

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE
Sezione Quinta

N.3878/09 Reg.Sent.

Anno

N. 6278 Reg.Ric.

Anno 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6278 del 2008, proposto dal Comune di Gaglianico in persona del sindaco, signor Paolo Maggia, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Santilli e Gabriele Pafundi, elettivamente domiciliato presso il secondo in Roma, viale Giulio Cesare 14;

contro

la società CONSORZIO CIEMME s.c.a.r.l., con sede in Trezzano sul Naviglio, costituitasi in giudizio in persona dell'amministratore, ingegner Federico Zanotti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Durazzo e Gianfranco Tobia, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, viale Mazzini 11;

e nei confronti

della società Artedile Costruzioni s.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, 5 maggio 2008 n. 904.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 20 marzo 2009 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avv.ti Gabriele Pafundi e Nicola Durazzo:

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Come riferisce senza contestazioni al sentenza appellata, con bando di gara e relativo disciplinare in data 19/03/2007, il Comune di Gaglianico disponeva di procedere all'appalto per l'aggiudicazione dei lavori relativi alla "Nuova costruzione di piccola residenza per anziani non autosufficienti" per un importo a base di gara di euro 2.463.703,32 comprensivo di euro 29.831,70 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

La Commissione di gara si riuniva in data 24 aprile 2007, prima per l'esame delle buste contenenti la documentazione (busta "A"), quindi per l'esame delle offerte economiche contenute nella busta "B".

Al termine delle operazioni volte a verificare l'anomalia delle offerte, la Commissione di gara formava la graduatoria provvisoria che vedeva come prima classificata il Consorzio Ciemme con un ribasso del 14,393%, a cui veniva provvisoriamente aggiudicato l'appalto.

Al secondo posto si classificava la Artedile Costruzioni s.r.l. con un ribasso offerto di 14,321%.

Successivamente, in sede di verifica dei requisiti, il responsabile del Servizio con nota prot. n. 3428 in data 11/5/2007 inviata al Consorzio ricorrente, veniva comunicato che "da verifiche effettuate presso il Casellario Informativo dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, si è riscontrato che in data 23/02/2007 (scadenza intermedia) è scaduta l'attestazione rilasciata ad una delle imprese costituenti il Consorzio e, di conseguenza, il consorzio medesimo ha perso il requisiti previsti all'art. 36 del decreto legislativo 12/04/2006 n. 163 e, se così fosse, lo stesso non avrebbe potuto partecipare alla gara pubblica in oggetto." Ciò premesso, si invitava il Consorzio, "a trasmettere il nuovo certificato SOA riferito al Consorzio Ciemme, in corso di validità al 18/03/2007 (giorno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara)".

La data relativa alla scadenza intermedia era da riferirsi all'attestazione dell'impresa Floreali, la quale conseguiva la conferma dell'attestazione in fata 9 marzo 2007.

Il nuovo certificato SOA veniva consegnato dal consorzio alla S.A. con telefax in data 15/5/2007.

Con successiva nota prot. n. 4063 del 23/5/2007 il Responsabile del servizio comunicava ai sensi dell'art. 10 bis della legge 241/1990, l'avvio del procedimento per l'esclusione dell'offerta presentata dal consorzio ricorrente per il seguente motivo: "l'attestazione SOA riferita a codesto Consorzio (rilasciata da CQOP – costruttori Qualificati Opere Pubbliche con sede in Milano via mojno n. 28 in data 28/06/2005 n. 6982/10/00) e presentata tra gli atti di gara, non può essere considerata valida ai fini della partecipazione alla gara stessa, in quanto avente scadenza intermedia al 23/02/2007. Tale circostanza è in contrasto con le previsioni del bando di gara (art. 1 punto 2 del disciplinare), il quale prevedeva la presentazione di un'attestazione SOA in corso di validità al momento dello svolgimento della gara. In relazione a ciò si avvisa che codesto

Consorzio può, nel termine perentorio di giorni 10 (dieci) decorrenti dalla data di ricevimento della presente comunicazione, presentare per iscritto, osservazioni o memorie nel proprio interesse.”

Con successiva lettera in data 10/07/2007 prot. n. 6871, il responsabile del servizio tecnico comunale comunicava al Consorzio ricorrente l'avvenuta esclusione dalla gara d'appalto poiché “alla data di svolgimento della gara (24/04/2007) codesto Consorzio non era titolare di attestato SOA in caso di validità avente quello presentato scadenza intermedia già trascorsa, mentre la nuova attestazione conseguita riporta la data del 14/05/2007”. Comunicava altresì che con determinazione n. 98 del 7.7.2007 era stata disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di cui si è detto infra.

Con la stessa nota il responsabile del servizio comunicava che in data 9/7/2007 i lavori erano stati definitivamente aggiudicati alla controinteressata Artedile Costruzioni s.r.l., classificatasi al secondo posto della graduatoria.

2. Il Consorzio CIEMME ha proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte chiedendo l'annullamento di tutti i menzionati atti della procedura, l'annullamento del contratto eventualmente concluso con Artedile e il risarcimento del danno in forma specifica, o, in subordine, per equivalente.

Il ricorrente deduceva la validità della propria partecipazione alla gara in quanto la attestazione SOA della consorziata Floreali era stata tempestivamente confermata e così pure la attestazione dello stesso Consorzio.

Con la sentenza indicata in epigrafe è stato respinto il ricorso incidentale di Artedile Costruzioni; è stato accolto il ricorso principale proposto dal Consorzio CIEMME s.c. a r.l.; la domanda di annullamento del contratto è stata dichiarata inammissibile; il Comune è stato condannato al risarcimento del danno per equivalente.

3. Il Comune di Gaglianico ha proposto appello per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia.

Il Consorzio CIEMME si è costituito in giudizio per resistere al gravame, proponendo anche appello incidentale.

Con ordinanza in data 2 dicembre 2008 n. 6474 la Sezione ha accolto la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con riguardo al profilo impugnatorio, l'accoglimento del ricorso del Consorzio CIEMME è stato motivato in base alla considerazione che: “In ordine alla capacità del Consorzio di partecipare alla gara nel periodo intercorrente tra la scadenza intermedia dell'impresa singola consorziata, la richiesta di adeguamento della SOA del Consorzio e

il rilascio effettivo della nuova attestazione (in mancanza di una disciplina specifica della fattispecie, ndr.) deve farsi ricorso al principio sopra enunciato e desumibile dall'art. 15 bis del D.P.R. 34/32000, per cui l'esito positivo della richiesta di adeguamento della propria attestazione da parte del Consorzio a seguito della verifica triennale, positiva, da parte della singola consorziata consente a quest'ultimo di partecipare alle pubbliche gare, non potendo la verifica triennale della singola consorziata bloccare la partecipazione alle gare pubbliche dell'intero Consorzio, vanificato nel suo scopo coesenziale.”.

L'articolo 15 bis del D.P.R. n. 34/2000, infatti, dispone: “l'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio della data di rilascio della attestazione” (articolo 15 comma 5 reg. cit.). Ciò sta a significare che – conclude la sentenza - ove l'impresa richieda, nei termini sanciti dal regolamento, la verifica triennale non vi è soluzione di continuità nella propria qualificazione, per cui essa può, nelle more, partecipare alle pubbliche gare.”.

2. Il Comune di Gaglianico ha sostenuto l'erroneità di tale ragionamento osservando che la scadenza intermedia dell'attestazione di un consorzio, legata all'obbligo della verifica triennale o alla scadenza dell'attestazione di un'impresa consorziata, incide sulla validità della qualificazione di cui dispone il Consorzio, il quale è obbligato a richiederne l'adeguamento. Fino a quando l'adeguamento non sia stato ottenuto, o comunque sia ottenuto dopo la scadenza del termine fissato per la partecipazione alla gara, il Consorzio non dispone di una valida attestazione SOA e deve essere escluso.

A tal fine si è dedotto che l'art. 15 bis del D.P.R. n. 34 del 2000 si riferisce esclusivamente alla verifica triennale e non può essere applicata in via analogica ad altre cause incidenti sulla validità della qualificazione.

L'interpretazione seguita dai primi giudici contrasterebbe con il principio della *par condicio* e con il preciso disposto del disciplinare, che richiedeva una attestazione SOA in corso di validità.

3. La doglianza non è fondata.

3.1. L'art. 15-bis, comma 5, del d.P.R. n. 34 del 2000, nella parte in cui dispone che le imprese si sottopongono alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio di validità dell'attestazione, è correttamente inteso dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Determinazione n. 6 del 21 aprile 2004, nel senso che i detti termini non sono perentori: ossia *“l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.”*.

L'impresa può quindi partecipare alle gare anche nelle more della effettuazione della verifica triennale, anche quando sia scaduto il triennio di validità, purché la verifica sia stata richiesta nel termine di sessanta giorni anteriori alla scadenza.

In altri termini, l'impresa che concorra da sola può partecipare alla gara esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda, proposta nel termine, con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo della attestazione. E ciò è come dire, che in tal caso, ai fini della validità della domanda di partecipazione alla gara, la scadenza del triennio o del quinquennio, si ha come non avvenuta.

3.2. L'Amministrazione pretende che tale regola non si applichi anche all'obbligo di adeguamento che grava sul consorzio stabile allorché nella relativa attestazione SOA sia menzionata una "scadenza intermedia", ossia la perdita della qualificazione da parte di una impresa consorziata. Secondo l'assunto, quindi, ai fini della legittima partecipazione alla gara, per il consorzio stabile non è sufficiente produrre, come invece è ammesso per l'impresa singola, la sola attestazione di aver richiesto l'aggiornamento del proprio documento di qualificazione.

Tale disparità di trattamento non è conforme al principio della *par condicio*, che costituisce esplicazione del più generale canone costituzionale dell'imparzialità dell'amministrazione e del buon andamento.

3.3. Né potrebbe obiettarsi che il più favorevole trattamento riservato alla impresa singola discenderebbe dall'osservanza del termine di sessanta giorni prima della scadenza del triennio, mentre analoga disciplina non è prevista per il consorzio stabile.

Occorre tenere presente che, a norma dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, "il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalla singole imprese consorziate.". Da ciò consegue che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento della attestazione può essere richiesta da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione.

Per il consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere. Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è che entro il termine per la presentazione delle offerte il consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento.

Tale adempimento nella specie è stato osservato dal Consorzio appellato, come ammette lo stesso Comune nell'atto di appello (pag. 11).

3.4.E' utile ricordare, inoltre, che l'obbligo di adeguamento della qualificazione del consorzio in caso di scadenza intermedia, nonostante la lacuna normativa in proposito, obiettivamente rilevabile, è stato affermato dall'Autorità di Vigilanza con la Determinazione n. 18 del 29 ottobre 2003, in applicazione dell'art. 8 ter della legge n.

109 del 1994, come modificato dalla legge n. 166 del 2002, che faceva discendere la qualificazione del consorzio dalle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (la norma poi trasfusa nell'art. 36, comma 7, del codice degli appalti, citato sopra). Da tale principio l'Autorità di Vigilanza ha ricavato l'esigenza logica dell'"adeguamento" della attestazione del consorzio stabile, affinché la qualificazione di quest'ultimo corrisponda esattamente alla qualificazioni delle imprese consorziate, che in sede di rinnovo o di verifica potrebbero subire variazioni di classifica o di categoria. La Determinazione citata, tuttavia, di astenne dall'enunciare alcun principio circa eventuali effetti caducanti della scadenza intermedia sulla validità della qualificazione del consorzio stabile.

Non è sostenibile, infatti, che la scadenza della attestazione dell'impresa consorziate possa essere irrilevante ai fini della partecipazione alla gara, se la domanda di rinnovo sia intervenuta tempestivamente, e pretendere che la stessa scadenza intermedia renda invalida la qualificazione del consorzio che abbia inoltrato tempestivamente la richiesta di adeguamento.

3.5. Si comprende allora come la medesima Autorità, interpellata specificamente dal Comune di Gaglianico, con nota del 23 maggio del 2007, su quesiti riferiti alla fattispecie in esame, abbia fornito, con la nota 19 giugno 2007 (doc. 13 del Comune in I° grado) una risposta sostanzialmente elusiva, limitandosi a fotocopiare passi delle Determinazioni n. 18 del 2003 e n. 6 del 2004, riportate sopra.

L'obbligo di adeguamento, quindi, sembra configurarsi come un adempimento finalizzato a garantire chiarezza e speditezza della procedura concorsuale, da osservare ai fini della partecipazione alla gara, ma che può considerarsi assolto con la presentazione dell'attestazione che tale adeguamento è stato richiesto alla SOA competente prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

3.6. Tale conclusione non è contraddetta dalla Determinazione n. 195 del 17 luglio 2008, con la quale l'Autorità di Vigilanza ha escluso la legittimità della partecipazione alla gara di un consorzio stabile la cui attestazione di qualificazione recava una scadenza intermedia. Nel caso esaminato, l'impresa consorziate si era sottoposta alla verifica triennale senza avanzare la relativa domanda sessanta giorni prima della scadenza, e alla data fissata per la presentazione dell'offerta la procedura di verifica non si era ancora conclusa. In tale situazione, né l'impresa né il consorzio potevano legittimamente partecipare alla gara.

Ma nella fattispecie oggetto del presente appello la impresa Floreali aveva già ottenuto il rinnovo dell'attestazione SOA in data 9 marzo 2007, ponendo in essere il requisito sostanziale di validità della partecipazione alla gara del consorzio.

L'appello va quindi, per questa parte, rigettato.

4.1. Con diverso capo di domanda l'appellante ha chiesto la riforma della sentenza nella parte relativa alla condanna al risarcimento del danno.

A sostegno della pretesa ha invocato il principio dell'errore scusabile, allegando a tal fine la novità del quesito da risolvere e la diligenza dimostrata con la richiesta del parere all'Autorità di vigilanza.

4.2. Le tesi dell'Amministrazione vanno disattese.

Dalla nota con la quale è stato chiesto il parere all'Autorità di Vigilanza emerge come il Comune nutrisse il fondato dubbio che, nonostante l'esistenza di una scadenza intermedia nella attestazione del Consorzio, quest'ultima potesse ritenersi valida ai fini della partecipazione alla gara, avendo il Consorzio richiesto all'organismo competente l'adeguamento della propria qualificazione.

Si è già notato come l'Autorità, con la risposta del 18 giugno 2007, non abbia sciolto il dubbio, limitandosi a riferire passi di Determinazioni risalenti nel tempo e rimettendo al Comune la scelta della condotta da seguire. Il Comune nonostante l'incertezza sul punto di diritto si è orientato per l'esclusione.

In tal modo il Comune ha ignorato un principio incontroverso, perché affermato dalla giurisprudenza consolidata, secondo cui, essendo l'esclusione dalla gara un provvedimento eccezionale, che contraddice il *favor participationis* e la libera concorrenza, può essere adottato solo in presenza di cause certe e tassativamente previste (Cons. St. Sez. VI, 12 giugno 2008 n. 2893; Sez. V, 14 aprile 2008 n. 1665; 11 marzo 2008 n. 1146; 4 marzo 2008 n. 874; Sez. IV, 1 ottobre 2007 n. 5040).

Risulta *per tarbulas* che tali circostanze nella specie non potevano ravvisarsi, avendo il Comune ampiamente dimostrato, anche citando l'ordinanza di accoglimento cautelare in primo grado, quanto opinabile fosse la soluzione del caso.

L'errore inescusabile consiste, non nella errata interpretazione del quadro normativo specifico, ma nell'aver violato in tale contesto di incertezza il *favor participationis*.

4.3. L'appellante lamenta ancora la condanna al danno emergente costituirebbe pronuncia *ultra petita*, essendosi il ricorrente limitato in primo grado a richiedere il lucro cessante.

La tesi va disattesa.

In quanto diretto al conseguimento di un bene della vita che il ricorrente assume ingiustamente denegatogli dal provvedimento o dal comportamento dell'amministrazione, il gravame deve essere interpretato nella sua globalità; pertanto una istanza non espressamente proposta può ritenersi implicitamente contenuta nella domanda dedotta in giudizio quando si trovi in rapporto di necessaria connessione con il *petitum* e la *causa petendi* e non estenda l'ambito di riferimento (Consiglio Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12).

4.4. Neppure merita accoglimento la doglianza volta a contestare la condanna al risarcimento per equivalente commisurata al mancato utile conseguito dal Consorzio a seguito della legittima esclusione dalla gara.

Va condivisa la tesi del Consorzio resistente che l'entità del risarcimento dovuto in caso di provvedimento amministrativo illegittimo deve tener conto del fatto che il risarcimento per equivalente si pone su un piano di alternatività con il risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998. Il ristoro attribuito alla parte danneggiata, pertanto, deve consistere in un valore economico corrispondente a quello che l'interessato avrebbe ricavato dalla aggiudicazione dell'appalto (Ad. Plen. 12 del 2008).

L'appello quindi deve essere rigettato anche con riguardo alla contestazione della condanna al risarcimento.

5. La reiezione integrale dell'appello rende improcedibile l'appello indentale avanzato dal Consorzio appellato.

6. Tenuto conto della novità delle questioni trattate può disporsi la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, rigetta l'appello indicato in epigrafe;

Compensa le spese di giudizio;

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 20 marzo 2009 con l'intervento dei signori:

Raffaele Carboni	Presidente
Gian Carlo Cirillo	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere estensore
Nicola Russo	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca F.to Raffaele Carboni

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 16/06/2009

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi