

Pubblicato il 18/11/2020

N. 07178/2020REG.PROV.COLL.
N. 07486/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7486 del 2019, proposto da I Platani s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Agenzia del demanio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ascani Impiani e Costruzioni s.r.l., Elba - Compagnia di assicurazioni e riassicurazioni s.p.a., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione seconda-ter, n. 10597/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 24 settembre 2020 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e dello Stato Collabolletta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I Platani s.r.l. presentava offerta per il lotto 3 della procedura aperta indetta il 14 febbraio 2018 dall'Agenzia del demanio - Direzione Roma Capitale avente a oggetto *“Accordo Quadro per l'affidamento di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria di cui all'art. 12, comma 2, lettere a) e b) e comma 5, del D.L. n. 98/2011, come convertito con Legge 111/2011, volti, ove possibile, anche al recupero degli spazi interni degli immobili di proprietà dello Stato al fine di ridurre le locazioni passive, nonché alla riqualificazione energetica degli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato, ivi inclusi quelli direttamente gestiti e finanziati dal MIBACT e dal Ministero della Difesa su immobili agli stessi in uso, nonché gli interventi manutentivi gestiti dall'Agenzia del Demanio, compresi nel territorio di competenza della Direzione Roma Capitale, commissionati mediante singoli contratti”*. Si collocava al 4° posto della graduatoria risultando così tra i 5 aggiudicatari.

Con due provvedimenti del 27 febbraio 2019 l'Agenzia escludeva la società dalla procedura e revocava l'aggiudicazione, rilevando che l'attestazione di qualificazione SOA nelle categorie OG1 e OG11 spesa in gara dalla società era scaduta il 28 ottobre 2018, senza saldarsi con la nuova attestazione conseguita dalla medesima il 25 gennaio 2019. Indi disponeva l'aggiudicazione a favore di Ascani Impianti e Costruzioni s.r.l., società che seguiva nella graduatoria del lotto, ed escuteva la cauzione provvisoria presentata da I Platani ai fini della partecipazione alla procedura.

I Platani impugnava tutti tali provvedimenti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. Sosteneva l'ultravigenza dell'attestazione spesa in gara sino al rilascio della nuova attestazione, per aver stipulato il contratto relativo a quest'ultima entro il termine di 90 giorni di cui all'art. 76,

comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010 precedenti la data di scadenza della prima. Domandava: in via principale, l'annullamento degli atti gravati, la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con Ascani Impianti e Costruzioni, il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato; in via subordinata, la condanna dell'Agenzia al risarcimento del danno per equivalente in suo favore; in via ulteriormente subordinata, l'accertamento dell'obbligo della stazione appaltante di provvedere sull'atto di significazione e diffida presentato dalla società il 15 marzo 2019 per far constare il possesso continuativo del requisito.

Con sentenza n. 10597/2019 della Sezione seconda-ter il Tribunale adito, nella resistenza dell'Agenzia del demanio e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, estrometteva ANAC dal giudizio per carenza di legittimazione passiva, respingeva il ricorso e condannava la ricorrente alle spese di lite.

Nel giungere a tale conclusione il primo giudice rilevava che:

- l'attestazione di qualificazione SOA con cui la società aveva partecipato alla gara era scaduta il 27 ottobre 2018;
 - la richiesta di rinnovo, ai sensi del citato art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010, avrebbe dovuto essere presentata 90 giorni prima, e cioè entro il 29 luglio 2018, termine che, in quanto scadente di domenica (29 luglio 2018), doveva anticiparsi al giorno precedente (28 luglio 2019);
 - essa era invece stata presentata il 30 luglio 2018;
 - per l'effetto, la nuova SOA costituiva non un rinnovo ordinario bensì una nuova attestazione, da cui la soluzione di continuità rispetto alla precedente.
- Non poteva quindi trovare applicazione la tesi della società secondo cui la richiesta di rinnovo, in quanto tempestiva, aveva comportato la continuità per "saldatura" nel possesso dei requisiti di qualificazione, ancorchè il nuovo certificato fosse stato emesso successivamente alla data di scadenza di quello precedente;

- non era poi fondata la pretesa della società di considerare nel computo del termine in parola il giorno iniziale (27 ottobre 2019), con conseguente tempestività della richiesta di rinnovo, dovendo invece trovare applicazione anche per il termine a ritroso in parola la regola ordinaria secondo cui il *dies a quo* non va computato.

La società ha appellato la predetta sentenza deducendo: 1) *Error in iudicando*; violazione degli artt. 84, d.lgs. 50/2016, 76 d.P.R. 207/2010 e 6 l. 241/1990; violazione degli artt. 112 Cod. proc. civ. e 34 Cod. proc. amm.; violazione di legge; eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; contraddittorietà; perplessità; 2) *Error in iudicando*; omessa pronuncia; violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84, 85 d.lgs. 50/2016 e degli artt. 76 e 77 d.P.R. 207/2010; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione di ogni norma e principio in tema di buon andamento della pubblica amministrazione e di proporzionalità e ragionevolezza; violazione di legge; eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; contraddittorietà; perplessità. Ha concluso per l'accoglimento dell'appello e del ricorso di primo grado.

L'Agenzia del demanio si è costituita in resistenza. Ha illustrato l'infondatezza delle censure proposte in gravame, di cui ha domandato la reiezione.

Con ordinanza n. 5566/2019 la Sezione ha accolto la domanda cautelare formulata nell'atto di appello.

Nel prosieguo, parte appellante ha affidato a memoria lo sviluppo delle proprie tesi difensive e la confutazione delle argomentazioni della parte resistente.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 24 settembre 2020.

DIRITTO

1. Si verte in tema di attestazioni di qualificazione, requisito di ammissione alle gare pubbliche che per costante giurisprudenza si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, fino all'aggiudicazione definitiva e alla

stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso (Cons. Stato, Ad. plen. n. 8 del 2015; n. 10 del 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 4 del 2011; n. 1 del 2010; IV, 18 aprile 2014, n. 1987; V, 30 settembre 2013, n. 4833; 26 marzo 2012, n. 1732; III, 13 luglio 2011, n. 4225).

E' pertanto inconfigurabile la soluzione di continuità in ordine al possesso del requisito: l'operatore economico che partecipa a una gara pubblica deve garantire costantemente il possesso della qualificazione richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica, ciò che assicura alla stazione appaltante l'affidabilità e la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente. Si tratta di un onere non sproporzionato, perchè assolvibile in modo agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza richiesta agli operatori professionali che gareggiano nel mercato concorrenziale degli appalti pubblici (Cons. Stato, Ad. plen. n. 8 del 2015).

Del resto, per evitare la predetta soluzione di continuità e scongiurare il pericolo che l'operatore economico partecipante alle gare pubbliche incorra nelle conseguenze negative derivanti dalla scadenza dell'attestazione nel periodo sopra indicato, l'ordinamento di settore appronta rimedi specifici.

In particolare, l'art. 76 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*, qui applicabile *ratione temporis*, dispone che:

“5. L'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'articolo 77, comma 5. Almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa 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.

6. Il rinnovo dell'attestazione può essere richiesto anche prima della scadenza sempre che siano decorsi novanta giorni dalla data del rilascio dell'attestazione originaria.

7. Il rinnovo dell'attestazione avviene alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione; dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5".

Dal suo canto, la giurisprudenza è ferma nel riconoscere che al fine della verifica della continuità del possesso del requisito 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; V, 8 marzo 2017, n. 1091).

In altre parole, nelle gare pubbliche, al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato, ai sensi dell'art. 76 comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010, istanza di rinnovo nel termine di 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione: tale condizione, testimoniando la diligenza del concorrente che prima della scadenza dell'attestazione anzidetta si è tempestivamente premurato di richiederne il rinnovo, confidando nella sua tempestiva evasione, rende il concorrente non penalizzabile con l'esclusione, in applicazione del principio del *favor participationis* e tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto. Infatti, il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella

di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità (Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2051; 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).

2. La sentenza impugnata ha ritenuto che nella fattispecie qui controversa si sia realizzata quest'ultima ipotesi, in quanto la società appellante non avrebbe presentato la presentazione della domanda di rinnovo nei 90 giorni di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010: ha perciò ritenuto legittima l'esclusione della società dalla gara e i conseguenti provvedimenti sfavorevoli (revoca dell'aggiudicazione; escussione della cauzione provvisoria) e l'aggiudicazione disposta in favore di altro concorrente che la seguiva in graduatoria.

In particolare il primo giudice:

- ha ritenuto che nel termine a ritroso in parola, come d'uso, non andava computato il giorno iniziale, che ha fissato al 27 ottobre 2018;
- partendo da tale presupposto, ha collocato la data di scadenza del termine di cui trattasi al 29 luglio 2018;
- cadendo tale ultimo termine di domenica, sempre come d'uso, ha fatto retroagire la scadenza al giorno precedente, 28 luglio 2018;
- ha indi rilevato che la richiesta di rinnovo dell'attestazione da parte della società (*rectius*, il contratto per il rinnovo dell'attestazione) era datata 30 luglio 2018, ed era pertanto tardiva.

3. Detta modalità di calcolo non può essere confermata.

4. Il certificato speso in gara dall'appellante indica che la data di scadenza della validità quinquennale dell'attestazione è il 27 ottobre 2018.

Come convincentemente argomentato dall'interessata nel primo motivo di appello, detta data, quale ultimo giorno di validità dell'attestazione stessa, non può considerarsi il *dies a quo* di cui all'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 (la stessa determina di esclusione impugnata indica in due punti che l'attestazione SOA in parola scadeva il 28 ottobre 2018), e va pertanto conteggiata nel calcolo, risultando così tempestiva la richiesta della nuova attestazione, avvenuta il 30 luglio 2018.

Ove così non fosse, il 27 ottobre 2018 andrebbe (teoricamente) considerato anche il *dies ad quem* per il rilascio della nuova attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 3 del d.P.R. n. 207 del 2010, che stabilisce che gli organismi SOA hanno ordinariamente 90 giorni di tempo dalla stipula del contratto per il rilascio della stessa: ma tale conclusione comporterebbe la sovrapposizione tra il primo giorno di validità della nuova attestazione e l'ultimo giorno di validità della precedente, e sottrarrebbe un giorno al periodo di validità quinquennale delle SOA, di cui all'art. 84, comma 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

Più in dettaglio, poiché, come visto, nell'ottica del d.P.R. n. 207 del 2010 le attestate in scadenza devono stipulare il contratto per la nuova attestazione almeno 90 giorni prima della scadenza dell'attestazione (art. 76, comma 5) e, a loro volta, come sopra, le SOA, salvo proroga, devono rilasciare il nuovo certificato entro 90 giorni dalla stipula (art. 76, comma 3), considerare l'ultimo giorno utile per la stipula il 28 luglio 2018, come ha fatto il primo giudice, comporterebbe la fissazione del termine di 90 giorni assegnato alla SOA per emettere il certificato alla data del 26 ottobre 2018, con conseguente non coincidenza del *dies a quo* dell'impresa e del *dies ad quem* dell'organismo di attestazione, e scadenza di quest'ultimo prima della scadenza del termine quinquennale della precedente attestazione.

Il che, evidentemente, non torna.

Diversamente, considerando la data del 28 ottobre 2017 quale *dies a quo* per l'impresa (art. 76, comma 5) e come *dies ad quem* per l'organismo di

attestazione (art. 76, comma 3), la validità del nuovo certificato si situa il giorno successivo all'ultimo giorno di validità del precedente attestato quinquennale, realizzando così quella perfetta continuità, o "saldatura", perseguita dal legislatore agli scopi di cui sopra.

Indi, deve concludersi che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, la richiesta di rinnovo dell'attestazione dell'appellata del 30 luglio 2018 ha rispettato il termine di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010, con la conseguenza che la nuova attestazione, ancorchè non emessa alla data di scadenza della precedente, bensì il 25 gennaio 2019, non ha comportato la soluzione di continuità nel possesso del requisito.

5. Non convincono invece le contrarie argomentazioni della difesa erariale.

In particolare, non vale osservare che la società non ha messo a disposizione della stazione appaltante nella fase di verifica del requisito, e nei termini perentori concessi dall'amministrazione, il contratto stipulato per il rinnovo dell'attestazione il 30 luglio 2018, che ha prodotto solo dopo l'esclusione: la nota del 23 gennaio 2019 si è infatti limitata a richiedere le attestazioni SOA in corso di validità o ogni altra documentazione idonea ad attestare il possesso delle stesse, ed è proprio la parte resistente a dare atto che entro il termine perentorio all'uopo concesso la società ha prodotto la nuova attestazione. Non vertendosi, pertanto, nell'ipotesi di tardiva trasmissione della documentazione richiesta ai fini della stipula del contratto, ogni dubbio della stazione appaltante (che ai fini dell'esclusione si è limitata a considerare la data di rilascio della nuova attestazione) sulla saldatura dei due certificati per cui è causa bene avrebbe potuto essere superato con una richiesta istruttoria, né si pone ora il problema di una diretta valutazione degli stessi certificati da parte del giudice, dal momento che la società ha sottoposto al giudice amministrativo la questione, di diritto, di se l'impresa, sulla base del contratto stipulato il 30 luglio 2018, risulti qualificata in base alle norme e ai principi sulla ultravigenza della SOA, e tale questione va risolta in senso positivo.

Non rileva poi il fatto che i termini di cui all'art. 76, commi 5 e 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, abbiano diversa natura (il primo è un termine minimo; il secondo un termine massimo): si tratta in ambedue i casi di un ben preciso *range* nel quale si collocano gli adempimenti dell'operatore economico e dell'organismo di attestazione, che possono pertanto essere legittimamente effettuati in ogni segmento temporale ivi collocato: nessuno di essi, pertanto, può sottrarsi all'esigenza di una interpretazione aderente alla comune finalità delle due previsioni, che è quella di predisporre un sistema di oneri che, laddove rispettato, consente di evitare soluzioni di continuità nell'attestazione dei requisiti.

Infine, non si tratta dell'applicabilità o meno alla materia che occupa degli ordinari criteri di computo dei termini, bensì, più limitatamente, della corretta individuazione del *dies a quo* di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010; mentre, una volta accertato nei termini sopra precisati la tempestività del contratto di attestazione stipulato dalla società, e, indi, il verificarsi del presupposto cui la norma ricollega la "saldatura" tra attestazioni susseguitesi nel tempo, nulla dice la circostanza, di mero fatto, che nella nuova attestazione la casella "*sostituisce l'attestazione n...*" sia stata lasciata in bianco.

6. Per tutto quanto precede, va accolta la doglianza di cui al primo motivo di appello che lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella individuazione nella fattispecie del *dies a quo* di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010.

Consegue la riforma della sentenza appellata e l'accoglimento delle domande demolitorie avanzate nel ricorso di primo grado, con assorbimento di ogni altra doglianza formulata dalla parte appellante nello stesso motivo e nel motivo seguente, e delle connesse eccezioni della parte resistente.

Le ulteriori domande ricorsuali non possono invece essere favorevolmente considerate in quanto:

- non sussistono i presupposti per accogliere la domanda di declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato

con l'impresa risultata aggiudicataria dopo l'esclusione della appellante. Nessuna delle parti del giudizio ha infatti dedotto che l'accordo quadro con tale società sia stato effettivamente stipulato. Anzi, la difesa erariale nella memoria depositata l'11 ottobre 2019 in occasione della trattazione della domanda cautelare afferma espressamente che detto contratto non è stato stipulato, né può qui autonomamente ipotizzarsi una stipula successiva, atteso che, a ridosso, la Sezione ha disposto la sospensione cautelare della sentenza di primo grado (ordinanza 7 novembre 2019, n. 5566);

- non vi è luogo per disporre la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, poiché l'appellante, che si è aggiudicata come quarta in graduatoria il lotto della gara finalizzata alla stipula dell'accordo quadro, non ha né comprovato né dedotto che l'illegittima esclusione dalla procedura le abbia precluso l'adesione ai contratti attuativi stipulabili in forza dell'accordo quadro fino all'esaurimento del relativo *plafond*;

- l'esito dell'odierno gravame rende la società carente di interesse alla definizione della domanda di accertamento dell'obbligo della stazione appaltante di provvedere sull'atto di significazione e diffida da lei presentato il 15 marzo 2019 per far constare il possesso continuativo del requisito per cui è causa.

Considerata la peculiarità e la novità della questione trattata, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, dispone la riforma della sentenza appellata e l'accoglimento, nei limiti di cui in motivazione, del ricorso di primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 settembre 2020 con
l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO