



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 552 del 2011, proposto da:

Sudedil S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaello Astorri, con domicilio eletto presso Massimo Avv. Manieri in L'Aquila, via Avezzano, 11/C;

contro

Azienda Territoriale Edilizia Residenziale (Ater) dell'Aquila, rappresentata e difesa dagli avv. Piergiorgio Merli, Paolo Mazzotta, con domicilio eletto presso Stefania Avv. Pastore in L'Aquila, via Pescara, 2 - c/o Strinella 88;

nei confronti di

D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Donato Pennetta, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

per l'annullamento

-del provvedimento di esclusione della s.r.l. sudedil dalla gara di affidamento dell'appalto dei lavori di riparazione dei danni causati dal sisma del 06 aprile 2009 in località monticchio (aq), via di civita – fabb.to 1627, comunicato con nota del 03.08.2011 – prot. n. 8630, a firma del direttore generale dell'ater l'aquila;

-della aggiudicazione definitiva all'impresa d'agostino angelo antonio costruzioni generali s.r.l. dell'appalto dei lavori di riparazione dei danni causati dal sisma del 06 aprile 2009 in località monticchio (aq), via di civita – fabb.to 1627 di cui alla determina dirigenziale n. 360 del 02.08.2011, richiamata nella succitata nota del 03.08.2011 – prot. n. 8630;

-della nota del 12.08.2011 – prot. n. 8952 (doc. 2), a firma del responsabile dell'ufficio legale dell'ater l'aquila, di rigetto dell'informativa proposta il 09.08.2011 dalla s.r.l. sudedil ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 243 bis del d.lgs. 12.04.2006, n. 163;

-di ogni altro atto e/o provvedimento ad essi preliminare, presupposto, connesso e/o conseguente, ancorché incognito ed, in particolare, di tutti gli atti di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Territoriale Edilizia Residenziale (Ater) dell'Aquila e di D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 4.4.11, l'Ater di L'Aquila indiceva un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di riparazione dei danni causati dal sisma del 6.4.2009, in località Montecchio.

Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte veniva fissato per il 10.5.11.

In data 9.5.11, la soc. Sudedil presentava domanda di partecipazione alla gara, producendo attestazione di qualificazione all'esecuzione dei lavori pubblici rilasciata da oltre un triennio, in difetto della prescritta verifica, e senza aver allegato alcuna dichiarazione mirata a dare conto alla stazione appaltante di avere in corso la procedura di rinnovo.

Per quanto sopra, L'ATER con nota del 3.8.11 comunicava alla predetta società l'avvenuta esclusione della gara, in dipendenza della carenza documentale di cui sopra.

In data 9.5.11, la soc. Sudedil proponeva quindi informativa ex art. 243 bis del d.leg.vo 163/2006, con la quale lamentava l'illegittimità della propria esclusione, per violazione dell'art. 15 bis del DPR 34/2000, secondo cui le imprese possono partecipare alle gare anche nelle more della effettuazione della verifica triennale, e ciò anche quando sia scaduto il triennio di validità, purché la verifica sia stata richiesta nel termine di sessanta giorni anteriore alla scadenza. In tal senso la società –pur riconoscendo l'intervenuta scadenza del triennio alla data del 14.4.11- documentava all'ente appaltante di aver stipulato in data 1.2.11, con l'organismo di attestazione UNISOA spa, un apposito contratto per la verifica triennale dei requisiti di qualificazione, nel pieno rispetto del termine di sessanta giorni prescritto dall'art. 15 bis, comma 1 del DPR 43/2000. Veniva poi comprovato il buon esito della procedura pendente, mediante il rilascio dell'attestazione di qualifica in data 7.6.2011.

Con nota del 12.8.11, l'ATER riconfermava "la decisione presa dalla commissione in ordine alla esclusione della società Ditta Sudedil, sostenendo che "da nessuna normativa si evince la retroattività della qualificazione come da Voi asserito".

Avverso tali determinazioni è insorta la predetta società con il presente gravame, allegando doglianze sostanzialmente conformi alla nota di informativa del 9.5.11.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata, sia la ditta controinteressata "D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali srl", aggiudicataria dell'appalto.

Con ordinanza 326/11 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensiva. Il ricorso (dopo ampia produzione di memorie delle parti contendenti) è poi passato in decisione nel corso della pubblica udienza del 21.11.12.

DIRITTO

Ritiene il collegio che l'esclusione oggetto dell'impugnativa non sia inficiata dai vizi dedotti.

A tali conclusioni porta proprio la recente adunanza plenaria del consiglio di Stato n. 27/12, che la ricorrente, con

la sua memoria in prossimità dell'udienza di discussione, ha invece citato a sostegno delle sue ragioni.

In primo luogo, va confutata la tesi del patrono della società Sudedil, secondo cui, la vigenza quinquennale dell'attestazione SOA postulerebbe l'inconfigurabilità di alcuna scadenza "anticipata" dell'attestazione stessa prima del decorso dei cinque anni, a prescindere dalle vicende legate alle procedure di verifica triennale (così che, sempre secondo la ricorrente società, nella specie quest'ultima avrebbe vantato la titolarità di un'autorizzazione ancora in vigore, in virtù del mancato decorso di cinque anni dalla data di rilascio).

In contrario, la citata pronuncia 27/12 dell'AP del Consiglio di Stato ha chiarito che, in mancanza della verifica triennale, l'attestazione perde efficacia, come desumibile *"...dagli articoli 15, comma 5, e 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000, come modificato con il d.P.R. n. 93 del 2004, per i quali la durata dell'efficacia dell'attestazione SOA è di cinque anni soltanto se vi è stata la verifica triennale e se è stata positiva poiché, in questo caso, la SOA rilascia un "nuovo attestato revisionato", mentre se la verifica è negativa "l'attestato perde validità" (comma 5 dell'art. 15-bis citato); la verifica produce quindi nell'ordinamento uno specifico effetto, di determinazione della validità o meno dell'attestazione dopo il triennio dal rilascio e fino al quinto anno; effetto questo che non si produce indipendentemente dal compimento della verifica"*.

In secondo luogo, è ben vero –come la ricorrente ha più volte rammentato- che l'anzidetta pronuncia ha ritenuto di superare la giurisprudenza più rigorosa, che vedeva la conclusione positiva della verifica entro il triennio come unica condizione della ininterrotta efficacia quinquennale dell'attestazione (senza alcuna possibile fictio di retroattività ad opera del successivo rilascio dell'attestazione di avvenuta positiva verifica, pur quando quest'ultima –come è avvenuto nel caso di specie- fosse stata richiesta nei termini di legge, vale a dire sessanta giorni prima della scadenza del triennio).

Tuttavia, nella citata pronuncia si è apertis verbis chiarito che la possibilità per la ditta di partecipare alle gare indette dopo la scadenza del triennio, per effetto della richiesta tempestiva della verifica, può avvenire solo se la ditta stessa abbia avuto la diligenza di esibire alla stazione appaltante *"... insieme con la domanda di partecipazione alla gara, quella proposta in termini per la verifica"*.

In buona sostanza resta fondamentale –per il buon esito della partecipazione- non solo proporre tempestiva domanda all'Organismo verificatore, ma anche rendere subito edotta la PA aggiudicatrice della pendenza di tale procedura, anche per dare la possibilità all'amministrazione di monitorare gli sviluppi e di provvedere per tempo, in caso di esiti infausti della richiesta di rinnovo. Tale adempimento pertanto –lungi dall'essere un formalismo fino a se stesso- è diretta espressione dell'esigenza pubblicistica di massima trasparenza della ditta che chiede il beneficio partecipativo pur in presenza di SOA (ancora) priva di verifica triennale, senza che eventuali omissioni e negligenze nella domanda di gara possano trovare rimedio ex post, allorché la stazione appaltante che si sia accorta dell'inefficacia dell'attestazione SOA, abbia ormai preso (legittimi) provvedimenti espulsivi.

Sulla base delle esposte premesse in diritto, deve rilevarsi come sia incontroverso in causa che la ditta ricorrente abbia omesso, nella sua domanda di partecipazione, di avvisare la PA intimata sulla pendenza delle procedure di verifica triennale della SOA. Ciò, peraltro, in presenza anche di espressa clausola del bando (art. 12) secondo cui il concorrente, "all'atto dell'offerta", avrebbe dovuto "dichiarare e dimostrare con idonea documentazione (...) di avere in itinere l'adeguamento della propria attestazione". Solo quando la PA medesima ha comunicato l'esclusione dalla gara per difetto di un efficace requisito di qualificazione, la ditta medesima ha inteso riferire alla stazione appaltante sulla pendenza della procedura di verifica, utilizzando la fase precontenziosa ex art. 243 bis del d.leg.vo 163/2006 (e comprovando successivamente la nuova attestazione conseguita il 7.6.11).

Per le ragioni sopra puntualizzate, trattasi tuttavia di adempimento ormai tardivo che non inficia la legittimità dell'impugnata esclusione, basata sulla carenza di un titolo SOA efficace.

In particolare, incongrui appaiono i richiami al potere di soccorso istruttorio ed ai compiti “collaborativi” della stazione appaltante ex art. 46 codice appalti (nella sua ultima versione, peraltro successiva all’indizione del bando in questione), poiché nella specie non si tratta di regolarizzare documentazione incompleta e neanche di integrarla, vertendosi invece in ordine ad una grave lacuna della domanda di partecipazione, che ha impedito all’amministrazione di conoscere per tempo la delicata situazione di pendenza valutativa a cui era (allora) sottoposta il requisito di qualificazione; tale lacuna assume connotati escludenti basati, non solo sulla par condicio, ma anche sull’onere di clare loqui del concorrente, senza che –torna a ripetersi- possano delinearsi “soccorsi” o sanatorie di sorta, a maggior ragione dopo aver conosciuto il provvedimento di esclusione, dovuto proprio all’inadeguatezza della certificazione SOA allegata alla domanda.

Priva di pregio si palesa poi la censura (formulata peraltro solo con la memoria di udienza) circa la pretesa violazione dell’art. 48 del codice degli appalti, in relazione al fatto che in tale norma i controlli sul possesso dei requisiti di capacità economica ed organizzativa sarebbero previsti in un momento successivo alla presentazione delle domande di partecipazione, ancorché antecedente l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica. Ed invero, che la cd. verifica a campione presupponga l’avvenuta scadenza del termine delle domande risulta ovvio poiché, diversamente, tale verifica sarebbe in radice irrealizzabile (trattandosi di sorteggiare, per l’appunto, *tutte* le offerte pervenute entro i tempi prescritti dalla lex specialis); ed in ogni caso la PA appaltante e/o il suo seggio tecnico non potrebbe certo anticipare qualsiasi altro controllo di regolarità, mediante una sorta di intervento in tempo reale su ciascuna domanda che arriva, per cui il richiamo temporale prospettato a sostegno della censura in esame non supera il rigore della logica. Tra l’altro, non si vede come gli adempimenti fondamentali a corredo di un’offerta possano ritenersi espletabili dopo aver presentato l’offerta stessa (e dopo l’avvenuta scadenza dei termini generali di presentazione), quasi che –in violazione di qualsiasi regolarità concorsuale- fino ai controlli di rito preliminari, i concorrenti possano a loro piacimento integrare i requisiti di qualificazione già allegati (o non allegati) alla loro domanda.

In buona sostanza, il rispetto dei principi fondanti delle gare pubbliche impone –nel caso scrutinato dal Collegio- il divieto partecipativo della ditta coinvolta, finanche a prescindere da mancate prescrizioni espulsive negli atti generali di gara; in questo senso vanno in un certo senso “rovesciate” le affermazioni della ricorrente rese nella citata memoria difensiva, secondo cui “le disposizioni della lex specialis che prescrivano a pena di esclusione l’obbligo di allegazione dell’attestazione SOA alla domanda di partecipazione” sarebbero nulle ai sensi dell’art. 46 del codice, vero essendo invece il contrario, e cioè che -pur in assenza nel bando di espresse sanzioni espulsive per le delineate violazioni- l’esclusione rappresenta comunque un atto dovuto per la stazione appaltante.

Il collegio ritiene infine di puntualizzare che non rileva, in senso contrario alla reiezione del presente gravame, il tenore motivazionale della risposta del 12.8.11 data dall’amministrazione all’informativa di parte ex art. 243 bis del decreto legislativo 163/2006 (risposta anch’essa oggetto di impugnativa): più in particolare, con tale risposta la conferma dell’esclusione viene riportata (non tanto al pur decisivo difetto di diligenza nel preavvertire la stazione appaltante sulla procedura di rinnovo in atto, quanto piuttosto) al preteso difetto di continuità del requisito di qualificazione per il periodo 14 aprile 2011-7 giugno 2011, data -quest’ultima- in cui la ditta ha comunque conseguito la positiva attestazione della verifica triennale. In realtà, detto assunto si conforma ad un indirizzo giurisprudenziale poi disatteso dalla citata adunanza plenaria 27/12 (indirizzo che vedeva, nella positiva conclusione della verifica entro il triennio, la sola condizione della ininterrotta efficacia del requisito SOA). Ciò non di meno, tali affermazioni non rappresentano alcun superamento (neanche implicito) della decisione espressamente “confermata”, con cui l’esclusione in discorso è stata riportata alla mancanza del requisito di qualificazione (perché allo stato inefficace, per scadenza non validata del triennio), mancanza a sua volta

legittimamente desumibile dall'omesso avviso alla stazione appaltante della procedura di rinnovo in corso, nei sensi e nei tempi ampiamente illustrati in precedenza.

Pertanto, le considerazioni sul difetto di continuità dell'attestazione SOA –ormai superate alla luce della Plenaria 27/12 che il collegio condivide- risultano estemate dalla PA intimata in via collaborativa e di preteso chiarimento in risposta al preavviso di ricorso, senza alcuna rituale valenza di autotutela (anche semplicemente “motivazionale”) sull'atto di esclusione di cui alla nota ATER del 3.8.11, che risulta invece espressamente recepito nella sua interezza. Senza oltre considerare che pure nella contraria ipotesi di “sostituzione” del provvedimento negativo originario (correttamente motivato) con altro analogo provvedimento dalla nuova motivazione viziata, soccorrerebbe comunque l'art. 21 octies secondo comma della legge 241/90, atteso che l'esclusione della ditta dalla gara resterebbe un atto dovuto per la stazione appaltante, così da determinare la sanatoria e/o l'irrelevanza del vizio di forma sopravvenuto, ai sensi di quanto disposto dalla citata norma della legge generale sul procedimento.

In conclusione, il ricorso non può trovare accoglimento.

Sussistono giuste ragioni per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa le spese.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Alberto Tramaglini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)