

N. 04906/2013REG.PROV.COLL.
N. 03574/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3574 del 2012, proposto da:

Air House s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Romano e Giorgio Vizzari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Bruno Tassone in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 19;

contro

Consorzio per lo sviluppo industriale della provincia di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Fiorella Zannino e Maria Gabriella D'Ottavio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

nei confronti di

Vincenzo Restuccia Costruzioni s.r.l., Kronos s.r.l., Cisaf s.p.a., in proprio e nella qualità di impresa mandataria e capogruppo a.t.i., a.t.i. Presila Costruzioni s.r.l., Sdm Due s.r.l., in proprio e nella qualità di impresa mandataria e capogruppo a.t.i., a.t.i. Ediltech s.r.l., a.t.i. Furfaro Cg s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 284/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione provvisoria per l'affidamento dei lavori denominati "interporto nell'agglomerato industriale di Gioia Tauro - Rosarno - San Ferdinando"; risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio per lo sviluppo industriale della provincia di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 5 febbraio 2013 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti gli avvocati Romano, Mazzeo, L. Manzi per delega di D'Ottavio e Zannino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società ricorrente ha impugnato innanzi il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria:

- il provvedimento del Consorzio per lo sviluppo industriale della provincia di Reggio Calabria (ASIREG), datato 24 novembre 2011, e il verbale di gara, rep. notaio De Tommasi n. 83420 del 24 novembre 2011, recante l'aggiudicazione provvisoria alla impresa "Vincenzo Restuccia Costruzioni s.r.l.", relativo alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori denominati "Interporto nell'agglomerato industriale di Gioia Tauro - Rosarno - San Ferdinando - 3° Lotto – [id. n. GRS08/3]";
- l'aggiudicazione definitiva e il contratto, qualora posti in essere;
- la nota dell'ASIREG, prot. 10 novembre 2011, n. 4791;
- il verbale di gara, rep. notaio De Tommasi n. 83264 dell'8 settembre 2011;
- ogni altro provvedimento, nella parte in cui l'ASIREG non disponeva

l'esclusione dalla procedura delle imprese controinteressate, per mancato possesso dei requisiti e della attestazione di qualificazione SOA, categoria OS12-A, espressamente richiesta ai fini della partecipazione dal bando e dal disciplinare di gara.

La Società ricorrente ha chiesto inoltre la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il riconoscimento del diritto all'aggiudicazione dell'appalto *de quo* e, in via subordinata, la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno in proprio favore.

2. La ricorrente ha fatto presente che il bando e il disciplinare della gara prevedevano, a pena di esclusione, il possesso dei requisiti di qualificazione obbligatoria relativi alla categoria di lavorazioni specializzate individuate con l'acronimo "OS12-A di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207". Tuttavia solo la ricorrente aveva dimostrato il possesso dell'attestazione richiesta (OS12-A), mentre tutte le altre concorrenti avevano prodotto attestazioni SOA per la categoria OS12.

La ricorrente ha chiesto, in via subordinata, la disapplicazione della normativa regolamentare (art. 357, commi 16 e 17, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), previo accertamento in via incidentale della sua illegittimità, in relazione alla necessità del possesso dei requisiti di partecipazione per l'intera durata del contratto.

La ricorrente ha dedotto la violazione del bando e l'illegittima disapplicazione della *lex specialis*, dalla quale deriverebbe l'illegittimità dell'ammissione alla gara delle altre imprese. Infatti sono state ammesse altre concorrenti, in possesso di attestazione SOA OS12, mentre solo la ricorrente era in possesso dell'attestazione SOA OS12-A, richiesta dal bando ai fini della partecipazione.

Il bando non poteva essere disapplicato anche in presenza di disposizioni normative con esso contrastanti.

3. Il giudice di primo grado ha rigettato il ricorso perché il bando si era

limitato ad indicare la categoria OS12-A, insieme alla OG3 e alla OG6, tra quelle richieste ai fini della partecipazione alla gara, senza occuparsi dell'ipotesi del possesso dell'attestazione relativa alla categoria OS12.

La categoria OS12-A deriva dalla precedente categoria OS12 e risulta introdotta dal regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e cioè dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, entrato in vigore l'8 giugno 2011, che ha ripartito la preesistente categoria OS12 in due nuove categorie autonome: OS12-A (barriere stradali di sicurezza) e OS12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili).

Il regolamento ha previsto una disciplina transitoria, dettata dai commi 16 e 17 dell'art. 357, secondo cui:

“16. Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), ai fini della predisposizione dei bandi o degli avvisi con cui si indice una gara nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi ai fini della predisposizione degli inviti a presentare offerte, applicano le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e le categorie del relativo allegato A. Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, ai fini della partecipazione alle gare riferite alle lavorazioni di cui alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2 individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e rilasciata ai sensi del D.M. 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal D.M. 24 ottobre 2001, n. 420, la dimostrazione del requisito relativo al possesso della categoria richiesta avviene mediante presentazione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA in vigenza del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente regolamento anche per effetto della disposizione di cui al comma 13.

17. Le attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA relative alle categorie OG

10, OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 7, OS 8, OS 12-A, OS 12-B, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21 e OS 35, di cui all'allegato A del presente regolamento, possono essere utilizzate, ai fini della partecipazione alle gare, a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento”.

Sulla base di tali disposizioni transitorie, il bando della gara qui in contestazione, pubblicato sulla G.U. n. 89 del 29 luglio 2011, avrebbe dovuto fare applicazione “delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e le categorie del relativo allegato A”. Ne conseguiva la previsione, tra i requisiti di partecipazione, del possesso dell'attestazione SOA relativa alla categoria OS12. Invece, il bando ha in concreto fatto riferimento “anticipato” alla nuova categoria OS12-A, la quale, ai sensi del predetto comma 17 dell'art. 357 del d.P.R. n. 207 del 2010, avrebbe potuto essere utilizzata ai fini della partecipazione alle gare soltanto “a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore” del d.P.R. n. 207 del 2010 e cioè solo dal 9 giugno 2012.

4. In questo quadro, nondimeno, il giudice di primo grado ha rilevato che questa previsione del bando che consente senz'altro la partecipazione alle imprese già munite di attestazione SOA relativa alla nuova categoria OS12-A non può configurare anche un'implicita preclusione alla partecipazione delle imprese munite dell'attestazione per la precedente categoria OS12, richiesta dalla normativa *ratione temporis* vigente.

Il bando - in assenza di sue puntuali previsioni per il caso di possesso di attestazione relativa alla categoria OS12 - si deve interpretare in senso conforme a legge e al principio di massima partecipazione alle gare: deve, pertanto, essere considerato senz'altro integrato dalle disposizioni regolamentari sulla qualificazione, aventi portata imperativa e perciò inderogabili, vigenti al momento della sua pubblicazione.

Nemmeno la disciplina transitoria dettata dal d.P.R. n. 207 del 2010 viola il

principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione per l'intera durata del contratto, perché detto principio va posto anche in relazione alla possibilità che le categorie abbisognino di modifiche. È dunque possibile che le imprese eseguano il contratto con il possesso delle attestazioni SOA relative alle diverse categorie previste dalla disciplina a mano a mano vigente durante il periodo di esecuzione contrattuale.

5. La società Air House s.r.l. ha proposto ricorso in appello deducendo i seguenti motivi così epigrafati: I) “Erroneità della sentenza impugnata per l'omesso accertamento della illegittimità degli atti impugnati in prime cure per violazione del bando e del disciplinare di gara; illegittima “disapplicazione” della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, vizio di motivazione; violazione del principio di “*par condicio*”. Sulla domanda di disapplicazione del regolamento introdotto con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. II) Illegittimità in via derivata di tutti i provvedimenti successivi all'illegittima aggiudicazione provvisoria e agli altri atti qui impugnati. III) Sulla responsabilità della P.A. e sulla subordinata domanda di condanna al risarcimento del danno.

6. Si è costituito in giudizio il Consorzio per lo sviluppo industriale della provincia di Reggio Calabria per resistere al ricorso.

7. Rileva il Collegio che qui assume carattere preliminare la domanda di disapplicazione del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e, segnatamente dei commi 16 e 17, dell'art. 357, innanzi richiamati.

La ricorrente deduce che queste norme sarebbero illegittime per contrasto con il d.lgs. n. 163 del 2006.

La censura, in tale parte, è però inammissibile per genericità, in quanto non indica alcuna specifica disposizione dell'atto legislativo che sarebbe stata violata. In assenza di questo, non sono rappresentati i presupposti stessi del preteso contrasto con la legge.

La ricorrente deduce poi che l'applicazione delle disposizioni censurate si porrebbe in contrasto con il principio della necessità del possesso (e alla certezza del possesso) dei requisiti di qualificazione in capo alle imprese partecipanti alla gare pubbliche per l'intera durata del contratto.

Il Collegio osserva che la scelta dell'amministrazione di applicare una modifica normativa (di rango secondario) è atto che rientra nella sua valutazione discrezionale, e che dà comunque luogo alle conseguenze, in punto di integrazione dei contenuti della *lex specialis*, correttamente indicate dal primo giudice e testé rammentate.

La Società ricorrente domanda la disapplicazione delle disposizioni richiamate al fine di ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria, la quale, alla data di entrata in vigore del regolamento, non era in possesso dell'attestazione per la nuova categoria OS12-A. Ma questa domanda non può trovare accoglimento, proprio perché il principio della necessità del possesso dei requisiti sino alla conclusione del contratto diviene recessivo quando la possibilità dell'evento dipenda da un'opzione normativa, che, deve presumersi, è stata effettuata nella consapevolezza della circostanza.

Nell'esercizio del potere regolamentare, che, nel caso di specie, ha fondamento nell'art. 5 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'Amministrazione può legittimamente prevedere che una determinata innovazione, in tema di possesso dei requisiti, ragionevolmente abbia una decorrenza differenziata nel tempo rispetto alla disciplina di carattere generale.

A parte questo, si deve qui osservare che l'applicazione del principio invocato dalla società ricorrente, vale a dire il principio del possesso dei requisiti sino al termine del contratto, vale nella sua integrità solo a normativa invariata, vale a dire quando, nel corso dell'esecuzione del contratto, non sopravvengono al riguardo innovazioni normative circa i requisiti che erano domandati al momento della stipula. Se invece ne intervengono, si deve concludere che nel periodo intertemporale, prima che

entri a pieno regime la nuova norma, è ragionevole assumere – in virtù di un principio generale di economia dei mezzi - che siano portati a termine contratti già stipulati e in corso di esecuzione, e che sia comunque iniziata e portata a termine l'esecuzione di contratti (ancora non in corso di esecuzione) da parte di soggetti che, pur avendo stipulato il contratto godendo dei requisiti a quel momento richiesti dalle norme (e perciò validi in virtù del principio *tempus regit actus*), divengano poi, in ragione della sopravvenienza normativa, privi dei nuovi requisiti.

8. La ricorrente afferma che la clausola del bando (che prevedeva, per quel che qui interessa, il possesso della categoria OS12-A) dovesse interpretarsi come implicitamente escludente tutti i partecipanti in possesso della sola categoria OS12.

Alla data dell'adozione del bando (24 maggio 2011) era ancora in vigore la norma transitoria di cui all'art. 357, comma 16, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che ammetteva le attestazioni di qualificazione (OS12) ancora per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del regolamento.

Per addivenire alle conclusioni della ricorrente, in presenza di una tale norma transitoria sarebbe stata necessaria nel bando un'esplicita clausola di esclusione dei soggetti in possesso della sola attestazione di qualificazione OS12.

In altri termini, e secondo quanto già accennato, la circostanza che il bando abbia anticipato, in formale contrasto con la previsione transitoria dell'art. 357, comma 17, il riferimento alle attestazioni relative alla nuova qualificazione OS12-A, non può essere intesa come senz'altro produttiva di un'automatica esclusione, come quella che l'istante vorrebbe veder operare. Il bando va invece inteso come integrato con le superiori previsioni normative, che non contrasta esplicitamente. Del resto, è regola generale che nel dubbio l'atto amministrativo vada interpretato riconducendolo a

conformità a legge, ed è questa la conclusione cui nella specie si perviene (cfr. Cons. Stato, VI, 21 settembre 2010, n. 7008): il che, poi, converge con il *favor* di legge per la massima partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, V, 28 maggio 2012, n. 3121; 13 aprile 2012, n. 2114; 8 marzo 2006, 1224).

9. La non illegittimità del bando, nei sensi predetti interpretato, non causa alcuna illegittimità sugli atti conseguenti.

10. Il ricorso va pertanto respinto.

11. Dall'infondatezza del ricorso in punto di legittimità deriva l'infondatezza della contestuale domanda risarcitoria.

12. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta anche in relazione alla domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2013

IL SEGRETARIO

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