

Consiglio di Stato, Sezione Terza, 6 marzo 2017, n. 1050

(Annulla T.A.R. Napoli, Sezione I, n. 4297 del 2016).

Offerente subentrante all'aggiudicatario in seguito allo scorrimento della graduatoria per annullamento dell'aggiudicazione originaria (e caducazione del relativo contratto). Non si applica il principio della continuità nel possesso dei requisiti di cui all'Adunanza Plenaria n. 8 del 2015. I requisiti devono essere posseduti al momento del subentro ma non necessariamente con continuità dal momento della presentazione dell'offerta.

N. 01050/2017 REG.PROV.COLL.

N. 07619/2016 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7619 del 2016, proposto dalla Zeta Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati ...;

contro

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti Scpa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati ...;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato ...;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli - Sezione I, n. 4297/2016, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di adeguamento finalizzati al rilascio della certificazione antincendio del presidio ospedaliero.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti Scpa e dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati ...

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'A.S.L. Napoli 2 Nord indicava una procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di adeguamento finalizzati al rilascio della certificazione antincendio del Presidio Ospedaliero "S. Maria delle Grazie" di Pozzuoli con importo base di euro 4.136.504,62 oltre IVA, al netto degli oneri per la sicurezza predeterminati dalla stazione appaltante, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai sensi del punto 3.3 del bando di gara, le lavorazioni erano così ripartite: categoria prevalente OG1 – classifica IV, categoria scorporabile OG11 – classifica III bis.

Con delibera n. 1190 dell'8 novembre 2013 la gara veniva aggiudicata alla prima graduata, associazione temporanea di imprese N.C. Impianti/Gioma s.r.l. con cui, in data 23 gennaio 2014, l'amministrazione stipulava il contratto d'appalto.

Tuttavia, qualche tempo dopo, l'amministrazione rilevava la carenza del requisito di qualificazione richiesto dalla *lex specialis* (attestazione SOA per la categoria prevalente OG1 – classifica IV) in capo alla società Alba 81 soc. coop. a r.l., ausiliaria della capogruppo N.C. Impianti di Napolano Castrese e subappaltatrice designata, sicché, con deliberazione n. 28 del 19 gennaio 2016 l'amministrazione disponeva l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. N.C. Impianti/Gioma s.r.l. con conseguente caducazione del contratto stipulato il 23 gennaio 2014.

All'esito dello scorrimento della graduatoria, aggiudicava l'appalto alla seconda classificata Zeta s.r.l. (già Zeta Quality Services s.r.l.).

Avverso tale nuova aggiudicazione insorgeva dinanzi al Tar Campania il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti s.c.p.a. (di seguito Consorzio Ciro Menotti), collocatosi terzo in graduatoria dopo la Zeta s.r.l., e deduceva i seguenti profili di illegittimità:

- 1) la società aggiudicataria Zeta s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per omessa specificazione, nella propria offerta, economica degli oneri per la sicurezza interni;
- 2) la stessa avrebbe dovuto essere estromessa per carenza del requisito di qualificazione afferente il possesso dell'attestazione SOA nella categoria OG11 – classifica III bis, per il quale l'aggiudicataria aveva fatto ricorso ad avvalimento, poiché l'impresa ausiliaria aveva asseritamente perso il requisito in data 5 ottobre 2015 e lo aveva riacquisito solo il successivo 29 ottobre 2015, quindi con soluzione di continuità;
- 3) ulteriore motivo per il quale la Zeta s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa, sarebbe infine costituito dalla mancata dichiarazione, in sede di prequalifica, del direttore tecnico dell'impresa ausiliaria in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale.

La società Zeta s.r.l. proponeva ricorso a sua volta ricorso incidentale avverso la mancata esclusione del Consorzio Ciro Menotti, rilevando i seguenti motivi di diritto:

- 1) il Consorzio Ciro Menotti avrebbe dovuto essere escluso per omessa indicazione degli oneri di sicurezza esterni, per aver incautamente ribassato anche la quota – parte degli oneri per la

sicurezza esterni “intrinseci” (o diretti) e per aver appostato nella propria offerta economica oneri aziendali di valore simbolico (pari ad euro 3.350,00);

2) il Consorzio ricorrente non avrebbe dovuto essere ammesso alla procedura avendo illegittimamente fatto ricorso ad un meccanismo di designazione “a cascata”, individuando per l’esecuzione dell’appalto un proprio consorziato (Consorzio delle Tecnologie soc. coop.) che, a sua volta, aveva dichiarato di partecipare per una propria associata (Elci Impianti s.r.l.) esterna al Consorzio ricorrente.

Il TAR, ha dapprima esaminato l’incidentale e lo ha respinto. Ha poi esaminato il ricorso principale e lo ha accolto per due motivi:

1. mancata indicazione, in sede di offerta, degli oneri di sicurezza interni in ossequio a quanto statuito dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2015 e n. 9/2015;
2. perdita del requisito di qualificazione richiesto dalla disciplina di gara, atteso che l’impresa ausiliaria della società aggiudicataria (Consorzio Stabile AL.MA.), alla data del 5 ottobre 2015, risulta aver subito un decremento dell’attestazione SOA riferita alla categoria scorporabile OG11 (dalla classifica III-bis alla II), per poi recuperare tale requisito solo in data 29 ottobre 2015, quindi con soluzione di continuità.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Zeta srl. La medesima ha riproposto i motivi di ricorso incidentale censurando il capo della sentenza di prime cure che li ha respinti. Ha quindi censurato l’accoglimento dei due motivi del ricorso del consorzio Ciro Menotti, osservando, quanto al primo, che è ormai la questione è stata risolta dalla A.P. n. 20/2016 (intervenuta nelle more della pubblicazione della sentenza di primo grado); quanto al secondo, che l’orientamento dell’A.P. n. 8/2015 non possa applicarsi anche al caso di scorrimento della graduatoria successivo all’annullamento in autotutela dell’originaria aggiudicazione.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 febbraio 2017.

Nel giudizio si sono costituiti il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti Scpa e l’Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord. Il primo ha insistito per la reiezione del gravame. La seconda ha concluso invece per l’accoglimento, con conseguente reiezione del ricorso introduttivo di primo grado.

DIRITTO

1. Si tratta di gara relativa all’affidamento di lavori di adeguamento finalizzati al rilascio della certificazione antincendio del Presidio Ospedaliero.

2. Il primo giudice, dopo aver respinto il ricorso incidentale dell’aggiudicataria, ha accolto il ricorso principale del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti s.c.p.a. per due ragioni:

- la mancata previsione degli oneri di sicurezza aziendali (c.d. interni) nell’offerta di Zeta s.r.l., in applicazione dei principi stabiliti dall’Adunanza Plenaria nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015;
- la perdita temporanea del possesso di uno dei requisiti, in quanto l’impresa ausiliaria della società aggiudicataria – Consorzio Stabile AL.MA. – alla data del 5 ottobre 2015 risulta aver subito un decremento dell’attestazione SOA riferita alla categoria scorporabile OG11 (dalla classifica III-bis alla II) per recuperare, poi, tale requisito solo in data 29 ottobre 2015, in

applicazione del principio sancito dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 8 del 2015 circa la necessaria continuità dei requisiti richiesti sino alla stipula del contratto.

3. Nessuna di tali ragioni, lette alla luce dell'analisi critica condotta dall'appellante, è tuttavia pienamente convincente.

3.1. Quanto alla prima, anzitutto, occorre tenere presenti i principi di recente affermati dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 20 del 27 luglio 2016 a mente delle quale, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

3.2. Più complessa è la seconda questione. Il primo giudice ha richiamato l'autorevole orientamento dell'Adunanza Plenaria per il quale le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2015), ritenendo di non poter dare rilievo all'obiezione della Zeta s.r.l. per la quale l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata (a.t.i. N.C. Impianti) dispenserebbe le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento.

3.3. In proposito ha affermato che *“lo scorrimento attuato dalla stazione appaltante dopo l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della prima graduata non costituisce una nuova gara, ma si presenta quale ulteriore segmento della originaria procedura di affidamento, della quale assorbe tutti gli atti e gli adempimenti presupposti: difatti, non vi è alcuna modifica delle condizioni di gara né formulazione di nuove offerte ma solo utilizzo della medesima graduatoria in luogo della indizione di una nuova selezione concorsuale”*.

4. La tesi non persuade il Collegio.

4.1. Nella pronuncia citata, l'Adunanza Plenaria chiarisce che il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.

4.2. Il presupposto perché un simile requisito possa porsi a base di un giudizio di affidabilità così pregno di rilevanza ed effetto, risiede nell'esistenza di un rapporto fra impresa ed amministrazione, dapprima caratterizzato da un momento procedimentale in cui l'impresa formula l'offerta e si impegna a mantenerla ferma nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, per tutta la durata della gara, e poi da un momento contrattuale in cui l'impegno si traduce in concrete obbligazioni reciproche.

4.3. Quando, tuttavia, la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

4.4. E' pur vero che nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida legittimamente di scorrere la graduatoria non vi è l'indizione di una nuova selezione concorsuale, né formulazione di nuove offerte, ma ciò non vale ad elidere l'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, i.e. l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, c'è una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), tant'è che la stesse devono essere "confermate" in sede di interpello.

4.5. In ogni caso sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione.

5. Ciò conduce all'accoglimento dell'appello e per l'effetto alla reiezione del ricorso introduttivo proposto dal Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro *Ciro Menotti s.c.p.a.*

6. Statuizioni - quelle appena indicate - che rendono ultroneo l'esame dei motivi d'appello attraverso i quali *Zeta s.r.l.* ripropone, in sostanza, il suo ricorso incidentale escludente in primo grado.

7. Avuto riguardo all'evoluzione della giurisprudenza ed alla complessità delle questioni appare equo compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso introduttivo in primo grado.

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 23 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere