

Pubblicato il 15/12/2020

N. 08024/2020 REG. PROV. COLL.
N. 09364/2019 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 iscritto al numero di registro generale 9364 del 2019,
proposto da

Gesal S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Alessandro Bonanni, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio dell'avvocato Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13;

contro

Agenzia del Demanio - Direzione Regionale Lazio, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ar.Co. Lavori Società Cooperativa, non costituita in giudizio;

Squalo 7 S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza
San Salvatore in Lauro, 10;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 22 luglio 2019, n. 09792/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agencia del Demanio - Direzione Regionale Lazio e di Squalo 7 S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84, il consigliere Angela Rotondano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 12 febbraio 2018, l'Agencia del Demanio - Direzione Regionale Lazio (di seguito "*Agencia del Demanio*" o "*Stazione appaltante*") avviava una procedura aperta, suddivisa in tre lotti in ragione dell'importo dei lavori affidabili, per l'individuazione di 16 operatori economici con i quali stipulare un Accordo Quadro ex art. 54 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per la realizzazione di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato e di interventi manutentivi gestiti dall'Agencia del Demanio compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale Lazio, nell'ambito delle categorie OG1, OG2 e OG11.

In particolare, il lotto 1, di interesse del presente giudizio, aveva ad oggetto l'affidamento di lavori manutentivi di valore ricompreso fra € 5.000 € e 150.000 €, per un importo complessivo pari a 6.240.000,00 € ed era rivolto alla selezione di 8 operatori economici.

1.1. Ai fini della qualificazione, il disciplinare richiedeva di aver svolto direttamente, nel corso dell'ultimo quinquennio antecedente la data della pubblicazione del bando di gara, lavori analoghi a quelli appartenenti a

ciascuna categoria OG1, OG2 e OG11 per un importo non inferiore a 150.000 € (parte VII, “*Requisiti di qualificazione e parte XII, par. 3.1 “requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi”*). Inoltre, con specifico riguardo ai lavori svolti nella categoria OG2, la *lex specialis* richiedeva ai concorrenti di attestare il possesso dei requisiti mediante una dichiarazione sostitutiva, precisando espressamente che “*in sede di comprova del requisito in questione dovranno essere prodotti attestati di buon esito rilasciati dalle autorità eventualmente preposte alla tutela degli stessi*” (nota 12, pagina 11 del disciplinare di gara).

1.2. L’odierna appellante Gesal S.r.l. (di seguito “*Gesal*”), classificatasi seconda nella graduatoria e risultata tra gli aggiudicatari del lotto in questione, trasmetteva, in sede di comprova dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione, attestazione SOA per dimostrare l’esecuzione di lavori analoghi nelle categorie OG1 e OG11 e certificati di buon esito relativi alla esecuzione di lavori nella categoria OG2, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, per l’importo minimo richiesto (€ 150.000,00).

In particolare, quanto ai requisiti per la categoria OG2, la società Gesal presentava:

- certificato di esecuzione lavori (di seguito anche soltanto “*CEL*”) di restauro conservativo presso la Parrocchia Santa Maria in Trivio in Velletri (RM), rilasciato in data 11 ottobre 2017, per importo pari a € 125.000,00, eseguiti da dicembre 2016 a giugno 2017;
- certificato di esecuzione lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria presso la Parrocchia San Salvatore in Velletri (RM) di importo pari a € 50.000,00 eseguiti da marzo 2015 a giugno 2016.

1.4. In seguito, la Gesal riscontrava la richiesta di integrazione documentale da parte della Stazione appaltante (la quale con nota prot. n. 2019/797/DRLZ del 24 gennaio 2019 aveva evidenziato che i certificati di buon esito trasmessi dalla deducente erano sprovvisti del visto dell’Autorità preposta alla tutela del bene culturale oggetto di intervento, in base a quanto previsto dall’art. 12 del

Decreto del Ministero dei Beni Ambientali e Culturali- MIBACT, richiamato dal Disciplinare di gara a pag.11- nota 12), esibendo:

- un certificato di esecuzione di lavori di restauro conservativo presso la Parrocchia Santa Maria in Trivio in Velletri (RM), di importo pari a € 125.000,00, eseguiti da dicembre 2016 a giugno 2017 (già in precedenza trasmesso alla Stazione appaltante), con l'aggiunta del visto della competente Soprintendenza;

- un ulteriore certificato di buon esito, rilasciato il 27.11.2018, relativo all'esecuzione di lavori di restauro conservativo presso la Parrocchia di Santa Maria in Trivio - II° Stralcio in Velletri (RM), per un importo pari a € 145.850,00, munito di visto della competente Soprintendenza.

1.5. Con determinazione del 19 febbraio 2019, la Stazione appaltante disponeva l'esclusione della Gesal dalla gara, a motivo della ravvisata insufficienza dell'integrazione documentale presentata a comprovare il requisito relativo a lavori in categoria OG2: si ritenevano, infatti, inidonei a tal fine sia il certificato di esecuzione con buon esito rilasciato il 27 novembre 2018, attestante l'esecuzione di lavori per un ulteriore importo pari a € 145.850,00 poiché relativo a lavori ancora in corso e poiché recante una data successiva alla partecipazione alla gara, sia il CEL di € 50.000,00 relativo all'intervento presso la Parrocchia del S.S. Salvatore in Velletri, in quanto non munito del visto dell'Autorità preposta alla tutela del bene.

2. Avverso il provvedimento di esclusione e la successiva determina (prot. n. 2019/2500/DRLZ del 7 marzo 2019) di revoca dell'aggiudicazione nei confronti degli operatori esclusi, scorrimento della graduatoria e nuova aggiudicazione in favore degli altri partecipanti Arco Lavori Soc. Coop. e Squalo 7 S.r.l., la società Gesal proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, lamentando (con un unico articolato motivo di ricorso) *“violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento e favor participationis, violazione o falsa applicazione degli artt. 83, 85, 86 e 94 del dlgs 50/2016, dell'allegato XVII al dlgs n. 50/2016, dell'art. 90 DPR 207/2010 e*

dell'art. 12 DM Mibact n. 154/2017, violazione della parte VII e parte XI, par. 3.1. "lavori NO SOA" del disciplinare di gara; violazione del legittimo affidamento sull'applicazione della lex specialis di gara, travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di adeguato contraddittorio in fase di verifica dei requisiti".

2.1. La ricorrente impugnava altresì: *a)* l'atto di escussione della cauzione provvisoria; *b)* la segnalazione trasmessa all'ANAC sull'esito delle verifiche ex art. 32, comma 7, e 86 D.Lgs. 50/2016, e sull'esclusione della gara, ove intervenuta; *c)* ove occorra, la *lex specialis* di gara (bando e disciplinare di gara - doc. 1 e 2 del fasc. di primo grado), con particolare riguardo alla parte VII "Requisiti di qualificazione" e alla parte XI, par. 3.1 "Lavori NO SOA" del disciplinare, ove interpretati - *contra litteram* - nel senso di ritenere che, per la dimostrazione del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, non sia sufficiente aver maturato il requisito prima della pubblicazione del bando, ma che anche la disponibilità della prova del possesso del requisito stesso debba essere antecedente a tale momento; *d)* ogni altro atto e provvedimento, anche non conosciuto, antecedente, susseguente o comunque connesso a quelli espressamente impugnati.

2.2. Domandava quindi la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra i nuovi aggiudicatari e la Stazione appaltante, oltre al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente monetario.

3. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza della costituita Agenzia intimata, il Tribunale amministrativo adito ha respinto il ricorso, non condividendo nessuna delle censure ivi formulate.

4. La ricorrente Gesal ha proposto appello contro la sentenza di primo grado, compreso il capo relativo alla condanna alle spese processuali, domandandone la riforma per i seguenti motivi:

I. *Error in iudicando*. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il T.A.R. non ha rilevato che Gesal era in possesso di tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico operativa richiesti dalla *lex specialis*; Violazione

dei principi di ragionevolezza, buon andamento e *favor participationis*.
Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 83, 85, 86 e 94 D.Lgs. 50/2016, dell'Allegato XVII al D.Lgs. 50/2016, dell'art. 90 d.P.R. 2017/2010 e dell'art. 12 D.M. MIBACT n. 154/2017. Violazione della parte VII e parte XI, par. 3.1. "Lavori No SOA" del Disciplinare di Gara. Travisamento dei fatti e erronea valutazione dei presupposti. Difetto di istruttoria e di adeguato contraddittorio in fase di verifica dei requisiti;

II. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il T.A.R. non ha rilevato che la S.A. ha introdotto in via postuma una causa di esclusione non prevista né dalla legge di gara né dalla normativa di rango primario. Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 83 co. 8 D.Lgs. 50/2016 e Par. Parte XI, Paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara. Violazione del legittimo affidamento di Gesal;

III. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il T.A.R. Lazio ha ritenuto che, ai fini della qualificazione, non fossero idonee attestazioni di buon esito relative a lavori ancora in corso.

4.1. Si sono costituite in resistenza l'Agenzia del Demanio e la società Squalo 7 S.r.l., che hanno argomentato l'infondatezza dell'appello, insistendo per il rigetto.

4.2. Con ordinanza n. 2019/6216 del 13 dicembre 2019, si è preso atto della rinuncia dell'appellante all'istanza cautelare.

4.3. In vista dell'udienza di discussione, le parti hanno scambiato memorie e repliche.

4.4. Nell'udienza del 21 maggio 2020, tenuta mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6 del d.l. n. 18 del 2020, la causa è stata trattenuta in decisione, sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

5. Giunge in decisione l'appello della società Gesal avverso la sentenza indicata in epigrafe di rigetto del ricorso proposto contro i provvedimenti di esclusione, revoca dell'aggiudicazione e nuova aggiudicazione ad altre

imprese, disposti dall'Agenzia del Demanio, nell'ambito della gara specificata in narrativa e per il lotto di interesse del presente giudizio, per insufficiente comprova delle condizioni di qualificazione dichiarate ai fini dell'ammissione alla procedura.

5.1. Come esposto in fatto, la Stazione appaltante ha, infatti, ritenuto non adeguatamente comprovato il requisito dell'esecuzione di lavori analoghi per un importo sufficiente a soddisfare la soglia del requisito (€ 150.000,00) per la categoria OG2 e inammissibile il certificato di esecuzione dei lavori di importo pari a 145.850,00, esibito a seguito di richiesta di integrazione documentale, in quanto riferito ad un intervento in corso d'opera e poiché recante una data successiva alla partecipazione di Gesal alla gara.

5.2. La sentenza appellata ha respinto il ricorso, ritenendo legittima l'esclusione e la revoca dell'aggiudicazione, considerando, per un verso, artificiosa la ricostruzione operata dall'appellante, fondata sulla scissione tra requisito di partecipazione e mezzo di prova della qualificazione; per altro verso che il certificato di esecuzione dei lavori, ai fini della comprova del requisito dichiarato, dovesse riferirsi a lavori eseguiti con buon esito e ultimati nella loro interezza (e non già a lavori non completati), e che la Stazione appaltante non era tenuta a scorporare la parte dei lavori eseguiti per l'importo necessario a raggiungere la soglia fissata dalla *lex specialis*.

6. Con i motivi di appello, di seguito sinteticamente illustrati, Gesal impugna la sentenza, contestandone anche il capo relativo alla condanna alle spese e deducendo la complessiva erroneità ed ingiustizia delle dette statuizioni, per non aver accolto i motivi di censura formulati in primo grado che ha sostanzialmente riproposto.

6.1. In particolare, con il primo motivo di appello, Gesal lamenta l'erroneità della sentenza impugnata laddove, con interpretazione eccessivamente formalistica, oltre che asseritamente contraria alla normativa di settore e ai principi di speditezza e semplificazione, ha confermato l'inidoneità, ai fini della comprova dei requisiti, del certificato di buon esito, relativo a lavori

eseguiti e contabilizzati in data antecedente all'indizione della procedura, solo perché avente data di emissione successiva alla pubblicazione del bando.

Secondo l'appellante, avrebbe errato la sentenza a non distinguere l'effettiva qualificazione (derivante dallo svolgimento dei lavori) dalla certificazione degli stessi (che costituirebbe solo un mezzo di prova della qualificazione stessa).

Le statuizioni impugnate meriterebbero pertanto riforma in quanto fondate su una lettura erronea della disciplina in materia di qualificazione per gli appalti di valore inferiore a €150.000, nonché dei principi generali relativi alla qualificazione nelle pubbliche gare e all'autocertificazione dei requisiti posseduti.

A tale riguardo, l'appellante rammenta che nell'appalto per cui è causa (avente ad oggetto lavori di importo inferiore a 1500.000 €) non era necessario, ai fini della qualificazione, il possesso dell'attestazione SOA, essendo sufficiente che, ai sensi dell'art. 90 del d.P.R. 2010 n. 207, l'impresa avesse eseguito lavori analoghi a quelli oggetto della commessa per l'importo indicato nella legge di gara: in base al comma 3 dello stesso art. 90 citato, *“i requisiti previsti dal bando di gara...sono determinati e documentati secondo quanto previsto dal presente titolo e dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta con le modalità di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”*.

La sentenza avrebbe dunque omesso di considerare, secondo l'appellante, che ai fini dell'ammissione alle gare per l'affidamento di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 € rileva la sole esecuzione diretta dei lavori analoghi che, ai sensi dell'art. 90, comma 3, del d.P.R. 207/2010, deve essere solo dichiarata in sede di domanda di partecipazione o di offerta con le modalità di cui al d.P.R. 445/2000.

Pertanto, atteso che soltanto in sede di verifica, ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e del relativo Allegato XVII, è necessario esibire i mezzi di prova dei requisiti dichiarati, i certificati di esecuzione lavori, allegati a comprova dei lavori svolti nel quinquennio di rilevanza, avrebbero natura meramente probatoria, e non costitutiva del requisito. Ne viene che il

certificato di esecuzione dei lavori non doveva essere materialmente posseduto dall'impresa in data antecedente alla partecipazione della stessa alla procedura di gara.

Secondo l'appellante, vanno dunque distinte in modo netto le categorie dei "*criteri di selezione dei concorrenti*" (c.d. requisiti di ammissione), da un lato, e dei correlati "*mezzi di prova*", da acquisire nella successiva fase di verifica, dall'altro. Orbene, esigendo che l'attestazione di buon esito dei lavori (*id est*: il mezzo di prova ex art. 86 cit.) sia già materialmente disponibile al momento della partecipazione alla gara, le si attribuirebbe erroneamente la valenza di un requisito di qualificazione ex art. 83 del Codice dei Contratti pubblici.

L'appellante evidenzia poi che anche la *lex specialis di gara*, in linea con il quadro normativo sopra delineato, richiedeva soltanto che ciascun concorrente avesse "*eseguito direttamente nell'ultimo quinquennio antecedente alla pubblicazione del bando lavori analoghi a quelli appartenenti a ciascuna categoria OG1, OG11 e OG 2 di importo non inferiore a 150.000*" e che "*in sede di comprova del requisito in questione dovranno essere prodotti attestati di buon esito rilasciati dall'autorità eventualmente preposta alla tutela degli stessi*": con ciò implicitamente indicando che i correlati attestati di buon esito, muniti del visto della competente Soprintendenza, fossero resi disponibili "*solo in fase di comprova*" e non già al momento dell'indizione della procedura.

La sentenza appellata non avrebbe poi considerato che, alla luce delle disposizioni di legge in tema di autocertificazione, la gara è sempre indetta sotto una "riserva di prova" del possesso dei requisiti di qualificazione e, quindi, anche dell'avvenuta corretta esecuzione dei lavori analoghi: circostanza quest'ultima che, dichiarata in fase di partecipazione nel DGUE, andrebbe poi pur sempre verificata nella fase di comprova.

Parimenti, anche l'acquisizione del Visto della Soprintendenza costituirebbe mero elemento probatorio che attiene alla veridicità di quanto dichiarato nella domanda di partecipazione e, come tale, potrebbe essere acquisito nella fase

di comprova, senza alcun pregiudizio per l'interesse pubblico e il regolare svolgimento della gara.

6.2. Con il secondo mezzo, l'appellante assume, sotto altro concorrente profilo, l'erroneità della sentenza per non essersi il primo giudice avveduto della violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e del principio della tassatività delle cause di esclusione posta in essere dalla Stazione appaltante.

Sussisterebbe, secondo la Gesal, una violazione dell'affidamento riposto dai concorrenti nel contenuto della *lex specialis* di gara, in quanto l'Agenzia del Demanio, discostandosi dall'interpretazione letterale- chiara ed univoca- delle clausole della legge di gara (che, rammenta l'appellante, costituisce "*vero e proprio ius receptum giurisprudenziale*" al fine di evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara, palesando significati non desumibili dalla sua lettura testuale), ha introdotto, in via interpretativa e postuma rispetto alla partecipazione, una nuova causa di esclusione e, per tale via, un nuovo ed ulteriore requisito di partecipazione, incorrendo così in un altro profilo di illegittimità.

Il bando di gara distingueva, infatti, chiaramente il momento della qualificazione da quella della comprova del requisito (per il quale soltanto si richiedeva l'esibizione degli attestati di buon esito, che andavano perciò prodotti esclusivamente in tale sede).

6.3. Infine, con il terzo motivo di impugnazione, l'appellante censura la sentenza laddove ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione per la ravvisata inidoneità del certificato di esecuzione dei lavori prodotto in sede di integrazione documentale poiché riferito a "*lavori ancora in corso*".

In particolare, l'appellante contesta le statuizioni di prime cure che hanno affermato, in relazione all'attestazione di buon esito, che allorquando il bando richiede a titolo di esperienza, come nel caso di specie, l'effettuazione di un determinato importo di lavori analoghi, "*è necessario che la relativa attestazione riguardi l'avvenuta esecuzione nella sua interezza coincidendo tale circostanza con l'esatto*

adempimento del contratto che, a sua volta, dipende dal collaudo delle opere (e quindi dalla verifica di regolarità che presuppone il loro compimento”).

La constatazione secondo cui i lavori in questione erano ancora in corso non avrebbe dovuto determinare una valutazione di inidoneità dell'attestazione e l'adozione del grave provvedimento di esclusione, ma indurre la Stazione appaltante, ove avesse avuto dubbi in proposito, a domandare quanta parte dei lavori *de quibus* fossero stati effettivamente realizzati nell'ambito del quinquennio rilevante ai fini della qualificazione per l'ammissione alla gara.

Il quadro normativo vigente e le previsioni della *lex specialis* avrebbero, dunque, imposto, una valutazione che tenesse conto, nell'ambito dell'intero valore del contratto in corso, della parte di lavori già eseguita e contabilizzata alla data di pubblicazione del bando, scorporando la stessa dal certificato esibito e considerandola utile ai fini della qualificazione. L'Agenzia del Demanio avrebbe dovuto pertanto valorizzare tutti i lavori eseguiti, verificando quanta parte dei medesimi ricadesse nel quinquennio di rilevanza e fosse pertanto idonea a qualificare l'impresa concorrente: si sarebbe così avveduta che erano già stati eseguiti con buon esito e contabilizzati nella categoria OG2 lavori per un importo (segnatamente pari € 66.363,64, in relazione ai quali l'Impresa ha emesso fattura in data 20.1.2018, regolarmente registrata nelle scritture contabili) che, sommato con quello relativo ad altro CEL prodotto, era sufficiente ai fini dell'integrazione del requisito. Considerata, infatti, l'ulteriore attestazione relativa al I° stralcio degli stessi lavori, per un valore di € 125.000,00, ritenuta pienamente idonea dalla stessa P.A. sarebbe stato sufficiente che anche una minima parte dei lavori dell'attestazione contestata fosse ricaduta nel quinquennio di rilevanza per integrare la prova del pieno possesso dei requisiti richiesti dal bando.

La sentenza non avrebbe tuttavia adeguatamente considerato tali elementi: pur ammettendo la possibilità di comprovare la qualificazione mediante CEL parziali, ha ritenuto che detti certificati sarebbe stati comunque inutilizzabili perché recanti data successiva a quella di indizione del bando di gara.

7. I motivi di appello su riportati sono tutti infondati e non possono trovare accoglimento.
8. La sentenza appellata ha correttamente ritenuto la legittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura, motivato sull'insussistenza del requisito tecnico-organizzativo di cui all'art. 90 del d.P.R. 207/2010, per complessiva insufficienza dei lavori presentati, a comprova del requisito prescritto, in quanto inferiori ad € 150.000,00.
- 8.1. La Stazione appaltante ha, infatti, a ragione valutato che l'impresa concorrente dovesse essere in possesso, già al momento della partecipazione, del certificato di esecuzione lavori comprovante i requisiti dichiarati in fase di ammissione e che tali certificati dovessero avere una data antecedente alla pubblicazione del bando: con ciò non è incorsa in alcuna confusione tra la qualificazione e il relativo mezzo di prova.
- 8.2. Come affermato da questo Consiglio di Stato, *“non vi è dubbio che altro è l'esecuzione dei lavori e altro è ancora la documentazione dei lavori eseguiti: tuttavia, la lettura sistematica delle disposizioni normative sul Certificato di esecuzione lavori induce a ritenere che solamente l'impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del CEL può dichiarare il possesso del requisito, poiché solo quell'impresa è in grado di provarlo. In ultimo, allora il requisito dell'esecuzione dei lavori coincide con quello del possesso del Certificato di esecuzione dei lavori”* (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 28 dicembre 2017, n. 6135).
- 8.3. Non può, pertanto, condividersi la tesi dell'appellante secondo la quale era sufficiente l'esecuzione, nel quinquennio di riferimento, dei lavori appartenenti alla categoria richiesta dal bando, senza alcuna garanzia circa il buon esito degli stessi, potendo la concorrente produrre tale attestazione anche in un momento successivo alla partecipazione.
- 8.4. Come bene rilevato dal primo giudice, il principale tra gli argomenti posti a fondamento del ricorso, ovvero che andrebbero distinte la effettiva qualificazione (derivante dallo svolgimento dei lavori) dalla certificazione degli stessi (che costituirebbe solo un mezzo di prova della precedente), si rivela

artificiosamente volto a scindere due elementi che, nell'economia della gara, devono coesistere e devono essere posseduti alla data di presentazione della domanda.

8.5. La certificazione dei lavori regolarmente eseguiti è, difatti, elemento essenziale, in quanto attiene alla tutela della necessità che il requisito esperenziale sia certo e validato da parte dell'Autorità munita del potere di verificarne il presupposto e, quindi, deve sussistere al momento della presentazione della domanda: altrimenti, l'ammissione della concorrente perderebbe qualunque predicato di stabilità e certezza, risultando condizionato non già soltanto alla mera prova di quanto dichiarato, ma della stessa regolare esecuzione dei lavori che attiene alla dimensione sostanziale della qualificazione della concorrente; dal che la violazione della *par condicio* tra tutte le concorrenti e della speditezza del procedimento di gara.

Tali principi devono infatti essere garantiti mediante il rispetto di un termine certo entro il quale il partecipante deve possedere i requisiti di qualificazione (che, dichiarati dal concorrente nella domanda di partecipazione, devono essere mantenuti per tutta la gara, sino all'esecuzione dell'affidamento) e le relative complete attestazioni: termine che non può che coincidere con quello della scadenza per la presentazione delle offerte.

Pertanto, già in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda, ciascun concorrente doveva disporre dell'attestazione con la prova del buon esito delle lavorazioni pregresse: in caso contrario, come qui avvenuto, l'impresa non risultava né qualificata nel requisito previsto dal bando né in possesso del relativo mezzo di prova.

La riserva di prova cui accenna l'appellante va riferita, pertanto, esclusivamente all'attività di controllo che la Stazione appaltante svolge sui requisiti dichiarati dai concorrenti al momento della presentazione della domanda, senza con ciò implicare la possibilità per il concorrente di qualificarsi sino al compimento di tale attività e, dunque, anche in data successiva alla presentazione della domanda.

8.5. La tesi sostenuta dall'appellante contrasta con le disposizioni normative in tema di certificato di esecuzione lavori ed è smentita dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (puntualmente richiamata dalla sentenza appellata: cfr. Cons. di Stato, V, 28 dicembre 2017, n. 6135), i cui principi, che il Collegio condivide e al quale intende dare continuità, sono stati correttamente applicati dal Tribunale amministrativo alla fattispecie oggetto di giudizio.

8.6. Come rammentato in quest'ultima decisione, l'art. 86, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016 stabilisce che: *“l'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2”*.

L'art. 84, comma 4, del medesimo D.Lgs. 50/2016 prevede espressamente che *“tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti”*.

L'art. 79, comma 6, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – tuttora applicabile in virtù di quanto previsto dagli artt. 83, co. 2 ult. periodo e 216, co. 14, D.Lgs. 50/2016 - stabilisce che: *“l'esecuzione dei lavori è documentata dai certificati di esecuzione dei lavori previsti dagli articoli 83, comma 4 e 84, indicati dall'impresa e acquisiti dalla SOA ai sensi dell'articolo 40, comma 3, lettera b), del codice, nonché secondo quanto previsto dall'articolo 86”*.

Il CEL è previsto, poi, dall'art. 83, comma 4, d.P.R. cit. tra i documenti che consentono di provare la sussistenza dei requisiti tecnico – organizzativi ovvero economico – finanziari necessari per l'emissione delle attestazioni SOA.

Il comma 2 del medesimo articolo precisa inoltre che, ai fini del rilascio delle attestazioni richieste, *“I lavori da valutare sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito...”*.

Il comma 4 specifica, poi, che *“I certificati di esecuzione lavori sono redatti in conformità allo schema di cui all'allegato B e contengono la espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito”*.

Alla luce delle disposizioni su riportate nonché di quanto previsto dal già richiamato art. 90 del d.P.R. 207/2010, deve dunque evidenziarsi che sia il dato normativo sia la *lex specialis* di gara, utilizzando le locuzioni “*importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente*” e “*aver eseguito direttamente, [...], lavori analoghi*”, si riferiscono ad una corretta e “*certificata*” esecuzione dei lavori appaltati.

8.7. Il documento attraverso il quale il committente accerta e dimostra la regolare esecuzione dei lavori e, nel complesso, il buon esito dell'appalto, e, dunque, l'affidabilità e la professionalità dell'appaltatore, è il certificato di esecuzione dei lavori, che, nel caso di lavorazioni in OG 2 “*restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela*”, deve essere altresì munito, ai sensi dell'art. 12 del Decreto MiBACT del 22 agosto 2017 n. 154, del visto della Autorità preposta alla tutela del vincolo territorialmente competente. Sotto questo profilo, come ha evidenziato il giudice di prime cure, si tratta di una prescrizione non irragionevole, né meramente formale, in quanto concorre a rendere certa la regolare esecuzione dei lavori anche con riguardo all'Autorità preposta al vincolo di tutela.

8.8. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'operatore economico acquista il possesso del requisito di qualificazione tecnico-organizzativo solo a seguito dell'accertamento della regolare esecuzione dei lavori e del buon esito dell'appalto tramite l'emissione del certificato di esecuzione dei lavori. In detto certificato si dà, infatti, atto dell'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori.

Del resto, come evidenziato dalla difesa dell'Agenzia del Demanio, anche la Delibera ANAC n. 681 del 17 luglio 2019 afferma *claris verbis* che per gli appalti di lavoro pari o inferiore a 150.000,00 €, in assenza di qualificazione SOA, la partecipazione alle gare è subordinata al possesso dei requisiti previsti dall'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010 e che il requisito dell'esecuzione diretta dei lavori analoghi nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del

bando *“può ritenersi integrato non dalla mera esecuzione dei lavori nel periodo di riferimento, ma dalla esecuzione regolare e con buon esito dei lavori, così come certificata dalla stazione appaltante”*.

8.9. Insomma, contrariamente a quanto sostiene parte appellante, il certificato di regolare esecuzione non ha valenza meramente probatoria, ma valore costitutivo del requisito di partecipazione e pertanto deve essere conseguito dal concorrente prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda: invero, l'emissione del certificato di esecuzione dei lavori contribuisce in modo determinante ad integrare, anche dal punto di vista strettamente sostanziale, il possesso del requisito di qualificazione, poiché solo a seguito dell'accertamento da parte della committenza della regolare esecuzione dei lavori e del buon esito dell'appalto, esso può ritenersi definitivamente costituito.

In applicazione dei su riportati principi giurisprudenziali, la sentenza appellata, meritando piena conferma, ha dunque accolto il ricorso e annullato l'aggiudicazione sul rilievo per cui l'impresa ricorrente, alla data di presentazione della domanda, aveva contabilizzato i lavori, ma non ancora ottenuto il Certificato di esecuzione dei lavori, sicché non era in possesso del requisito richiesto dal bando, ai fini dell'ammissione alla procedura: risulta, infatti, per quanto finora detto, priva di base la distinzione, prospettata da parte appellante, tra effettuazione dei lavori e certificazioni, in quanto la comprova dei requisiti deve avvenire in relazione al possesso di quanto dichiarato ai fini dell'ammissione alla gara.

9. Risultano altresì corrette le statuizioni di prime cure che hanno respinto le pur suggestive (ma non convincenti) argomentazioni intese a censurare la mancata valutazione di idoneità del CEL riferito ad un intervento in corso d'opera.

9.1. La sentenza ha, infatti, bene ritenuto che, allorquando, ai fini della qualificazione per la partecipazione alla gara per l'affidamento di lavori pubblici, il bando richiede a titolo di esperienza l'effettuazione di un

determinato importo di lavori analoghi, è necessario che la relativa attestazione riguardi l'avvenuta regolare esecuzione dei lavori nella loro interezza, coincidendo tale circostanza con l'esatto adempimento del contratto che, a sua volta, dipende dal collaudo delle opere (e, quindi, dalla verifica di regolarità che presuppone il loro compimento).

La regolare esecuzione di lavori analoghi da far valere ai fini del possesso di un determinato fatturato per interventi ascrivibili alle categorie richieste dal bando deve attenersi a lavori non solo regolarmente, ma anche completamente eseguiti, salvo diverse previsioni della *lex specialis*: solo laddove il bando lo preveda è possibile ipotizzare che sia spendibile un'attestazione di lavori parziale, sempre che questi siano certificabili (nel caso di stralci autonomi e funzionali dell'opera).

9.2. La Stazione appaltante non ha, dunque, in alcun modo innovato o integrato le regole di gara mediante l'introduzione, in via interpretativa e postuma, di un nuovo requisito di ammissione e di un'ulteriore causa di esclusione, in violazione del legittimo affidamento della società ricorrente in relazione al contenuto della *lex specialis* di gara: si è limitata soltanto ad applicare le previsioni del Disciplinare (di cui, segnatamente, al paragrafo 3.1. punto 1 e alla nota 12), conformi a quanto previsto dalla normativa richiamata, applicabile alla fattispecie, recata dagli artt. 90 del d.P.R. 207/2010 e dagli artt. 83 e 86 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

10. Infine, è pure infondato il terzo motivo di appello, con il quale la Gesal sostiene che la parte di lavori ultimati e contabilizzati prima della pubblicazione del bando concorrerebbe a comprovare il possesso dei requisiti richiesti, ricadendo nel periodo rilevante per la maturazione del requisito.

10.1. Come bene rilevato dai primi giudici, il CEL del 27 novembre 2018 non può comunque essere considerato idoneo in quanto rilasciato successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

10.2. Si osserva poi che, in fase di comprova dei requisiti, l'appellante non ha comunque individuato l'importo parziale, con relativa attestazione di buon esito, dei lavori ricadenti nel periodo temporale rilevante ai fini della qualificazione: in assenza di tali elementi e non risultando neppure trasmessa la relativa documentazione, l'Agenzia appellata non era tenuta a scorporare dal certificato esibito i lavori effettivamente eseguiti e contabilizzati in data antecedente alla pubblicazione del bando né a porre in essere ulteriori approfondimenti a riguardo.

10.3. Risulta, dunque, anche sotto tale profilo corretta la statuizione della sentenza di primo grado secondo la quale, vista la centralità ed essenzialità della certificazione di regolare esecuzione, non è sufficiente che l'impresa concorrente alleggi una qualsiasi attestazione tardiva (rispetto alla presentazione della domanda) per chiedere (successivamente alla conclusione della gara e per la prima volta in sede di giudizio) che venga estrapolata dalla suddetta certificazione una cifra di lavori da far valere per assommare l'importo minimo richiesto dal bando.

10.5. Sotto altro concorrente profilo, il certificato in questione non rivestiva alcuna utilità ai fini della dimostrazione del buon esito dei lavori, a fronte di una previsione del disciplinare in base alla quale i lavori dovevano essere eseguiti nel quinquennio di riferimento, con ciò indicando la circostanza dell'avvenuto completamento con esito positivo degli stessi: ed infatti, solo lo svolgimento del lavoro nella sua interezza indica l'avvenuto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Ne viene che la Stazione appaltante si è legittimamente determinata nel senso di non considerare idoneo ai fini della comprova del requisito un certificato di esecuzione riferito a lavori non ancora terminati.

10.4. Per le medesime ragioni, non è neppure significativa, ai fini della comprova del requisito, il pagamento di una fattura da parte della Stazione appaltante, documento che non può supplire alla carenza di un idoneo

certificato di esecuzione lavori, non attestando il regolare e buon esito degli stessi, ma un semplice acconto stabilito nel contratto.

11. Né assume rilievo dirimente ai fini della decisione la circostanza secondo cui Gesal avrebbe ottenuto in data 29 luglio 2019 l'attestazione SOA nella categoria OG2, classifica II: il rilascio di tale attestazione è infatti avvenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda e la società di attestazione SOA, diversamente da quanto avvenuto nella gara per cui è causa, ha potuto prendere in considerazione e valutare a tal fine anche il CEL datato 27 novembre 2018.

12. Per queste ragioni, l'appello è infondato e va respinto, a ciò conseguendo l'integrale conferma della sentenza di primo grado, ivi comprese le statuizioni sulle spese di giudizio, regolate all'esito del rigetto del ricorso per la sua infondatezza secondo il generale principio di soccombenza, cui può derogarsi soltanto in presenza di giusti motivi, sulla base di una valutazione discrezionale del giudice non sindacabile in grado di appello, ad eccezione dei casi di manifesta illogicità o irragionevolezza, ipotesi qui, invero, non ricorrenti.

13. Sussistono nondimeno giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della vicenda e parziale novità delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO