

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37692-soccorso-istruttorio-sanzionato-se-manca-il-contratto-di-avvalimento-tesi-sostanzialistica>

Autore: Lazzini Sonia

**Soccorso istruttorio sanzionato se manca il contratto di
avvalimento tesi sostanzialistica**

Tesi sostanzialista del soccorso istruttorio sanzionato: ogni eventuale carenza documentale inerente gli elementi e le dichiarazioni sostitutive non può mai dar luogo al provvedimento espulsivo (sentenza numero 3670 del 10 luglio 2015 pronunciata dal Tar Campania, Napoli)

Sonia Lazzini

il tempestivo avvio della procedura di rinnovo dell'attestazione SOA da parte dell'impresa ausiliaria ha, comunque, assicurato – proprio perché detto rinnovo è stato accordato - il mantenimento dei requisiti di capacità in capo all'impresa anche per tutto il periodo necessario alla loro verifica

La prima doglianza prospettata dall'istante e svolta nei motivi di ricorso n. I e IV, sommariamente riportati nella parte in fatto della presente pronuncia, non può essere condivisa, attesa la completezza del contratto di avvalimento, espressamente richiamato nella dichiarazione unilaterale resa dall'impresa ausiliaria *** Giuseppe (cfr. copia in atti) stipulato tra questa e la controinteressata Impresa Letizia controinteressata, nel quale si fa riferimento sia all'Attestazione SOA "intesa come messa a disposizione dell'intera azienda ivi compreso il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa" (art.2, pag. 3) sia ad un elenco dettagliato di beni e attrezzature aziendali anch'essi messi a disposizione dell'ausiliata (all.1 del contratto di avvalimento) e dal quale emerge inequivocabilmente – non essendo prescritto da alcuna norma di legge l'utilizzo di formule sacramentali o di specifiche espressioni, trattandosi, peraltro, di manifestazione di autonomia privata - l'assunzione dei relativi obblighi di messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ausiliata (cfr. art.2, pag. 3. "...l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'Avvalente, che a sua volta accetta, a fornire i seguenti requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto stesso").

Le censure della difesa attorea vanno disattese anche alla stregua del prevalente orientamento giurisprudenziale in tema di contratto di avvalimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n.2063) e della inequivoca ratio sottesa alla “svolta sostanzialistica” del legislatore del 2014 (d.l. n.90/2014), che ha novellato gli art.38 e 46 del Codice Appalti, aggiungendovi rispettivamente il comma 2bis e il comma 1ter, con la conseguenza che ogni eventuale carenza documentale inerente gli elementi e le dichiarazioni sostitutive non può mai dar luogo al provvedimento espulsivo, ma solo all’attivazione dei poteri di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante e all’applicazione di una sanzione pecuniaria (cfr., in particolare, art. 38, comma 2bis, c.p.a.).

Del pari infondata è la seconda doglianza prospettata dalla difesa attorea e svolta nei motivi di ricorso II e V, anch’essi sommariamente riportati nella parte in fatto della presente decisione,

posto che già in precedenti occasioni questa Sezione ha affermato il principio secondo il quale, ai fini della legittima partecipazione alla procedura di **gara**, è sufficiente che l’impresa concorrente sia provvista dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando di **gara** alla scadenza del termine di presentazione della domanda (TAR Campania, Napoli, I, 25 febbraio 2015 n.178).

Nella vicenda in esame, l’Impresa Letizia controinteressata si è avvalsa di una attestazione SOA, posseduta dall’impresa *** Giuseppe, necessaria ai fini della qualificazione richiesta per le opere scorporabili cat. OG11 class. I, venuta a scadere in data 05/02/2015, successivamente quindi al termine per la presentazione delle offerte (ore 12 del giorno 05/01/2015) e per la quale è stato richiesto in data 27/01/2015 il rinnovo a seguito di verifica triennale (la stipula del contratto per la verifica triennale è avvenuta il successivo 29/01/2015). All’esito della verifica triennale è stata, quindi, rilasciata una nuova attestazione SOA recante la data del 20/04/2015 e la scadenza del 05/02/2017.

Ciò posto, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento espresso di recente sul punto dalla giurisprudenza amministrativa in base alla disciplina di cui all'art.77 d.p.r. n.207/2010, di portata innovativa rispetto a quanto stabilito dall'art.15bis del d.p.r. n.34/2000: "diversamente da quanto già previsto dalla omologa previsione contenuta nell'abrogato art. 15 bis d.P.R. n. 34 del 2000 (dove chiaramente ed in modo univoco si prevedeva che "almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale l'impresa deve sottoporsi a verifica per il mantenimento dei requisiti"), la nuova disciplina contenuta nell'art. 77 d.P.R. 207 del 2010, proprio perché la presenza dell'avverbio di negazione "Non", consente di poter presentare domanda di verifica S.o.a. almeno fino al giorno antecedente a quello di scadenza. Il rinnovo, così come la verifica, di una S.o.a. hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni S.o.a.: il rilascio di un nuovo attestato S.o.a., in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione" (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 3 marzo 2015 n.588).

Ritiene il Collegio, in definitiva, che il tempestivo avvio della procedura di rinnovo dell'attestazione SOA da parte dell'impresa ausiliaria abbia, comunque, assicurato – proprio perché detto rinnovo è stato accordato - il mantenimento dei requisiti di capacità in capo all'impresa anche per tutto il periodo necessario alla loro verifica, senza alcuna soluzione di continuità nella titolarità degli stessi (cfr. sul punto anche l'indirizzo ermeneutico espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale, non sarebbe in ogni caso necessaria la permanenza dei requisiti generali e speciali per tutta la durata della **gara**: Cons. Stato, III, ord. 2189/2015; Cons. Stato, a.p., n.4/2011).

Quanto, infine, alle doglianze diffusamente articolate con i motivi di ricorso nn. III e VI, il Collegio osserva che esse si risolvono in censure inerenti la valutazione tecnico-discrezionale delle offerte compiuta dalla Commissione di **gara**, valutazione sottratta – come è noto – al sindacato

di legittimità del giudice amministrativo, salvo che per i profili (non riconoscibili nel caso di specie, attesa anche le repliche formulate dalla controinteressata) che denotino uno scorretto esercizio del potere, sempre che questi raggiungano il livello dell'illogicità manifesta, del travisamento dei presupposti di fatto o dell'incoerenza del procedimento valutativo (cfr. ex multis, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015 n.1320; TAR Sicilia, Palermo, I, 21 maggio 2015 n.1213) .

N. 03670/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01680/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(..)

DIRITTO

In limine litis va dato atto che la presente sentenza viene redatta in forma semplificata ai sensi dell'art.120, comma 6, c.p.a., trattandosi di controversia in materia di procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi e forniture.

Il gravame, articolato in ricorso principale e ricorso per motivi aggiunti, è infondato e va rigettato.

La prima doglianza prospettata dall'istante e svolta nei motivi di ricorso n. I e IV, sommariamente riportati nella parte in fatto della presente pronuncia, non può essere condivisa, attesa la completezza del contratto di avvalimento, espressamente richiamato nella dichiarazione unilaterale resa dall'impresa ausiliaria *** Giuseppe (cfr. copia in atti) stipulato tra questa e la controinteressata Impresa Letizia controinteressata, nel quale si fa riferimento sia all'Attestazione SOA "intesa come messa a disposizione dell'intera azienda ivi compreso il complesso dei beni organizzato per l'esercizio

dell'impresa" (art.2, pag. 3) sia ad un elenco dettagliato di beni e attrezzature aziendali anch'essi messi a disposizione dell'ausiliata (all.1 del contratto di avvalimento) e dal quale emerge inequivocabilmente – non essendo prescritto da alcuna norma di legge l'utilizzo di formule sacramentali o di specifiche espressioni, trattandosi, peraltro, di manifestazione di autonomia privata - l'assunzione dei relativi obblighi di messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ausiliata (cfr. art.2, pag. 3. "...l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'Avvalente, che a sua volta accetta, a fornire i seguenti requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto stesso").

Le censure della difesa attorea vanno disattese anche alla stregua del prevalente orientamento giurisprudenziale in tema di contratto di avvalimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n.2063) e della inequivoca ratio sottesa alla "svolta sostanzialistica" del legislatore del 2014 (d.l. n.90/2014), che ha novellato gli art.38 e 46 del Codice Appalti, aggiungendovi rispettivamente il comma 2bis e il comma 1ter, con la conseguenza che ogni eventuale carenza documentale inerente gli elementi e le dichiarazioni sostitutive non può mai dar luogo al provvedimento espulsivo, ma solo all'attivazione dei poteri di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante e all'applicazione di una sanzione pecuniaria (cfr., in particolare, art. 38, comma 2bis, c.p.a.).

Del pari infondata è la seconda doglianza prospettata dalla difesa attorea e svolta nei motivi di ricorso II e V, anch'essi sommariamente riportati nella parte in fatto della presente decisione, posto che già in precedenti occasioni questa Sezione ha affermato il principio secondo il quale, ai fini della legittima partecipazione alla procedura di **gara**, è sufficiente che l'impresa concorrente sia provvista dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando di **gara** alla scadenza del termine di presentazione della domanda (TAR Campania, Napoli, I, 25 febbraio 2015 n.178).

Nella vicenda in esame, l'Impresa Letizia controinteressata si è avvalsa di una attestazione SOA, posseduta dall'impresa *** Giuseppe, necessaria ai fini della qualificazione richiesta per le opere scorporabili cat. OG11 class. I, venuta a scadere in data 05/02/2015, successivamente quindi al termine per la presentazione delle offerte (ore 12 del giorno 05/01/2015) e per la quale è stato richiesto in data 27/01/2015 il rinnovo a seguito di verifica triennale (la stipula del contratto per la verifica triennale è avvenuta il successivo 29/01/2015). All'esito della verifica triennale è stata, quindi, rilasciata una nuova attestazione SOA recante la data del 20/04/2015 e la scadenza del 05/02/2017.

Ciò posto, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento espresso di recente sul punto dalla giurisprudenza amministrativa in base alla disciplina di cui all'art.77 d.p.r. n.207/2010, di portata innovativa rispetto a quanto stabilito dall'art.15bis del d.p.r. n.34/2000: "diversamente da quanto già previsto dalla omologa previsione contenuta nell'abrogato art. 15 bis d.P.R. n. 34 del 2000 (dove chiaramente ed in modo univoco si prevedeva che "almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale l'impresa deve sottoporsi a verifica per il mantenimento dei requisiti"), la nuova disciplina contenuta nell'art. 77 d.P.R. 207 del 2010, proprio mercé la presenza dell'avverbio di negazione "Non", consente di poter presentare domanda di verifica S.o.a. almeno fino al giorno antecedente a quello di scadenza. Il rinnovo, così come la verifica, di una S.o.a. hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni S.o.a.: il rilascio di un nuovo attestato S.o.a., in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non

solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione” (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 3 marzo 2015 n.588).

Ritiene il Collegio, in definitiva, che il tempestivo avvio della procedura di rinnovo dell’attestazione SOA da parte dell’impresa ausiliaria abbia, comunque, assicurato – proprio perché detto rinnovo è stato accordato - il mantenimento dei requisiti di capacità in capo all’impresa anche per tutto il periodo necessario alla loro verifica, senza alcuna soluzione di continuità nella titolarità degli stessi (cfr. sul punto anche l’indirizzo ermeneutico espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale, non sarebbe in ogni caso necessaria la permanenza dei requisiti generali e speciali per tutta la durata della **gara**: Cons. Stato, III, ord. 2189/2015; Cons. Stato, a.p., n.4/2011).

Quanto, infine, alle doglianze diffusamente articolate con i motivi di ricorso nn. III e VI, il Collegio osserva che esse si risolvono in censure inerenti la valutazione tecnico-discrezionale delle offerte compiuta dalla Commissione di **gara**, valutazione sottratta – come è noto – al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che per i profili (non riconoscibili nel caso di specie, attesa anche le repliche formulate dalla controinteressata) che denotino uno scorretto esercizio del potere, sempre che questi raggiungano il livello dell’illogicità manifesta, del travisamento dei presupposti di fatto o dell’incoerenza del procedimento valutativo (cfr. ex multis, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015 n.1320; TAR Sicilia, Palermo, I, 21 maggio 2015 n.1213) .

Sussistono giusti motivi di equità, avuto riguardo all’esistenza di contrasti giurisprudenziali su alcuni dei profili esaminati e decisi, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Ida Raiola, Consigliere, Estensore

Antonio Andolfi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **10/07/2015**

IL SEGRETARIO

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