

Requisiti di ammissione: prima e dopo l'aggiudicazione. L'ultimo intervento del TAR Calabria

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 14-3-2017

1. 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. La richiesta di nuova attestazione che comprenda una categoria già posseduta, comporta gli stessi effetti della verifica e del rinnovo consentendo di partecipare alle pubbliche gare senza soluzione di continuità (1).

2. Ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. g), D.lgs. 163/2006, il momento procedimentale in relazione al quale va accertato il possesso del requisito della regolarità fiscale 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 (2).

3. Il termine di dieci giorni previsto dall'art. 48 co. 2 del D.lgs. 163/2006 per la comprova dei requisiti nella fase successiva all'aggiudicazione, è perentorio, trattandosi di una fase procedimentale nella quale, sono evidenti le esigenze di celerità e speditezza, essendo gli adempimenti che la connotano (aggiudicazione, verifica, stipula del contratto) consequenziali tra loro e diretti alla esecuzione concreta dell'appalto (3).

1. Conformi: Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3270; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397.

2. Conformi: Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2017 n.184; Cons. St., Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 15; Cons. St., Ad. Plen. 15 e 20 del 2013;

3. Conformi: Cons. St., Ad. Plen. 25 febbraio 2014 n. 10.

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti riguardanti i requisiti di qualificazione, la regolarità fiscale e la verifica a campione.

L'oggetto del contendere è rappresentato dalla procedura di gara per l'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori edili ed impiantistici di realizzazione di una banca biologica multidisciplinare.

L'impresa ricorrente, risultata seconda classificata, ne censura la legittimità chiedendo l'esclusione dell'aggiudicataria oltre che la dichiarazione di inefficacia del contratto. L'impresa controinteressata propone ricorso incidentale contestando i requisiti di ammissione della ricorrente.

Il Tar esamina prioritariamente il ricorso incidentale che ha efficacia escludente, ritenendolo infondato.

Ad avviso dei giudici calabresi i requisiti di qualificazione devono sussistere non solo al momento della partecipazione ma anche per tutta la durata della gara, cosicché la richiesta di rinnovo o la nuova istanza di attestazione (comprendente quella già posseduta), consentono di partecipare all'appalto senza soluzione di continuità.

Con riguardo al ricorso principale, il Tar ritiene che il requisito di regolarità fiscale deve permanere per tutto lo svolgimento della gara, senza soluzione di continuità. Di conseguenza poiché la stazione appaltante accertava una violazione grave degli obblighi fiscali definitivamente accertata, la ditta aggiudicataria doveva essere esclusa.

Il Tar ritiene fondata anche la seconda censura qualificando come perentorio il termine di dieci giorni di cui all'art. 48, comma 2, Dlgs. 163/2006, trattandosi di una fase procedimentale connotata da evidenti esigenze di celerità e speditezza finalizzati alla concreta esecuzione dell'appalto.

Una "rinnovazione" del termine tale da oltrepassare di gran lunga la sua durata predeterminata legalmente appare sicuramente contraria anche ad una lettura non meramente formalistica della norma in esame.

Pertanto, il Tar annulla gli atti gravati ordinando alla stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente.

N. 00339/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00022/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 22 del 2017, proposto da:

Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Gualtieri, Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Gualtieri in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

nei confronti di

Graded Spa, in persona del legale rappresentante p.t. in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con la Interprogetti s.r.l., Sieme S.r.l., Biorep S.r.l., Itaca s.r.l., Assing s.p.a., arch. Filippo Celardo, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia n. 20

per l'annullamento:

con il ricorso principale: della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università Magna Graecia di Catanzaro del 7 dicembre 2016 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione di 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 dell'Università Magna Graecia di Catanzaro, nonché per la fornitura di hardware e software per la gestione della Biobanca:

con il ricorso incidentale, per la esclusione della ricorrente principale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Graded Spa e dell'Universita' degli Studi Magna

Graecia di Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n.27 del 4 marzo 2015 è stata indetta la procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione di 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 dell'Università Magna Graecia di Catanzaro, nonché per la fornitura di hardware e software per la gestione della Biobanca.

Il termine per la presentazione delle offerte è stato stabilito per il giorno 15 maggio 2015.

Alla gara hanno preso parte tre concorrenti, una delle quali, il costituendo RTI Air Liquide Sanità Service s.p.a., successivamente esclusa per mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali.

La gara è stata aggiudicata 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 spa, arch. Filippo Celardo quali mandanti, con delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università Magna Graecia prot. 1673 del 7 dicembre 2016, comunicato a mezzo pec il successivo 13 dicembre all'odierna ricorrente.

2. Con il ricorso principale, viene chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, per mancata esclusione della controinteressata oltre che la dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato.

3. A fondamento della domanda, la Luigi Alfieri Costruzioni s.r.l. deduce, in sintesi:

a) vizio di violazione dell'art 38 co. 2 lett. g) del D.Lgs. 163/2006: la mandante Interprogetti s.r.l. non era in possesso del requisito della regolarità fiscale al momento della presentazione dell'offerta, avendo ottenuto la rateizzazione del debito nei confronti dell'Agenzia dell'Entrate solo in data 11 ottobre 2016, ovvero nel corso dello svolgimento della gara;

b) vizio di violazione dell'art. 48 del D.lgs. 163/2006, non avendo l'aggiudicataria rispettato il

termine perentorio di 10 giorni per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa;

c) vizio di violazione dell'art. 42 del D.lgs. 163/2006 per la mancata dimostrazione del requisito tecnico di cui al punto 7.3 del disciplinare di gara *“presentazione dell'elenco delle principali forniture di hardware e software per la gestione di banche analoghe a quelle oggetto di gara, prestate nell'ultimo triennio, decorrente dalla data di pubblicazione del bando, di importo pari a superiore a 130.000,00 euro indicando per ciascuna fornitura le date i destinatari (pubblici e privati) e gli importi al netto di IVA”*;

d) vizio di eccesso di potere con riferimento al sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, per la mancata allegazione di giustificazioni entro il termine assegnato dalla stazione appaltante, la illegittima concessione di una che ha concesso una proroga dopo la sua scadenza e la inadeguatezza delle giustificazioni offerte, con particolare riferimento al costo del lavoro e ai preventivi di costo.

e) vizio di eccesso di potere per la mancata produzione di un doppio progetto in violazione dell'art. 11 punto 3 del disciplinare;

f) vizio di eccesso di potere nel corso dello svolgimento di tutta la gara, emergendo dalla stessa un costante *favor* per l'aggiudicataria.

4. In data 16 gennaio 2017, si è costituita l'Università degli Studi Magna Graecia a mezzo dell'avvocatura distrettuale dello Stato, e ha successivamente depositato la relazione difensiva predisposta dal responsabile del procedimento, concludendo per il rigetto del ricorso.

5. La controinteressata ha depositato, in data 24 gennaio 2017, ricorso incidentale, deducendo che la Luigi Alfieri Costruzioni s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa per i seguenti motivi:

a) vizio di violazione di legge, con riferimento agli artt. 40 e 48 del D.lgs. 163/2006 e degli artt. 76 e 77 del DPR 207/2010: la ricorrente, per il possesso della qualificazione della categoria prevalente OG 11, si è avvalsa ex art. 49 D.lgs. 163/2006 della Vierredil costruzioni di Vicari e Condello s.r.l., che però non risultava essere titolare di una attestazione SOA *“in corso di validità”* per tutto lo svolgimento della procedura di gara.

In particolare, al momento della presentazione dell'offerta, l'attestazione SOA rilasciata dalla Bentley SOA aveva infatti scadenza triennale al 14 ottobre 2015 (attestazione SOA 17872/AL/35/00; l'indicazione del diverso numero, 20179/AL/35/00 contenuta nel ricorso incidentale a pag. 5 è verosimilmente un refuso, avendo la ricorrente allegato la relativa documentazione); risulta poi essere stata rilasciata una nuova attestazione, recante la data 9 febbraio 2016 (attestazione 20179/AL/35/00) e da tale ricostruzione temporale la ricorrente incidentale desume una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti oggetto di qualificazione.

b) vizio di violazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, in relazione all'art. 263 DPR 207/2010: la ricorrente, in sede di verifica a campione, non ha dimostrato di essere in possesso dei

requisiti per la progettazione dei professionisti indicati, essendo “*diversi e numerosi certificati prodotti dai progettisti...mere attestazioni di soggetti privati, come tali inidonei a dimostrare il possesso del requisito*”. Nel ricorso incidentale – pagg. 10-12, cui si rinvia per esigenze di sinteticità- vengono indicati nominativamente i progettisti per i quali sarebbe stata riscontrata tale carenza istruttoria; l'amministrazione avrebbe dovuto pertanto acquisire “ulteriore documentazione” a comprova del requisito tecnico-professionale oggetto di esame.

6. Con ordinanza cautelare n. 42 del 27 gennaio 2017 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione. All'udienza pubblica del 22 febbraio 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione (in luogo della pubblicazione del dispositivo, richiesto dalle parti, si procede alla pubblicazione entro il termine ex art. 120 c. 9 della sentenza completa).

7. Avendo efficacia escludente, va esaminato con priorità il ricorso incidentale, che è infondato.

8. In relazione alla prima censura (indicata *supra* punto 5 lett. a), va richiamato, in primo luogo, 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), che 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 (cfr. ex multis, Corte Cost. 22 maggio 2013 n. 94).

Ne consegue, da un lato, 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 (e 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: cfr. artt. 76 e 77 DPR 207/2010); dall'altro, secondo un orientamento giurisprudenziale condiviso dal Tribunale, che 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3270; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397).

Nel caso concreto, la certificazione SOA di cui si controverte riguarda l'impresa ausiliaria, di cui la ricorrente si è avvalsa ex art. 49 D.Lgs. 163/2006 per la qualificazione inerente la categoria OG11 ed è emerso dagli atti che, al momento della partecipazione della gara, l'impresa era in possesso di una prima attestazione SOA, rilasciata dalla Bentley SOA in data 15 ottobre 2012 con scadenza triennale 14 ottobre 2015, e risulta essere titolare di una seconda attestazione SOA, per la medesima categoria, rilasciata dallo stesso organismo in data 9 febbraio 2016.

Tale ricostruzione in fatto è sufficiente ad escludere la fondatezza della censura della ricorrente incidentale, la quale è volta a contestare la legittimità dell'ammissione della ricorrente principale, sottoposta a verifica a campione ex art. 48 D.lsg. 163/2006.

Deve infatti osservarsi che tale verifica è stata effettuata per i soggetti sorteggiati (Alfieri Costruzioni s.r.l. capogruppo e Siad Healthcare, mandante) in data 14 ottobre 2015 (cfr. verbale di gara n. 5) e a quella data, anche in considerazione dei meccanismi di “ultravigenza” temporale previsti dagli artt. 76 e 77 DPR 207/2010, non vi potevano essere dubbi circa la validità dell’attestazione SOA allegata da parte ricorrente, tant’è che nessuna osservazione è stata sollevata in merito dai partecipanti controinteressati (alla seduta erano presenti, tra gli altri, due delegati della Graded s.p.a). Non essendo stata aggiudicata la gara alla ricorrente non vi era pertanto alcun onere da parte dell’amministrazione di verificare la permanenza dell’efficacia della attestazione o la sussistenza di una eventuale soluzione di continuità nel possesso dei requisiti certificati per il periodo successivo alla fase di ammissione.

9. Non è fondata, ai fini della richiesta esclusione, neanche la seconda censura sollevata con riferimento agli artt. 48 D.lgs. 163/2006 e 263 del DPR 207/2010 (sintetizzata al punto 5 lett.b): non vi è infatti la dimostrazione che i certificati oggetto di contestazione siano da ritenersi indispensabili ai fini dell’accertamento dei requisiti richiesti per la progettazione. Peraltro, dalla lettura dei verbali di gara 4 e 5, emerge che l’amministrazione ha invece correttamente richiesto i chiarimenti necessari alle amministrazioni coinvolte nei progetti allegati dalla partecipante e non vi è alcuna contestazione specifica dedotta dalla ricorrente incidentale circa i riscontri effettivamente ottenuti.

10. Il ricorso incidentale va pertanto rigettato.

11. Il ricorso principale è invece fondato. Come già indicato in sede cautelare (ordinanza Tar Catanzaro, 27 gennaio 2017, n. 42), sono condivisibili entrambe le prime due censure (riportata supra sub 3 lett. a e b), con conseguente assorbimento degli altri motivi di ricorso che sono stati espressamente dedotti in subordine (cfr. verbale camera di consiglio del 25 gennaio 2017).

12. Quanto alla violazione dell’art. 38 co. 1 lett. g), 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) D.lgs. 163/2016 (cfr. da ultimo) 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).

Dall’istruttoria documentale è emerso che, al momento della scadenza stabilita per la partecipazione fissata per il giorno 15 maggio 2015, a carico della mandante Interprogetti s.r.l. dell’ATI controinteressata sussisteva una “*violazione grave definitivamente accertata*” degli obblighi fiscali come attestata dall’Agenzia delle Entrate con nota 11709 del 16 novembre 2016, pari a 41.019,69 euro. Peraltro, solo in data successiva, la società inadempiente ha formalizzato un accordo di rateizzazione del proprio debito con Equitalia, essendo stata accolta la sua istanza dell’11 ottobre 2016 (che, a sua volta, è stata formulata dopo la scadenza per la presentazione delle offerte e dopo la mail del 30 settembre 2016 con cui la

stazione appaltante ha trasmesso alla controinteressata la nota dell'Agenzia delle Entrate sopra indicata).

All'esito della interlocuzione endoprocedimentale tra l'Università e l'amministrazione fiscale, l'Agenzia delle Entrate, Direzione provinciale di Napoli, ha infine trasmesso alla stazione appaltante la certificazione carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'anagrafe tributaria ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 attestando che "*alla data del 19 ottobre 2016*" non risultavano violazioni gravi già definitivamente accertate.

Alla luce delle risultanze documentali – peraltro confermate anche dalla relazione dell'amministrazione resistente prodotta in atti– deve pertanto ritenersi fondata la censura concernente la violazione dell'art. 38 co. 1 lett. g) del D.lgs. 163/2006, essendo incontestabile la riferibilità in capo alla impresa partecipante all'ATI della violazione tributaria al momento della presentazione dell'offerta.

13. E' condivisibile anche la seconda censura.

Come è noto, risulta oramai prevalente, e pienamente condivisibile alla luce della *ratio* della norma in questione, l'interpretazione più rigorosa diretta a qualificare come perentorio al termine di dieci giorni previsto dall'art. 48 co. 2 del D.lgs. 163/2006 per la comprova dei requisiti nella fase successiva all'aggiudicazione (cfr. sul punto, Cons. St., Ad. Plen. 25 febbraio 2014 n. 10), trattandosi di una fase procedimentale nella quale, come in quella preliminare della verifica a campione ex art. 48 co. 1, sono evidenti le esigenze di celerità e speditezza, essendo gli adempimenti che la connotano (aggiudicazione, verifica, stipula del contratto) consequenziali tra loro e diretti alla esecuzione concreta dell'appalto.

Nel caso di specie, il termine di dieci giorni non è stato complessivamente rispettato.

La richiesta dei documenti per la verifica in capo all'aggiudicataria è stata inoltrata in data 15 luglio 2016; la prima presentazione dei documenti è stata effettuata in data 26 luglio 2016; ma, avendo ritenuto insufficiente la documentazione con riguardo ai requisiti speciali concernenti la fornitura di hardware e software per la gestione della Biobanca, la stazione appaltante ha chiesto integrazioni in data 11 agosto 2016. E a tale sollecito, la controinteressata ha dato riscontro solo in data 9 settembre 2016, ovvero quasi un mese dopo dalla richiesta di integrazione.

Anche a voler contemperare le esigenze di accelerazione, sottese alla natura perentoria del termine di dieci giorni, con l'efficacia degli approfondimenti istruttori cui era finalizzata la richiesta di integrazione documentale, una "rinnovazione" del termine tale da oltrepassare di gran lunga la sua durata predeterminata legalmente appare sicuramente contraria anche ad una lettura non meramente formalistica della norma in esame.

14. L'accoglimento delle prime due censure comporta l'assorbimento delle altre, avendo parte ricorrente espressamente graduato l'ordine dei motivi.

15. In conclusione, il provvedimento di aggiudicazione va pertanto annullato, con l'obbligo

della amministrazione di procedere all'aggiudicazione in favore della ricorrente. Non risulta essere stato concluso in contratto, con conseguente rigetto della domanda di dichiarazione di inefficacia.

16. La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

Rigetta il ricorso incidentale;

Accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione di cui alla delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università Magra Graecia del 7 dicembre 2016

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore