

TAR Calabria, Sez. staccata Reggio Calabria, Sentenza n. 325 del 10 maggio 2024

Appalti di lavori – Attestazione SOA in scadenza – Ultrattività se richiesto rinnovo entro 90 giorni prima della scadenza

Pubblicato il 10/05/2024

N. 00325/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00280/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 280 del 2024, proposto da (...) S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale comeda PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria *ex lege* in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15;

nei confronti

(...) S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura negoziata senza bando indetta dell'(...) a norma dell'art. 50, comma 1 lettera d) del D. Lgs. 36/2023, attraverso RdO Aperta in MePA, avente ad oggetto l'affidamento dei "LAVORI DI SOPRAELEVAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'EDIFICIO SEDE DELL'(...). PROGETTO DI COMPLETAMENTO - CUP (...) CIG (...)”, nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta l'aggiudicazione dell'appalto alla (...) S.r.l. e non, viceversa, l'esclusione dello stesso dalla procedura con conseguente aggiudicazione in favore del ricorrente e, in particolare:
 - della Comunicazione di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 90 del D. Lgs.39/2023, trasmessa al ricorrente in data 25.03.2024;
 - del Decreto n. 70/2024/(...) del 22.03.2024, mediante il quale l'Amministrazione ha aggiudicato l'appalto (in maniera efficace) in favore dell'impresa controinteressata;
 - della proposta di aggiudicazione, giusta verbale di gara n. 5 del 01.03.2024, in favore della (...) S.r.l.
 - dei verbali delle sedute di gara da n. 1 a n. 5, dalle quali scaturiscono i punteggi attribuiti all'offerta tecnica ed economica degli operatori economici ammessi alla procedura;
 - dei verbali di gara n. 1 del 01.02.2024 e n. 2 del 09.02.2024, redatti dal RUP, contenenti l'analisi della documentazione amministrativa degli operatori economici per la partecipazione alla procedura di gara;
 - delle operazioni di verifica e delle risultanze delle verifiche condotte dalla S.A. al fine di accertare il possesso dei requisiti generali e speciali da parte dell'aggiudicatario e, quindi, pervenire all'aggiudicazione (definitiva);
 - ove occorra, della RDO n° 3929339 del 28/12/2023, con cui l'(...) ha trasmesso l'avviso di avvio della procedura negoziata senza bando, ai sensi degli artt. 14 e 50, comma 1 lettera d) del D. lgs 36/2023, nonché dell'avviso stesso;

- ove occorra, della Lettera di Invito e Disciplinare di gara;
- nonché di ogni altro atto, provvedimento o comportamento amministrativo – nessuno eccettuato e/o escluso – preliminare, preordinato, connesso, conseguente, e/o consequenziale a quelli impugnati;

con richiesta

- di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a.;
- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'(...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente società ha partecipato alla procedura negoziata senza bando ai sensi degli artt. 14 e 50, comma 1, lettera d), del D.lgs. n. 36/2023, indetta dall'(...) (d'ora in avanti, solo "(...)") per l'affidamento dei "*Lavori di Sopraelevazione e ristrutturazione dell'edificio sede dell'(...)-Progetto di completamento*" (importo a base d'asta € 1.496.231,79), da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa.
2. All'esito dell'esperto confronto concorrenziale, cui sono stati invitate tre ditte,

di cui una non ammessa, con decreto presidenziale n. 70/2024 del 21.03.2024 la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'impresa (...), prima classificata con punti 87, immediatamente seguita dalla ricorrente classificatasi al secondo posto della graduatoria finale con punti 80,41.

3. Con il ricorso in epigrafe, la (...) è insorta avverso la prefata determinazione di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento sulla scorta di due gruppi di censure, così rubricati:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16, comma 5 dell'Allegato II.12 del D. Lgs.36/2023. Violazione delle norme primarie e dei principi in punto di qualificazione degli operatori economici. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6.2 del Disciplinare di gara. Difetto assoluto di istruttoria. Eccesso di potere e violazione dei canoni di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione della par condicio competitorum. Violazione del principio del risultato.

Con il primo motivo si lamenta che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del fatto che l'attestazione SOA, presentata ai fini della comprova del requisito di qualificazione nella categoria prevalente OG1, sarebbe venuta a scadenza in data 03.02.2024 in pendenza della procedura di gara e sarebbe stata "rinnovata" soltanto con certificato rilasciato il successivo 15.02.2024; ciò perché la controinteressata avrebbe richiesto il rinnovo dell'attestazione SOA soltanto 50 giorni prima della scadenza del titolo e non entro il termine di 90 giorni, come prescritto dall'art. 16, comma 5, All.II.12 D.lgs. n. 36/2023.

II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 119 del D. Lgs. 36/2023. Violazione dell'art. 12, comma 2 del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, conv. con modifiche in L. 23 maggio 2014 n. 80. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 del Disciplinare di gara. Difetto assoluto o carenza di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Con il secondo motivo si lamenta che la società aggiudicataria, essendo priva di qualificazione nelle categorie scorporabili OS 28 e OS 30, avrebbe prodotto una dichiarazione generica di subappalto, elencando le categorie di lavorazioni da

subappaltare senza classificarle e, soprattutto, senza specificare la natura di subappalto necessario o “qualificante”, in violazione delle norme citate in rubrica.

4. Con memoria difensiva depositata il 06.05.2024 si è costituita in giudizio l'(...) per resistere al ricorso, eccependone l'infondatezza in fatto e in diritto ed allegando i documenti di gara.

5. La società controinteressata, pur ritualmente evocata, non si è costituita in giudizio.

6. Alla camera di consiglio dell'8 maggio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

7. Sussistono innanzitutto i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a, essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza.

8. Il ricorso è fondato in relazione all'efficacia assorbente del primo motivo calibrato sulla violazione dell'art. 16, comma 5 dell'Allegato II.12 del D.lgs. n.36/2023 e dell'art. 6.2. della *lex specialis*, nonché sul difetto di istruttoria.

Al riguardo, va brevemente rilevato in punto di fatto che:

a) l'attestazione SOA n. 7455/57/01 (con scadenza in data 03.02.2024), rilasciata ad (...) dalla SOA (...) spa, prevedeva effettivamente in capo alla aggiudicataria la richiesta qualificazione per la categoria prevalente OG1;

b) in data 12.12.2023 l'aggiudicataria ha sottoscritto il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA, come risulta dalla copia del rapporto di verifica attestante la data e l'ora della sottoscrizione dei firmatari depositata in atti (doc. n. 5 di parte ricorrente);

c) il termine di presentazione delle offerte scadeva il 31.01.2024;

d) la successiva attestazione SOA n. 8940/57/01 del 15.02.2024 confermava la suddetta qualificazione per la categoria prevalente OG1 in capo all'aggiudicataria, classificandola ad un livello superiore (da class. III *bis* alla class. IV);

e) l'attestazione SOA dell'aggiudicataria relativa alla categoria prevalente OG1 presenta, dunque, un'inammissibile soluzione di continuità per essere scaduta in corso di gara (03.02.2024) ed essere stata rinnovata solo in data 15.02.2024 con un "vuoto" temporale pari a 11 giorni.

9. In diritto, giova sottolineare che l'art. 16 comma 5 All. II.12 D.lgs. n.36/2023, nel prescrivere che "...*Almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'operatore economico che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione*", ripropone pedissequamente il precetto già imposto dall'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207/2010.

Il Collegio, pertanto, reputa che non sussistano ragioni per discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla previgente disposizione per cui:

- nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, "*l'operatore che partecipa alla gara d'appalto deve garantire, con costanza, il possesso della qualificazione richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica, onde assicurare alla stazione appaltante la propria affidabilità, nonché la perdurante idoneità tecnica ed economica*" (v. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2020 n. 7178; Id, 21 agosto 2020 n. 5163; Ad. Plen. 20 luglio 2015 n. 8);

– è ammessa l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove questa sia stata ritualmente e tempestivamente attivata; al fine della verifica della continuità del possesso del requisito di cui all'attestato di qualificazione, "*è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con la SOA il relativo contratto, o abbia presentato una istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine normativamente previsto, cioè nei 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2014; n. 27 del 2012; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2017, n. 1091). Diversamente, il decorso dei predetti 90 giorni non preclude di per sé il rilascio dell'attestazione: essa deve però considerarsi nuova e*

autonoma rispetto all'attestazione scaduta, e comunque decorrente, quanto a efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio, senza, cioè, retroagire al momento di scadenza della precedente, ovvero senza saldarsi con quest'ultima (Cons. Stato, V, 6 luglio 2018, n. 4148)" (v. Cons. Stato, sez. V, n. 7178/2020 cit.).

La *ratio* della regola dell'ultravigenza della SOA risiede nel non far ricadere sull'impresa concorrente le conseguenze della durata del processo di verifica da parte dell'organismo di attestazione. Tuttavia, *"occorre comunque che l'impresa abbia posto in essere nel termine di 90 giorni precedenti alla scadenza del termine di efficacia della SOA, tutte le attività necessarie per radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le verifiche"* (v. TAR Napoli, sez. I, 12 agosto 2019 n. 4340).

Nel caso di specie:

- la controinteressata ha partecipato alla gara in virtù di una SOA pacificamente scaduta il 03.02.2024, ma non ha chiesto tempestivamente all'organismo di attestazione (stipulando all'uopo il relativo contratto d'incarico solo in data 12.12.2023) di procedere alla verifica della sua posizione e di provvedere al conseguente "aggiornamento" (o "rinnovamento") dell'attestato in questione;
- il nuovo certificato SOA, infatti, ancorché recante una classifica superiore rispetto a quella precedentemente posseduta dall'aggiudicataria e presentata in fase di gara per la partecipazione alla procedura, passando dalla categoria OG1 class. III *bis* alla class. IV- è stato rilasciato in data 15.02.2024, mentre il termine di novanta giorni antecedenti la data di scadenza dell'attestazione, previsto dall'art. 16, comma 5, All.II.12 D.lgs. n. 36/2023, era scaduto il 05.11.2023.

L'(...) ha, quindi, omesso di rilevare che il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA, sottoscritto il 12.12.2023 dal legale rappresentante di (...), non poteva consentire l'ultrattività della "vecchia" SOA o, in altri termini, che la nuova SOA non poteva che avere un'efficacia *ex nunc* (ossia dal 15.02.2024), determinando una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti specifici di partecipazione pari a 11 giorni.

Coglie, dunque, nel segno la censura con cui viene contestata l'ultravigenza della pregressa attestazione SOA in capo alla controinteressata (...), non potendo seguirsi la giurisprudenza richiamata a pag. 5 dalla memoria di costituzione dell'(...) che non appare pertinente alla specifica questione oggetto del presente giudizio.

9. Per questa ragione, la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione è fondata e va, pertanto, accolta, con assorbimento dell'ulteriore motivo di ricorso.

10. Non vi è luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione dell'inefficacia contratto, non risultando dagli atti depositati in giudizio che sia intervenuta la relativa stipula né può accogliersi la domanda di risarcimento in forma specifica, da disporsi mediante aggiudicazione della gara, dovendo l'Amministrazione resistente riprendere la procedura di gara ed effettuare le verifiche previste dall'art. 17 del D.lgs. n. 36/2023 in capo alla ricorrente.

11. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo a carico dell'Amministrazione resistente, mentre possono essere dichiarate irripetibili nei confronti della società controinteressata non costituitasi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Respinge la domanda di reintegrazione in forma specifica.

Condanna l'(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al rimborso del contributo unificato ed accessori come per legge, mentre le dichiara irripetibili nei confronti di (...) S.r.l.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024

con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Roberta Mazzulla, Primo Referendario

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Andrea De Col

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO