice amministrativo, che aveva accertato la necessità di “un più equilibrato temperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in*

presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari” (così il parere del Consiglio di Stato n. 3014/2013).

Orbene, è del tutto evidente che tali “opposte esigenze” continuino a sussistere anche oggi e vadano regolate, come in precedenza, attraverso una disciplina extracodicistica. Infatti, da un lato il sistema di qualificazione corrisponde sostanzialmente al precedente (gli articoli 60 e 61 del D.P.R. n. 207/2010 corrispondono agli articoli 1 e 2 dell’allegato II.12 e nelle linee principali il regime di qualificazione attualmente in vigore è del tutto sovrapponibile a quello previsto sia dall’art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, sia dall’art. 40 del d.lgs. n. 163/2003, così come specificato dagli artt. 60-96 del D.P.R. n. 207/2010), dall’altro, la classificazione delle categorie è conforme alla precedente (l’allegato A dell’abrogato D.P.R. n. 207/2010 è oggi trasfuso nella tabella A di cui all’Allegato II.12 del nuovo Codice dei contratti pubblici, recante “Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura”).

La tesi fatta propria dai giudici amministrativi di primo grado non appare convincente.

Innanzitutto, si ritiene che la vigenza dell’art. 12 del d.l. n. 47/2014 non si possa ritrarre dalla relazione illustrativa del nuovo codice, giacché la stessa nel far riferimento all’ammissibilità del subappalto per l’esecuzione dei lavori rimanda alla disciplina della qualificazione degli operatori economici di cui all’art. 100 asserendo semplicemente che, allo stato ossia al momento della predisposizione della relazione, la questione era disciplinata dalla perdurante vigenza del citato art. 12. “Perdurante vigenza” era intesa rispetto al precedente codice di cui al d.lgs. n. 50/2016. Difatti, per ben 35 volte nella relazione si utilizza l’avverbio “attualmente” unicamente per far riferimento alla normativa vigente al momento della predisposizione della relazione e non già rispetto all’entrata in vigore (con efficacia) del nuovo codice di cui al d.lgs. n. 36/2023.

In secondo luogo, non sembra corretto ritenere che la disciplina del d.l. n. 47/2014 sia una norma speciale non incisa dal generale sistema di qualificazione dei lavori pubblici configurato dal nuovo codice appalti.

Il d.lgs. n. 36/2023, infatti, all’art. 100 appare chiaro nel disporre che **“il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all’importo delle stesse è disciplinato dall’allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltatore rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l’esecuzione, a qualsiasi titolo, dell’appalto”.**

Analoga disposizione non era contenuta nel precedente codice, d.lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che si è potuta correttamente ritenere la “perdurante vigenza” dell’art. 12 del d.l. n. 47/2014.

Peraltro, con la riscrittura dell’istituto, il sistema di qualificazione appare comunque completo e

funzionante.

Difatti, in tal modo, in forza proprio del sopra riportato art. 100, ai fini dell'esecuzione tutte le 52 categorie SOA sono obbligatorie, a fronte del sistema delineato dall'art. 12 del d.l. n. 47/2014 che ne prevedeva 36.

Ne consegue che, nel caso esaminato dal TAR, l'impresa poteva sì partecipare alla gara, essendo in possesso dell'attestazione SOA nella categoria prevalente per una classifica sufficiente a coprire l'intero importo a base di gara, ma avrebbe dovuto dichiarare di ricorrere all'intero subappalto delle categorie scorporabili per non essere esclusa.

Se quanto appena sopra poteva apparire sproporzionato nel sistema delineato complessivamente dal d.lgs. n. 50/2016 che prevedeva un limite di ricorso al subappalto nella misura del 30% dell'importo a base di gara, oggi appare invece percorribile, adeguato e congruente considerato che la disposizione di cui all'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023 prevede l'ammissibilità del subappalto per le categorie scorporabili senza alcun limite astrattamente imposto dal legislatore.

In altri termini, mentre nel previgente sistema, ove le categorie SOA fossero state tutte a qualificazione obbligatoria, l'operatore economico in possesso della sola categoria prevalente per l'intero importo a base di gara per partecipare al confronto concorrenziale avrebbe giocoforza dovuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento ovvero alla costituzione di ATI non potendo subappaltare oltre il dato limite normativo (inizialmente del 30%, poi innalzato prima al 40% e successivamente al 50% dell'importo dell'opera), nell'attuale sistema lo stesso operatore economico può partecipare alla gara dichiarando di subappaltare integralmente le categorie scorporabili.

Inoltre, tale lettura e impostazione voluta dal nuovo codice avrebbe anche il pregio di imporre che l'esecuzione dell'opera venga effettuata da chi effettivamente ne possiede i requisiti, le capacità e le competenze.