



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 172 del 2011, proposto da:
Provincia di Avellino, in persona del Presidente pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Gennaro Galiotta, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Gianluigi Cassandra, in Roma, via
Gallia, n. 86;

contro

ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino
Modestino, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro
tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Maurizio Renzulli, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Graziani, in Roma,
Piazzale Clodio, n. 14;

nei confronti di

Donciglio Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania - Sezione Staccata di Salerno, Sezione I, n. 11297/2010, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto per l'annullamento: a) della nota prot. n. 66754 del 3 luglio 2008, recante comunicazione di fissazione, per il giorno 9 luglio 2008, della seduta pubblica per la rideterminazione della soglia di anomalia relativa alla tornata di gara n. 1 indetta dalla Provincia di Avellino con bando pubblicato dal 3.12.2007 al 28.12.2007; b) della nota prot. 68657 del 10 luglio 2008, recante analoga comunicazione; c) del verbale di gara redatto in data 16 luglio 2008, di rideterminazione della soglia di anomalia e di provvisoria aggiudicazione della gara alla impresa controinteressata Donciglio Costruzioni s.r.l.; d) di ogni altro atto connesso, compresa l'eventuale aggiudicazione definitiva del contratto;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:.

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Provincia di Avellino ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto dall'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino per l'annullamento degli atti in epigrafe indicati relativi alla aggiudicazione della tornata della gara n. 1 indetta dalla Provincia di Avellino per la realizzazione dei lavori di costruzione della variante "Avella – Mugnano" – tratto "Variante all'abitato di Mugnano del Cardinale – SS 7 bis- zona PIP..

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione della "lex specialis. Error in iudicando".

La possibilità di sottoporre a generalizzata verifica postuma la regolarità fiscale e contributiva della generalità delle imprese concorrenti era prevista nel bando di gara, non espressamente impugnato in primo grado.

2.- Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Ultra petizione. "Errores in iudicando".

La sentenza fa riferimento alla censura di violazione del principio di continuità delle procedure ad evidenza pubblica, non contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

3.- Violazione del principio di continuità delle procedure ad evidenza pubblica. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006. "Errores in iudicando".

L'epigrafato principio non è stato violato dall'Amministrazione appaltante, perché le esclusioni disposte dalla Commissione costituivano atto dovuto.

Inoltre il TAR ha confuso i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, con i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa di cui al seguente art. 48. Nel caso di specie la gara era di importo superiore alla soglia comunitaria e detta norma non era applicabile.

La verifica dei requisiti generali con riguardo a tutte le imprese partecipanti alla gara non era interdetta dall'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 ed è stata assunta dall'Amministrazione in base all'art. 71 del d. P.R. n. 445/2000.

4.- Il ricorso di primo grado era comunque infondato laddove lamentava che la Provincia non avrebbe potuto procedere alla fissazione di una nuova seduta per la rideterminazione della soglia di anomalia dopo l'assunzione della determinazione n. 8604 del 2007 che aveva il carattere della definitività.

5.- La asserita violazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 è a sua volta infondata, atteso che tale norma si applica esclusivamente alle gare di appalto che diversamente da quella di specie, presentano importi a base di gara inferiori ad € 150.000,00.

Con memoria depositata il 15.5.2011 si sono costituite in giudizio l'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e la Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino, che hanno dedotto la infondatezza

dell'appello, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 24.1.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione in assenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Provincia di Avellino, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificato, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dall'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino per l'annullamento sia dei provvedimenti con i quali (a seguito della decisione di subordinare l'aggiudicazione definitiva, oltre che alla verifica – per il primo classificato e per le imprese sottoposte a sorteggio ex art. 48 d. lgs. n. 163/2006 - dei requisiti di ordine generale dichiarati, anche – per tutte le imprese ammesse in gara – dei DURC e dei certificati di regolarità relativi ad imposte e tasse, con successivo riscontro della esistenza di posizioni irregolari di imprese della cui offerta era stato tenuto conto nella determinazione della media) è stata fissata la seduta pubblica per la rideterminazione della soglia di anomalia relativa alla tornata di gara, sia del verbale di gara con il quale, rideterminata la soglia di anomalia, era stata provvisoriamente aggiudicata la gara alla impresa controinteressata Donciglio Costruzioni s.r.l. e sia dei provvedimenti consequenziali.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il T.A.R. non

ha considerato che la possibilità di sottoporre a generalizzata verifica postuma la regolarità fiscale e contributiva della generalità delle imprese concorrenti era prevista nel bando di gara, non espressamente impugnato dalla impresa ricorrente in primo grado.

Con il terzo motivo di gravame è stato ulteriormente evidenziato che il principio di continuità della gara non sarebbe stato violato dall'Amministrazione appaltante, come invece ritenuto dal Giudice di primo grado, perché le esclusioni disposte dalla Commissione non solo costituivano atto dovuto a seguito dell'accertamento dell'esistenza di irregolarità da parte dell'INPS, dell'INAIL e della Cassa Edile ma neppure avevano interferito sulle attività valutative delle offerte presentate.

Inoltre il TAR avrebbe confuso i requisiti di ordine generale (regolarità del DURC e certificato della Agenzia delle Entrate) previsti dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, con i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa di cui al seguente art. 48 (che, peraltro, trova applicazione solo per le procedure di appalto con importi a base di gara inferiori ad € 150.000,00 e relativamente ad imprese che, non possedendo l'attestazione SOA, dichiarano di avere i requisiti dell'art. 28 del d.P.R. n. 34/2000). Nel caso di specie la gara era di importo superiore alla soglia comunitaria e detta norma non era applicabile perché i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa erano contenuti nella attestazione SOA.

Invero il bando non prevedeva alcuna verifica dei requisiti previsti dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, ma, in relazione ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 precedente, prevedeva la verifica, per un numero di partecipanti pari al 10% delle offerte presentate, scelti con sorteggio, di tutti i requisiti di ordine generale di cui al detto art. 38 e la verifica, per tutte le imprese ammesse alla gara, dei soli requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, lettera g) e lettera i), del d. lgs. n. 163/2006.

Pertanto nel caso di specie la verifica dei requisiti generali con riguardo a tutte le imprese partecipanti alla gara non era interdotta dall'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 ed è stata assunta dall'Amministrazione in ossequio alle disposizioni di cui all'art. 71 del d. P.R. n. 445/2000.

2.1.- Il Giudice di prime cure ha ritenuto fondato il gravame, assorbita ogni altra doglianza, nell'assunto che la rigida separazione fra la fase di verifica, in capo ai concorrenti, della sussistenza dei requisiti di ammissibilità per la partecipazione alla procedura e la fase di vera e propria valutazione delle offerte economiche e degli altri titoli prodotti, costituisce una garanzia fondamentale d'imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa pubblica.

Illegittimamente l'Amministrazione provinciale intimata avrebbe invece esaminato le offerte economiche prima di procedere alla verifica dei requisiti di partecipazione.

Ha inoltre aggiunto il T.A.R. che, nella logica dell'art. 48, comma 2,

del d. lgs. n. 163/2006, la rideterminazione della soglia di anomalia è prefigurata in relazione alla verifica non dei requisiti di carattere generale, ma solo dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi (tra i quali devono considerarsi rientranti la regolarità fiscale e contributiva, in quanto indicative di incapacità o, quanto meno, di difficoltà tecnico-economica dell'impresa) in possesso dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che lo segua in graduatoria, essendo quindi esclusa la possibilità di riattivare la subfase di verifica (oltretutto a notevole distanza di tempo) per tutte le imprese partecipanti.

Riassumendo, il T.A.R. ha ritenuto che: a) la verifica dei requisiti generali di ammissione deve essere generale e deve precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche; b) la verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi deve essere, se preventiva, a campione (in base all'art. 48, 1° comma d. lgs. n. 163/2006) e – se successiva alla disposta aggiudicazione – può riguardare solo il primo ed il secondo graduato (in base all'art. 48, 2° comma cit.) e quindi mai la generalità degli offerenti.

2.2.- Premette il Collegio che la generale esigenza che la fase di verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 debba precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche è da rinvenire nel fine di non consentire all'Amministrazione di assumere decisioni discrezionali dopo aver conosciuto l'esito della gara a garanzia della "par condicio" dei

concorrenti e per evitare che le stesse decisioni possano essere influenzate dalla precedente conoscenza delle offerte.

Il condivisibile principio è stato affermato da questa Sezione con sentenza n. 1541/2011 (di reiezione dell'appello contro la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, n. 11309/2010, relativa alla gara n. 2 indetta con il medesimo bando di gara per cui è causa, a seguito di appello della Barone Costruzioni s.r.l. contro la aggiudicazione di detta gara alla ditta Botta Giovanni, con la quale era stato accolto il ricorso avverso la disposta rinnovazione della soglia di anomalia per le medesime ragioni affermate nella sentenza qui appellata).

Tale principio, tuttavia, non può avere, ad avviso del Collegio, analoga inderogabile valenza quando, come nel caso che occupa, la verifica, ai sensi della l. n. 445/2000, della regolarità di requisiti da certificare mediante produzione di specifiche certificazioni previste dalla "lex specialis" della gara costituisca per la Commissione di gara, come dedotto con l'appello in esame, atto dovuto.

E' bene ricordare che, nel caso specifico, il disciplinare integrativo del bando di gara prevedeva, dopo la verifica in seduta pubblica della correttezza delle offerte e della documentazione, la verifica del 10% (previo sorteggio) in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale dichiarati nella domanda di partecipazione dai concorrenti ammessi e alla verifica delle certificazioni da essi prodotte nonché il riscontro dei dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità di vigilanza.

Prevedeva poi esso disciplinare la sottoposizione a verifica delle imprese risultate irregolari in precedenti sorteggi o aggiudicazioni provvisorie, soggiungendo in particolare che “saranno richiesti per tutte le partecipanti ammesse alla gara, il DURC (INPS, INAIL, CASSA EDILE) ed il certificato della agenzia delle entrate”.

Proseguiva il disciplinare prescrivendo che la commissione di gara avrebbe proceduto, secondo quanto previsto dal punto 5 del bando, alla esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risultasse confermato il possesso dei requisiti.

Prevedeva ancora detta disposizione che la Commissione di gara avrebbe quindi proceduto alla apertura delle offerte economiche dei soggetti non esclusi ed alla determinazione della soglia di anomalia ed all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto al concorrente che avesse presentato l'offerta immediatamente inferiore a detta soglia.

Precisava infine il disciplinare che in caso di certificazioni non regolari dell'aggiudicatario o dei sorteggiati si sarebbe proceduto alla esclusione dalla gara degli stessi ed alla formulazione della nuova soglia di anomalia in seduta pubblica.

La commissione di gara, nella seduta del 28.12.2007, dopo aver richiamato la prima parte del verbale della prima seduta (nel corso della quale era stato effettuato il sorteggio, nella misura del 10 % delle ditte ammesse, dei soggetti ai quali chiedere la produzione dei documenti a riprova delle dichiarazioni effettuate per la verifica dei requisiti giuridico amministrativi, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R.

n. 445/2000, e per il possesso delle capacità economico finanziarie e tecnico organizzative) ha aperto i plichi con le offerte delle ditte ammesse alla gara. A seguito della verifica della soglia di anomalia il Presidente della Commissione ha rilevato che l'offerta più vantaggiosa era risultata essere quella presentata dall'ATI Maccario s.n.c. – Sa.Mo. Costruzioni, che è stata così definita “provvisoriamente aggiudicataria”; ha inoltre dato atto che l'aggiudicazione definitiva era subordinata alla verifica, per il primo classificato e per le imprese sorteggiate, dei requisiti di ordine generale dichiarati in sede di gara nonché della insussistenza delle cause di divieto, di sospensione e di decadenza previste dall'art. 1° della l. n. 575/1965, nonché alla verifica dei DURC e del certificato di regolarità di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara. Ha rinviato quindi l'aggiudicazione definitiva o di rideterminazione della soglia di anomalia successivamente all'acquisizione dei certificati comprovanti le dichiarazioni di cui al precedente punto.

E' dunque evidente che, in base al disposto del disciplinare di gara, acquisizione e verifica dei DURC e del certificato di regolarità di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara avrebbe dovuto essere effettuata prima della apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, ma è altrettanto evidente che, in base ad esso disciplinare (non impugnato sul punto) dette acquisizioni e verifiche erano comunque dovute e da esse non poteva prescindere senza violare il chiaro disposto della “lex specialis”.

Ritiene pertanto la Sezione che la Commissione di gara, in applicazione del generale principio di conservazione degli atti giuridici, abbia legittimamente provveduto, sia pure tardivamente, ad effettuare detti adempimenti senza violazione del principio d'imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa pubblica a tutela del quale è normalmente necessario che la verifica dei requisiti generali di ammissione debba precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche.

Non poteva, infatti, la Commissione di gara procedere alla aggiudicazione definitiva senza aver effettuato la verifica di detti DURC e certificati di regolarità con riguardo al pagamento di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara, pena la violazione di una specifica prescrizione della "lex specialis" e, quindi, in alternativa alla decisione di effettuarla comunque dopo la valutazione delle offerte economiche, sussisteva solo la possibilità di annullare gli atti di gara, compresa la aggiudicazione provvisoria all'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino, evitata grazie al disposto rinnovo della verifica della soglia di anomalia dopo l'espletamento dell'indispensabile incombente sopra citato.

Il rinnovo della gara sarebbe stato invece dovuto se la verificatasi inversione dei tempi di verifica dei requisiti previsti dalla "lex specialis" e di apertura delle offerte economiche fosse stato frutto di autonoma e discrezionale iniziativa della Commissione dopo la

conoscenza delle offerte economiche dei concorrenti, che avrebbe comportato effettive violazioni della “par condicio” dei partecipanti; questa nel caso di specie non è stata invece intaccata dal disposto rinnovo della verifica della soglia di anomalia, atteso che questa è stata effettuata dopo verifica dei requisiti previsti dalla legge di gara che interessava tutte le imprese ammesse alla gara. In ogni caso bisogna considerare che se la soglia effettiva di anomalia fosse stata calcolata secondo l’iter procedimentale previsto dal bando, sarebbe comunque stata identica a quella poi calcolata a seguito della disposta tardiva verifica in questione.

La dedotta circostanza che detta verifica sia stata effettuata, al fine di rispettare una specifica prescrizione della “lex specialis” e non a seguito di autonoma iniziativa della Commissione di gara, su tutte le imprese partecipanti alla procedura de qua con riguardo a requisiti di ordine generale (e non solo con riguardo alla impresa aggiudicataria e al concorrente che segue in graduatoria al fine di verificare requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa), esclude anche che la rideterminazione della nuova soglia di anomalia sia stata effettuata in base ad illegittima applicazione dell’art. 48, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, essendo il rinnovato calcolo della nuova soglia di anomalia un mero atto dovuto a seguito delle esclusioni conseguite ad una indispensabile verifica.

2.3.- I motivi di appello in esame sono quindi fondati e la impugnata

sentenza deve essere annullata.

3.- Non consegue a detto annullamento la necessità di esaminare la fondatezza degli ulteriori motivi posti a base del ricorso di primo grado e dichiarati assorbiti all'atto della adozione della impugnata sentenza, atteso che il base al disposto dell'art. 101, comma secondo, del c.p.a. si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza appellata che non siano state, per le parti diverse dall'appellante, espressamente riproposte con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio.

Invero la memoria di costituzione dell'ATI Maccario Melchiorre s.n.c. e Sa.Mo. Costruzioni di Sanseverino Modestino, depositata il 25.5.2011, si limita a contestare i motivi di appello, senza espressamente e puntualmente riproporre le censure dichiarate assorbite in primo grado, essendosi limitata la parte resistente a impugnare estensivamente quanto "ex adverso" dedotto quanto al merito della vicenda, costituente ripetizione di quanto dedotto in primo grado, e rispetto ad esse argomentazioni si è genericamente riportata "a quanto ampiamente dedotto nel ricorso di primo grado, cui si fa espresso richiamo e che abbiasi, perciò, qui come per integralmente ripetuto".

4.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e deve essere riformata la prima decisione, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado. Restano assorbiti gli ulteriori motivi di gravame.

5.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

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