Il T.A.R. Lazio, Roma, Sez.I, 20 gennaio 2010, n. 626

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma,
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1059 del 2009, proposto da: imprese in costituenda ATI: Impresa P. R. – C. E. S.i e .C. S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. A. A. unitamente al quale elettivamente domiciliano in Roma;

contro

P. del C. dei M. – C. di G. per l'E. s.-e. a. del b. i. del fiume S. ex O.P.C.M. n. 3270 del 12.3.2003 – S. i. I. e T., rappresentati e difesi dall'A. G. dello S. presso cui ope legis domiciliano in Roma,

nei confronti di

S. S.; I. C. Srl;

per l'annullamento

della nota prot. 782 del 17.10.2005 del M. delle I. e dei T. – S. I. I. e T. di N., a mezzo della quale è comunicata l'esclusione della costituenda ATI ricorrente e l'aggiudicazione della gara in oggetto all'ATI S. S.r.l. – I. C.i S.r.l.;
dei verbali tutti di gara e segnatamente del verbale di asta pubblica del 21.9.2005 rep. n. 145 nella parte in cui esclude la costituenda ATI ricorrente e del verbale di gara del 22.9.2005 rep. n. 146 a mezzo del quale si individua l'ATI S.costruzioni S.r.l. quale aggiudicataria della gara de qua;
di ogni ulteriore atto connesso consequenziale o comunque lesivo degli interessi delle ricorrenti nonché per l'annullamento degli atti susseguenti e segnatamente dell'eventuale determina di numero e data sconosciuti di aggiudicazione della gara e/o dell'eventuale intervenuto contratto di appalto
nonché per il risarcimento dei danni
derivanti dalla mancata aggiudicazione dell'appalto de quo, concretantesi nella perdita di chance, nelle spese inutilmente sostenute, nel mancato utile ragguagliati ex art. 345 l. 2248/1865 ed ex l. 741/1981, nella misura del 10% del valore dell'appalto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A. G. dello S.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La P. del C. dei M. – C. delegato ex OPCM 3270/2003 per l'emergenza ambientale del bacino idrografico del fiume S. (soggetto delegato alla procedura di gara: S. I. I. e T. – S. I. – N.) ha bandito una gara per pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di completamento della rete fognaria del Comune di S. V. T. (Sa) per l'importo complessivo di € 5.147.789,73 oltre IVA.
L'art. 11 del bando di gara ha previsto quale requisito di partecipazione la "attestazione SOA, per la categoria OG6 classifica V (prevalente), rilasciata da Società autorizzata ai sensi del DPR 34/2000, in corso di validità".
La costituenda ATI impresa P. R. e CO. s.r.l. ha partecipato alla gara, ma la stazione appaltante, con l'impugnata nota del 17 ottobre 2005, ha comunicato la sua esclusione in quanto l'attestazione SOA,

presentata in copia dall'impresa mandante, risulta scaduta al 14.3.2005.
Le ricorrenti hanno proposto ricorso innanzi al TAR Campania, Sede di Napoli, che, con sentenza 5 dicembre 2008, n. 21172, ha dichiarato la propria incompetenza funzionale, rilevando che, ai sensi dell'art. 3, co. 2 bis, del d.l. 245/2005, le controversie riguardanti i provvedimenti commissariali adottati nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, co. 1, l. 225/1992, sono devolute in via esclusiva alla competenza di primo grado del TAR Lazio, con sede in Roma.
Di talché le ricorrenti hanno provveduto alla riassunzione del giudizio innanzi a questo Tribunale, articolando i seguenti motivi di impugnativa:
Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 15, co. 5, d.P.R. 34/2000 come sostituito ex art. 1 d.P.R. 93/2004 – Violazione del principio di inserzione automatica delle norme di legge in tema di affidamento di appalto di lavori – Eccesso di potere – Difetto del presupposto.
L'esclusione sarebbe illegittima in quanto violativa della disciplina inerente al sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici ai sensi dell'art. 8 l. 109/1994 s.m.i. e del relativo regolamento di cui al d.P.R. 34/2000. In particolare, l'art. 15, co. 5, del regolamento, come modificato dal d.P.R. 93/2004, nel portare da tre a cinque anni la validità delle attestazioni SOA, avrebbe previsto la proroga ex lege della validità di quelle, come l'attestazione prodotta in sede di gara, già rilasciate alla data di entrata in vigore della l. 166/2002.
In sostanza, l'attestazione SOA presentata dalla mandante del costituendo raggruppamento ricorrente, sulla base del criterio dell'inserzione automatica di clausole e di norme di legge, sarebbe stata ancora valida all'atto della partecipazione alla gara.
Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 21, co. 3, d.lg. 406/1991. Violazione e falsa applicazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici – Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 6 l. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'obbligo di invitare i concorrenti a completare o chiarire la documentazione presentata in sede di gara – Violazione del giusto procedimento di legge – Eccesso di potere – Difetto di istruttoria.
La stazione appaltante, in violazione dell'obbligo di cui all'art. 21, co. 3, d.lg. 406/1991 nonché del principio del giusto procedimento, avrebbe automaticamente escluso l'ATI P. dalla partecipazione alla gara senza chiedere chiarimenti ed omettendo la necessaria verifica in concreto del possesso dei requisiti.
Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 bis, l. 109/1994. Violazione e falsa applicazione della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti – Eccesso di potere – Difetto di istruttoria – Sviamento.
Le imprese risultate aggiudicatarie della gara, alla luce della norma in epigrafe, sarebbero dovute essere escluse per il collegamento sostanziale con altra ditta partecipante.
Le ricorrenti hanno altresì avanzato domanda di risarcimento dei danni per effetto sia del mancato utile conseguente alla mancata aggiudicazione sia della perdita di chances derivante dalla mancata acquisizione dei titoli professionali e tecnici.
L'A. dello S., in rito, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva formata con ordinanza n. 327 del 3 ottobre 2005 e, nel merito, ha contestato la

fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.
Le ricorrenti hanno depositato altra memoria a sostegno delle proprie ragioni
All'udienza pubblica del 13 gennaio 2010, la causa è stata trattenuta per la decisione.
2. L'eccezione di improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva è infondata.
Il Collegio – fermo restando che l'espressione con la quale, nel ricorso introduttivo, si dichiara che l'impugnazione è rivolta ad ogni altro atto connesso e consequenziale ha carattere di clausola di mero stile, essendo necessario che il ricorrente indichi in maniera espressa gli atti che intende impugnare – rileva che le ricorrenti, nel formulare la suddetta clausola di stile, hanno però specificato che l'impugnativa è estesa all'eventuale determina, di numero e data sconosciuti, di aggiudicazione della gara.
Ne consegue – rilevato altresì che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in data antecedente alla proposizione del ricorso al TAR Campania – che, sebbene nel ricorso non sia stata indicata la data del provvedimento di aggiudicazione, la volontà di estendere l'impugnativa a tale atto risulta in modo inequivocabile dall'epigrafe del ricorso.
3. Nel merito, il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.
Con nota del 17 ottobre 2005, il M. delle I. e dei T., S. C. M. S. I., N. - autorizzato dal C. delegato ex O.P.C.M. 3270/2003 ad esperire asta pubblica per l'affidamento delle opere di completamento della rete fognaria del C. di S. V. T. (Sa) – ha fatto presente all'ATI P. R. (capogruppo) – C.. s.r.l. (mandante) che, a seguito della verifica della documentazione trasmessa, l'impresa è stata esclusa in quanto "l'attestazione SOA, presentata in copia dall'impresa mandante, risulta scaduta al 14/03/2005".
Il Collegio rileva in via preliminare che, nonostante la formulazione molto sintetica dell'inciso "presentata in copia dall'impresa mandante", è verosimile ipotizzare che l'esclusione sia stata disposta non solo per l'attestazione già scaduta ma anche perché la stessa è stata presentata dalla sola impresa mandante e non in copia autenticata, laddove il disciplinare di gara ha previsto, a pena di esclusione, la produzione, nel caso di imprese da riunirsi o da associarsi, di più attestazioni (o copie autenticate esclusivamente ai sensi degli artt. 18 o 19 d.P.R. 445/2000) rilasciate da società di attestazione regolarmente autorizzata.
Ad ogni buon conto, anche ritenendo che l'unico motivo di esclusione sia stata la presentazione di una attestazione SOA già scaduta, le censure non sono persuasive.
3.1 Le ricorrenti, con il primo motivo d'impugnativa, hanno dedotto l'illegittimità dell'esclusione dalla gara dalla violazione dell'art.15, co. 5, del d.P.R. 34/2000, come modificato dal d.P.R. 93/2004, che, nel portare da tre a cinque anni la validità delle attestazioni SOA, avrebbe previsto la proroga ex lege della validità di quelle già rilasciate alla data di entrata in vigore della l. 166/2002.
La censura è infondata.
L'art. 15, co. 5, d.P.R. 43/2000, come sostituito dall'art. 1 d.P.R. 93/2004, stabilisce che la durata dell'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'art. 15 bis.
La persistenza della validità dell'attestazione di qualificazione per cinque anni, pertanto, è subordinata all'effettuazione della verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, di cui

all'art. 17 dello stesso d.P.R. 34/2000, e di capacità strutturale (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige, 6 novembre 2008, n. 284; T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 28 luglio 2008, n. 1100; T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, 1 novembre 2007, n. 2047; T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 10 aprile 2006, n. 539).
Ne consegue che, dovendo essere attribuita valenza costitutiva alla verifica, qualora l'impresa, alla scadenza del triennio, non si sottoponga al prescritto controllo, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla predetta scadenza fino all'effettuazione della verifica con esito positivo.
In sostanza, nel periodo non coperto dalla verifica, il concorrente non può ritenersi in possesso dei necessari requisiti di qualificazione.
Il provvedimento di esclusione delle ricorrenti, quindi, è immune dai vizi dedotti con il primo motivo in quanto non risulta provata l'avvenuta produzione in sede di gara dell'attestazione della positiva verifica triennale, alla quale è condizionata la persistenza di validità dell'attestazione fino al quinto anno.
3.2 Parimenti infondato è il secondo motivo d'impugnativa, con cui le ricorrenti hanno dedotto l'illegittimità dell'azione amministrativa dal fatto che la stazione appaltante avrebbe automaticamente escluso l'ATI P. dalla partecipazione alla gara senza chiedere chiarimenti ed omettendo la necessaria verifica in concreto del possesso dei requisiti.
In proposito, è sufficiente evidenziare che la possibilità di integrare o meno la documentazione è ammissibile solo ove la stessa non abbia il requisito dell'essenzialità o se per essa la lex specialis non precluda la presentazione oltre un certo termine a pena di esclusione, vale a dire che la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata dalla stazione appaltante se è indirizzata ad integrare documenti che in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito avrebbero dovuto essere prodotte a pena di esclusione (cfr. Cons. St., V, 15 settembre 2009, n. 55039).
Nel caso di specie, l'art. 11 del bando di gara, tra i requisiti di partecipazione, ha previsto l'attestazione SOA, per la categoria OG6 classifica V (prevalente), rilasciata da Società autorizzata ai sensi del d.P.R. 34/2000, in corso di validità ed il relativo disciplinare di gara ha stabilito che nella busta A (documentazione) deve essere contenuta, a pena d'esclusione, l'attestazione ovvero, nel caso di concorrenti costituiti da imprese riunite o associate o da riunirsi o da associarsi, più attestazioni rilasciate da società di attestazione (SOA) di cui al d.P.R. 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità, per la categoria OG6 classifica V.
Ne consegue che, in presenza di una prescrizione tassativa imposta a tutti i concorrenti a pena di esclusione, la stazione appaltante ha escluso le ricorrenti nell'esercizio di un potere vincolato.
3.3 L'infondatezza delle censure rivolte avverso il provvedimento di esclusione dalla gara determina l'inammissibilità per carenza di interesse della doglianza secondo cui le imprese risultate aggiudicatarie della gara sarebbero dovute essere escluse per il collegamento sostanziale con altra ditta partecipante.
Infatti, le ricorrenti, legittimamente escluse dalla gara, non potrebbero conseguire alcuna utilità dall'eventuale accoglimento della censura.
3.4 Va da sé che, essendo infondata l'azione impugnatoria, è altresì infondata l'azione di risarcimento dei danni.
4. Le spese seguono la soccombenza e, liquidate in € 3.000,00 (tremila/00), sono poste a carico delle ricorrenti ed a favore dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Prima Sezione di Roma, respinge il ricorso in epigrafe.

Liquida le spese del giudizio in € 3.000,00 (tremila/00) e pone le stesse a carico delle ricorrenti ed a favore dell'amministrazione resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 20/01/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO