

Il combinato disposto dell'art. 8 della Legge n. 109 del 1994 e con l'art. 28 del D.p.r. 34 del 2000, stabilisce che per gli appalti di importo pari o inferiore a € 150.000 le imprese possono partecipare anche senza la certificazione rilasciata da una SOA

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'attestazione rilasciata da una SOA se, da una parte, esime la stazione appaltante dal procedere autonomamente alla verifica del possesso dei requisiti morali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari che ne stanno alla base, dall'altra non può considerarsi elemento di prova assoluta sul permanere del possesso di tali requisiti, trattandosi di una attestazione di durata quinquennale, con verifica, entro il terzo anno, del solo mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché di quelli di capacità strutturale indicati dal regolamento; requisiti che potrebbero quindi venire a mancare nelle more di revisione dell'attestazione

La norma di cui all'art. 10 comma 1-quater della Merloni, nella parte in cui fissa il termine di dieci giorni dalla richiesta della stazione appaltante per fornire la comprova, da parte dell'impresa, del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa, non riveste natura processuale circa i termini per la proposizione di un'eventuale ricorso. Tale norma si limita a comminare l'esclusione dalla gara nei confronti di quelle imprese che non rispettino il termine sopra indicato poiché ritenuto perentorio

IL Tar Lombardia, Brescia, con la sentenza numero 1211 dell' 11 novembre 2005 merita di essere segnalata perché si occupa delle problematiche relative ad un appalto di lavori di importo pari a Euro 150.000.

Si legge infatti nell'emarginata decisione:

< anche qualora il bando di gara richieda, come nel caso in esame, la presentazione dell'attestazione rilasciata da una SOA per determinate categorie e classifiche di lavorazioni (che esimerebbe l'amministrazione da ogni ulteriore accertamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione), nulla tuttavia esclude che l'impresa che ne fosse priva possa comunque partecipare all'appalto in forza dell'art. 28 del citato D.p.r. n. 34 del 2000, con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere direttamente all'accertamento dei relativi requisiti tecnico-organizzativi.

Il citato art. 28 assume, pertanto, valenza auto applicativa, salva l'ipotesi in cui la sua applicazione venga espressamente esclusa dalla Stazione appaltante attraverso la lex specialis di gara; circostanza che tuttavia non ricorre nel caso in esame come sopra evidenziato.>

In conclusione quindi...

< Ne consegue che l'esclusione della ricorrente disposta per mancata attestazione SOA deve ritenersi illegittima non tanto per l'applicazione di una clausola della lex specialis, bensì per mancata applicazione dell'art. 28 del D.p.r. n. 34 del 2000 quale norma integrativa proprio della lex specialis ove questa non diversamente ed espressamente abbia disposto per quanto concerne le imprese che, per la natura della relativa attività (appalti di opere pubbliche di importo pari o inferiore a € 150.000), non siano in possesso dell'attestazione in esame>

a cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

su ricorso n. 512 / 2005 proposto da

S.G. COSTRUZIONI DI SALDI GIUSEPPE

in persona del relativo titolare, rappresentata
e difesa dagli Avv. ***** e ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in
Brescia, via L. Gambara,
n. 75;

contro

COMUNE DI OSTIANO

in persona del Sindaco pro-tempore rappresentato e difeso dall'Avv. ***** ed elettivamente
domiciliato presso la Segreteria della Sezione, in Brescia, via Malta, n. 12;

e nei confronti

IMPRESA EDILE BOCELLI CLOMIDORO E C. SNC

in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di gara e del provvedimento di esclusione dal pubblico incanto in data 3.3.2005 per l'appalto dei lavori di realizzazione spogliatoi presso il centro sportivo *****;

- del relativo bando e disciplinare di gara pubblicati all'albo pretorio dal 2.2.2005 fino al 3.3.2005,

e per

il consequenziale risarcimento dei danni;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ostiano con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato, quale relatore alla pubblica udienza dell'8.11.2005, il Dott. *****;

Uditi i difensori delle parti;

Ritenuto quanto segue in

FATTO E DIRITTO

1. L'impresa ricorrente partecipava al pubblico incanto, bandito dal Comune di Ostiano con bando in data 2.2.2005, per l'affidamento dei lavori di realizzazione spogliatoi presso il centro sportivo *****
per un importo complessivo pari ad € 150.000 comprensivo degli oneri di sicurezza.

La commissione di gara, con verbale in data 3.3.2005, disponeva tuttavia l'esclusione della medesima ricorrente per la seguente motivazione: "Manca la certificazione SOA come previsto al punto 2 del disciplinare di gara allegato al bando".

Tale motivazione venne pedissequamente riprodotta nella successiva nota prot. n. 1813 del giorno 9.3.2005, con la quale la Stazione appaltante informava la ricorrente dell'avvenuta esclusione e disponeva, contestualmente, lo svincolo della relativa cauzione provvisoria.

Avverso i sopra indicati provvedimenti e, in subordine, contro le relative norme del bando e del disciplinare di gara, la ricorrente deduce un unico ed articolato motivo volto, nella sostanza, a denunciare l'illegittimità della decisione amministrativa poiché ritenuta in contrasto con l'art. 8 della Legge n. 109 del 1994 e con l'art. 28 del D.p.r. 34 del 2000, nella parte in cui stabiliscono che per gli appalti di importo pari o inferiore a € 150.000 le imprese possono partecipare anche senza la certificazione rilasciata da una SOA, ma solo comprovando il possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo di cui al citato art. 28.

La ricorrente rivolge, altresì, istanza di risarcimento dei danni, chiedendo l'applicazione dei criteri di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998.

Si è costituito in giudizio il Comune di Ostiano che eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, poiché la ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente impugnare il bando di gara. L'Amministrazione intimata eccepisce, altresì, l'irricevibilità del ricorso sotto altro profilo, poiché la ricorrente sarebbe incorsa nella decadenza di cui all'art. 10 comma 1-quater della Legge n. 109 del 1994, non avendo fornito alcuna risposta alla comunicazione in data 9.3.2005 prot. n. 1813. Sempre in via preliminare viene eccepita l'inammissibilità del ricorso, poiché la ricorrente aveva sottoscritto la dichiarazione di accettazione, senza condizioni o riserve, di tutte le norme che costituivano la lex specialis di gara. Nel merito l'Amministrazione contesta le deduzioni di parte ricorrente, chiedendone la reiezione poiché ritenute infondate.

2. All'udienza dell'8.11.2005 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. Occorre esaminare preliminarmente le molteplici eccezioni processuali sollevate dall'Amministrazione resistente.

4. Il Comune di Ostiano eccepisce, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso poiché la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il bando di gara.

Tale eccezione è tuttavia smentita per tabulas dalla stessa Amministrazione.

A pagina 3 della memoria di costituzione depositata in data 10.5.2005 si legge che “Il bando d’asta è stato pubblicato all’albo pretorio del Comune di Ostiano il 2.2.2005 ove è stato esposto fino al 3.3.2005” (punto 1).

Giova rilevare, al riguardo, che a norma dell’art. 21 comma 1 della Legge n. 1034 del 1971, il dies a quo per la proposizione del ricorso, nell’ipotesi di atti soggetti a pubblicazione obbligatoria, coincide con il giorno di scadenza del termine di pubblicazione.

Considerato che il ricorso è stato notificato in data 13.4.2005 e che il bando risulta essere stato pubblicato fino al giorno 3.3.2005 (per ammissione della stessa Stazione appaltante), il ricorso deve ritenersi tempestivo anche nei confronti delle clausole del bando e del disciplinare ritenute ostantive per l’ammissione della ricorrente alla gara.

5. L’Amministrazione intimata eccepisce, altresì, l’irricevibilità del ricorso sotto altro profilo, poiché la ricorrente sarebbe incorsa nella decadenza di cui all’art. 10 comma 1-quater della Legge n. 109 del 1994, non avendo fornito alcuna risposta alla comunicazione in data 9.3.2005 prot. n. 1813.

L’eccezione è infondata.

Occorre osservare, in primo luogo, che la norma invocata dall’Amministrazione, nella parte in cui fissa il termine di dieci giorni dalla richiesta della stazione appaltante per fornire la comprova, da parte dell’impresa, del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa, non riveste natura processuale circa i termini per la proposizione di un’eventuale ricorso. Tale norma si limita a comminare l’esclusione dalla gara nei confronti di quelle imprese che non rispettino il termine sopra indicato poiché ritenuto perentorio.

Sotto altro profilo occorre osservare che la nota prot. n. 1813 del 9.3.2005 costituisce mera

comunicazione di avvenuta esclusione, per i motivi sopra indicati, senza alcun riferimento alla richiesta di comprova di cui all'art. 10 comma 1-quater (a cui l'esclusione sarebbe eventualmente dovuta seguire qualora l'impresa non avesse dimostrato il possesso dei requisiti o non avesse fornito riscontro entro i termini decadenziali).

6. Sempre in via preliminare, il Comune di Ostiano eccepisce l'inammissibilità del ricorso poiché la ricorrente aveva sottoscritto la dichiarazione di accettazione, senza condizioni o riserve, di tutte le norme che costituivano la *lex specialis* di gara.

In particolare, secondo la Stazione appaltante, il ricorso sarebbe inammissibile poiché il disciplinare di gara prescriveva di includere, tra i documenti di ammissione, anche l'espressa dichiarazione "di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara...".

L'eccezione è irrilevante.

Indipendentemente dall'idoneità della prescrizione in esame per la formazione di una sorta di acquiescenza da parte della ricorrente, il Collegio ritiene che le disposizioni del bando e del disciplinare, nella parte che qui interessano, non rivelano natura perentoria e neppure esclusiva del modo attraverso cui le imprese offerenti potevano dimostrare la loro idoneità tecnico-organizzativa per l'esecuzione dell'opera.

In sostanza la questione di inammissibilità qui dedotta deve ritenersi irrilevante una volta accertata l'esatta portata delle clausole del bando e del disciplinare di gara che richiedevano la produzione dell'attestazione SOA, come si vedrà meglio nel successivo punto di esame di merito del ricorso.

7. La ricorrente contesta la propria esclusione deducendo un unico ed articolato motivo volto, nella sostanza, a denunciare l'illegittimità della decisione amministrativa poiché ritenuta in contrasto con l'art. 8 della Legge n. 109 del 1994 e con l'art. 28 del D.p.r. 34 del 2000, nella parte in cui stabiliscono che per

gli appalti di importo pari o inferiore a € 150.000 le imprese possono partecipare anche senza la certificazione rilasciata da una SOA, ma solo comprovando il possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo di cui al citato art. 28

La doglianza è fondata e merita accoglimento.

Il punto 11 del bando di gara, nel definire le condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione, disponeva che i concorrenti stabiliti in Italia avessero dovuto “possedere attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al DPR 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere”.

A sua volta il punto 2 del disciplinare prescriveva che nella busta “A” gli offerenti avrebbero dovuto includere, tra l’altro, e a pena di esclusione, la sopra indicata attestazione.

Occorre osservare, al riguardo, che le norme in esame, nella loro portata generale, non contrastano con il nuovo sistema di qualificazione disciplinato dall’art. 8 della Legge n. 109 del 1994 e dal successivo regolamento di attuazione di cui al D.p.r. n. 34 del 2000, tutto incentrato su una attestazione rilasciata da organismi di diritto privato appositamente autorizzati dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (definiti SOA - *****à Organismi Attestazione - che accertano ed attestano l'esistenza, nei soggetti esecutori di lavori pubblici, degli elementi di qualificazione di cui all'art. 8, comma 3, lettera c, ed eventualmente lettere a e b, della Legge n. 109 del 1994).

L’art. 1 comma 3 del citato D.p.r. n. 34 del 2000 stabilisce, infatti, che “l’attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici”.

***** tuttavia osservare che il nuovo sistema di attestazione/qualificazione trova applicazione solo per i

lavori di importo superiore a € 150.000 (cfr. art. 8 comma 2 Legge n. 109 del 1994) e che, anche oltre tale soglia, subisce ulteriori deroghe per gli appalti di importo a base di gara superiore ad € 20.658.276 (€ 40.000.000) nonché per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea (cfr. 1 comma 3 D.p.r. n. 34 del 2000).

Nel caso in esame non pare revocabile in dubbio che l'importo complessivo dell'appalto fosse esattamente pari ad € 150.000, di cui € 2.000 per oneri di sicurezza non soggetti ribasso d'asta, trovandosi così al di fuori dell'applicazione del sistema generale di attestazione/qualificazione facente riferimento alle SOA.

Per tali lavori è lo stesso D.p.r. n. 34 del 2000 (art. 28) che direttamente definisce i requisiti tecnico-organizzativo che devono possedere le imprese offerenti, senza necessità di alcuna ulteriore specificazione da parte della *lex specialis*.

In particolare il citato art. 28 così dispone: "le imprese possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo:

a) importo dei lavori eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare:

b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a);

c) adeguata attrezzatura tecnica".

L'accertamento della sussistenza di tali condizioni viene poi demandato direttamente alla stazione appaltante (art. 28 u.c. D.p.r. 34 del 2000).

Ne consegue che, anche qualora il bando di gara richieda, come nel caso in esame, la presentazione dell'attestazione rilasciata da una SOA per determinate categorie e classifiche di lavorazioni (che esimerebbe l'amministrazione da ogni ulteriore accertamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione), nulla tuttavia esclude che l'impresa che ne fosse priva possa comunque partecipare all'appalto in forza dell'art. 28 del citato D.p.r. n. 34 del 2000, con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere direttamente all'accertamento dei relativi requisiti tecnico-organizzativi.

Il citato art. 28 assume, pertanto, valenza auto applicativa, salva l'ipotesi in cui la sua applicazione venga espressamente esclusa dalla Stazione appaltante attraverso la *lex specialis* di gara; circostanza che tuttavia non ricorre nel caso in esame come sopra evidenziato.

Del resto occorre osservare che l'attestazione rilasciata da una SOA se, da una parte, esime la stazione appaltante dal procedere autonomamente alla verifica del possesso dei requisiti morali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari che ne stanno alla base, dall'altra non può considerarsi elemento di prova assoluta sul permanere del possesso di tali requisiti, trattandosi di una attestazione di durata quinquennale, con verifica, entro il terzo anno, del solo mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché di quelli di capacità strutturale indicati dal regolamento; requisiti che potrebbero quindi venire a mancare nelle more di revisione dell'attestazione.

Ne consegue che l'esclusione della ricorrente disposta per mancata attestazione SOA deve ritenersi illegittima non tanto per l'applicazione di una clausola della *lex specialis*, bensì per mancata applicazione dell'art. 28 del D.p.r. n. 34 del 2000 quale norma integrativa proprio della *lex specialis* ove questa non diversamente ed espressamente abbia disposto per quanto concerne le imprese che, per la natura della relativa attività (appalti di opere pubbliche di importo pari o inferiore a € 150.000), non siano in possesso dell'attestazione in esame.

L'Amministrazione avrebbe quindi dovuto attivare i propri poteri di verifica d'ufficio circa il possesso dei

requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori entro la soglia predetta.

La sopra indicata conclusione priva inoltre di rilevanza l'eccezione processuale di inammissibilità del ricorso di cui al precedente punto 6.

8. La ricorrente rivolge, altresì, istanza di risarcimento dei danni, con formulazione tuttavia del tutto generica in ordine sia all'an che al quantum del dedotto pregiudizio, che la rende pertanto inammissibile.

Occorre inoltre osservare, al riguardo, che l'accoglimento del presente ricorso per i vizi di legittimità dell'esclusione dalla gara, non comporta alcun automatico riconoscimento della spettanza del bene della vita a cui la ricorrente ambiva (aggiudicazione dell'appalto), dovendosi procedere alla fase di verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del D.p.r. n. 34 del 2000, la cui omissione ha determinato l'illegittimità dell'azione amministrativa.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente nella misura di € 1.860 (milleottocentosessanta), a titolo di spese, onorari di difesa e competenze, oltre ad IVA e CPA, tenendo conto della parziale soccombenza in merito all'istanza risarcitoria.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati come in motivazione.

Dichiara inammissibile l'istanza di risarcimento dei danni.

Condanna il Comune di Ostiano al pagamento delle spese di causa liquidate come in motivazione.

Così deciso in Brescia, il giorno 8 Novembre 2005, in camera di consiglio, con l'intervento dei Signori:

- Presidente

- Giudice relat. est.

- Giudice

NUMERO
SENTENZA 1211 / 2005

DATA PUBBLICAZIONE 22 - 11 - 2005

<https://www.diritto.it/il-combinato-disposto-dell-art-8-della-legge-n-109-del-1994-e-con-l-art-28-del-d-p-r-34-del-2000-stabilisce-che-per-gli-appalti-di-importo-pari-o-inferiore-a-e-150-000-le-imprese-possono-partecip/>