



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2012, proposto da:

Giancaterino Costruzioni dell'Arch. Giancaterino Sergio e C. Sas, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo De Santis, Mirco Di Bonaventura, con domicilio eletto presso Mirco Rossini in Ancona, corso Garibaldi 154;

contro

Comune di Montepandone, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ortenzi, con domicilio eletto presso Avv. Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti, 99; Comune di Montepandone Responsabile del Settore 2°, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Gaspari Gabriele Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso Avv. Andrea Galvani in Ancona, corso Mazzini, 156; Edil Costruzioni Srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- 1) della determinazione del Responsabile del 2° Settore del Comune di Montepandone n. 38 – r.g. 226 del 5.6.2012 e della connessa determina r.g. 230 del 6.6.2012, con cui è stata aggiudicato in via definitiva alla ditta Gaspari Gabriele s.r.l. l'appalto dei "lavori di completamento della bretella stradale di collegamento zona industriale – via Scopa" – codice identificativo gara cig 40230115b2;
- 2) per quanto necessario, dei precedenti provvedimenti presupposti: determina n. 34 del 13.4.2012 del Responsabile del Settore 2° del Comune appaltante, con cui è stata annullata l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Giancaterino Costruzioni s.a.s., e riammessa la ditta Edil Costruzioni s.r.l.; determina del Responsabile del Settore 2° del Comune r.g. 166/2012, con la quale è stato aggiudicato in via provvisoria l'appalto alla suddetta impresa Gaspari Gabriele;
- 3) di tutti gli altri atti precedenti e/o conseguenti, comunque connessi o collegati, nessuno escluso o eccettuato e, per quanto possa occorrere, del bando di gara e di tutti gli atti della procedura di selezione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montepandone e di Gaspari Gabriele Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Esponde parte ricorrente di avere partecipato alla procedura di appalto di lavori indetta dal Comune di Monteprandone per i "lavori di completamento della bretella stradale di collegamento zona industriale – via Scopa" – codice identificativo gara cig 40230115b2.

La ricorrente, nella seduta della Commissione di gara del 3.4.2012, risultava aggiudicataria provvisoria, come da determina n. 32 dell'11.4.2012 del responsabile del settore 2° del Comune.

Con l'impugnata determina n. 34 del 13.4.2012, l'aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente veniva annullata, in quanto il Comune riteneva di riammettere alla gara la Ditta Edil Costruzioni Sas, la quale precedentemente era stata esclusa per avere presentato una certificazione SOA scaduta.

Nella seduta del 26.4.2012, con l'apertura dell'offerta dalla Edilcostruzioni Sas e il calcolo della nuova soglia di anomalia, veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria la contro interessata Gaspari Gabriele Srl.

Successivamente la Gaspari Gabriele Srl era dichiarata aggiudicataria definitiva con determinazione n. 48 (erroneamente indicata come n. 38 nell'epigrafe del ricorso) r.g. 226 del 5.6.2012 del responsabile del settore 2° del Comune.

Con il presente ricorso, depositato in data 19.7.2012, la ricorrente impugna gli atti di gara censurando la decisione di riammettere la Edilcostruzioni SAS alla gara e la nuova decisione relativa all'aggiudicazione della stessa.

Con la prima censura si denuncia la violazione dell'art. 40 del d.lgs 163/2006 e del DPR 207/2010, la violazione e la falsa applicazione delle disposizioni della lettera di invito –disciplinare di gara e l'eccesso di potere sotto vari profili.

Esponde la ricorrente che la Edilcostruzioni Sas non avrebbe prodotto l'attestazione SOA, richiesta a pena di esclusione, presentando un attestato scaduto unito alla semplice dichiarazione che l'attestazione sarebbe stata in corso di rinnovo. L'attestazione sarebbe da considerarsi comunque nuova attestazione e non verifica triennale, per cui la Gancaterino Sas sarebbe stata priva della medesima al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Inoltre la ricorrente sostiene che l'acquisizione del rinnovo della SOA da parte della Stazione Appaltante sarebbe avvenuta in spregio della normativa in materia di gare pubbliche e della legge di gara, trattandosi di nuova documentazione.

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta il vizio di eccesso di potere, affermando che la riammissione della Edilcostruzioni Sas e la valutazione della sua offerta economica sarebbe avvenuta in violazione dei principi sulla segretezza delle offerte e sulla loro adeguata custodia.

Si sono costituiti il Comune di Monteprandone e la nuova aggiudicataria Gaspari Gabriele Srl, resistendo al ricorso. Alla Camera di Consiglio del 26.7.2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione sul merito ai sensi degli artt. 60 e 74 del d.lgs 104/2010,

1 Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

1.2 Va preliminarmente detto che, dopo la notifica del ricorso, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sul problema, oggetto di contrasti giurisprudenziali, della validità della attestazione SOA scaduta per la quale è stato chiesto il rinnovo o la verifica triennale.

1.3 Infatti, la recentissima Adunanza Plenaria del 18.7.2012 n. 27 ha ritenuto di pronunciarsi sul problema relativo alla possibilità o meno, per l'impresa che abbia fatto la richiesta della verifica, di partecipare alle gare indette in pendenza della sua esecuzione, nel regime di cui all'art. 15 bis del DPR 34/2000 (oggi l'art. 77 del DPR 207/2010

prevede espressamente il caso).

1.4 L'Adunanza Plenaria, aderendo alla tesi meno restrittiva, condivisa dal Collegio, ha ritenuto che sia possibile "partecipare alle gare esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda di richiesta della verifica, e perciò in pendenza della stessa, potendo restare in gara in caso di verifica positiva, anche se compiuta dopo il triennio "cioè è come a dire che, in tale caso, ai fini della validità della domanda di partecipazione alla gara, la scadenza del triennio o del quinquennio, si ha come non avvenuta" (Cds Sez. V 16.6.2009 n. 3878; 8.9.2010 n. 6506). Ancora, non vi è ragione di penalizzare l'impresa che pure ha adempiuto all'onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di verifica: l'impresa verrebbe così esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare. L'impresa perciò, esibita alla stazione appaltante, insieme con la domanda di partecipazione alla gara, quella proposta in termini per la verifica, potrà concorrere nella procedura di affidamento (Cds AP 27/2012 cit.).

2 Alla luce di tale decisione, totalmente condivisa dal Collegio, il primo motivo di ricorso è infondato.

2.1 In particolare, nella gara in oggetto, il termine per la presentazione delle offerte scadeva in data 2.4.2012. La Edilcostruzioni Sas ha presentato un'attestazione SOA in scadenza il 26.3.2012, con qualificazione, tra l'altro per OG 3 cat.III (richiesta dal bando), la dichiarazione del legale rappresentante che era in corso il rilascio, richiesto il 27.1.2012, di una nuova SOA aggiornata e la dichiarazione dell'Autorità che l'aveva rilasciata che attestava la pendenza dell'istruttoria per la verifica dei requisiti al 22.3.2012. Tale istruttoria, oltre a prevedere la progressione di una classe nella categoria OG1 e la classificazione nella categoria OG 11 prevedeva la conferma della III classifica nella categoria OG3. L'attestazione è stata poi rilasciata il 29.3.2012.

2.2 Sia alla luce dell'art. 77 del DPR 207/2010, sia della precedente formulazione di cui all'art. 15 bis del DPR 34/2000, come interpretato dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria, la decisione del Comune appare immune da ogni censura. Infatti:

-la domanda conteneva tutta la documentazione necessaria per verificare che la SOA, la cui scadenza era pochi giorni precedente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, era in fase di rinnovo-verifica triennale.

-il rinnovo della SOA è stato chiesto ben prima della sua scadenza, in data 19.1.2012, come risulta dall'attestazione scaduta. Il rilascio della nuova SOA è avvenuto il 29.3.2012, quindi prima del termine di scadenza per la presentazione delle offerte (2.4.2012). E' quindi risultato che in nessun momento della procedura di gara la ricorrente è stata priva di attestazione SOA.

-la Edilcostruzioni Sas ha presentato nella domanda di partecipazione la precedente SOA e la dichiarazione relativa alla procedura di rinnovo in corso.

-non è altresì rilevante se si sia trattato di rilascio di nuova attestazione o di verifica triennale. E' noto al Collegio l'orientamento per cui, nel caso in cui venga chiesto il rinnovo della SOA non la verifica triennale nel rispetto dei termini di legge (60 giorni prima della scadenza) non varrebbe la regola relativa alla possibilità di partecipare alle gare durante il periodo di rilascio del rinnovo (CdS sez. V 18.4.2012 n. 2247).

2.3 In realtà, al di là della condivisibilità di tale orientamento alla luce della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria, nel caso in esame la SOA risulta rilasciata precedentemente al termine per la scadenza delle offerte, e la Edilcostruzioni Sas non l'avrebbe presentata per mancanza della sua disponibilità materiale.

2.4 La Edilcostruzioni Sas era quindi già dotata di una nuova attestazione SOA al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per cui è mancato, come già accennato, un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte in cui la Ditta non fosse in possesso della certificazione. Non ha quindi rilevanza alcuna la questione relativa alla tempestiva richiesta del rinnovo o al rilascio della nuova

attestazione entro il termine di scadenza della certificazione precedente. In ogni caso, si può aggiungere che, seppure sia irrilevante nel caso in esame, il rinnovo risulta chiesto tempestivamente e che l'eventuale protrarsi della procedura di rinnovo-verifica triennale dopo la scadenza della precedente attestazione è stato ritenuto non incidente sulla continuità del possesso della SOA dall'Adunanza Plenaria nella citata sentenza 27/2012 (per la tesi contraria Cds sez. V 12.7.2010 n. 4477).

-ne consegue che non si è verificata alcuna illegittima integrazione documentale da parte della Stazione appaltante. La Edilcostruzioni Sas aveva presentata documentazione sufficiente con riguardo all'art. 77 del DPR 207/2010 e all'art. 15 bis del DPR 34/2000, come interpretato dall'Adunanza Plenaria, presentando la SOA scaduta e l'attestazione (sia del rappresentante legale dell'Azienda, sia dell'organismo certificatore) della presenza della richiesta di rinnovo. Tali documenti erano già sufficienti per ammettere la Ditta alla gara. Il rilascio dell'attestazione con datazione precedente al termine di scadenza delle offerte è un'ulteriore conferma del corretto comportamento del Comune, che non ha eseguito alcuna integrazione documentale di un documento assente e previsto a pena di esclusione, ma ha semplicemente preso atto dell'illegittimità di un'esclusione che era errata anche in base alla documentazione già in suo possesso.

2.5 Non vi è quindi stata alcuna violazione della normativa in tema di appalti e della legge di gara.

3 Con riguardo al secondo motivo di ricorso, lo stesso si presenta generico. In presenza di una gara con l'aggiudicazione al prezzo più basso è del tutto normale che, in caso di riammissione di una concorrente, si debba procedere al ricalcolo della soglia di anomalia dopo che è stata già effettuata apertura delle altre offerte. Non è fornito alcun elemento riguardo la possibile non corretta custodia della busta contenente l'offerta economica di Edilcostruzioni Sas, che era stata esclusa nella seduta di gara del 3.4.2012, dove, come risulta dal verbale, erano state aperte le buste contenenti l'offerta economica delle ditte ammesse. L'apertura dell'offerta della Ditta Edilgruppo Sas è avvenuta, dopo la sua riammissione alla gara, in data 26.4.2012 (in seduta pubblica), senza che alcuno presentasse in tale sede contestazioni sull'integrità del plico o sulla custodia dell'offerta.

3.1 Ne consegue che, di fatto, aderire alla tesi della ricorrente equivarrebbe a stabilire l'impossibilità della riammissione di ditte erroneamente escluse dopo l'apertura delle offerte economiche.

4 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

4.1 Considerata la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 27/2012 dopo la notifica del ricorso e i precedenti contrasti giurisprudenziali, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

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