

MASSIMA – Estratto della sentenza.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (cfr, fra le tante, Cons. Stato, A. P., 20/7/2015 n. 8).

Consiglio di Stato n. 852 del 23/02/2017

N. 00852/2017REG.PROV.COLL.

N. 04479/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4479 del 2016, proposto da:
Sicurbau s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato
Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso Antonio Formiconi, in Roma, via Cremera n. 11

contro

Comune di Paduli, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio

nei confronti di

Tekno Archedil s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso Sergio Como, in Roma, via G.
Antonelli, n. 49;

Edil di Cerbo s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con la Costruzioni Demal s.r.l. e la Ferraro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania - Napoli, Sezione I, n. 1064/2016, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di ampliamento delle opere di urbanizzazione e dei servizi del piano degli insediamenti produttivi in località Saglieta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tekno Archedit s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Prozzo e D'Angiolella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Sicurbau s.r.l. ha partecipato alla gara d'appalto bandita dal Comune di Paduli per l'affidamento dei lavori di ampliamento delle opere di urbanizzazione e dei servizi del piano degli insediamenti produttivi in località Saglieta, collocandosi al terzo posto, dietro l'A.T.I. Edil Di Cerbo s.r.l./Costruzioni De.Ma.L. s.r.l./Ferraro Costruzioni s.r.l. (prima classificata e aggiudicataria) e la Tekno Archedit s.r.l. (seconda graduata).

Ritenendo l'aggiudicazione in favore dell'ATI capeggiata dalla Edil Di Cerbo illegittima, la Sicurbau l'ha impugnata con ricorso al TAR Campania – Napoli col quale ha sostenuto che le due concorrenti meglio classificate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara:

a) la prima in quanto una delle mandanti (la Ferraro Costruzioni), avrebbe perso, nelle more della procedura, la qualificazione nella categoria OG10 necessaria per l'esecuzione dei lavori che la medesima, in base alla domanda di partecipazione, avrebbe dovuto svolgere;

b) la seconda perché, priva di attestazione SOA per le categorie OG03 – class. III, OG06 – class. IV bis e OG01 – class. III bis, avrebbe sopperito alla carenza del requisito mediante un contratto di avvalimento (stipulato con la Barone Costruzioni s.r.l.) inidoneo a farle acquisire la qualificazione mancante, per non avere ad oggetto né il complesso aziendale della società ausiliaria (bensì singoli beni ed isolate risorse del tutto insufficienti all'esecuzione dell'appalto), né la messa a disposizione della direzione tecnica e della certificazione di qualità della medesima ausiliaria.

Con sentenza 25/2/2016, n. 1064, il TAR ha respinto l'impugnazione diretta contro la Tekno Archedil e ha dichiarato improcedibile quella rivolta nei confronti dell'ATI aggiudicataria.

Conseguentemente ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società facenti parte dell'ATI suddetta.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Sicurbau l'ha appellata chiedendone l'annullamento.

Per resistere all'appello si è costituita in giudizio la Tekno Archedil.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 26/1/2017 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il motivo con cui era stata dedotta l'inidoneità del contratto di avvalimento stipulato dalla Tekno Archedil con la Barone Costruzioni, per sopperire alla carenza del requisito concernente l'attestazione SOA richiesta per partecipare alla selezione.

Sostiene l'appellante che, diversamente da quanto affermato nell'impugnata sentenza, il menzionato contratto non contemplerebbe l'effettiva messa a disposizione del complesso aziendale dell'impresa ausiliaria, della sua direzione tecnica e della sua certificazione di qualità aziendale, elementi questi necessari per l'idoneità del contratto di avvalimento a conferire all'impresa ausiliata l'attestazione SOA di cui quest'ultima è priva.

Il motivo è fondato.

Ai fini della partecipazione alla gara occorre il possesso di attestazione SOA nelle categorie OG03 – class. IV bis, OG06 – class. III, OG10 class. II e OG01 – class. III bis.

La Tekno Archedil, priva della richiesta qualificazione, ha partecipato alla gara dichiarando di voler subappaltare i lavori relativi alla categoria OG10 e di volersi avvalere dell'attestazione SOA fornita dalla Barone Costruzioni, in possesso delle seguenti categorie e classifiche: OG03 - class. VII, OG06 – class. V e OG01 – class. IV bis.

All'uopo le due società, mediante apposito contratto di avvalimento, hanno convenuto che l'ausiliaria si obbligasse <<... nei confronti della concorrente Impresa Tekno Archedil srl, a fornire tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero di attestazione di certificazione SOA e quindi a qualificarla nelle categorie OG03 classifica VII, OG06 classifica V e OG01 classifica IV bis e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, ed una somma in danaro di € 50.000,00 e tutti i mezzi necessari per l'esecuzione dei lavori e precisamente: "Escavatore cingolato Volvo Mod. EC140BLC Matricola n. V10281 – Pala Gommata Volvo Mod. L90E Matricola V20248 – Autocarro per trasporto di cose IVECO 35/E4 Telaio ZCFC35D1005630228 targato DB649CR" nonché attrezzature quali Martello Percussore, Smerigliatrici, Fresa, attrezzatura minuta da cantiere etc., materiali in deposito quali 100 ml di tubazione corrugata di vario diametro ed inerti di vario taglio, etc e n. 1 addetti specializzato ai lavori in oggetto i quali nominativi saranno comunicati prima dell'inizio dei lavori>>.

Il giudice di prime cure ha ritenuto l'accordo idoneo a conferire alla concorrente il requisito di cui era priva, affermando che: "il contratto di avvalimento indica specificamente quali risorse, di cui è carente la società partecipante, sono messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (cfr. contratto di

avvalimento: SOA riferita alle descritte categorie di lavori; somma di euro 50.000,00; escavatore cingolato; pala gommata; autocarro per trasporto; attrezzature da lavoro; materiali in deposito; n. 1 addetto specializzato).

Appare quindi soddisfatta l'esigenza – cui si è fatto cenno – di rendere concreto e controllabile l'impegno assunto dalla ausiliaria di mettere a disposizione le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione della SOA.

Non è poi condivisibile l'argomentazione di parte ricorrente, secondo cui detto avvalimento presenterebbe natura meramente cartolare.

In proposito, è documentalmente provato che gli automezzi indicati nel contratto di avvalimento (escavatore cingolato matricola n. VI0282, pala gommata matricola n. V20248, autocarro tg. DB649CR) appartengono all'impresa ausiliaria Barone Costruzioni, così come risulta dagli atti di causa che detta società è in possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 richiesta dal disciplinare di gara: peraltro, del possesso di tale certificazione vi è menzione nell'attestazione di qualificazione SOA della società Barone Costruzioni s.r.l. n. 10170/23/00 oggetto di avvalimento (cfr. documentazione depositata dalla società Tekno Archedil in data 19 ottobre 2015).

Non è quindi contestabile la natura reale e non fittizia del contestato avvalimento”.

Orbene, le conclusioni cui il TAR è giunto non possono essere condivise.

Come correttamente dedotto dall'appellante, quando, come nel caso di specie, oggetto dell'avvalimento è un'attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale - comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse - che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione.

Ed invero, in base al combinato disposto dell'art. 40 del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) e 76 del D.P.R. 5/10/2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione al detto codice) l'attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un'articolata verifica istruttoria volta a constatare la sussistenza, in capo all'impresa richiedente, oltre che dei requisiti di ordine generale, di quelli indicati nell'art. 79 del citato D.P.R. n. 207/2010, nello specifico: “a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo”.

Inoltre, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 207/2010, per poter ottenere la qualificazione, in classifiche superiori alla I e alla II, “...le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000...”.

Dal che discende che l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica.

Conseguente il contratto di avvalimento finalizzato a munire l'impresa ausiliata dell'attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell'insieme delle dette risorse e tale oggetto, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del citato D.P.R. n. 207/2010, dev'essere puntualmente determinato dal contratto, ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo

del documento, secondo quanto recentemente affermato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con sentenza 4/11/2016, n. 23.

Nel caso di specie, come più sopra rilevato, col contratto di avvalimento la Barone Costruzioni, dopo essersi genericamente impegnata a fornire alla concorrente "... *tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero di attestazione di certificazione SOA e quindi a qualificarla nelle categorie OG03 classifica VII, OG06 classifica V e OG01 classifica IV bis ...*", si è obbligata a mettere a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, oltre a una somma di € 50.000,00, i seguenti beni: "*Escavatore cingolato Volvo Mod. EC140BLC Matricola n. V10281 – Pala Gommata Volvo Mod. L90E Matricola V20248 – Autocarro per trasporto di cose IVECO 35/E4 Telaio ZCFC35D1005630228 targato DB649CR*" nonché attrezzature quali *Martello Percussore, Smerigliatrici, Fresa, attrezzatura minuta da cantiere etc., materiali in deposito quali 100 ml di tubazione corrugata di vario diametro ed inerti di vario taglio, etc.*", nonché un lavoratore specializzato.

E' evidente, pertanto, che il contratto, il quale contempla la messa a disposizione soltanto di alcuni limitati beni, di una non rilevante somma di denaro (in relazione all'importo a base d'asta pari a € 5.728.929,87) e di un solo lavoratore e che, per contro, non fa riferimento né alla direzione tecnica dell'ausiliaria (art. 79, comma 5, lett. a del citato D.P.R. n. 207/2010), né alla certificazione di qualità di quest'ultima, non può essere ritenuto idoneo allo scopo per cui è stato stipulato, ovvero quello di munire l'odierna appellata di adeguata attestazione SOA.

Alle considerazioni svolte è appena il caso di aggiungere che il riferimento fatto dalla Tekno Archedil alla sentenza più sopra citata (Cons Stato, A.P., n. 23/2016) risulta, nella specie, del tutto inconferente, atteso che il contratto da questa stipulato con la Barone Costruzioni non presenta aspetti di indeterminatezza del contenuto, anzi il regolamento pattizio è molto chiaro nel definire quali sono le risorse oggetto del "*prestito*", solo che, per quanto sopra detto, quest'ultime non sono sufficienti al conferimento dell'attestazione SOA.

L'accoglimento del primo motivo rende necessario l'esame dell'ulteriore mezzo di gravame rivolto contro l'ammissione alla gara della costituenda ATI Edil Cerbo/Costruzioni Demal/Ferraro Costruzioni, non esaminato dal TAR e ritualmente riproposto dall'appellante.

Deduce quest'ultima che la suddetta concorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione in quanto una delle imprese che ne facevano parte (la Ferraro Costruzioni), nelle more della gara, avrebbe perso l'attestazione SOA relativa alla categoria OG10, necessaria per lo svolgimento della quota di lavori assegnatale.

La doglianza è fondata.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità

(cfr, fra le tante, Cons. Stato, A. P., 20/7/2015 n. 8).

Nel caso di specie, come emerge dalla documentazione agli atti (attestazione della Attico SOA in data 28/5/2015), la Ferraro Costruzioni, in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG10 al

momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l'ha persa nel corso del procedimento ad evidenza pubblica.

Alla luce dell'enunciato principio di diritto la suddetta costituenda ATI doveva, dunque, essere esclusa dalla gara.

L'appello va, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

La novità e complessità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO

