

N. 02247/2012REG.PROV.COLL.
N. 07253/2011 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 7253 del 2011, proposto da:

Imet Sud Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Maria Bisceglia, con domicilio eletto presso Carmela Esposito in Roma, viale Isacco Newton 34;

contro

Ditta Coent di Nunziopaolo Tranchese, rappresentato e difeso dall'avv. Carmine Medici, con domicilio eletto presso in Roma, via Properzio, 37;

nei confronti di

Comune di Nola, Sepem S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03254/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA APPALTO AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE E MANUTENZIONE ORDINARIA IMPIANTI PUBBLICA ILLUMINAZIONE. M.C.P.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta Coent di Nunziopaolo Tranchese;

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 6 marzo 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vecchione su delega dell'avv. Roberto Maria Bisceglia e Carmine Medici;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nunziopaolo Tranchese, titolare della ditta individuale COENT, partecipava alla procedura aperta bandita dal Comune di Nola per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, del servizio di gestione e manutenzione ordinaria degli impianti di pubblica illuminazione, che culminava con l'aggiudicazione a favore della IMET sud s.r.l., avendo questa offerto un ribasso di 34,652 p.p., contro quello di 34,434 p.p. della ditta del suddetto Tranchese.

Quest'ultimo impugnava davanti al Tar Campania – Napoli l'aggiudicazione e gli atti della procedura, contestando l'ammissione in gara della SEPEM s.r.l., la cui offerta avrebbe falsato il calcolo della soglia di anomalia, risultata pari a 34,684 p.p., invece che 34,495 p.p., se, come dedotto dalla ditta ricorrente, la suddetta SEPEM fosse stata legittimamente esclusa.

Quindi proponeva motivi aggiunti con i quali instava per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, nonché per il risarcimento dei danni.

Disposti incumbenti istruttori a carico della SOA Consult - società organismo di attestazione, nel contraddittorio con l'aggiudicataria e l'amministrazione comunale, il Tar adito accoglieva il ricorso ed i motivi aggiunti, annullando gli atti impugnati e dichiarando l'inefficacia del

contratto *medio tempore* stipulato. Respingeva invece la domanda risarcitoria ritenendo integralmente soddisfatta delle ragioni del ricorrente la riattivazione della procedura di affidamento.

Appella la sentenza la IMET sud s.r.l., chiedendone la riforma ed il conseguente rigetto dell'impugnativa di primo grado.

Con la propria costituzione in resistenza la ditta COENT chiede la conferma della sentenza appellata e ripropone i motivi di ricorso non esaminati in primo grado.

Disposta la sospensione dell'esecutività della sentenza, all'udienza del 6/3/2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con un primo motivo l'appellante rileva che l'attestazione della SEPEM aveva in realtà validità quinquennale, come del resto dallo stesso Tar accertato, e, inoltre, che quest'ultimo avrebbe falsamente applicato gli artt. 15 e 15-*bis* d.pr. n. 34/00, trascurando di considerare che la cessazione di efficacia dell'attestazione di qualificazione è riconnessa dalle citate disposizioni al negativo esito della verifica, mentre nel caso di specie il rinnovo dell'attestazione richiesta si era positivamente concluso.

Con due ulteriori motivi la società appellante evidenzia, da un lato, che il bando di gara non richiedeva che i concorrenti fossero in possesso di attestazione SOA in corso di validità ed assume, dall'altro lato che in ogni caso i requisiti di qualificazione, in quanto concernenti l'ammissione delle offerte, rilevano esclusivamente in sede di presentazione di queste ultime.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro intima connessione, non sono fondati.

In fatto, ed in particolare all'esito degli incumbenti istruttori disposti in primo grado, è stato accertato che la SEPEM non aveva chiesto tempestivamente la revisione triennale dell'attestazione SOA posseduta (rilasciata in data 24/11/2006, avente validità quinquennale, con obbligo di

verifica triennale entro il 23/11/2009), ma aveva invece presentato, in data 9/10/2009, istanza per il rinnovo della certificazione, poi rilasciata in data 14/12/2009.

Il Tar ha quindi ritenuto che nel periodo dalla richiesta di rinnovo al rilascio della nuova attestazione la suddetta società fosse priva di valida attestazione, non avendo questa rispettato il termine di 60 giorni prima della scadenza del termine per sottoporsi a verifica triennale, stabilito dagli artt. 15 e 15-*bis* d.p.r. n. 34/00, e che conseguentemente non potesse legittimamente essere ammessa alla gara oggetto dell'impugnativa.

L'applicazione delle citate disposizioni regolamentari fatta nel caso di specie dal Tar è conforme alla più recente giurisprudenza di questa Sezione, cui si intende ora dare continuità.

Con la sentenza n. 4477/10, citata dal primo giudice, si è infatti affermato il principio di diritto secondo cui l'ininterrotta efficacia della certificazione SOA per tutto il periodo quinquennale di validità, previsto dal comma 5 dell'art. 15, postula la tempestiva richiesta di verifica triennale, secondo quanto prescritto dal comma 1 dell'art. 15-*bis*. Nel citato precedente si è anche precisato che ai fini della suddetta efficacia della certificazione senza soluzione di continuità non è sufficiente il mero esito positivo della verifica triennale, occorrendo che il procedimento di revisione si concluda entro la scadenza triennale di iniziale validità.

Nella precedente pronuncia n. 3878/09 si era stabilito invece che l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo la suddetta scadenza ma, in tal caso, 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.

Inoltre, secondo l'incontrastata interpretazione dell'art. 40 d.lgs. n 163/06 i requisiti di qualificazione SOA devono sussistere non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma permanere anche in ogni successiva fase

del procedimento ad evidenza pubblica, a tutela dell'affidamento della stazione appaltante sulla capacità tecnico-organizzativa dei partecipanti alle procedure di affidamento di contratti e di parità di trattamento tra questi ultimi.

Tanto precisato, nel caso di specie il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato al 23/11/2009; quindi la gara è stata celebrata il giorno successivo e si è conclusa il 14/12/2009 con l'aggiudicazione provvisoria; il 24/11/2009 è anche il giorno in cui è scaduto il triennio di validità dell'attestazione SOA della SEPTEM, che dunque avrebbe dovuto essere esclusa. Come condivisibilmente osservato dal Tar, la richiesta di rinnovo è cosa diversa dalla verifica triennale e non è idonea, anche alla luce dei citati precedenti di questa Sezione, ad assicurare il periodo di validità quinquennale della SOA, che invece è subordinato alla tempestiva richiesta della verifica triennale.

Con ulteriore motivo di appello si deduce l'erroneità della sentenza per non avere rilevato la tardività dei motivi aggiunti proposti dalla ricorrente avverso la stipulazione del contratto.

Il Collegio reputa che il Tar abbia correttamente escluso che la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto abbia natura impugnatoria e che sia pertanto assoggettata al termine decadenziale di 60 giorni valevole per l'azione di impugnazione ex art. 29 c.p.a.

A ben guardare, da una lettura combinata degli artt. 121 – 123 c.p.a., oltre che delle pertinenti disposizioni della direttiva “ricorsi” 2007/66/CE, di cui le citate disposizioni costituiscono attuazione nell'ordinamento giuridico interno, si può arguire come la dichiarazione di inefficacia del contratto si attinga a strumento sanzionatorio a disposizione del giudice competente a decidere sulle procedure di affidamento di contratti pubblici in caso di accertate illegittimità consumatesi nella fase ad evidenza pubblica e che pertanto, tale pronuncia rientri nei poteri officiosi del giudice medesimo,

sempreché, in ossequio al principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c., sia stata proposta la domanda di subentro nel rapporto contrattuale.

Ne consegue che è inconferente invocare il rispetto del termine decadenziale per proporre una simile domanda, dovendo lo stesso essere rispettato unicamente per quanto concerne l'impugnativa avverso gli atti della fase procedimentale pubblicistica finalizzata alla scelta del contraente, e dunque sino all'aggiudicazione definitiva, venendo in rilievo veri e propri atti amministrativi.

Con l'ultimo motivo di appello, si assume la falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a., per avere il Tar dichiarato l'inefficacia del contratto senza avere previamente fatto applicazione dei criteri previsti da tale disposizione, ed in particolare senza avere tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto, stipulato nel settembre 2010, e del fatto che in conseguenza dell'annullamento degli atti impugnati la gara avrebbe dovuto essere ripetuta.

Quest'ultimo rilievo va agevolmente disatteso.

L'annullamento dell'aggiudicazione a favore dell'odierna appellante è stato determinato dal primo giudice esclusivamente per effetto del ricalcolo della soglia di anomalia in conseguenza dell'esclusione della SEPTEM. In particolare, sulla base delle deduzioni della ditta ricorrente in primo grado, il ribasso offerto dalla medesima appellante, pari a 34,652 p.p., è risultato superiore a quello rideterminato per effetto della suddetta esclusione, in quanto pari a 34,495.

Di ciò non rimane che prendere atto, visto che nell'atto di appello non è stata formulata alcuna censura sullo specifico punto.

Ed allora, risulta evidente come dalla statuizione di annullamento dell'aggiudicazione non discenda alcun obbligo di rinnovare l'intera procedura di affidamento, ostativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a., non essendo stato ravvisato alcun vizio in grado

di travolgerla nel suo complesso.

Venendo al secondo profilo del mezzo di gravame, si può in effetti convenire con l'appellante circa il fatto che nella sentenza non siano esplicitati i criteri, previsti dalla disposizione da ultimo citata, in forza dei quali è stata dichiarata l'inefficacia *de quo*.

Peraltro, deve ritenersi che con ciò il Tar abbia implicitamente inteso fare proprie le deduzioni e le domande articolate dalla ricorrente in primo grado con il ricorso per motivi aggiunti notificato il 22/3/2011.

In esso si è espressamente chiesto il subentro nel contratto e si è evidenziato che la stipulazione a favore di controparte era avvenuta il precedente 1/9/2010 a fronte di una durata biennale del contratto medesimo.

Alla luce di tali circostanze la censura in esame non coglie nel segno, posto che la sentenza di primo grado è stata deliberata il 25/5/2011 e che, oltretutto, nell'illustrazione del motivo non sono adeguatamente esplicitate ragioni di interesse pubblico impeditive del subentro a favore della ditta ricorrente in primo grado.

L'appello va dunque respinto.

Le spese possono essere integralmente compensate in ragione della natura delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2012

IL SEGRETARIO

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