

Ancora sugli effetti della richiesta di rinnovo dell'attestazione SOA nonché sulla possibilità di ammettere la sostituzione dell'impresa ausiliaria prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 19-12-2016

1. Deve intendersi non in possesso dell'attestazione SOA l'operatore economico che, pur avendone richiesto il rinnovo prima della scadenza della relativa validità triennale, non ne abbia conseguito il rilascio entro i termini fissati dall'ordinamento, ma solo successivamente (1).

(1) Cons. Stato, Ad. Plen., 18 luglio 2012, n. 27

2. La possibilità per il concorrente che ha inteso ricorrere all'istituto dell'avvalimento di procedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria non si applica alle procedure di gara indette prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016.

Guida alla lettura

Il T.A.R. Bologna torna ad occuparsi, a pochi giorni di distanza dalla decisione n. 1014/2016, della portata applicativa dell'art. 77 del d.P.R. n. 207/2010 in materia di verifica triennale dell'attestazione SOA, affermando che deve ritenersi non sussistente il requisito della qualificazione nel caso in cui, sebbene la richiesta di rinnovo dell'attestazione sia stata tempestiva, la medesima, per ragioni interne tra l'impresa richiedente e la società certificatrice, sia stata, poi, rilasciata successivamente ai termini fissati dalla norma citata. A differenza della precedente fattispecie esaminata dal T.A.R., qui alla richiesta presentata dall'impresa entro il termine dei novanta giorni antecedenti la scadenza del triennio non ha fatto seguito il rinnovo dell'attestazione per la categoria rilevante ai fini di causa, che è stata rilasciata solo ad esito di una nuova istruttoria completatasi, tuttavia, ben oltre il termine di quarantacinque giorni dalla stipula del contratto con la SOA previsto dal regolamento. Tale ultima circostanza, pertanto, ha impedito il configurarsi della presenza delle condizioni che consentono il regime eccezionale di ultravigenza dell'attestazione SOA, così come delineate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 27/2012.

Un secondo passaggio di interesse della pronuncia in esame è costituito dall'esclusione dell'applicabilità alle procedure indette in vigenza del d. lgs. n. 163/2006 della possibilità per il

concorrente che è ricorso all'istituto dell'avvalimento, di sostituire l'impresa ausiliaria nei casi ora consentiti dall'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016. A ciò osta, intanto, la chiara previsione sull'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016, recata dal suo art. 216, co. 1, così come nemmeno è sostenibile che detta sostituzione possa considerarsi direttamente applicabile nell'ordinamento in quanto introdotta dalla direttiva 2014/24/UE, essendo quest'ultima stata recepita espressamente dal d. lgs. n. 50/2016, che all'art. 216 ha, per l'appunto, disciplinato specificamente il momento di entrata in vigore della nuova norma in materia di avvalimento, avente contenuto contrastante con quella previgente.

Si tratta di una conclusione che riecheggia, sostanzialmente, quanto recentemente affermato dal T.A.R. Toscana (III, 12 dicembre 2016, n. 1756), per cui il tenore complessivo dell'art. 216 del d. lgs. n. 50/2016 esclude la possibilità di applicare sue singole disposizioni seguendo il principio *tempus regit actum*, anche considerando che laddove il legislatore ha inteso introdurre un regime transitorio differente da quello previsto dal co. 1 e per quanto concerne specifiche disposizioni, ne ha fatto menzione espressamente nei rimanenti commi dello stesso articolo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 698 del 2016, proposto da:

Betoncablo s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Turri C.F. TRRGCR67P06D869A, con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Foschini, con studio in Bologna, via San Vitale n. 40/3/A;

contro

Agenzia del Demanio, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, presso i cui Uffici, in Bologna, via Guido Reni n. 4 è domiciliata *ex lege*.

nei confronti di

Rocco Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento in data 11/7/2016, con il quale Agenzia del Demanio-Direzione Regionale Emilia – Romagna ha escluso la società ricorrente dalla procedura aperta per la stipula di un accordo - quadro per l'esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale del Demanio regione Emilia - Romagna – lotto n. 2 -.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2016, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori avv. Gianluigi Pagani e avv. dello Stato Laura Paolucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Betoncablo s.p.a. -impresa che ha partecipato alla procedura aperta indetta da Agenzia del Demanio Direzione Regionale Emilia – Romagna per l'affidamento di un Accordo – quadro ex art. 59 del D. Lgs. n. 163 del 2006 per l'esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato compresi nel territorio di competenza della suddetta Direzione Regionale del Demanio (lotto n. 2), risultando in un primo tempo aggiudicataria della gara e, quindi, inclusa nel lotto delle n. 20 imprese vincitrici del suddetto accordo quadro – impugna, chiedendone l'annullamento: a) il provvedimento in data 11/7/2016, di esclusione della stessa dalla gara; b) la nota in data 2/8/2016, con la quale la stazione appaltante le ha comunicato di volere procedere all'escussione della polizza fideiussoria; c) l'aggiudicazione definitiva dell'Accordo - quadro a n. 20 imprese scelte dalla stazione appaltante mediante la suddetta procedura; d) qualora occorra, la *lex specialis* di gara, per la parte di interesse. Contestualmente a tale principale azione, Betoncablo s.p.a. svolge subordinata azione di risarcimento dei danni che la stessa ritiene di avere subito a causa degli atti e provvedimenti impugnati.

A sostegno dell'impugnativa del provvedimento di esclusione dalla gara, la ricorrente deduce motivi in diritto rilevanti: violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 76 D.P.R. n. 207 del 2010 e dell'art. 3 L. n. 241 del 1990; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità dell'azione amministrativa e del giusto procedimento; violazione dell'art. 63 Dir. 2014/24/UE;

violazione degli artt. 49 e 37, commi 9 e 18 D.Lgs. n. 163 del 2006; violazione degli artt. 1218 e 2051 cod. civ e dell'art. 2, c. 4, D. Lgs. n. 163 del 2006; Eccesso di potere per difetto dei presupposti, motivazione erronea, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria. Avverso la comunicazione di escussione della polizza fideiussoria, la ricorrente deduce: illegittimità derivata da quella che asseritamente affligge il provvedimento di esclusione dalla gara; illegittimità dell'escussione della polizza fideiussoria, in quanto la contestata perdita del requisito del possesso della certificazione SOA per la categoria di lavori OG2 non è in nessun caso riconducibile né a Betoncablo s.p.a. né all'impresa ausiliaria della stessa Rocco Appalti s.r.l., con conseguente illegittima applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 75, c. 6 e 48, c.1 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

-Agenzia del Demanio, costituitasi in resistenza, chiede che il ricorso sia respinto, in ragione della ritenuta infondatezza dello stesso.

Alla pubblica udienza del giorno 23 novembre 2016, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione, come indicato nel verbale.

Il Tribunale ritiene necessario premettere, in fatto, che il provvedimento di esclusione della ricorrente Betoncablo s.p.a. (di seguito BETONCABLO) dalla gara pubblica di cui è causa, è motivato sulla base della ritenuta mancanza, in capo alla concorrente, del requisito della qualificazione per la categoria di lavori OG 2 Il classifica. In realtà, BETONCABLO, che era sprovvista di tale requisito, ha potuto partecipare ugualmente alla gara avvalendosi dell'impresa Rocco Appalti s.r.l. (di seguito: Rocco Appalti), dichiaratasi in possesso della attestazione SOA in corso di validità relativa alla qualificazione per la categoria di lavori OG 2 Il classifica, mediante la sottoscrizione, da parte delle suddette imprese, di regolare contratto di avvalimento ex art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Secondo la tesi esposta dalla ricorrente con il primo mezzo d'impugnazione, l'illegittimità del provvedimento di esclusione deriva dal fatto che, in concreto, Rocco Appalti non ha mai perso il suddetto requisito. A sostegno dell'assunto, la deducente osserva che l'attestazione SOA avente validità triennale che documenta tale possesso aveva scadenza in data 25/11/2015 e che, in data 27/7/2015 e, quindi, tempestivamente, Rocco Appalti aveva presentato a Soa Quadrifoglio s.p.a., (di seguito: SOA Quadrifoglio) - società autorizzata al rilascio di tale tipologia di documenti - l'istanza di rinnovo delle attestazioni, corredandola con il relativo contratto di verifica, oltre che per altre categorie di lavori, anche per la categoria OG 2 Il classifica. In data 22/1/2016, prosegue la ricorrente, "...la Soa Quadrifoglio Spa ha terminato l'istruttoria relativa a tutte le categorie oggetto della precedente attestazione, eccettuata la categoria OG2, rimasta sospesa, rilasciando l'attestazione numero 9615AL/45/00...". La ricorrente conclude la propria ricostruzione dei fatti di causa, osservando che "...in data 23.6.2016, all'esito dell'ulteriore istruttoria, la Soa ha rilasciato nuova attestazione 9654/45/01, con termine di attestazione originario, 22.1.2016 e relativa scadenza 21.1.2021, dando espressamente atto che la medesima sostituiva la precedente attestazione numero 9615AL/45/00.". In definitiva, il riferito, articolato percorso argomentativo, conduce BETONCABLO a concludere che "...Rocco Appalti, avendo conseguito, ancorché in due momenti diversi, il formale rinnovo della precedente attestazione, con unica decorrenza 22.1.2016, ha posseduto, senza soluzione di continuità, la certificazione relativa alla categoria

OG2, oggetto di avvalimento.”. Il Collegio ritiene che le suesposte considerazioni non possano essere condivise.

Se pure è incontestabile che l'impresa ausiliaria di BETONCABLO abbia tempestivamente provveduto a chiedere a SOA Quadrifoglio il rinnovo dell'attestazione SOA anche per la categoria di lavori OG 2 II classifica, è altrettanto incontestabile che quest'ultima società, a conclusione del procedimento istruttorio di verifica e nel relativo termine previsto *ex lege*, ha rilasciato l'attestazione SOA per le altre categorie in riferimento alle quali era stato chiesto il rinnovo, con l'unica eccezione di quella oggetto di causa, che è stata rilasciata solo in data successiva ed in seguito e a conclusione di una nuova istruttoria e, quindi, di un'ulteriore attività di verifica protrattasi nel tempo. Tale fatto incontrovertibile non solo emerge con chiarezza dalle due attestazioni SOA rilasciate a Rocco Appalti in data 22/1/2016 e in data 23/6/2016 (v. doc. n. 8 dell'amm.ne e doc. n. 11 della ricorrente) ma risulta anche riconosciuto dalla stessa BETONCABLO, ove, in uno dei passaggi del ricorso sopra riportati, essa ammette che “...in data 23.6.2016, all'esito dell'ulteriore istruttoria, la Soa ha rilasciato nuova attestazione 9654/45/01...” riferita al possesso della categoria OG 2 II classifica. Il Collegio ritiene che le considerazioni appena svolte, trovino supporto e conferma anche in autorevole giurisprudenza amministrativa.

Con la sentenza n. 27 del 2012, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione ora in esame, al riguardo statuendo che “...Sancito l'obbligo per l'impresa di sottoporsi alla verifica triennale in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del triennio stipulando apposito contratto con la S.O.A. che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi,... è stata in particolare codificata la disciplina del caso della richiesta tardiva, prevedendo che *"Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo"* (art. 77 comma 1). Ciò, fra l'altro, fa dedurre, *a contrario*, che l'impresa possa partecipare alle gare nel diverso caso della richiesta in termini secondo la disciplina esposta più sopra, e, di conseguenza, che l'ulteriore previsione, quasi identica alla precedente, per cui l'efficacia della verifica positiva decorre dalla data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma l'efficacia di quella compiuta dopo tale scadenza decorre dalla data di adozione della verifica (art. 77 comma 7, secondo periodo), sia da interpretare nel senso che tale ritardata efficacia si colleghi al presupposto della richiesta di verifica presentata fuori termine.”. L'Adunanza Plenaria, sulla base delle riportate premesse e dall'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77 del D.P.R. n. 207 del 2010, risolve la questione distinguendo il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale (o quinquennale) stabilendo che “Nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che, ai sensi del comma 7, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre, nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio. Una diversa interpretazione, che impedisse l'ammissione alla

procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confidi nella tempestiva evasione della procedura da parte della S.O.A., condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del comma 1 dell'art. 77, che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto.". Il Collegio ritiene che, applicando i principi interpretativi della vigente normativa settoriale enucleabili dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, si debba necessariamente confermare la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente. La tesi di quest'ultima, come sopra sintetizzata, laddove individua una saldatura, senza alcuna soluzione di continuità, tra la tempestiva richiesta di rinnovo dell'attestazione per la categoria di lavori OG2 II classifica effettuata da Rocco Appalti in data 27/7/2015 e l'attestazione SOA rilasciata alla suddetta impresa, per la stessa categoria di lavori, solo in data 23/6/2016, non è oggettivamente sostenibile. Il Collegio osserva che, nel caso in trattazione, non può trovare applicazione il regime – avente carattere eccezionale - di ultravigenza della tempestiva richiesta di rinnovo dell'attestazione SOA, come individuato dall'Adunanza Plenaria, nell'interpretazione dalla stessa data al combinato disposto dei commi 1 e 7 dell'art. 77 del D.P.R. n. 207 del 2010. Nella specie manca, infatti, uno degli elementi fondamentali indicati dalla Adunanza Plenaria, vale a dire il rilascio della rinnovata attestazione, a seguito ed a conclusione, con esito positivo, della relativa attività istruttoria di verifica entro il termine (180 giorni) previsto *ex lege*. Solo al verificarsi di tale circostanza conseguirebbe, secondo l'autorevole insegnamento dell'Adunanza Plenaria, il rinnovo dell'attestazione SOA con efficacia *ex tunc* retrodata alla data di scadenza della precedente attestazione. Nella specie, invece, entro il termine suindicato SOA Quadrifoglio ha rinnovato alla società richiedente le attestazioni SOA riferite ad altre e diverse categorie di lavori, ma non quella – OG2 II classifica - in riferimento alla quale Rocco Appalti ha stipulato il contratto di avvalimento con BETONCABLO. Pertanto, in riferimento a tale attestazione SOA sussiste la soluzione di continuità negata dalla ricorrente, tanto ciò è vero che detto documento è stato effettivamente rilasciato solo in data 23/6/2016, dichiaratamente a conclusione di una nuova istruttoria.

Passando ora all'esame del secondo mezzo d'impugnazione, dedotto in via subordinata dalla ricorrente, il Collegio ne deve parimenti rilevare l'infondatezza. La censura è diretta a contestare la legittimità della disposta esclusione, in quanto la ricorrente ritiene applicabile, al caso in esame, la normativa introdotta dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici D. Lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, l'art. 89, comma del nuovo Codice, laddove prevede la possibilità, per la concorrente che è ricorso all'istituto dell'avvalimento, di sostituire, in determinati casi, l'impresa ausiliaria. Sul punto, il Collegio ritiene inapplicabile tale nuova normativa, poiché ai sensi dell'art. 216, c. 1 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la nuova disciplina si applica alle procedure di gara e ai contratti per i quali i relativi bandi siano stati pubblicati successivamente al 18 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici. Nella specie, è fatto incontestato che il bando di gara sia stato pubblicato con le modalità di legge ben prima di tale data, con conseguente infondatezza del rilievo. Parimenti non merita accoglimento il motivo con cui BETONCABLO ritiene direttamente applicabile alla fattispecie in esame, la normativa comunitaria di cui alla Direttiva 2014/24/UE, la quale – a dire della deducente - consentirebbe la sostituzione dell'impresa ausiliaria da parte della concorrente di una gara pubblica che abbia utilizzato lo strumento giuridico dell'avvalimento. Il Collegio ritiene che la citata normativa europea non detti precise indicazioni riferite all'immediata applicabilità negli

ordinamenti degli stati membri di tale possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria, con conseguente ritenuta inefficacia della suddetta disciplina comunitaria a prevalere direttamente e ad essere applicata immediatamente, senza alcuna legge nazionale di recepimento (c.d. direttive *self – executing*), nelle controversie pendenti dinanzi al giudice nazionale e, quindi, anche nel presente giudizio. Il Tribunale ritiene, infine, che tale conclusione trovi esplicita conferma proprio nel fatto che il nuovo Codice dei contratti pubblici, sulla specifica questione, non solo abbia espressamente recepito la citata direttiva UE ma abbia anche disciplinato specificamente il momento di entrata in vigore della nuova norma, avente contenuto contrastante con l'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (v. artt. 89 e 216 comma 1 del D. Lgs. n. 56 del 2016).

Risulta infine inconferente l'ulteriore argomentazione della ricorrente, in ordine alla ritenuta necessità di sospendere il presente giudizio in attesa di una pronuncia della Corte di Giustizia UE in relazione al già sollevato contrasto tra l'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e la citata Direttiva U.E., in quanto, come si è detto, sulla questione è intervenuto direttamente il legislatore nazionale a dettare chiare disposizioni in ordine al momento di entrata in vigore nell'ordinamento della nuova disciplina, ferma restando, di conseguenza, la piena ed indiscussa vigenza, per i periodi antecedenti, dell'art. 49 D. Lgs. n. 163 del 2006. Anche il terzo mezzo d'impugnazione è infondato. Dalle considerazioni svolte in precedenza emerge con nettezza che le ragioni in base alle quali SOA Quadrifoglio non ha rilasciato l'attestazione SOA per la categoria OG 2 II classifica all'impresa ausiliaria Rocco Appalti, sono ragioni interne tra tale impresa e la società deputata al rilascio delle attestazioni SOA, e quindi, la mancanza del requisito è oggettivamente imputabile solo alla suddetta società. Pertanto, risultando non consentita, per le ragioni ampiamente esposte, la sostituzione dell'impresa ausiliaria, in base alla normativa a quel momento vigente, nemmeno detta sostituzione poteva avvenire ai sensi degli artt. 1218 e 2051 cod. civ., sulla base del richiamo contenuto nell'art. 2 L. n. 241 del 1990.

Anche gli ultimi due motivi di ricorso, con i quali è aggredito l'atto con cui l'Agenzia del Demanio avvisa di procedere all'escussione della polizza fideiussoria, sono infondati. Risultando pienamente legittimo il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, non sussiste alcuna illegittimità derivata che vizi l'atto di escussione; inoltre, essendo stata accertata l'oggettiva imputabilità alla concorrente e all'impresa ausiliaria per la mancanza del requisito oggetto di avvalimento e, quindi, dell'esclusione dalla gara, nemmeno detta argomentazione risulta atta a far venire meno la legittimità dell'atto di escussione.

Per le suesposte ragioni, il ricorso è respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano, tuttavia, in ragione della novità della principale questione esaminata e del carattere interpretativo della presente decisione, giusti motivi per disporre, tra le parti, l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere