

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37851-doverosa-esclusione-dichiarazione-requisiti-speciali-per-servizio-non-era-ancora-ultimato-alla-data-presentazione-offerta>

Autore: Lazzini Sonia

Doverosa esclusione dichiarazione requisiti speciali per servizio non era ancora ultimato alla data presentazione offerta

è fondato il ricorso incidentale, secondo cui uno dei componenti del r.t.p. controinteressata aveva dichiarato lo svolgimento di un servizio che al momento della presentazione della domanda non era ancora ultimato

SONIA LAZZINI

con conseguente mancata dimostrazione, in capo al r.t.p. controinteressata, del possesso dei «Requisiti economico-finanziari e tecnici di partecipazione» quali delineati sub lettere b) e c) a pp. 5 e 6 del bando di gara (ossia, di aver svolto, nel decennio precedente la data di pubblicazione del bando, servizi relativi ad opere della classe e categoria E.22 per un importo di euro 5.040.766,00, rispettivamente due c.d. 'servizi di punta', per la medesima classe e categoria, per un importo di euro 3.024.459,60).

Il T.a.r. ha respinto la censura sulla base del testuale rilievo che «il paragrafo 6 del disciplinare di gara espressamente ricomprende, tra i lavori valutabili, anche quelli ancora in corso», potendo il «disciplinare di gara ben (...) determinare i requisiti di partecipazione, ampliandone l'ambito applicativo, al fine di perseguire il favor participationis» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza).

Orbene, tale statuizione, come correttamente dedotto dall'appellante incidentale r.t.p. controinteressata 5, si fonda su un'incompleta e travisata lettura del bando di gara, il quale a p. 8, al punto b.5), prevede che «l'importo utile dei singoli lavori da considerare ai fini dei requisiti è (...) quello posto in appalto qualora il lavoro sia ancora in corso», ed al precedente punto b.4) stabilisce che «i lavori valutabili sono esclusivamente quelli per i quali i servizi tecnici sono iniziati e ultimati

negli anni considerati utili nel periodo indicato in precedenza, oppure la parte di essi ultimata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca non computabile». Le citate previsioni combaciano con la disposizione dell'art. 263, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, che testualmente recita: «I servizi di cui all'articolo 252 (attinenti all'architettura e all'ingegneria; n.d.e.) valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini del presente comma, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all'art. 234, comma 2. (...)».

Pertanto, i servizi di cui all'art. 252 d.P.R. n. 207 del 2010, valutabili ai fini dell'integrazione dei menzionati requisiti, sebbene potessero riferirsi ad appalti di lavori ancora in corso, dovevano essere iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, e, in caso di inizio dei lavori in epoca precedente, era valutabile la parte del servizio ultimata e approvata nello stesso periodo.

La prescrizione dell'ultimazione dei servizi (o di parte degli stessi, qualora iniziati prima) nel periodo di riferimento risponde alla ratio che solo i servizi ultimati – sebbene relativi ad appalti di lavori ancora in corso – ed attestati nelle forme di legge danno la garanzia dell'idoneità e dell'affidabilità tecnico-organizzativa e professionale del concorrente, mentre le prestazioni professionali non ultimate (da non confondere – come invece avvenuto nell'impugnata sentenza – con i lavori ancora in corso cui le prestazioni di ingegneria o architettura si riferiscono) potrebbero risultare svolte in modo irregolare o non conforme alle regole d'arte o alle condizioni contrattuali.

Ne discende che non era valutabile il servizio direzione lavori e sicurezza in fase di esecuzione, dichiarato dall'arch. B_ del r.t.p. controinteressata in relazione ai lavori di recupero del Mulino Giardino, I° modulo, su incarico della stazione appaltante Comunità Montana Partenio - Valle di Lauro, emergendo dal relativo attestato – peraltro, senza riferimento alla data della deliberazione di cui all'art. 234, comma 2, relativa all'approvazione del certificato di collaudo – che dette attività professionali sarebbero «tutt'ora in corso», e trattandosi dunque di servizio soltanto iniziato, ma non ultimato, nel periodo di riferimento, con conseguente mancata dimostrazione del requisito in esame da parte del r.t.p. controinteressata.

Per le esposte ragioni, di natura assorbente – con conseguente superfluità di esaminare gli altri motivi dedotti dall'appellante incidentale r.t.p. controinteressata 5 –, in riforma dell'impugnata sentenza s'impongono l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado, la conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale di primo grado per carenza di legittimazione attiva in capo al r.t.p. controinteressata e la declaratoria d'improcedibilità dell'appello principale proposto dalla stazione appaltante e di quello incidentale proposto dal r.t.p. controinteressata, per assorbimento dei relativi motivi.

il testo integrale di Consiglio di Stato Consiglio di Stato decisione numero 340 del 28 gennaio 2016

N. 00340/2016REG.PROV.COLL.

N. 09224/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

7.1. Occorre al riguardo premettere, in linea processuale, che per ragioni di ordine logico s'impone il preliminare esame della censura escludente dedotta dal r.t.p. aggiudicatario con il primo motivo del ricorso incidentale di primo grado (devoluto in appello con l'appello incidentale interposto dallo stesso aggiudicatario), conseguendo al suo accoglimento la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, in quanto si versa in fattispecie di **gara**, alla quale sono stati ammessi più di due concorrenti (dieci), ed in fattispecie processuale, in cui i motivi escludenti speculari (relativi alla stessa fase di **gara**) sono state dedotti reciprocamente solo dai primi due concorrenti (parti processuali unitamente alla stazione appaltante), restando con ciò in ogni caso intatta la posizione dei concorrenti postergati in graduatoria, rimasti estranei al giudizio. In altri termini, non essendo l'aggiudicatario e il secondo classificato i soli concorrenti rimasti in **gara**, il ricorrente principale, in caso di esclusione reciproca, non sarebbe titolare di un interesse strumentale alla riedizione della **gara**, poiché vi subentrerebbero i concorrenti successivi, la cui ammissione alla **gara** è rimasta inoppugnata.

Ritiene il Collegio che, in siffatta costellazione, riprenda incondizionato vigore il principio generale che presiede alla disciplina processuale dell'ordine logico di esame delle questioni dedotte in giudizio, quale enunciato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 4 del 2011 (confermata in parte qua dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014), non avendo modo di operare la regola iuris, di carattere eccezionale, di cui alla sentenza Fastweb della Corte di Giustizia (4 luglio 2013, C-100/12) – relativa ad una fattispecie, in cui erano rimasti in **gara** solo due concorrenti, i quali avevano dedotto in giudizio, in via principale e rispettivamente incidentale, reciproci motivi escludenti speculari, il cui accoglimento avrebbe comportato la diserzione della **gara** e, come unica possibile conseguenza, una sua eventuale riedizione –, basata sul rilievo centrale che «ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare», presupponendo, invero, tale ratio decidendi che fossero dedotte in giudizio, in via reciproca, cause escludenti speculari da tutti i partecipanti rimasti in **gara**.

Infatti, l'esercizio reciproco, da parte dei soli primi due classificati, dello speculare interesse all'esclusione delle rispettive offerte, in caso di accoglimento dei reciproci motivi escludenti, non comporta l'esito obbligato, per l'amministrazione aggiudicatrice, di prendere atto dell'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare – che, a sua volta, radica l'interesse strumentale del ricorrente principale alla riedizione della **gara** (rispettivamente alla sua rinnovazione a partire dalla fase cui ineriscono i reciproci motivi escludenti) –, residuando ulteriori concorrenti aventi titolo all'aggiudicazione. In simile ipotesi è inconfigurabile, in capo al ricorrente principale colpito da una causa escludente, un interesse strumentale, differenziato e giuridicamente pregnante, alla riedizione della **gara**, se non a livello di mero interesse di fatto all'esercizio dell'autotutela amministrativa (che verrebbe a scontrarsi con la posizione qualificata acquisita dai concorrenti rimasti in **gara**), insufficiente ad incardinare la legittimazione a ricorrere in giudizio da parte di un operatore privo dei requisiti a partecipare alla **gara**.

Pertanto nel caso di specie s'impongono le seguenti conclusioni (in conformità agli insegnamenti della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014):

- la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, comma 4, cod. proc. amm. e 276, comma 2, cod. proc. civ., dovrà essere decisa secondo l'ordine logico che pone la priorità della definizione delle questioni di rito (tra cui le condizioni dell'azione) rispetto alle questioni di merito;
- deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente, il cui accoglimento comporta la carenza di legittimazione del ricorrente principale r.t.p. controinteressata che (per le ragioni che saranno esposte di seguito sub 7.2.) avrebbe dovuto essere escluso, ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione.

7.2. Affrontando dunque, in ordine logico prioritario, il ricorso incidentale proposto in primo grado dal r.t.p. controinteressata 5, devoluto al presente grado con l'appello incidentale interposto dallo stesso raggruppamento avverso la correlativa statuizione reiettiva [di cui sopra sub 2.(i)], si osserva che è fondato il profilo di censura dedotto con il primo motivo del ricorso incidentale, secondo cui uno dei componenti del r.t.p. controinteressata (precisamente, la mandataria controinteressata s.r.l., rappresentata dall'arch. F. B_) aveva dichiarato lo svolgimento di un servizio che al momento della presentazione della domanda non era ancora ultimato, con conseguente mancata dimostrazione, in capo al r.t.p. controinteressata, del possesso dei «Requisiti economico-finanziari e tecnici di partecipazione» quali delineati sub lettere b) e c) a pp. 5 e 6 del bando di **gara** (ossia, di aver svolto, nel decennio precedente la data di pubblicazione del bando, servizi relativi ad opere della classe e categoria E.22 per un importo di euro 5.040.766,00, rispettivamente due c.d. 'servizi di punta', per la medesima classe e categoria, per un importo di euro 3.024.459,60).

Il T.a.r. ha respinto la censura sulla base del testuale rilievo che «il paragrafo 6 del disciplinare di **gara** espressamente ricomprende, tra i lavori valutabili, anche quelli ancora in corso», potendo il «disciplinare di **gara** ben (...) determinare i requisiti di partecipazione, ampliandone l'ambito applicativo, al fine di perseguire il favor participationis» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza).

Orbene, tale statuizione, come correttamente dedotto dall'appellante incidentale r.t.p. controinteressata 5, si fonda su un'incompleta e travisata lettura del bando di **gara**, il quale a p. 8, al punto b.5), prevede che «l'importo utile dei singoli lavori da considerare ai fini dei requisiti è (...) quello posto in appalto qualora il lavoro sia ancora in corso», ed al precedente punto b.4) stabilisce che «i lavori valutabili sono esclusivamente quelli per i quali i servizi tecnici sono iniziati e ultimati negli anni considerati utili nel periodo indicato in precedenza, oppure la parte di essi ultimata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca non computabile». Le citate previsioni combaciano con la disposizione dell'art. 263, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, che testualmente recita: «I servizi di cui all'articolo 252 (attinenti all'architettura e all'ingegneria; n.d.e.) valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini del presente comma, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all'art. 234, comma 2. (...)».

Pertanto, i servizi di cui all'art. 252 d.P.R. n. 207 del 2010, valutabili ai fini dell'integrazione dei menzionati requisiti, sebbene potessero riferirsi ad appalti di lavori ancora in corso, dovevano

essere iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, e, in caso di inizio dei lavori in epoca precedente, era valutabile la parte del servizio ultimata e approvata nello stesso periodo.

La prescrizione dell'ultimazione dei servizi (o di parte degli stessi, qualora iniziati prima) nel periodo di riferimento risponde alla ratio che solo i servizi ultimati – sebbene relativi ad appalti di lavori ancora in corso – ed attestati nelle forme di legge danno la garanzia dell'idoneità e dell'affidabilità tecnico-organizzativa e professionale del concorrente, mentre le prestazioni professionali non ultimate (da non confondere – come invece avvenuto nell'impugnata sentenza – con i lavori ancora in corso cui le prestazioni di ingegneria o architettura si riferiscono) potrebbero risultare svolte in modo irregolare o non conforme alle regole d'arte o alle condizioni contrattuali.

Ne discende che non era valutabile il servizio direzione lavori e sicurezza in fase di esecuzione, dichiarato dall'arch. B_ del r.t.p. controinteressata in relazione ai lavori di recupero del Mulino Giardino, I° modulo, su incarico della stazione appaltante Comunità Montana Partenio - Valle di Lauro, emergendo dal relativo attestato – peraltro, senza riferimento alla data della deliberazione di cui all'art. 234, comma 2, relativa all'approvazione del certificato di collaudo – che dette attività professionali sarebbero «*tutt'ora in corso*», e trattandosi dunque di servizio soltanto iniziato, ma non ultimato, nel periodo di riferimento, con conseguente mancata dimostrazione del requisito in esame da parte del r.t.p. controinteressata.

7.3. Per le esposte ragioni, di natura assorbente – con conseguente superfluità di esaminare gli altri motivi dedotti dall'appellante incidentale r.t.p. controinteressata 5 –, in riforma dell'impugnata sentenza s'impongono l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado, la conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale di primo grado per carenza di legittimazione attiva in capo al r.t.p. controinteressata e la declaratoria d'improcedibilità dell'appello principale proposto dalla stazione appaltante e di quello incidentale proposto dal r.t.p. controinteressata, per assorbimento dei relativi motivi.

8. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti (sub r.g. n. 9224 del 2015), in via principale ed incidentale, provvede come segue:

- accoglie l'appello incidentale proposto dal r.t.p. controinteressata 5 e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il primo motivo del ricorso incidentale di primo grado e dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dal r.t.p. controinteressata;
- dichiara improcedibile l'appello principale proposto dall'Ente Parco Regionale del Partenio;
- dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016, con l'intervento dei

magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **28/01/2016**

IL SEGRETARIO

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