

N. 00642/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01054/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1054 del 2010, proposto da:

Promelit S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Enrichens, Bruno Santamaria, con domicilio eletto presso Vincenzo Enrichens in Torino, via Morghen, 28;

contro

Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40; Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Fondiarria - Sai S.p.A., O.T.T. Service S.r.l.;

per l'annullamento

- della determinazione prot. 28411 a data 2.7.2010, ma ricevuta solo successivamente, con la quale il Responsabile del Procedimento

dell'Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo ha comunicato l'avvenuta esclusione dalla gara indetta per l'Appalto di Lavori di manutenzione e ristrutturazione degli impianti di rilevazione incendi, reti di trasmissione dati e simili (C.I.G. 0486746B7E)";

- dei verbali di gara delle sedute del 30.6.2010 e del 1.7.2010, e dei relativi provvedimenti assunti dalla Commissione Giudicatrice, non noti;

- della deliberazione n. 610 del 9.7.2010, con la quale il Direttore Generale dell'A.O. S. Croce e Carle di Cuneo, preso atto dei verbali delle sedute del 30.6.2010 e del 1.7.2010, ha escluso dal procedimento di gara l'odierna ricorrente e autorizzato il Responsabile del Procedimento a comunicare l'esclusione all'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici;

- della nota prot. 29819 a data 13.7.2010, con la quale la Responsabile della S.C. tecnico dell'azienda Ospedaliera ing. Arneodo, ha comunicato all'odierna ricorrente l'avvenuta segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nonché del relativo provvedimento di segnalazione, non noto;

- della nota prot. 29775 a data 13.7.2010, con la quale la Responsabile della S.C. tecnico dell'azienda Ospedaliera ha escusso la cauzione provvisoria prestata dall'odierna ricorrente;

- della inerzia serbata dalla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 243 bis, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. 163/2006

nonché

se ed in quanto occorrer possa,

- della deliberazione n. 726 del 13.8.2010, di aggiudicazione definitiva dell'appalto;

- della nota prot. 33899 a data 17.8.2010, di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;

nonché

per la condanna

dell'Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo al risarcimento del danno ingiusto procurato alla odierna ricorrente, da determinarsi nel prosieguo del presente gravame, anche in via equitativa, determinato dall'illegittima esclusione dalla gara, dall'illegittima escussione della cauzione provvisoria, nonché per l'illegittima comunicazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo e di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

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 17 maggio 2012 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) La ricorrente Promelit s.p.a. ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione e ristrutturazione degli impianti di rilevazione incendi, reti di trasmissione dati e simili, indetta dall'Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo con deliberazione del Direttore Generale n. 359 del 21 aprile 2010.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 28 giugno 2010 (punto IV.3.2 bando di gara).

Nella seduta pubblica del 30 giugno 2010 la Commissione giudicatrice prendeva atto che la Promelit s.p.a. aveva presentato copia dell'attestazione s.o.a. con scadenza di validità quinquennale alla data del 29 giugno 2010.

Con nota del 30 giugno 2010 il responsabile del procedimento chiedeva a Promelit di trasmettere entro il termine del 1° luglio 2010 – fissato dal bando di gara per la seduta pubblica di apertura delle offerte economiche – copia dell’attestazione s.o.a. in corso di validità alla medesima data, pena l’esclusione dalla gara.

Con nota del 1° luglio 2010 la Promelit precisava: “.. al momento non è disponibile la nuova attestazione S.o.a. in quanto siamo in fase di rinnovo e verifica dei certificati di idoneità tecnica come da contratto s.o.a. allegato e successiva comunicazione” (cfr. il contratto di rinnovo della qualificazione s.o.a. stipulato in data 3 maggio 2010 - doc. 11 fasc. ricorr.).

La stazione appaltante, con la nota del 2 luglio 2010, comunicava alla ricorrente la non ammissione al prosieguo della gara, e, in merito a quanto esposto da controparte con nota del 30 giugno 2010, precisava che il requisito della qualificazione, risultante dall’attestazione s.o.a. in corso di validità, “deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara, e, in caso l’impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell’appalto” (parere A.V.C.P. n. 88/2007).

Contestualmente, la stazione appaltante comunicava la possibilità dell’eventuale applicazione dell’art. 48 del d.lgs. 163/2006 in merito all’escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (doc.1 fasc. ricorr.).

Con deliberazione n. 610 del 9 luglio 2010 il Direttore Generale, visti i verbali n. 1 del 30 giugno 2010 e n. 2 del 01 luglio 2010 e richiamato il parere dell’A.V.C.P. n. 88/2007, escludeva dal procedimento di gara l’odierna ricorrente e autorizzava il responsabile del procedimento a comunicare l’esclusione all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Infine, con due distinte note in data 13 luglio 2010, la stazione appaltante chiedeva alla Fondiaria – Sai, ossia alla Società assicuratrice che aveva

costituito la relativa polizza, il pagamento della somma di € 3.000, pari alla cauzione provvisoria, e comunicava a Promelit di aver provveduto alla segnalazione all'Autorità.

La nuova attestazione s.o.a. è stata rilasciata alla ricorrente in data 02 agosto 2010, prima della chiusura della gara del 13 agosto 2010 (cfr. doc. 10 e 5 fasc.ricorr.).

2) Con il ricorso giurisdizionale in trattazione, la Promelit s.p.a. contesta la legittimità degli atti suindicati, deducendo il seguente articolato motivo di gravame: violazione di legge, con riferimento agli artt. 6, comma 11, 46, 48, 243 bis del d.lgs. n. 163/2006 e 43 della direttiva 2004/18. Violazione dei principi di buona fede e di correttezza procedimentale. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e ingiustizia manifesta. Violazione di legge, con riferimento all'art. 6 della legge n. 241/1990.

La ricorrente chiede anche che l'intimata Amministrazione sia condannata al risarcimento dei danni, ed in particolare al danno emergente derivante dalle spese di difesa affrontate nel corso del procedimento amministrativo instaurato innanzi all'Autorità di Vigilanza.

3) Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle di Cuneo, argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso.

Si è costituita anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, stante la mancata impugnazione di atti alla stessa riferibili.

4) Va dato atto che con provvedimento in data 06.06.2011 l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha disposto l'archiviazione del procedimento avviato a carico dell'odierna ricorrente, ritenendo che "la fattispecie segnalata non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 48 d.lgs. 163/2006" (doc.19 fasc.ricorr.).

5) Con riferimento alla posizione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, appare fondata l'eccezione preliminare di difetto di legittimazione

passiva, stante la mancata impugnazione di atti alla parte medesima riferibili.

6) Con riguardo alle domande svolte in ricorso, sebbene l'interesse di parte ricorrente si accenti chiaramente sulla caducazione delle sanzioni accessorie (escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di vigilanza), l'impugnazione coinvolge formalmente anche il provvedimento di esclusione dalla gara, motivato con riferimento al mancato possesso dell'attestazione s.o.a. in corso di validità per tutta la durata del procedimento di gara.

Sotto questo profilo il ricorso è infondato.

L'art. 15 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della L. 11 febbraio 1994, n. 109) prescrive al quinto comma che “la durata dell'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 15-bis... Almeno tre mesi prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata”.

In termini analoghi, l'art. 15-bis (Verifica triennale) dispone che “almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale, l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione”.

L'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, con Determinazione 21 aprile 2004 n. 6, ha statuito che “la disposizione prevista dall'art. 15 bis del DPR n. 34/2000 .. in ordine al fatto che le imprese debbano sottoporsi alla verifica dell'attestazione non è perentoria, e, pertanto, 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”.

Tale opzione ermeneutica, condivisa dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2010, n. 114; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 23 giugno 2008 n. 1536; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 28 luglio 2008, n. 1100; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 6 novembre 2008, n. 284) è stata peraltro ribadita anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'impresa può partecipare alle gare 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, precisando all'uopo che la società partecipante può prendere parte 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” (cfr. Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2009 n. 3878).

Nel caso in esame Promelit ha chiesto il rinnovo della SOA, che aveva scadenza quinquennale al 29 giugno 2010, senza rispettare il termine minimo antecedente la scadenza, avendo presentato la propria istanza di rinnovo soltanto il 3 maggio 2010.

Pertanto, poiché il rinnovo non è stato richiesto nel termine prescritto dall'art. 15 D.P.R. 34/2000 ed è stato rilasciato dopo la scadenza del termine quinquennale di validità, l'efficacia della nuova attestazione ha avuto inizio dalla data di ricezione della relativa comunicazione, che non può essere antecedente al 2 agosto 2010, data di rilascio della nuova attestazione s.o.a..

Ne consegue che la Promelit non è risultata in possesso di un'attestazione in corso di validità triennale né alla data del 30 giugno 2010 (seduta pubblica di verifica della documentazione amministrativa), né alla data del 1

luglio 2010, data di apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

7) Non pare sostenibile, d'altra parte, che la *lex specialis* di gara intendesse richiedere unicamente la validità dell'attestazione s.o.a. all'atto della presentazione dell'offerta, e cioè alla data del 28 giugno 2010, senza sanzionare espressamente con l'esclusione il mancato possesso dell'attestazione nelle successive fasi di gara (cfr. disciplinare pag. 7 – doc. 8 fasc. ricorr).

Ed invero, all'art. 2 del bando di gara si prevede che il plico contenente la documentazione amministrativa e la busta dell'offerta economica deve contenere “l'attestazione di qualificazione .. rilasciata da società di attestazione (s.o.a.) di cui al D.P.R. 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti il possesso della qualificazioni in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere”.

La *lex specialis* richiama quindi il D.P.R. 34/2000, secondo cui, come si è visto, la validità quinquennale dell'attestazione s.o.a. e la continuità della sua efficacia sono condizionate all'esito positivo del rinnovo e all'osservanza di specifici termini anticipati rispetto alla scadenza, che, nel caso di specie, non sono stati osservati.

Pertanto, essendosi determinata una soluzione di continuità nella validità ed efficacia dell'attestazione s.o.a. nel periodo intercorrente tra la scadenza (29 giugno 2010) ed il rilascio della nuova attestazione (2 agosto 2010), legittimamente la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

Pertanto, l'impugnazione dell'atto di esclusione dalla gara non può trovare accoglimento.

8) Con riferimento all'impugnazione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici dell'esclusione dalla gara della ricorrente, il ricorso risulta inammissibile, trattandosi di atto non immediatamente lesivo e non autonomamente impugnabile, in quanto meramente

endoprocedimentale e prodromico all'eventuale provvedimento che l'Autorità di Vigilanza, al termine dello specifico procedimento in contraddittorio dalla stessa previsto e regolamentato, vada ad adottare ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006. Tale futuro provvedimento lesivo non si pone, infatti, come conseguenza inevitabile della mera segnalazione, costituendo esplicazione di un potere discrezionale e procedimentalizzato dell'Autorità di Vigilanza.

Difetta quindi l'interesse all'impugnazione dell'atto di segnalazione all'Autorità di Vigilanza, non presentando tale comunicazione alcuna immediata lesività per la parte ricorrente (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 33; Cons. Stato, VI, 5 luglio 2010, n. 4243, T.A.R. Toscana, sez. I, 06 aprile 2011, n. 606, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 18 marzo 2011, n. 504).

9) Con riferimento, infine, all'impugnazione dell'atto di riscossione della cauzione, nel contesto dell'unico motivo di ricorso l'esponente denuncia l'illegittimità della sanzione accessoria a fronte del carattere asseritamente non grave della violazione commessa.

Sostiene, inoltre, che l'attestazione s.o.a., secondo le indicazioni del bando, doveva essere posseduta dal concorrente solo al momento di presentazione della domanda di partecipazione e di formulazione dell'offerta.

L'Amministrazione resistente contesta gli assunti di controparte, evidenziando la natura delle sanzioni quali atti meramente esecutivi del provvedimento di esclusione dalla gara, e ciò sulla base della tenore letterale dell'art. 48, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006.

Si tratta di accertare, pertanto, se le misure di cui si controverte rappresentino la conseguenza necessitata dell'accertamento del mancato possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, come sostiene l'Amministrazione resistente, ovvero se, fermo restando il carattere normalmente vincolato delle relative determinazioni, residuino spazi

discrezionali in capo alla stazione appaltante per escluderne l'applicazione in casi particolari.

10) Va dato atto, preliminarmente, che nel caso di specie le sanzioni accessorie non sono state applicate contestualmente all'esclusione dalla gara, ma, come testimoniato dalla riserva apposta al provvedimento di esclusione (“è fatta salva l'eventuale applicazione dell'art. 48...”), sono scaturite dal successivo esercizio di poteri valutativi e discrezionali dell'amministrazione, concretizzatisi nell'adozione della deliberazione n. 610 del 9 luglio 2010, con cui il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera, tra l'altro, ha autorizzato il responsabile del procedimento a segnalare i fatti all'Autorità di vigilanza.

11) Con le pronunce n. 2721 del 2010 e n. 158 del 2011, questo Tribunale ha esaminato la questione, pervenendo ad una lettura mitigata dell'art. 48 .

Il primo precedente riguardava il caso di un'impresa esclusa da una gara d'appalto perché, a seguito del sorteggio, non era stata in grado di comprovare il possesso del requisito di capacità economica dichiarato con la domanda di partecipazione (fatturato realizzato nel triennio antecedente).

In quel caso, la Sezione ha accertato l'illegittimità delle sanzioni accessorie applicate dall'amministrazione, in considerazione della buona fede della ricorrente, la quale aveva dichiarato di possedere un requisito che successivamente era risultato carente, ma a detta dichiarazione era stata indotta da un accertato errore interpretativo di una clausola della *lex specialis*.

Il secondo precedente, relativo alla medesima procedura di gara per cui è causa, atteneva al caso di un'impresa che non aveva allegato alla domanda di partecipazione l'attestazione s.o.a. in corso di validità, come prescritto dal bando, bensì un'attestazione scaduta il 13 giugno 2010.

La stazione appaltante, con la nota di trasmissione del 2 luglio 2010, aveva dato atto che la ricorrente aveva provveduto a trasmettere l'attestazione

s.o.a. rilasciata il precedente 30 giugno, ma riteneva che tale adempimento non rimediasse alla carenza sussistente al momento della scadenza per la presentazione delle offerte (28 giugno 2010).

In quel caso, il Collegio ha evidenziato come, a fronte della scadenza al 13 giugno 2010, fin dal 24 marzo 2010 la concorrente avesse richiesto il rinnovo alla società di attestazione, la quale aveva poi rilasciato il nuovo certificato con validità dal 30 giugno 2010 (quindi appena due giorni dopo il termine per la presentazione delle offerte).

Il Collegio aveva poi rilevato l'assoluta buona fede dell'impresa, comprovata dal fatto che la stessa aveva allegato alla domanda di partecipazione alla gara sia l'attestazione scaduta (seppure da pochissimi giorni), sia una lettera con cui la società di attestazione comunicava di aver ricevuto l'incarico per il rinnovo e che era in corso la verifica dei requisiti. Aveva infine sottolineato come la nuova attestazione fosse stata trasmessa alla stazione appaltante in data 1° luglio 2010, ossia il giorno immediatamente successivo al suo rilascio.

Nel medesimo precedente, il Collegio aveva richiamato i principi espressi dal Consiglio di Stato con la decisione n. 6101 del 9 dicembre 2008, relativa ad un caso di esclusione dalla gara d'appalto e di incameramento della cauzione provvisoria disposte nei confronti di un'impresa che non era risultata in possesso della prescritta certificazione del sistema di qualità (attestazione s.o.a.), di cui pure aveva già fatto richiesta all'organismo di attestazione.

Con tale pronuncia, il giudice d'appello ha affermato il principio per cui la disposizione inerente l'applicazione delle sanzioni accessorie all'esclusione dalla gara (il riferimento normativo, all'epoca dei fatti, era rappresentato dall'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109 del 1994) va interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve, escludendone l'applicazione laddove la

dichiarazione non risulti corretta soltanto per un elemento temporale, essendo l'impresa risultata comunque in possesso del requisito, sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando.

12) Venendo al caso in esame si osserva che la ricorrente, in risposta alla nota del 30 giugno 2010 del responsabile del procedimento, con comunicazione del 1° luglio 2010 ha precisato che la nuova attestazione s.o.a. era in fase di rinnovo e ha allegato il contratto s.o.a. stipulato in data 3 maggio 2010.

La nuova attestazione s.o.a. è stata rilasciata in data 02 agosto 2010, prima della chiusura della gara, avvenuta il 13 agosto 2010 (cfr. doc. 5 e 10 fasc.ricorr.).

La concorrente ha quindi documentato la richiesta di rinnovo del requisito dichiarato, del quale era in possesso alla data di presentazione della domanda di partecipazione e al momento della formulazione dell'offerta, e che ha nuovamente conseguito prima della chiusura della gara.

Pertanto, pur essendosi verificata una discontinuità nell'efficacia dell'attestazione s.o.a. durante il corso della gara, tale da giustificare l'esclusione dell'impresa, non pare essersi integrato il presupposto della "mancanza" del requisito di qualificazione, ovvero della sua falsa attestazione, al quale consegue l'applicazione della sanzione accessoria: la lacuna temporale registrata durante la fase di rinnovo dell'attestazione pare configurare, infatti, una ipotesi diversa da quella della mancanza del requisito o della sua falsa attestazione, alla quale fa riferimento l'art. 48.

La considerazione del complesso di specifiche circostanze riscontrate nel caso in esame vale a fondare la dichiarazione di illegittimità della sanzione accessoria applicata dall'amministrazione, giustificata dal fatto che l'impresa era sostanzialmente in possesso del requisito dichiarato con la domanda di partecipazione e ha dato diligentemente atto della procedura di rinnovo dell'attestazione, avviata in epoca antecedente l'inizio della gara.

Pertanto, il ricorso va in parte accolto, con conseguente annullamento dell'atto di escussione della cauzione provvisoria.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile nella parte relativa all'impugnazione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici; per le rimanenti domande in parte lo accoglie, come da motivazione, e per l'effetto annulla l'atto di escussione della cauzione provvisoria; respinge le ulteriori domande.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2012

IL SEGRETARIO

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

