

N. 00027/2012REG.PROV.COLL.

N. 00021/2012 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 di A.P. del 2012, proposto dalla s.r.l. Impresa Pezzella Raffaele Costruzioni Edili Stradali e dalla s.r.l. Co.e.pa., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Abbamonte, presso il quale sono elettivamente domiciliati in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario di Governo per l'emergenza socio economico ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Someca s.r.l., Inca costruzioni s.r.l., non costituiti nel presente grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 626/2010, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Commissario di Governo per l'emergenza socio economico ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2012 il consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Abbamonte e l'avvocato dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissario delegato, ai sensi dell'O.P.C.M. n. 3270 del 2003, per l'emergenza ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno (d'ora in avanti Commissario delegato) – ha bandito, con atto del 1° agosto 2005, una gara per pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di completamento della rete fognaria del Comune di San Valentino Torio (SA) per l'importo complessivo di euro 5.147.789,73 oltre IVA.

L'art. 11 del bando di gara ha previsto quale requisito di partecipazione l'«attestazione SOA, per la categoria OG6 classifica V (prevalente), rilasciata da società autorizzata ai sensi del d.P.R. n. 34 del 2000, in corso di validità».

2. La costituenda Ati tra Impresa Pezzella Raffaele Costruzioni Edili Stradali (capogruppo) e Co.e.pa. s.r.l. (mandante), ha partecipato alla procedura.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – S.I.I.T. Campania Molise Settore infrastrutture Napoli, autorizzato dal Commissario delegato ad esperire l'asta pubblica, con nota del 17 ottobre 2005, n. 782, ha comunicato alla detta Ati l'esclusione dalla gara, in quanto l'attestazione degli organismi di diritto privato preposti (attestazione SOA) «presentata in copia dall'impresa mandante, risulta scaduta al 14 marzo 2005».

3. Le citate società in costituenda Ati (d'ora in avanti "ricorrenti"), con il ricorso n. 1059 del 2009 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, hanno chiesto: l'annullamento della detta esclusione e dell'aggiudicazione della gara all'Ati Someca s.r.l. – INCA Costruzioni s.r.l.; il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione dell'appalto quanto alla perdita di chance, alle spese inutilmente sostenute, al mancato utile ragguagliati ai sensi dell'art. 345 della legge n. 2248 del 1865 e della legge n. 741 del 1981, nella misura del 10% del valore dell'appalto.

4. Con il ricorso sono stati proposti tre motivi, relativi: alla scadenza dell'attestazione SOA; all'omissione della richiesta di chiarimenti e della verifica in concreto del possesso dei requisiti; alla sussistenza di una causa di esclusione delle imprese aggiudicatrici.

Con il primo motivo è stato in particolare dedotto che la predetta attestazione SOA non poteva considerarsi scaduta in quanto l'art. 15, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), come sostituito dall'art. 1 del d.P.R. n. 93 del 2004, prevede la proroga ex lege sino a cinque anni della validità «delle attestazioni già rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 1° agosto 2002, n. 166». La data di scadenza era pertanto da individuare al 14 marzo 2007 e non al 14 marzo 2005 come invece ritenuto dalla stazione appaltante.

5. Il giudice adito, con la sentenza n. 626 del 2010, ha respinto il ricorso.

Nella sentenza, valutato come verosimile, alla luce della motivazione del provvedimento di esclusione, che questa sia stata determinata anche perché la presentazione dell'attestazione SOA era stata fatta da parte della sola mandante e non in copia autenticata, si afferma che, pur se si ritenga quale unico motivo la presentazione di un'attestazione SOA già scaduta, le relative censure risultano infondate poiché «l'art. 15, comma 5, d.P.R. n. 34/2000, come sostituito dall'art. 1 del d.P.R. n. 93/2004, stabilisce 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'art. 15-bis. La persistenza della validità dell'attestazione di qualificazione per cinque anni, pertanto, è subordinata all'effettuazione della verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 17 dello stesso d.P.R. n. 34/2000, e di capacità strutturale» (si citano Tar Trentino Alto Adige, 6 novembre 2008, n. 284; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 28 luglio 2008, n. 1100; Tar Sardegna, sez. I, 1 novembre 2007, n. 2047; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 10 aprile 2006, n. 539). Ne consegue che «dovendo essere attribuita valenza costitutiva alla verifica, qualora l'impresa, alla scadenza del triennio, non si sottoponga al prescritto controllo, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla predetta scadenza fino all'effettuazione della verifica con esito positivo. In sostanza, nel periodo non coperto dalla verifica, il concorrente non può ritenersi in possesso dei necessari requisiti di qualificazione».

Nella sentenza è poi respinto il secondo motivo di ricorso in ragione della impossibilità di integrare la documentazione di gara se, come nella specie, manchi un documento la cui presentazione sia

espressamente prevista a pena di esclusione dalla legge di gara, ed è dichiarato inammissibile il terzo, per carenza di interesse alla censura da parte delle ricorrenti poiché dal suo accoglimento non conseguirebbero alcuna utilità in quanto legittimamente escluse dalla gara.

6. Con l'appello n. 4443 del 2010 le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, deducendo in sintesi, quanto al rigetto del primo motivo di ricorso, che il primo giudice avrebbe errato per aver ritenuto l'inapplicabilità della proroga delle attestazioni rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 1° agosto 2002, n. 166, in mancanza della verifica triennale, mentre ciò non è sancito nella normativa recante la proroga.

Si deduce che la sentenza è altresì errata per avere respinto il secondo motivo di ricorso, sulla illegittimità dell'esclusione automatica delle ricorrenti dalla gara poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti e verificare la concreta sussistenza dei requisiti, avendo peraltro le ricorrenti prodotto nel giudizio di prime cure attestazione di qualificazione del 15 marzo 2002 "che all'esito della verifica triennale reca la scadenza di validità quinquennale 14/03/2007". Si ripropongono poi il terzo motivo di censura della procedura di gara, per l'invalidità dell'aggiudicazione disposta a favore di imprese in situazione di collegamento sostanziale con altra impresa partecipante, e, infine, la domanda di risarcimento dei danni.

7. La Sesta Sezione, con ordinanza 5 aprile 2012, n. 2025, ha rimesso la decisione del ricorso all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, primo comma, del Codice del processo amministrativo, avendo rilevato che l'esclusione di cui si tratta è stata disposta per il solo motivo della presentazione di una attestazione SOA ritenuta scaduta, per cui il thema decidendum consiste nella esatta interpretazione della normativa che disciplina l'efficacia temporale delle attestazioni SOA, e che sulla questione esistono posizioni divergenti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

8. Nell'ordinanza di remissione è anzitutto ricostruito il quadro normativo di riferimento dal quale emerge la distinzione tra un sistema a regime e un sistema transitorio: il primo è relativo alle attestazioni rilasciate dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, per le quali la durata è stata predeterminata in cinque anni con verifica triennale; il secondo prevede che «la efficacia delle attestazioni già rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 1° agosto 2002, n. 166, è prorogata a cinque anni», trovando giustificazione la valenza retroattiva della norma nel fatto che è stata la legge n. 166 del 2002 ad avere modificato, sia pure con disposizioni non dotate di efficacia immediata, la durata delle attestazioni introducendo la verifica triennale.

9. Nell'ordinanza di remissione si rileva che nella giurisprudenza di questo Consiglio, riguardo alla valenza della verifica triennale, si registrano due orientamenti contrastanti.

9.1. La sentenza della Sezione IV, 20 settembre 2005, n. 4817 (condivisa dal C.G.A.R.S. con la sentenza 8 gennaio 2008, n. 1), ha affermato, per un caso rientrante nell'ambito di applicazione del sistema transitorio, ma con principi riferibili a fortiori anche al sistema a regime, che la inapplicabilità, in mancanza della verifica triennale, della proroga delle attestazioni SOA «già rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 10 agosto 2002, n.166», non risulta «sancita da alcuna previsione e che quella della perdita di efficacia delle attestazioni già rilasciate viene espressamente ricondotta alla sola evenienza dell'esito negativo del controllo». Ne consegue che «all'omissione dell'adempimento della verifica triennale non possono connettersi, per via ermeneutica ed in mancanza di riscontri positivi alla relativa esegesi, effetti risolutivi o decadenziali» che l'art. 15-bis, comma 5, del d.P.R. n. 34 del 2000 «omette di sancire e che, anzi, ricollega esplicitamente al solo esito negativo della revisione».

9.2. Nella sentenza della Sezione V, 12 giugno 2009, n. 3742, questa ricostruzione non è condivisa, rilevando, per un caso rientrante nell'ambito di applicazione del sistema a regime, che «non v'è dubbio che le formule usate dal comma 5 dell'articolo 15 del d.p.r. n. 34 del 2000 e dal c. 1 del successivo articolo 15-bis siano sostanzialmente univoche nell'individuare una durata triennale, la quale può estendersi al quinquennio a condizione che entro la scadenza sia richiesta la verifica». Tale indirizzo è stato poi ribadito nella sentenza 16 giugno 2009, n. 3878 sempre della Sezione V.

10. Ciò richiamato, nell'ordinanza di rimessione si precisa che nella fattispecie in esame:

- a) l'attestazione SOA è stata emessa il 15 marzo 2002; quella depositata nella procedura di gara reca la data di scadenza del 14 marzo 2005; la società appellante non ha dimostrato l'avvenuta produzione nella procedura di gara della positiva esecuzione della verifica triennale; nel momento in cui è stata indetta la procedura (1° agosto 2005) l'attestazione, considerata la data in essa indicata, era scaduta, conseguendone l'inapplicabilità alla stessa del sistema a regime introdotto dal d.P.R. n. 93 del 2004, operante soltanto per le attestazioni rilasciate successivamente alla sua entrata in vigore, con l'applicazione, pertanto, del sistema transitorio che ricomprensive le attestazioni già rilasciate all'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002;

- b) per la risoluzione della controversia si tratta perciò di stabilire se la prevista efficacia quinquennale dell'attestazione SOA in corso di durata sia o meno subordinata alla verifica triennale, che, nella specie, è mancata, poiché soltanto se si assume che detta verifica non abbia valenza costitutiva e che la proroga quinquennale operi automaticamente, senza necessità che l'impresa si sottoponga a controlli, può ritenersi fondato il motivo di appello prospettato dalla società.

11. L'ordinanza conclude indicando che le questioni che si pongono sono, in sintesi, le seguenti: a) se il sistema a regime previsto dagli artt. 15 (in particolare comma 5) e 15-bis (in particolare commi 1 e 5), del d.P.R. n. 34 del 2000, nella versione modificata dal d.P.R. n. 93 del 2004, nello stabilire la durata quinquennale dell'attestazione SOA, attribuisca alla verifica triennale valenza costitutiva, con la conseguenza che se la stessa non viene chiesta l'attestazione perde efficacia, ovvero valenza non costitutiva, con la conseguenza che soltanto se il controllo viene effettuato d'ufficio o comunque richiesto il suo esito negativo incide sull'efficacia; b) se il sistema transitorio previsto dall'art. 15, comma 5, secondo periodo, del d.P.R. n. 34 del 2000, nel prevedere la proroga sino a cinque anni della durata delle attestazioni già rilasciate, imponga anch'esso una verifica triennale e, se la risposta è positiva, se tale verifica debba avere valenza costitutiva o non costitutiva nel senso sopra indicato.

DIRITTO

1. L'Adunanza Plenaria, in relazione ai quesiti così posti ritiene, in linea generale, che se la verifica triennale non venga richiesta l'attestazione perda efficacia e, in coerenza, che la proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 sia subordinata alla richiesta della verifica triennale ed al suo positivo esito.

Depongono in tal senso le seguenti considerazioni:

- il presupposto del sistema della qualificazione è la corrispondenza tra qualità e qualificazione, intendendosi con ciò la verificata esistenza in capo all'appaltatore di determinati requisiti atti a garantire un ragionevole affidamento sulla migliore realizzazione dell'opera; il legislatore, che dapprima aveva ritenuto che la durata per tre anni dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione, con la sottoposizione a rinnovo alla scadenza, fosse il periodo necessario e sufficiente a garantire il permanere di quella corrispondenza, ha poi valutato, con gli articoli 7 della legge n. 166 del 2002 e

1 del d.P.R. n. 93 del 2004, che la durata dell'efficacia dell'attestazione potesse essere maggiore, portandola a cinque anni; contestualmente ha però disposto che l'attestazione sia oggetto di "revisione" (art. 15-bis, comma 1, del d.P.R. n. 34 del 2000) attraverso la verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale e di capacità strutturale, per prevenire, evidentemente, il rischio della diminuzione del livello qualitativo delle imprese in questo più lungo periodo, configurando la verifica triennale, con ciò, quale componente essenziale della fattispecie normativa della fissazione al quinquennio della durata dell'attestazione;

- tanto emerge dagli articoli 15, comma 5, e 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000, come modificato con il d.P.R. n. 93 del 2004, per i quali la durata dell'efficacia dell'attestazione SOA è di cinque anni soltanto se vi è stata la verifica triennale e se è stata positiva poiché, in questo caso, la SOA rilascia un "nuovo attestato revisionato" mentre se la verifica è negativa "l'attestato perde validità" (comma 5 dell'art. 15-bis citato); la verifica produce quindi nell'ordinamento uno specifico effetto, di determinazione della validità o meno dell'attestazione dopo il triennio dal rilascio e fino al quinto anno; effetto questo che non si produce indipendentemente dal compimento della verifica;

- se ne deve dedurre che l'attestazione decade non soltanto se l'esito della verifica è negativo ma anche, ai sensi della normativa, se l'impresa non vi si sottopone almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio (comma 1 dell'art. 15-bis, vigente all'epoca cui si riferisce la presente controversia).

1.1. In questo quadro non è coerente con il sistema l'ipotesi che le attestazioni rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 e prorogate ex art. 1 del d.P.R. n. 93 del 2004 possano avere efficacia quinquennale non sorretta dalla richiesta della verifica e, quindi, dal suo esito positivo sul mantenimento dei requisiti, non risultando giustificato che, per la sola circostanza del rilascio dell'attestazione prima della entrata in vigore della legge n. 166 del 2002, un'impresa beneficiaria della proroga a cinque anni dell'efficacia di un'attestazione inizialmente di minore durata (tre anni), resti anche esentata dalla verifica triennale, cui sono invece sottoposte altre imprese, titolari di attestazione parimenti quinquennale, per il solo fatto di averne avuto il rilascio successivamente.

2. Ciò rilevato si pone l'ulteriore, connesso quesito, emerso altresì in giurisprudenza, se l'impresa che abbia fatto la richiesta della verifica possa o meno partecipare alle gare indette in pendenza della sua esecuzione, quesito che l'Adunanza Plenaria ritiene di trattare per completezza di esame della problematica.

2.1. Al riguardo in vigenza della normativa di cui al d.P.R. n. 34 del 2000 come modificata con il d.P.R. n. 93 del 2004 sono emerse due interpretazioni.

Secondo la prima, l'impresa può partecipare alle gare indette in pendenza della verifica soltanto se l'abbia richiesta entro il termine previsto dal comma 1 dell'art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 (almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio) e se la verifica è conclusa entro la scadenza del triennio di iniziale validità dell'attestazione, essendo la conclusione positiva della verifica entro il triennio la condizione della ininterrotta efficacia quinquennale dell'attestazione; la detta efficacia altrimenti decorre dal successivo rilascio del certificato, non potendosi perciò partecipare alle gare indette dopo il triennio per effetto della sola richiesta tempestiva della verifica se questa si compia successivamente (Cons. Stato, Sez. V: 12 luglio 2010, n. 4477; 18 aprile 2012, n. 2247).

Secondo una diversa interpretazione le imprese che abbiano richiesto la verifica entro il termine possono partecipare alle gare esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda di

richiesta della verifica, e perciò in pendenza della stessa, restando in gara in caso di verifica positiva anche se compiuta dopo il triennio, “ciò è come a dire che, in tale caso, ai fini della validità della domanda di partecipazione alla gara, la scadenza del triennio o del quinquennio, si ha come non avvenuta” (Cons. Stato, Sez. V: 16 giugno 2009, n. 3878; 8 settembre 2010, n. 6506). Si è altresì ritenuto che l’impresa possa sottoporsi alla verifica anche dopo la scadenza del termine ma in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell’attestazione, essa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione positiva della verifica (Sez. V, n. 6056 del 2010 cit; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 6 del 21 aprile 2004).

2.2. L’Adunanza Plenaria ritiene corretta la seconda interpretazione.

Non vi è infatti ragione di penalizzare l’impresa che pure ha adempiuto all’onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di verifica: l’impresa verrebbe così esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare.

L’impresa perciò, esibita alla stazione appaltante, insieme con la domanda di partecipazione alla gara, quella proposta in termini per la verifica, potrà concorrere nella procedura di affidamento.

2.3. Va peraltro subito precisato che la legittimazione alla partecipazione alla gara è cosa diversa dalla legittimazione all’aggiudicazione.

A quest’ultimo fine, infatti, rimane indispensabile il possesso effettivo della qualificazione, e pertanto fra i titoli da presentare, ai sensi dell’art. 11, c. 8 del d. lgs. n. 163 del 2006, perché l’aggiudicazione sia efficace rientra anche l’attestazione dell’esito positivo della verifica.

Ciò non risulta incoerente con il principio consolidato in giurisprudenza della sussistenza dei requisiti lungo la procedura di gara e fino alla sua conclusione poiché la loro verifica positiva, in quanto richiesta entro la scadenza del triennio, decorre appunto da tale scadenza.

2.4. Quanto all’impresa che abbia chiesto la verifica fuori termine, non vi è alcuna preclusione a chiederla successivamente, non essendo previste nella normativa sanzioni né decadenze per tale comportamento. Tuttavia, come correttamente previsto nella Determinazione n. 6 del 2004 dell’Autorità di vigilanza nonché nella sentenza Sez. V, n. 6506 del 2010 cit., l’impresa non può partecipare alle gare nel periodo intercorrente tra tale scadenza e la data della verifica con esito positivo.

2.5. Queste conclusioni appaiono avvalorate dalla normativa vigente posta con il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici), sostanzialmente ricognitiva della evoluzione della disciplina precedente, pur con qualche modificazione (articoli 76 e 77).

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 SOA che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi (con termini perciò diversi dai precedenti), 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.

In ultima analisi l'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77 avvalorata la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. 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 SOA, 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.

Va soggiunto che l'interesse pubblico ad evitare l'affidamento in favore di imprese che non diano adeguate garanzie di affidabilità è perseguito, in modo più equilibrato e pienamente efficiente, nel rispetto del favor participationis piuttosto che con la drastica esclusione di imprese che abbiano in corso una procedura tempestivamente attivata, con la subordinazione dell'eventuale aggiudicazione all'esito positivo della verifica. Infine, la caratterizzazione retroattiva della verifica richiesta per tempo consente di ritenere la procedura adeguata al principio generale che impone il possesso dei requisiti di ammissione a partire dall'atto della presentazione delle domande di partecipazione.

3. Si riporta ora al quadro delineato l'esame della controversia per cui è causa, al cui fine si richiama anzitutto che l'impresa appellante ha depositato in gara indetta il 1° agosto 2005 attestazione SOA scaduta il 14 marzo 2005 (non incidendo perciò nella specie la proroga delle attestazioni al 15 luglio 2004 di cui al decreto-legge n. 355 del 2003), ciò che ne ha determinato l'esclusione nella riunione della commissione di gara del 21 settembre 2005 (che ha concluso i lavori il giorno dopo con l'individuazione dell'aggiudicataria) e che, inoltre, non risulta agli atti di gara alcuna richiesta di verifica in termini, come controdedotto dall'Amministrazione resistente e non contestato. Ebbene, per le ragioni esposte in precedenza si deve affermare che il provvedimento di esclusione adottato nel caso di specie dalla stazione appaltante risulta legittimo. In senso contrario non può dedursi in particolare l'indicazione in appello della produzione di un'attestazione SOA recante scadenza al 14 marzo 2007, poiché successiva all'espletamento della gara.

Eguale non è fondato il secondo motivo di ricorso dedotto in primo grado, per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla richiesta di chiarimenti o a verifiche ulteriori sulla sussistenza dei requisiti, data la chiara previsione del bando e del disciplinare di gara, con cui è stata richiesta a pena di esclusione la presentazione dell'attestazione SOA "in corso di validità" (rispettivamente articoli 11 e 1, punto 2), come correttamente richiamato dal primo giudice.

La sentenza appellata merita conferma anche riguardo alla dichiarazione di inammissibilità del terzo motivo di ricorso, sulla sussistenza di causa di esclusione dell'aggiudicataria, stante la carenza di interesse all'eventuale accoglimento della censura così proposta in conseguenza della legittimità dell'esclusione delle ricorrenti, confermata nel presente grado del giudizio.

4. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe deve essere perciò respinto.

La particolare articolazione in fatto e in diritto delle questioni esaminate per la risoluzione della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado del giudizio.

5. In conclusione, in relazione alle considerazioni sopra esposte, l'Adunanza Plenaria afferma i seguenti principi di diritto:

“La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA disposta dall'art. 7, comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 e dall'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito.

L'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa. Viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) respinge l'appello in epigrafe, n. 4443 del 2010.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/07/2012

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

Il Dirigente della Sezione