

N. 02212/2014REG.PROV.COLL.
N. 03992/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3992 del 2012, proposto da:
Anas S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Avvocatura Generale
dello Stato, con domicilio eletto presso la sua sede, in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

contro

Effeser S.r.l. in proprio e quale Capogruppo R.T.I., rappresentata e
difesa dall'avv. Rocco Licastro, con domicilio eletto presso l'avv.
Roberto Costa Calabria in Roma, via Cartesio, 144;
Rti - Eurostrade S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n.
00383/2012, resa tra le parti, concernente appalto per affidamento
dei lavori di messa in sicurezza della s.s. n. 33 "del sempione" -

localita' iselle di trasquera

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Effeser S.r.l. in proprio e quale Capogruppo R.T.I.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 aprile 2014 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per la parte appellante l'avvocato dello Stato Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Effeser rsl in proprio e quale capogruppo di RTI partecipava alla gara per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza mediante formazione di galleria artificiale al km 141+700 località Iselle di Tresquera della S.S. del Sempione e all'esito della procedura selettiva in questione, in data 13/11/2009, diveniva aggiudicataria in via provvisoria dell'appalto.

Interveniva quindi l'aggiudicazione in via definitiva con provvedimento del 30/12/2009 del Presidente dell'ANAS e a tanto faceva seguito la stipula del contratto in data 21/5/2010.

Intanto si inverava a carico della Società appellante con segnalazione sul casellario dell'AVCP del 6/10/2010 la decadenza dell'attestazione SOA e l'ANAS dopo aver comunicato l'inizio del procedimento

volto alla risoluzione del contratto, con provvedimento del 25/7/011 disponeva la risoluzione del contratto di appalto in parola. La Società interessata impugnava innanzi al Tar del Piemonte il suindicato provvedimento nonché i provvedimenti di incameramento della cauzione e di segnalazione alla AVCP e il diniego tacito di autotutela, facendo valere nella predetta sede la censura di violazione dell'art.38 comma 1 lett.m bis e dell'art.40 comma 9 quater e 135 del dlgs n.163/2006, attesa la non imputabilità del falso alla stessa Effeser tant'è che l' AVCP ha consentito la reinscrizione della Società qui appellante.

L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n.383/12 accoglieva il proposto ricorso, ritenendo fondata sostanzialmente la tesi difensiva fatta valere dall'allora ricorrente Effeser

ANAS ha impugnato tale sentenza deducendone con un unico, articolato motivo la erroneità : secondo parte appellante, con riferimento al testo di legge vigente al momento in cui dovevano essere accertati i requisiti soggettivi della società risultata aggiudicataria dell'appalto in questione, la dichiarata decadenza di attestazione di qualificazione SOA costituisce causa di esclusione dalla gara di cui al primo comma lettera m-bis dell'art.38 sì da inficiare la partecipazione all'intera procedura concorsuale, a nulla rilevando la sopravvenuta reinscrizione operata dall'AVCP.

Si è costituita la Società originariamente ricorrente che ha contestato la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

All'udienza del 1 aprile 2014 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

L'appello si appalesa fondato, con riforma del decisum qui impugnato.

Le statuizioni con cui il Tar ha avallato l'assunto difensivo della allora ricorrente Effeser si possono così riassumere: sulla questione della decadenza della SOA vi è stata una evoluzione giurisprudenziale che ha ritenuto come la decadenza non può essere pronunciata in automatico riscontro della documentazione falsa ma alla luce della imputabilità/ colpevolezza, venendo tale orientamento recepito dalla normativa di tipo modificativo dell'art.38 e 40 del dlgs n.1263/2006 recata dal d.l. 13/5/2011 convertito nella legge 12 luglio 2011 n.106 e siccome nella specie vi è stato un positivo riscontro circa la non imputabilità del falso, il provvedimento di esclusione, emanato in vigenza della predetta ultima legge, sarebbe stato emesso senza che sussistesse i un valido presupposto.

L'assunto interpretativo reso dal giudice di prime cure non si rivela esatto e va cassato, alla luce delle osservazioni e conclusioni contenute nella sentenza n.2626/2912 (emessa in relazione ad analoga vicenda) che il Collegio ritiene pienamente condivisibili e che vengono di seguito riproposte.

Dunque la risoluzione del contratto di appalto è stata determinata dalla decadenza dell'attestazione SOA disposta dall'Autorità di

Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), essendosi accertato che la stessa era stata rilasciata sulla base di false dichiarazioni e quindi in applicazione della lettera m-bis del comma 1 dell'art.38 del dlgs n.163 del 12 aprile 2006.

Ora, avuto riguardo ai fatti come succedutesi temporalmente, la vicenda per cui è causa ricade sotto il vigore della disposizione sopra richiamata nella versione anteriore alle modifiche introdotte dal d.l. 13 maggio 2011 convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 2011 n.106, in virtù delle quali oggi l'esclusione opera soltanto per le imprese nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico dell'AVCP in quanto sia stata accertata la presentazione di dichiarazioni o documentazioni false ai fini del rilascio dell'attestazione SOA all'esito della procedura di cui al comma 9 dell'art.40 dello stesso decreto (anch'esso nella versione novellata dalla legge n.106/2011).

Secondo il Tar la lettura della disposizione di cui alla ricordata lettera m-bis dell'art.38 del dlgs n.163 del 2006 nel testo novellato farebbe escludere il carattere meramente oggettivo della operatività della causa di esclusione prevista da detta norma e se così non fosse si concretizzerebbe una indebita penalizzazione dell'impresa che , in pendenza di una gara di appalto cui partecipa , viene ad essere colpita da decadenza dell'attestazione SOA a causa di falsità delle quali emerge poi la non attribuibilità ad essa.

L'assunto esegetico offerto dal primo giudice però si fonda su

presupposti errati, senza che siano state prese in debito conto le esigenze di certezza e di celerità delle scelte della stazione appaltante in ordine alla sussistenza (o meno) dei requisiti morali in capo ai concorrenti.

D'alto canto, la giurisprudenza non ha avuto modo di occuparsi funditus della questione , atteso che i precedenti in materia concernono contenziosi aventi ad oggetto i provvedimenti di decadenza dell'attestazione e non già l'impugnazione dell'esclusione dalla gara per difetto del requisito soggettivo di cui alla più volte citata lettera m-bis dell'art.38.

Vero è che , nella specie , il provvedimento di risoluzione è stato adottato dopo l'entrata in vigore del d.l.13/5/2011, ma al di là della con divisibilità o meno dell'applicazione del principio del tempus regit actum, occorre dare atto che una cosa è il requisito richiesto dall'art.17.lettera m) del DPR n.34 del 2000 ai fini della possibilità dell'impresa di conseguire un'attestazione SOA e altra cosa è il requisito soggettivo di partecipazione alle gare richiesto dalla ricordata lettera m-bis: di talchè se è certo che l'accertamento di non imputabilità del falso fa riacquistare all'impresa con effetto ex tunc il primo dei requisiti suindicati , non è detto che ciò comporti automaticamente analogo effetto retroattivo anche per il secondo.

Al riguardo, è significativo il fatto, a conferma di quanto testè osservato, che il legislatore del 2011 non ha previsto una retroattività dell'accertamento di non imputabilità del falso, ma piuttosto il

differimento dell'operatività della causa di esclusione ex art.38 lettera m-bis al momento dell'iscrizione successiva all'eventuale esito sfavorevole all'impresa di tale verifica da parte dell'AVCP.

Ad ogni buon conto, al di là delle questioni ermeneutiche appena evocate, non sono condivisibili le conclusioni del giudice di prime cure in ragione di due decisive considerazioni:

a) il provvedimento del 14/2/2011 con cui l'AVCP ha espresso il nulla osta alla sottoscrizione di un nuovo contratto di attestazione SOA (escludendosi, evidentemente l'imputabilità della falsità alla Effeser) non ha affatto comportato il venir meno della già disposta decadenza della precedente attestazione SOA ;

b) il suddetto provvedimento di decadenza non risulta sia stato impugnato dall'interessata, ciò comportando , in assenza di eventuali misure cautelari, una soluzione di continuità tra l'attestazione SOA decaduta e quella di cui l'impresa si è tempestivamente dotata dopo aver conseguito il nulla osta dell'AVCP.

Tutto ciò rende immune l'operato dall'Amministrazione appaltante dai vizi dedotti in primo grado, erroneamente ritenuti fondati dal giudice di primo grado, anche alla luce della nota regola iuris secondo cui i requisiti soggettivi di cui all'art.38 del dlgs n.163/2006 devono essere posseduti per tutta la durata della procedura e fino al momento della stipula del contratto.

Resta salva naturalmente la possibilità per l'impresa appellata di potersi rivalere nei confronti di chi risultasse responsabile della falsità

che ha determinato la decadenza.

In forza delle suesposte considerazioni l'appello proposto da ANAS si appalesa fondato e va , perciò accolto.

Le spese e competenze del doppio grado del giudizio vanno poste a carico della parte soccombente, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo Accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna la parte appellata al pagamento delle spese e competenze del doppio grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 3.000,00 (tremila//00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2014

IL SEGRETARIO

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