

N. 01033/2016REG.PROV.COLL.

N. 05903/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5903 del 2015, proposto dal signor Antonio Lanzara quale titolare dell'omonima Impresa di costruzioni, rappresentato e difeso dagli avvocati Gherardo Marone e Michele Gaeta, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, Via Sicilia, 50

contro

Comune di Pisciotta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro Maione, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Veio, 53, palazzo 2, interno 7

nei confronti di

Asmel Consortile a r.l. - Centrale di Committenza;  
SOA Quadrifoglio Organismo di attestazione;  
C.E.RE.S. S.r.l. Unipersonale, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianvincenzo Esposito, con domicilio eletto presso Carlo Boursier Niutta in Roma, viale Giulio Cesare, 21-23

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, Sezione I, n. 961/2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pisciotta e della C.E.RE.S. s.r.l. Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Gherardo Marone e Sara Di Cunzolo su delega dell'avvocato Gennaro Maione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno e recante il n. 143/2015 l'impresa odierna appellante, premesso di aver partecipato alla gara di appalto integrato indetta dal Comune di Pisciotta (SA) per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza, consolidamento statico e recupero funzionale di un immobile sottoposto a vincolo (Palazzo Landulfo) e di essersi collocata al secondo posto della graduatoria finale, impugnava l'aggiudicazione disposta in favore della soc. C.E.RE.S., deducendone sotto diversi profili l'illegittimità.

I medesimi atti venivano altresì impugnati (e per ragioni in larga parte coincidenti con quelle esposte dall'odierna appellante) anche dalla terza classificata, Archeo & Restauri s.r.l. (ricorso n. 74/2015).

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito, previa riunione, ha respinto entrambi i ricorsi.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dal signor Antonio Lanzara (nella qualità di legale rappresentante dell'omonima impresa) il quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi.

Con il primo e il secondo motivo l'appellante premette che l'articolo 248 del nuovo Regolamento di esecuzione ed attuazione del 'Codice dei contratti' fissa regole più restrittive che in passato per ciò che riguarda la qualificazione richiesta per l'esecuzione di lavori relativi ai beni del patrimonio culturale (ai sensi dell'articolo 248, cit., *"la direzione tecnica per i lavori di cui al presente titolo è affidata, relativamente alla categoria OG 2, a soggetti in possesso di laurea in conservazione di beni culturali o in architettura (...)"*).

La disposizione introdotta nel 2010 risulta, come si è detto, di minor rigore rispetto a quella previgente (articolo 26 del d.P.R. 34 del 2010) la quale ammetteva –*caeteris paribus*– che la direzione dei lavori potesse essere affidata anche a soggetti non laureati, purché in possesso di *"esperienza professionale acquisita nei suddetti lavori"*.

Ai fini della presente decisione mette anche conto richiamare la previsione dell'articolo 357, comma 12 del d.P.R. 207 del 2010 (rubricato *'norme transitorie'*) il quale, ai fini che qui rilevano, stabilisce che *"le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse"*.

Secondo l'appellante, quindi, il richiamato articolo 357 dovrebbe essere inteso nel senso che, a far data dal giorno 8 giugno 2011 (data di entrata in vigore in parte qua del d.P.R. 207, cit.), non sarebbe più possibile concorrere alle gare utilizzando le certificazioni SOA rilasciate prima di tale data ai sensi del d.P.R. 34 del 2000.

Pertanto, le certificazioni SOA temporalmente rilasciate dopo l'8 giugno 2001 non potrebbero più fare riferimento ai requisiti meno stringenti di cui al d.P.R. 34 del 2000, ma dovrebbero necessariamente conformarsi alle sopraggiunte previsioni di cui al nuovo Regolamento.

Quindi, anche a prescindere dalla data di pubblicazione del bando (e pertanto, anche per le gare bandite dopo l'8 giugno 2011) sarebbe possibile concorrere utilizzando le certificazioni SOA di cui al regolamento n. 34 del 2000, ma tale possibilità sarebbe ammessa soltanto a condizione che tali certificazioni siano state rilasciate prima dell'8 giugno 2011

Ebbene, questo essendo il pertinente quadro normativo, l'amministrazione e i primi Giudici avrebbero dovuto farne discendere l'obbligo di escludere dalla gara la prima classificata C.E.RE.S. la quale aveva allegato in sede di domanda di partecipazione un'attestazione SOA rilasciata il 23 settembre 2011 (e quindi, ben oltre la scadenza del periodo transitorio, venuto a cessare alla data dell'8 giugno 2011), dal momento che tale attestazione risultava basata sui – meno rigorosi – requisiti di cui al d.P.R. 34 del 2000 e non anche su quelli – ben più rigorosi – di cui all'articolo 248 del nuovo 'Regolamento'.

In particolare, l'esclusione avrebbe dovuto essere disposta in quanto l'aggiudicataria non era in grado di assicurare che la direzione tecnica fosse affidata a soggetti in possesso di laurea in conservazione dei beni culturali o in architettura.

Secondo l'appellante la sentenza in epigrafe sarebbe da riformare per avere i primi Giudici erroneamente ritenuto che, al fine di invocare l'applicazione della (più favorevole) disciplina di cui al d.P.R. 34 del 2000 fosse sufficiente che, entro la data dell'8 giugno 2011 fosse stato stipulato un contratto di qualificazione e non anche che entro quella data l'attestazione fosse stata in concreto rilasciata.

Oltretutto, i primi Giudici avrebbero omesso di motivare le ragioni della propria decisione, limitandosi a richiamare un conforme comunicato dell'A.V.C.P. (in seguito: A.N.A.C.).

Con il terzo motivo l'appellante chiede la riforma della sentenza in epigrafe per avere i primi Giudici erroneamente respinto il motivo con cui si era lamentata la mancata esclusione della C.E.RE.S. dalla gara per avere la stessa prodotto una cauzione di importo insufficiente (in sede di determinazione dell'importo si era infatti tenuto conto del solo valore dei lavori e non anche di quello della progettazione esecutiva).

Sotto tale aspetto non potrebbe in alcun modo essere condivisa la tesi dei primi Giudici (volta ad ammettere la possibilità di integrare *ex post* l'importo della cauzione) in quanto tale possibilità risulta in contrasto sia con la finalità stessa della cauzione provvisoria (che è quella di garantire circa la serietà dell'offerta), sia con la più generale finalità di non alterare la *par condicio* fra i partecipanti alla gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Pisciotta il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la società C.E.RE.S. (aggiudicataria dell'appalto per cui è causa) la quale ha concluso nel senso della irricevibilità, inammissibilità e/o infondatezza dell'appello.

Con ordinanza n. 3742/2015 questo Consiglio ha respinto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata, proposta in via incidentale dalla ricorrente.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei restauri avverso la sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui il Comune di Pisciotta ha aggiudicato in favore di altro operatore economico una gara di appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza, consolidamento statico e recupero funzionale di un immobile sottoposto a vincolo (Palazzo Landulfo).
2. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dal Comune di Pisciotta in quanto il ricorso è comunque infondato nel merito.
  3. Come emerge dalla narrativa, la principale *quaestio iuris* sottesa alla presente vicenda contenziosa riguarda l'interpretazione del comma 12 dell'articolo 357 del d.P.R. 207 del 2010 e, in particolare, se il corretto regime intertemporale di validità delle SOA rilasciate ai sensi del d.P.R. 34 del 2000 sia da intendere nel senso che l'ultrattività delle attestazioni più favorevoli di cui al medesimo decreto n. 34 possa essere riconosciuta
    - a) solo se (in base a un'interpretazione più restrittiva) l'attestazione SOA sia stata rilasciata entro il giorno 8 giugno 2011 (data finale del periodo transitorio)
    - b) ovvero anche se (in base a un'interpretazione di minor rigore applicativo) entro la medesima data sia stato stipulato il contratto di qualificazione con la SOA (anche se, poi, l'attestazione sia stata resa in un successivo momento).
4. Il Collegio ritiene che la sentenza in epigrafe sia condivisibile laddove ha ritenuto che prevalenti esigenze sistematiche depongano del secondo dei sensi indicati.

E' stato richiamato al riguardo il condiviso orientamento secondo cui l'applicazione del principio '*tempus regit actum*' che ispira il disposto del comma 12 dell'articolo 357 del d.P.R. 207 del 2010 induce a ritenere che la sostanziale ultrattività delle disposizioni di cui all'articolo 26 del d.P.R. 34 del 2000 riguardi non solo le ipotesi in cui l'attestazione SOA sia stata rilasciata dopo il termine del richiamato periodo transitorio (8 giugno 2001), ma anche le ipotesi in cui, entro tale data, sia stato stipulato il contratto di qualificazione, pur se l'attestazione sia stata in concreto rilasciata dopo l'8 giugno 2001.

Il Comune di Pisciotta ha condivisibilmente osservato al riguardo che tale interpretazione risulta la più plausibile al fine di evitare il non auspicabile stato di incertezza che sarebbe derivato dall'applicazione immediata delle disposizioni sopravvenute (*i.e.*: dell'articolo 248 del d.P.R. 207 del 2010) ai rapporti pendenti.

Si aggiunge al riguardo che, nell'individuare la corretta interpretazione da fornire al comma 12 dell'articolo 357 del Regolamento del 2010 (secondo cui "*le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse*") non deve riconoscersi rilievo esclusivo al momento del 'rilascio', ma deve altresì riconoscersi rilievo non recessivo alla 'vigenza' del d.P.R. 34 del 2000.

Individuati in tal modo i termini della questione, deve ritenersi che l'ampia nozione di 'vigenza' del d.P.R. in questione sia tale da ricomprendere anche gli effetti dei contratti di qualificazione stipulati durante la sua efficacia. Ne consegue che, una volta operata la necessaria contestualizzazione nell'ambito del più volte richiamato articolo 357, la conseguenza (conforme alle conclusioni delineate dal T.A.R.) sarà nel senso che le certificazioni rilasciate sulla base di contratti di qualificazione stipulati prima della scadenza del richiamato periodo transitorio resteranno comunque disciplinate dalla (meno stringente) disciplina di cui al più volte richiamato articolo 26 del d.P.R. 34 del 2000.

5. E' parimenti infondato il secondo motivo di appello, con cui il signor Lanzara lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano respinto il motivo di ricorso con il quale si era lamentata l'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria prodotto dalla C.E.RE.S. ai fini della partecipazione alla gara.

Si è già osservato che, secondo l'appellante, la sentenza sarebbe in parte qua da riformare per non avere i primi Giudici considerato che la C.E.RE.S. non potesse fondare il calcolo della cauzione provvisoria sul solo valore della categoria prevalente delle previste lavorazioni, dovendo anche computare l'importo riferibile alla progettazione esecutiva.

5.1. Al riguardo si osserva che, anche a voler ritenere (il che non è comunque pacifico) che, nei casi di appalto integrato, l'importo della cauzione provvisoria debba effettivamente essere parametrato anche all'importo riferibile alla progettazione, il punto è che tale circostanza non avrebbe comunque potuto determinare l'esclusione della CERES dalla gara per cui è causa.

Tanto, alla luce del consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1-*bis* del decreto legislativo 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, ovvero di una cauzione incompleta, e non già del tutto assente, dovendo in tal caso l'impresa essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto (in tal senso –*ex multis* -: Coms. Stato, III; 5 dicembre 2013, n. 5781).

6. Per le ragioni dinanzi esposte il ricorso in appello deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti in relazione al doppio grado di giudizio, anche in ragione della peculiarità e parziale novità della quaestio iuris sottesa alla presente vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

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