

N. 01987/2014REG.PROV.COLL.
N. 01302/2012 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 in appello nr. 1302 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da EFFESER S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con la Sgromo Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Barberis, Maria Cristina Lenoci e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso la seconda in Roma, via E. Gianturco, 1,

contro

A.N.A.S. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

nei confronti di

ALPIN S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Prozzo e Cristina Della Valle, con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, via Merulana,

234,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del T.A.R. della Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, Sezione Prima, nr. 791/2011, depositata in data 8 novembre 2011, non notificata e resa in seno al giudizio di cui al ricorso nr. 7/2011.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.N.A.S. S.p.a. e di Alpin S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 28 luglio 2012 e 1 marzo 2014) e dall'A.N.A.S. S.p.a. (in data 27 luglio 2012) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 3043 del 1 agosto 2012, con le quali è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata formulata contestualmente ai motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2014, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Lenoci per la appellante e l'avv. dello Stato Lorenzo D'Ascia per A.N.A.S. S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Effeser S.r.l., in proprio e quale mandataria del r.t.i. con

Sgromo Costruzioni S.r.l., ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza del T.A.R. della Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso dalla stessa proposto, integrato da motivi aggiunti, avverso l'esito della gara indetta dall'A.N.A.S. S.p.a. per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza del tratto della S.S. nr. 106 ("Jonica") tra il km 6 + 700 e il km 31 + 600, con riguardo soprattutto al giudizio di anomalia espresso sulla sua offerta, alla conseguente esclusione della stessa ed alla aggiudicazione a favore della controinteressata Alpin S.r.l.

A sostegno dell'appello, sono stati articolati i seguenti motivi:

- 1) erroneità e ingiustizia della sentenza; carenza dei presupposti; contraddittorietà; violazione dell'art. 100 cod. proc. civ. (nella parte in cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso in ragione di un asserito difetto di interesse in capo al r.t.i. ricorrente) ;
- 2) erroneità della pronuncia (nella parte in cui non è stata riconosciuta la sussistenza dell'interesse strumentale del r.t.i. ricorrente all'annullamento della gara ed alla sua riedizione);
- 3) erroneità e infondatezza della sentenza; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, e degli artt. 121 e segg. del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207 (nella parte in cui è stata completamente omessa ogni qualsivoglia valutazione in ordine alla condotta colposa dell'A.N.A.S. S.p.a., e nello specifico, laddove non è stata conferita alcuna rilevanza decisoria all'inesistenza di un provvedimento di esclusione dalla

procedura del r.t.i. appellante, il quale, benché risultato primo graduato, si è visto soppiantare dalla quarta classificata, per di più risultata in corso di causa carente dei requisiti prescritti).

La appellante ha poi reiterato l'istanza risarcitoria, per come formulata in primo grado, in relazione ai danni subiti e subendi.

Inoltre, la parte appellante ha successivamente presentato motivi aggiunti al ricorso in appello, contenenti istanza cautelare collegiale, assumendo l'illegittimità in via derivata del contratto di appalto sottoscritto tra A.N.A.S. S.p.a. e Alpin S.r.l. e chiedendo dichiararsene la inefficacia *ex artt.* 121, comma 1, e 122 cod. proc. amm.

La controinteressata Alpin S.r.l. si è costituita in giudizio, assumendo la manifesta infondatezza dell'appello, e comunque riproponendo tutte le eccezioni e difese di primo grado, rimaste assorbite dall'accoglimento della eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso.

Si è altresì costituita l'A.N.A.S. S.p.a. chiedendo la reiezione dell'appello per inammissibilità ed infondatezza.

All'esito della camera di consiglio del 31 luglio 2012, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare formulata con i motivi aggiunti.

All'udienza del 18 marzo 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Giunge all'attenzione della Sezione l'appello proposto dalla Società Effeser S.r.l., in proprio e quale mandataria del r.t.i. costituito con Sgromo Costruzioni S.r.l., avverso la sentenza del T.A.R. della Calabria con la quale sono stati dichiarati inammissibili, sul

fondamento della carenza d'interesse a ricorrere, il ricorso e i motivi aggiunti dalla stessa proposti avverso l'esito della gara indetta dall'A.N.A.S. S.p.a. per l'affidamento dei lavori sulla S.S. nr. 106 ("Jonica") per la messa in sicurezza del tratto tra il km 6 + 700 e il km 31 + 600.

1.1. In particolare, con lettera d'invito, l'A.N.A.S. S.p.a. invitava l'odierna appellante a partecipare alla procedura ristretta.

La deducente, quale capogruppo di r.t.i., presentava la propria offerta, collocandosi al primo posto della graduatoria.

La stazione appaltante avviava quindi le routinarie verifiche in ordine alle offerte sospettate di anomalia, sottoponendo anche quella formulata dall'odierna appellante al procedimento di valutazione di congruità *ex artt.* 86 e segg. del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163.

Successivamente, la società istante apprendeva informalmente del provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato a favore dell'odierna controinteressata, Alpin S.r.l., risultata originariamente quarta in graduatoria; in seguito, con nota del 20 dicembre 2010, l'A.N.A.S. S.p.a. comunicava l'adozione della disposizione di pari data di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Alpin S.r.l.

1.2. L'odierna appellante ha presentato pertanto ricorso al T.A.R. della Calabria, chiedendo l'annullamento del presunto provvedimento di esclusione, mai comunicatole, e dell'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore di Alpin S.r.l.

Entrambe le parti intime di fronte al T.A.R. hanno eccepito

l'inaammissibilità dell'impugnazione evidenziando che la ricorrente, in corso di gara, avrebbe perso la richiesta attestazione SOA e, pur avendola riacquistata successivamente, a gara già conclusa e in pendenza del ricorso, ne sarebbe, comunque, rimasta priva per un rilevante arco temporale (dal 22 febbraio 2010 al 1 marzo 2011).

La deducente, infatti, era stata ammessa alla gara il 22 febbraio 2009 con attestazione rilasciata dalla SOA S.ORG.AT. 2000 S.p.a. in data 3 agosto 2007, e con scadenza triennale al 2 agosto 2010; successivamente, in occasione delle verifiche per il rinnovo triennale, si era avveduta di avere conseguito il possesso di ulteriori requisiti che le consentivano l'attestazione in ulteriori categorie e classifiche, e così in data 22 febbraio 2010 la aveva ottenuta.

Tuttavia, in seguito la SOA aveva comunicato all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici l'adozione del provvedimento di decadenza dell'attestazione di qualificazione suddetta, in quanto emessa sulla base di documenti che non avevano trovato riscontro in atti della p.a., ciò che aveva indotto all'annullamento con efficacia *ex tunc* di tale nuova attestazione.

Sulla base di tali considerazioni, il T.A.R. adito ha dichiarato l'inaammissibilità del ricorso in ragione del difetto di interesse rilevato: l'accoglimento dell'eccezione è stato determinato dall'aver il primo giudice ritenuto dirimente il principio, valevole in materia di accertamento dei requisiti per il conseguimento degli appalti pubblici, secondo cui i requisiti di partecipazione alle procedure selettive devono possedersi per tutto l'arco della procedura di evidenza

pubblica senza soluzione di continuità, e non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Alla luce di tale principio, il r.t.i. con capogruppo Effeser S.p.a. non avrebbe avuto interesse a ricorrere, in quanto, anche in ipotesi di accoglimento del ricorso, non avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione, stante la riscontrata soluzione di continuità nel possesso dell'attestazione SOA.

2. Tutto ciò premesso, la Sezione evidenzia innanzi tutto l'inammissibilità dei motivi aggiunti, con i quali, in violazione del disposto dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., parte appellante tende ad ampliare il *thema decidendum* rispetto al giudizio di primo grado introducendo una nuova domanda, avente ad oggetto la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto *medio tempore* stipulato tra A.N.A.S. S.p.a. e Alpin S.r.l.

L'introduzione di tale nuova domanda direttamente in appello con motivi aggiunti, invero, non può ritenersi consentita dal comma 3 dello stesso art. 104, atteso che tale disposizione consente l'uso dello strumento dei motivi aggiunti in appello per la proposizione di nuove censure avverso i medesimi atti già impugnati in primo grado, ma non anche l'impugnazione per la prima volta in appello di nuovi atti sopravvenuti nel corso del giudizio, ancorché nell'ambito del medesimo procedimento amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2013, nr. 4315; id., 26 febbraio 2013, nr. 1187; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, nr. 5844).

3. Passando poi all'esame dell'appello principale, questo si appalesa

infondato e va conseguentemente respinto.

4. Innanzi tutto, non può essere condiviso l'assunto di fondo, articolato dalla appellante nella prima parte del primo motivo di appello, secondo cui non potrebbe predicarsi un difetto di interesse in capo alla stessa, essendosi radicato un interesse giuridicamente qualificato nel momento stesso in cui il r.t.i. ricorrente si era classificato primo in graduatoria nella gara per cui è causa.

Infatti, la posizione giuridica legittimante a base dell'interesse a ricorrere non può ricavarsi dal mero dato fattuale della partecipazione alla gara, essendo meritevole di tutela soltanto la partecipazione legittima, con la conseguenza che se si accerta – come in questo caso, a seguito di apposita eccezione di controparte – l'illegittimità della partecipazione stessa, ciò incide sulla stessa posizione legittimante che costituisce condizione dell'azione (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 7 aprile 2011, nr. 4, e, ancor più di recente, 25 febbraio 2014, nr. 9).

Orbene, pur nella dovizia di parole e argomentazioni spese nella seconda parte del primo motivo, parte appellante non ha smentito l'assunto centrale della sentenza impugnata, secondo cui essa, regolarmente munita di attestazione SOA al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ne era più in possesso al momento dell'aggiudicazione: infatti, da un lato l'attestazione già posseduta era scaduta in data 2 agosto 2010 per decorso del triennio di efficacia senza essere sottoposta a revisione, e dall'altro lato quella nuova di cui l'impresa si era dotata fin dal 22 febbraio 2010 era già stata annullata con provvedimento del 6 ottobre

2010 per l'accertamento di una falsità, anche se in seguito l'AVCP, avendo accertato la non imputabilità del falso, ha autorizzato l'istante a chiedere immediatamente nuova attestazione, di fatto ottenuta solo in data 1 marzo 2011.

In sostanza, vi è stata soluzione di continuità nel possesso dell'attestazione, dopo che questa era posseduta al momento dell'ammissione alla gara (22 febbraio 2009), per un periodo che va dal 22 febbraio 2010 al 1 marzo 2011; ne consegue, in particolare, che l'odierna istante era priva di valida attestazione SOA al momento dell'aggiudicazione provvisoria (19 novembre 2010), mentre la nuova certificazione è stata conseguita addirittura in pendenza del giudizio di primo grado.

Pertanto, nell'escludere la ricorrente dalla gara l'Amministrazione altro non ha fatto che applicare il pacifico principio secondo cui i requisiti generali e speciali di partecipazione (nella specie attestati dalla certificazione SOA) devono essere posseduti dal concorrente non solo al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche a quello dell'aggiudicazione provvisoria, e comunque per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2012, nr. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, nr. 4225).

Così stando le cose, è evidente che l'esclusione della appellante dalla gara è dipesa primariamente dall'avvenuta decadenza dell'attestazione SOA originaria, non potendo in alcun modo condividersi l'interpretazione proposta nell'appello dell'art. 15-*bis* del d.P.R. 25

gennaio 2000, nr. 34, secondo cui la mancata sottoposizione a verifica triennale non comporterebbe la perdita di efficacia dell'attestazione: sul punto, è sufficiente richiamare il consolidato indirizzo per cui la mancata verifica di revisione triennale comporta l'inefficacia dell'attestazione e quindi il venir meno della condizione legittimante la partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 18 luglio 2012, nr. 27, e giurisprudenza successiva).

Per converso, non si può ritenere che l'accertamento della non imputabilità del falso compiuto dall'Autorità di Vigilanza abbia fatto rivivere con effetto retroattivo l'attestazione annullata, in quanto tale provvedimento, senza toccare in alcun modo l'annullamento – e non potrebbe essere altrimenti, trattandosi di attestazione rilasciata sulla base di un documento oggettivamente falso – ha il solo effetto di reintegrare immediatamente l'impresa nel requisito di legge, consentendole di chiedere e ottenere subito una nuova attestazione SOA (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2012, nr. 2626).

5. Infine, e con riguardo al secondo mezzo, è da escludere ogni interesse strumentale in capo alla appellante all'annullamento della gara e alla sua riedizione, dal momento che sulla scorta dei principi affermati dalla Plenaria nella già citata sentenza nr. 4 del 2011 (sul punto richiamata dalla stessa appellante) e meglio precisati nella nr. 9 del 2014, l'accertamento della sussistenza dell'interesse a ricorrere deve precedere logicamente ogni altra valutazione, incidendo sulla legittimazione prima ancora che sull'interesse a ricorrere.

Al riguardo, inconferente è il richiamo al noto indirizzo

giurisprudenziale secondo cui chi impugna la propria esclusione da una gara d'appalto non ha l'onere di dimostrare, al fine di comprovare l'interesse a ricorrere, che in caso di accoglimento del ricorso otterrebbe sicuramente l'aggiudicazione, essendo ben diversa la situazione laddove, come nel caso di specie, vi sia – al contrario - la prova positiva che in ogni caso non avrebbe alcuna *chance* di conseguirla, e pertanto anche l'eventuale accoglimento delle sue doglianze non gli apporterebbe alcuna utilità.

6. La conferma della declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, per le ragioni appena viste, esonera dall'esame degli ulteriori motivi di appello, e in particolare del terzo, con il quale la appellante reitera le censure già articolate in primo grado - e non esaminate dal T.A.R. a cagione della preliminare declaratoria di inammissibilità – avverso la sua originaria esclusione dalla procedura selettiva, adottata all'esito di verifica dell'anomalia dell'offerta.

7. In ragione della peculiarità della vicenda amministrativa, nella quale in ogni caso la società istante ha subito le conseguenze di una falsità risultata ad essa non imputabile, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata. 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 marzo
2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2014

IL SEGRETARIO

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