

Procedimento di gara: le imprese partecipanti non devono conservare i requisiti di partecipazione se la stessa gara e' stata aggiudicata alla prima classificata.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 7-11-2017

Procedura di gara aperta e scorrimento di graduatoria – la conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione della prima classificata non obbliga le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in previsione di un possibile scorrimento.

Il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica la sussistenza dei requisiti di capacità in modo continuativo, requisiti valutati e certificati positivamente in passato, ed attesta, inoltre, che l'impresa non ha mai perso tali requisiti.

Guida alla lettura

A seguito dell'aggiudicazione di una gara all'ATI costituita dalla capogruppo e da altre società quali mandanti, la società esclusa, collocata seconda in graduatoria, chiede l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, oltre che la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

L'impresa aggiudicataria, nel proporre ricorso incidentale, solleva il seguente motivo di illegittimità: la sussistenza di una soluzione di continuità nel possesso della attestazione SOA che la società ausiliaria aveva conferito in avvalimento alla seconda classificata.

Il supremo Consesso dà ragione alla seconda classificata appellata affermando che l'anzidetta impresa ausiliaria era in possesso di una prima attestazione SOA e che, successivamente, la società esclusa ha ottenuto una seconda attestazione SOA, per la medesima categoria.

Infatti, al momento dello scorrimento della graduatoria, il Consiglio di Stato accerta il possesso del requisito di qualificazione in capo all'A.T.I. appellata, in virtù di nuova attestazione SOA, peraltro con incremento, sempre a favore dell'esclusa, della classifica della categoria di qualificazione. La sezione afferma inoltre che il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente e che li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità^[1].

La sezione accerta, altresì, che, nel momento in cui è stata espletata la verifica dei requisiti, il

certificato era pienamente efficace; di conseguenza la commissione preposta ha accertato, in modo legittimo, la sussistenza del requisito di qualificazione in capo alla seconda classificata. Pertanto in capo alla stazione appaltante non sussisteva l'onere istruttorio di acquisire (per il periodo successivo) l'eventuale contratto di rinnovo stipulato con la SOA (ovvero, per il rilascio di nuova attestazione), in quanto l'A.T.I. si era (a quella data) classificata soltanto seconda in graduatoria.

A tal proposito si rammenta che i requisiti di qualificazione devono non solo sussistere al momento della presentazione dell'offerta, ma permanere anche in ogni fase successiva del procedimento di gara ; a tale continuità sono finalizzate le norme regolamentari che stabiliscono termini di scadenza dell'efficacia e oneri di attivazione tempestiva per l'impresa interessata per la verifica o il rinnovo dell'attestazione. Peraltro, secondo un orientamento giurisprudenziale, la richiesta di una nuova attestazione SOA, la quale comprenda una categoria già in precedenza posseduta, produce gli stessi effetti della verifica di quest'ultima e del rinnovo e consente di partecipare alle pubbliche gare senza soluzione di continuità^[2].

A tal fine la sezione richiama un recentissimo precedente (Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050), il quale ha ritenuto che l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata dispensa le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento.

Secondo tale sezione quando la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione .Inoltre la sezione evidenzia che sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti della stessa amministrazione.

Di conseguenza lo scopo che il sistema di qualificazione per lo svolgimento dei lavori pubblici persegue (cfr. anche 39° *considerando* della direttiva UE 2004/18, e per la disciplina vigente, 37° *considerando* della direttiva 2014/24) non è quello di garantire che alle gare partecipino soggetti in possesso di "abilitazioni puramente formali", ma soggetti in possesso dei prescritti requisiti sostanziali, attestati, anche per esigenze di trasparenza e speditezza, da organismi specificatamente autorizzati a svolgere tale funzione certificativa^[3].

Quanto alla violazione dell'art. 38 co. 1 lett. g), D.lgs. 163/2016 giova richiamare il consolidato orientamento (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 15), da ultimo ribadito con sentenza Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2017 n.184, secondo cui il momento procedimentale in relazione al quale va accertato il possesso del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 co. 1 lett. g) è quello della partecipazione alla gara, ferma restando la necessità che tale requisito permanga per tutto il corso del suo svolgimento, senza soluzione di continuità (sulla

inammissibilità della partecipazione alla gara del concorrente che al momento della presentazione dell'offerta non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole di rateizzazione: cfr. Cons. St., Ad. Plen. 15 e 20 del 2013).

[\[1\]](#) Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016 n. 3270.

[\[2\]](#) Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3270; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397.

[\[3\]](#) Corte Cost. 22 maggio 2013 n. 94.

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale****(Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2066 del 2017, proposto da: proposto dalla GRADED s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la SIEME s.r.l., BIOREP s.r.l., ASSING s.r.l., ITACA s.r.l., INTERPROGETTI s.r.l., e con l'arch. Filippo Celardo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Liccardo, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, piazza dei Martiri di Belfiore, n. 4;

contro

La Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lilli, Demetrio Verbaro e Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Lilli in Roma, viale di Val Fiorita, n. 90;

l'Università degli Studi Magna Graecia - Catanzaro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma:

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – sede di CATANZARO – Sez. I n. 339 del 2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l. e della Università degli Studi Magna Graecia - Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani, in delega dell'avvocato Federico Liccardo, Francesco Lilli e Paola De Nuntis dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.? Con bando di gara del 4 marzo 2015, l'Università degli studi "Magna Grecia" bandiva, con il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una «procedura aperta per l'appalto della progettazione ed esecuzione dei lavori edili ed impiantistici per la realizzazione di una banca biologica multidisciplinare (BBM) presso il livello – 2 del corpo G dell'edificio dell'area medica e delle bioscienze sulla base della progettazione preliminare dell'Università Magna Grecia di Catanzaro». La gara veniva aggiudicata, con delibera del 7 dicembre 2016, all'ATI costituita da Graded s.p.a., capogruppo, Interprogetti s.r.l., Sieme s.r.l., Biorep s.r.l., Itaca s.r.l., Assing s.r.l., arch. Filippo Celardo quali mandanti.

1.1.? Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l. ? collocatasi seconda in graduatoria ? chiedeva l'annullamento dell'anzidetto provvedimento di aggiudicazione, deducendo che: - la società mandante INTERPROGETTI S.r.l. era carente del requisito di carattere generale della regolarità fiscale; - il costituendo R.T.I. aggiudicatario aveva trasmesso la documentazione a comprova del possesso dei requisiti prescritti dal bando in violazione del termine di cui all'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006; - l'impresa mandante BIOREP S.r.l. aveva omesso di comprovare un requisito tecnico professionale di cui aveva dichiarato il possesso; - il costituendo R.T.I. aggiudicatario aveva trasmesso i giustificativi dell'offerta in violazione dei termini concessi dalla stazione appaltante; - l'offerta formulata dal costituendo R.T.I. aggiudicatario era anomala; - il costituendo R.T.I. aggiudicatario aveva allegato all'offerta un solo progetto in luogo di due distinti documenti come prescritto dal disciplinare di gara.

1.2.? L'impresa aggiudicataria Graded s.p.a. spiegava a sua volta ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento dei medesimi provvedimenti nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione del ricorrente principale, sollevando i seguenti due motivi di illegittimità: - la sussistenza di una soluzione di continuità nel possesso della attestazione SOA che la società ausiliaria Vierredil Costruzioni di Vicari & Condello S.r.l. aveva conferito in avvalimento alla Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l.; - il difetto del possesso dei necessari requisiti per l'esecuzione dei servizi di progettazione, non potendosi invocare, a tal fine, servizi di progettazione resi nei confronti dei privati, ma mai effettivamente approvati, come, invece, espressamente prescritto dall'art. 263, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

2.? Il Tribunale Amministrativo della Calabria, sede di Catanzaro, con sentenza n. 339 del 2017, preliminarmente rigettato il ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale e, per l'effetto, ha disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione del 7 dicembre 2016, con l'obbligo della amministrazione di procedere all'aggiudicazione in favore della ricorrente. La domanda di dichiarazione di inefficacia è stata invece respinta non risultando essere stato ancora concluso il relativo contratto.

3.? Avverso la predetta sentenza, la GRADED s.p.a. ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato i motivi di ricorso incidentale, nonché nella parte in cui ha statuito l'obbligo della stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in

favore della Luigi Alfieri Costruzioni S.r.l.

In sintesi, l'appellante lamenta che:

a) la sentenza appellata avrebbe dovuto dichiarare l'illegittimità della procedura derivante dalla soluzione di continuità nel possesso del requisito di qualificazione della impresa ausiliaria Vierredil Costruzioni di Vicari e Condello s.r.l. (e, con essa, della concorrente Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l.) nel periodo di gara ricompreso tra la data del 14.10.2015 e la data del 9.02.2016; la stazione appaltante non avrebbe dovuto limitarsi al solo esame dell'attestazione SOA ma avrebbe dovuto richiedere all'impresa ausiliaria l'esibizione del contratto tempestivamente (entro il 14.10.2015) stipulato per l'esecuzione della verifica triennale oppure l'esibizione del contratto tempestivamente stipulato per l'ottenimento di una nuova attestazione SOA contenente le medesime categorie e classifiche richieste per la partecipazione alla procedura di gara;

b) in ogni caso, il TAR, pur disponendo contestualmente il rigetto del ricorso incidentale e l'accoglimento del ricorso principale, non avrebbe dovuto sancire l'obbligo della amministrazione di procedere all'aggiudicazione in favore della ricorrente; a seguito dello scorrimento della graduatoria in favore della ricorrente principale, il Tribunale avrebbe, al contrario, dovuto disporre l'obbligo della stazione appaltante di eseguire le necessarie verifiche ai fini dell'accertamento della sussistenza senza soluzione di continuità dei requisiti di qualificazione, così come prescritto dall'art. 11, comma 8, del codice dei contratti, ai fini della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva;

c) i professionisti indicati dalla Luigi Alfieri Costruzioni S.r.l. avrebbero dovuto dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei servizi di progettazione; difatti, ai sensi dell'art. 263 del d.P.R. 207/2010, qualora i servizi di progettazione siano stati commissionati da privati, la loro utilizzabilità al fine di dimostrare il requisito richiesto è subordinata all'esibizione di documentazione diretta a dimostrarne l'avvenuta effettiva esecuzione.

4.? All'esito della camera di consiglio del giorno 11 maggio 2017, la Sezione, con ordinanza 15 maggio 2017 n. 2060 ? «letti gli artt. 55, comma 10, 119, comma 3, e 120 del c.p.a.» ? ha fissato per la trattazione di merito dell'appello l'udienza pubblica del 22 giugno 2017.

5.? All'esito dell'odierna udienza del giorno 22 giugno 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.? Il "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5; Corte di Cassazione, sezioni unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), consente di derogare all'ordine logico di esame delle questioni ? e quindi di tralasciare ogni valutazione pregiudiziale sull'inammissibilità dell'appello a causa dell'erronea notifica del ricorso presso l'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, anziché presso l'Avvocatura Generale, nonché sulla carenza di interesse dell'odierno appellante alla riforma della sentenza, non avendo egli impugnato la sentenza, nella parte in cui ha accolto il ricorso

principale (ormai passata in giudicato) ? e di risolvere la lite nel merito.

2.? I primi due motivi di appello sono riferiti al medesimo capo di sentenza che ha respinto il primo motivo del ricorso incidentale ? con il quale l'odierno appellante sosteneva che la ditta Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la ditta ausiliaria Vierredil, di cui è avvalsa per la categoria OG11, avrebbe perso la relativa SOA nel periodo tra il 14.10.2015 (data di scadenza della validità triennale della precedente attestazione non rinnovata) ed il 9.2.2016 (data di emissione della nuova attestazione) ? e possono essere trattati congiuntamente.

La statuizione del Tribunale amministrativo regionale è corretta.

2.1.? Dalla documentazione in atti risulta che l'anzidetta impresa ausiliaria era in possesso di una prima attestazione SOA, rilasciata dalla Bentley SOA in data 15 ottobre 2012 con scadenza triennale 14 ottobre 2015; successivamente, ha ottenuto una seconda attestazione SOA, per la medesima categoria, rilasciata dallo stesso organismo in data 9 febbraio 2016.

Ne consegue che, alla data del 14 ottobre 2015 ? quando è stata espletata la verifica dei requisiti ? il certificato era pienamente efficace e, quindi, legittimamente la commissione ha accertato la sussistenza del requisito di qualificazione in capo alla concorrente A.T.I. Luigi Alfieri Costruzioni S.r.l. In capo alla stazione appaltante non sussisteva l'onere istruttorio di acquisire (per il periodo successivo) l'eventuale contratto di rinnovo stipulato con la SOA (ovvero, per il rilascio di nuova attestazione), in quanto l'A.T.I. si era (a quella data) classificata soltanto seconda in graduatoria. Ogni verifica ulteriore andava rimandata nell'eventualità di uno scorrimento della graduatoria.

2.2.? Avuto riguardo alle circostanze del caso di specie, il principio statuito dall'Adunanza Plenaria ? secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2015) ? non è correttamente invocato dall'appellante. È dirimente sul punto richiamare un recentissimo precedente di questo Consiglio di Stato (Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050), il quale ha ritenuto che l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata dispensa le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento. Nella motivazione di tale sentenza ? che il Collegio condivide ? viene, in primo luogo, chiarito che il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione si impone *«non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.»*. Sennonché, quando *«la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale*

costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione». La sentenza prosegue affermando che, per quanto lo scorrimento della graduatoria non dia luogo alla indizione di una nuova selezione concorsuale, «ciò non vale ad elidere l'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, i.e. l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, c'è una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), tant'è che la stesse devono essere "confermate" in sede di interpello». Del resto, si conclude, «sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione».

2.3.? Ebbene, al momento dello scorrimento della graduatoria è incontestato il possesso del requisito di qualificazione in capo all'A.T.I. appellata, in virtù di nuova attestazione SOA (cert. N. 20179AL/35/00), peraltro con incremento della classifica della categoria OG3 (dalla I alla II). Peraltro, il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente e che li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016 n. 3270).

3.? Anche il secondo motivo di ricorso incidentale ? con il quale si deduceva la violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/06, in relazione all'art. 263 d.P.R. 207/10, in quanto, la Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l., in sede di verifica a campione, non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di progettazione in capo ai professionisti indicati, in quanto diversi certificati prodotti dai progettisti sarebbero mere attestazioni di soggetti privati, come tali inidonei a dimostrare il possesso del requisito ? è destituito di fondamento.

3.1.? L'art. 263, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, recita: « [...] Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima». Per quanto concerne la disciplina prevista per i progetti svolti per committenti privati, è dunque precisato che l'operatore economico può di regola limitarsi a dichiarare la buona e regolare esecuzione dei servizi prestati, salvo l'onere di fornire ? «su richiesta della stazione appaltante» ? la prova dell'avvenuta esecuzione degli stessi servizi attraverso modalità di prova tra di loro alternative.

3.2.? Nel caso in esame, i pregressi servizi di progettazione svolti per un committente privato, sono stati legittimamente documentati dalla controinteressata mediante certificati di regolare esecuzione. Come emerge dall'esame dei verbali n. 4 del 15.9.2015 e n. 5 del 14.10.2015, la

commissione ha verificato tali requisiti, richiedendo integrazioni alle ditte e anche provvedendo a verificare presso le Amministrazioni – pubbliche e private – la conferma delle prestazioni (con note trasmesse, a conferma, dall’Azienda Ospedaliera San Giuseppe Moscati di Avellino, dalla R.B.M. di Colliere Gioiosa, dall’Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza, dalla SIAD Bulgaria EOOD, dal Comune di Catanzaro, dal Comune di Palizzi).

3.3.? In questo contesto, il ricorrente incidentale non afferma (né tantomeno dimostra) la mancanza del predetto requisito in capo alla controparte, bensì si limita ad affermare del tutto genericamente che esso non sarebbe stato adeguatamente documentato. È dunque corretta la valutazione del TAR secondo cui è mancata «la dimostrazione che i certificati oggetto di contestazione siano da ritenersi indispensabili ai fini dell’accertamento del requisiti richiesti per la progettazione».

4.? Per le ragioni che precedono, l’appello deve essere respinto.

4.1.? Le spese del secondo grado del giudizio seguono la soccombenza come di norma. Di esse è fatta liquidazione nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull’appello n. 2066 del 2017, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante al pagamento delle spese del secondo grado di lite in favore di entrambe le controparti costituite, che si liquidano in € 3.000,00, oltre IVA e CPA come per legge, in favore di ciascuna.

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