

N. 02189/2015 REG.PROV.COLL.
N. 01106/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 1106 del 2015, proposto da:

Romeo Gestioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Stefano Vinti, Raffaele Ferola, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, Viale Parioli n.180;

contro

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso per legge dagli avv.ti Gaetano De Ruvo, Daniela Anziano, Samuela Pischedda, domiciliata in Roma, Via Cesare Beccaria, n.29; Prelios Integra S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Saverio Sticchi Damiani, Marco Annoni, Antonio Lirosi, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, Via Udine n. 6; Edildovi Snc di Donzelli e Vitiello, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Di Mauro, Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso Alfredo Di Mauro in Roma, Via Santa Caterina Da Siena, n.46; Siram S.p.A., Exitone S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv. Saverio Sticchi Damiani, Marco Annoni,

Angelo Clarizia, Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, Via Udine n. 6; Abaco Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Saverio Sticchi Damiani, Antonio Lirosi, Angelo Clarizia, Marco Annoni, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, Via Udine n. 6;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Società Sovigest S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Lubrano, Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso Lubrano Enrico Studio Legale Lubrano & Ass. in Roma, Via Flaminia, n.79;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 00851/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di gestione amministrativa, tecnica e di supporto alla valorizzazione del patrimonio immobiliare da reddito dell'INPS;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, di Prelios Integra Spa, di Edildovi s.n.c. di Donzelli e Vitiello, di Siram S.p.A., di Abaco Servizi S.r.l. e di Exitone S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino, Raffaele Ferola, Daniela Anziano, Marco Annoni, Antonio Lirosi, Saverio Sticchi Damiani, Annalisa Di Giovanni, Enrico Lubrano e Filippo Lubrano;

FATTO

Con sentenza n.5013 del 2012 il Tribunale amministrativo regionale del

Lazio respingeva il ricorso proposto dalla Romeo Gestioni S.p.A. (d'ora innanzi Romeo), seconda classificata, avverso l'aggiudicazione al r.t.i. costituito dalla mandataria Prelios Property & Project Management S.p.A. e dalle mandanti Siram S.p.A, Abaco Servizi s.r.l. ed Exitone S.p.A. (d'ora innanzi RTI Prelios) dei servizi di gestione amministrativa, tecnica e di supporto alla valorizzazione del patrimonio immobiliare da reddito dell'I.N.P.S, per la durata di trentasei mesi, in esito alla procedura di aggiudicazione indetta da quest'ultimo (con bando trasmesso alla G.U.C.E. il 28 marzo 2011 e pubblicato sulla G.U. il 1° aprile 2011) con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di Euro 44.100.000,00.

In accoglimento dell'appello proposto dalla Romeo, il Consiglio di Stato (con sentenza n.6036 del 2013) riformava la gravata decisione del T.A.R. del Lazio, dichiarava l'inefficacia del contratto stipulato il 12 agosto 2013 e disponeva il subentro della società appellante nell'aggiudicazione e nel contratto, sulla base dell'accoglimento del solo motivo di appello inteso a denunciare l'illegittimità dell'omessa esclusione del RTI Prelios, per aver perso, durante la procedura di affidamento, le attestazioni di qualificazioni SOA relative alle categorie OG1 e OG11, prodotte sulla base del contratto di avvalimento stipulato in data 28 aprile 2011 con la Edilnovi s.n.c. di Donzelli e Vitiello (d'ora innanzi Edilnovi).

Con sentenza n.4056 del 2014 il Consiglio di Stato accoglieva l'opposizione di terzo proposta dalla Edilnovi, annullava le predette decisioni e rimetteva la causa dinanzi al primo giudice.

Il T.A.R. del Lazio, dinanzi al quale era stato ritualmente riassunto il ricorso dalla Romeo, respingeva nuovamente il gravame, confermando così la legittimità dell'aggiudicazione della gara al RTI Prelios, e dichiarava inammissibile il ricorso incidentale proposto da quest'ultima.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Romeo, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguenti annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto al RTI Prelios e proprio subentro nel contratto già stipulato.

Resistevano la Edilnovi e il RTI Prelios, rilevando l'infondatezza dell'appello principale, proponendo (solo la seconda) appello incidentale avverso la declaratoria dell'inammissibilità del proprio ricorso incidentale in primo grado inteso ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'esclusione della Romeo dalla gara, e concludendo per la conseguente conferma della sentenza impugnata (in ipotesi con diversa motivazione).

Si costituiva anche l'INPS, che concludeva per la reiezione dell'appello principale e di quello incidentale.

Interveniva volontariamente in giudizio la Sovigest S.p.A. (terza classificata), che concludeva per l'accoglimento sia dell'appello principale che di quello incidentale.

Con decreto monocratico in data 17 marzo 2015, poi confermato con l'ordinanza cautelare del 9 aprile 2015, veniva sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

Il ricorso veniva successivamente trattenuto in decisione, sulle memorie difensive e di replica depositate dalle parti, con le quali veniva, peraltro, eccepita l'inammissibilità dell'intervento della Sovigest S.p.A., alla pubblica udienza del 9 aprile 2015.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'aggiudicazione al RTI Prelios dell'appalto, della durata di trentasei mesi, avente ad oggetto i servizi di gestione amministrativa, tecnica e di supporto alla valorizzazione del patrimonio immobiliare da reddito dell'INPS.

Il Tribunale di prima istanza, in esito alla complessa vicenda processuale riassunta in fatto, respingeva il ricorso della Romeo (seconda classificata), giudicando infondate tutte le censure dedotte a sostegno del gravame, e dichiarava inammissibile (rectius improcedibile), per (sopravvenuta) carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dal RTI Prelios.

Con il primo motivo di appello la Romeo critica la statuizione reiettiva delle doglianze (la terza del ricorso principale e la dodicesima dei secondi motivi aggiunti) con le quali aveva censurato la mancata esclusione del RTI Prelios, per essere rimasto sprovvisto, nel corso della procedura, delle attestazioni di qualificazione SOA relative alle categorie OG1 e OG11, intestate all'ausiliaria Edilnovi e delle quali si era avvalso il raggruppamento risultato aggiudicatario.

Come già rilevato in fatto la sesta sezione del Consiglio di Stato, nell'esame del primo appello della Romeo, aveva giudicato fondato tale motivo, sulla base di un'esegesi della normativa transitoria di riferimento, che, come meglio chiarito di seguito, esigeva la verifica triennale delle attestazioni (nella specie omessa dalla Edilnovi, ausiliaria del RTI Prelios).

Ai fini dell'esame di tale motivo di appello, il Collegio, preso atto della predetta pronuncia (assunta sulla medesima fattispecie sostanziale qui controversa e da valersi, quindi, quale precedente particolarmente significativo; tanto più che è stata annullata per ragioni meramente processuali dalla medesima sezione) e ritenendo, nondimeno, plausibili e (per alcuni aspetti) condivisibili le argomentazioni assunte a sostegno della diversa opzione ermeneutica preferita dai giudici di prima istanza, giudica utile (se non necessario), ai sensi dell'art.99, comma 1 c.p.a., un chiarimento, da parte dell'Adunanza Plenaria, sulle relative questioni, di

seguito meglio illustrate.

2.- Prima di formulare i quesiti indirizzati all'Adunanza Plenaria appare, tuttavia, necessaria una sintetica ricognizione della situazione di fatto e dei termini di diritto attinenti alla questione del possesso, da parte del RTI Prelios, delle attestazioni di qualificazione nelle categorie citate e delle sue implicazioni sulla legittimità dell'aggiudicazione controversa.

3.- Principiando dall'esame dei profili di fatto, occorre ricordare, seguendo un ordine strettamente cronologico (che, come si vedrà, assume una rilevanza del tutto peculiare ai fini della risoluzione della questione di diritto), che:

- a) il disciplinare di gara richiedeva (all'art.9, punto 1, lett. b2), ai fini della dimostrazione dell'adeguata capacità tecnico-organizzativa, il possesso dell'attestazione di qualificazione SOA "in corso di validità" per le categorie OG1 (edifici civili e industriali) e OG11 (impianti tecnologici), ammettendo la possibilità dell'avvalimento dei requisiti di un'impresa ausiliaria ai sensi dell'art.49 d.lgs. n.163 del 2006;
- b) la mandataria del RTI Prelios aveva stipulato in data 28 aprile 2011 un contratto di avvalimento con la Edilnovi proprio ai fini della dimostrazione del possesso del requisito relativo alla titolarità delle predette attestazioni SOA;
- c) la Edilnovi documentava il possesso di attestazioni di qualificazione SOA nelle categorie OG1 e OG11, rilasciate dalla Artigiansoa ai sensi del d.P.R. n.34 del 2000, con scadenza naturale (quinquennale) al 30 luglio 2013 e triennale (ai fini della verifica prescritta dall'art.15-bis d.P.R. cit.) al 30 luglio 2011;
- d) non risulta esibita in sede di gara l'istanza di verifica triennale, che, ove ritenuta necessaria, avrebbe dovuto essere proposta sessanta giorni prima della scadenza;

- e) il 29 aprile 2011 il RTI Prelios presentava domanda di partecipazione alla gara;
- f) in data 8 giugno 2011 entrava in vigore il d.P.R. n.207 del 2010, che introduceva un nuovo sistema di qualificazione SOA, dettando contestualmente le regole del regime transitorio di validità delle attestazioni rilasciate sotto la vigenza del vecchio regolamento;
- g) la Edilnovi documentava l'attestazione di qualificazione nella categoria OG1 (non variata dal D.P.R. n.207 del 2010), rilasciata dalla Axsoa S.p.A., con decorrenza 22 settembre 2011 e nella categoria OG11 (invece modificata dal d.P.R. cit.) l'attestazione di qualificazione, sempre rilasciata dalla Axsoa S.p.A., con decorrenza 19 giugno 2012;
- h) in data 6 dicembre 2011 il RTI Prelios formalizzava la presentazione dell'offerta;
- i) in data 13 giugno 2012 l'appalto veniva aggiudicato al RTI Prelios.

4.- Così sintetizzata la sequenza cronologica dei fatti che assumono rilevanza ai fini della soluzione del problema di diritto, occorre procedere all'illustrazione dei termini di quest'ultimo.

La questione, riassumibile nella disamina del possesso, da parte del RTI Prelios e, in particolare, dell'impresa ausiliaria Edilnovi, del requisito di qualificazione relativo alla titolarità di attestazioni valide (come prescritto dal disciplinare di gara), relativamente alle categorie OG1 e OG11, si risolve, a ben vedere, nell'esegesi dell'art.357, commi 12 e 16, del d.P.R. n.207 del 2010, che dettano la disciplina transitoria dell'efficacia delle attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n.34 del 2000 (contenente la precedente regolamentazione delle attestazioni di qualificazione SOA).

La prima disposizione (il comma 12), in particolare, distingue due fattispecie e si compone di due precetti: a) stabilisce che le attestazioni

rilasciate sotto la vigenza del d.P.R. n.34 del 2000 e relative alle categorie non variate (tra le quali, per quanto qui rileva, la OG1) conservano validità “fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse”; b) prevede che le attestazioni relative alle categorie variate, compresa, per quanto qui rileva, la OG11, “cessano di avere validità a decorrere dal cinquecentoquarantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento” (e, cioè, il 5 dicembre 2012).

La seconda disposizione (il comma 16) stabilisce che per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del regolamento (e, cioè, per effetto della proroga disposta dal d.l. n.73 del 2012, fino al 5 dicembre 2012) la dimostrazione del requisito relativo al possesso delle categorie ivi indicate (tra le quali la OG11) avviene mediante presentazione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA in vigenza del d.P.R. 34 del 2000, purchè in corso di validità alla data di entrata in vigore del regolamento.

Si tratta, quindi, di verificare se le predette disposizioni (e, in particolare, il comma 12, la cui esegesi assorbe anche quella del comma 16, posto che al momento dell'entrata in vigore del nuovo regolamento la Edilnovi era sicuramente in possesso dell'attestazione relativa alla categoria OG11) vadano lette nel senso (preferito dal T.A.R.) che il regime di validità ivi stabilito non resta subordinato all'obbligo della verifica triennale ovvero in quello (preferito dalla sesta sezione del Consiglio di Stato nella decisione di accoglimento del primo appello della Romeo) secondo cui il predetto adempimento rimane operativo e condiziona la validità e l'efficacia delle attestazioni SOA rilasciate sotto la vigenza del d.P.R. n.34 del 2000.

4.1- La questione è complicata dal fatto che la lettera della disposizione autorizza entrambe le opzioni ermeneutiche, potendosi valorizzare il

noto criterio interpretativo sintetizzato nel brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* e ritenere, quindi, che l'omesso richiamo, nella disposizione transitoria, dell'obbligo di verifica triennale sancito dall'art.15-bis d.P.R. n.34 del 2000 significhi la volontà di escludere tale adempimento (ai fini della validità delle attestazioni fino al termine finale univocamente stabilito dalla norma), oppure ritenere che il silenzio della disposizione sul punto non implichi un'abrogazione tacita della norma che impone la verifica triennale e che, anzi, l'omessa abrogazione espressa della medesima imponga la diversa esegesi della perdurante necessità del predetto adempimento.

Il silenzio in ordine all'obbligo di verifica triennale, in altri termini, si rivela un dato ambiguo che si presta ad essere decifrato secondo entrambe le prospettazioni interpretative.

4.2- Il Collegio non ignora che l'Adunanza Plenaria si è già pronunciata (con la decisione del 18 luglio 2012, n.27) su una questione analoga, ma reputa che tale pronuncia non valga, di per sé, a risolvere la questione qui controversa, pur offrendo validi e non trascurabili argomenti ai fini della sua soluzione.

Nella fattispecie ivi esaminata, infatti, si trattava dell'esegesi di disposizioni diverse (rispetto a quelle oggetto della presente indagine), e, segnatamente, del combinato disposto dell'art.7 della legge n.166 del 2002 e dell'art.15, comma 5, del d.P.R. n.34 del 2000 (per come modificato dall'art.1 del d.P.R. n.93 del 2004), e dell'analisi di una differente situazione di fatto (la partecipazione alla gara di un'impresa sprovvista di qualificazione, per non aver tempestivamente chiesto e ottenuto la verifica triennale positiva della propria attestazione).

Si trattava, quindi, di verificare se la disposizione che, in seguito all'allungamento della durata dell'efficacia delle attestazioni di

qualificazione (da tre) a cinque anni, aveva previsto la proroga al predetto termine finale della validità di quelle già rilasciate alla data di entrata in vigore della legge n.166 del 2002 dovesse o meno interpretarsi come impositiva anche dell'obbligo della verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale.

L'Adunanza Plenaria ha preferito l'opzione ermeneutica che riconosce l'obbligatorietà della verifica triennale delle attestazioni rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n.166 del 2002 e prorogate dall'art.1 del d.P.R. n.93 del 2004, sulla base del decisivo ed assorbente rilievo che la diversa lettura prospettata andava rifiutata perché avrebbe determinato un'irragionevole disparità di trattamento tra le imprese che avevano ottenuto le attestazioni prima dell'entrata in vigore della legge citata (esonerate dall'obbligo di verifica triennale) e quelle che l'avevano ottenuta dopo (soggetto al predetto adempimento).

Le coordinate ermeneutiche ivi utilizzate e i principi di diritto contestualmente enunciati non servono, quindi, a definire la questione in esame, in ragione sia della diversità della normativa lì interpretata (rispetto a quella applicabile alla fattispecie qui controversa) sia della eterogeneità della situazione di fatto ivi scrutinata.

L'unica informazione utile ricavabile dalla lettura della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria appare la considerazione che l'omessa previsione testuale dell'obbligo di verifica triennale non è stata giudicata, di per sé, preclusiva dell'interpretazione (infatti contestualmente preferita) che riconosce doveroso il predetto adempimento (nonostante il silenzio, al riguardo, dell'art.15, comma 5, del d.P.R. n.34 del 2000).

4.3- Così chiarito che la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria non appare risolutiva della questione oggi controversa, occorre dare conto, in estrema sintesi, degli argomenti prospettati a sostegno delle due

opzioni ermeneutiche confrontate, con la preliminare avvertenza che non tutte le prove e gli indizi addotti a supporto delle stesse sono parimenti riferibili ad entrambe le tipologie di categorie che vengono in rilievo (e, cioè, quelle modificate e quelle non modificate dal nuovo regolamento).

La diversità della ratio e della formulazione testuale delle disposizioni transitorie riferite alle predette distinte attestazioni impone, infatti, di differenziare, quando l'eterogeneità delle due situazioni giuridiche e fattuali lo esige, la valenza degli argomenti assunti a fondamento delle due opzioni interpretative confrontate.

4.4- La lettura che riconosce la necessità della verifica triennale si fonda, innanzitutto, sul rilievo che, in difetto di una deroga o di un'abrogazione espresse della disposizione che impone il predetto adempimento (confermato anche nel nuovo regolamento all'art.77 d.P.R. n.207 del 2010), sia la conferma della scadenza naturale (per le categorie non variate), sia la proroga legale, nel periodo transitorio, dell'efficacia delle attestazioni rilasciate sotto il regime del vecchio regolamento devono essere necessariamente intese come condizionate alla persistente validità di queste ultime, in ossequio alle regole generali (e, quindi, subordinate alla positiva verifica triennale) che continuano a produrre i loro effetti.

Non solo, ma anche la ratio dell'adempimento in discussione, agevolmente identificabile nell'esigenza di accertare, dopo un congruo periodo (che il legislatore ha individuato in tre anni), il mantenimento dei requisiti di qualificazione originariamente attestati, conferma la validità dell'interpretazione in questione, nella misura in cui soddisfa proprio il predetto interesse ed evita una lettura della norma transitoria che finisce per impedire la verifica intermedia (e stabilita come necessaria in via ordinaria) della permanenza, in capo all'impresa, delle

capacità organizzative ed esecutive richieste.

L'interpretazione in rassegna obbedisce, poi, al principio *tempus regit actum* (invocato, al riguardo, nella delibera A.V.C.P. del 10 giugno 2011) che implica che i contratti di qualificazione sottoscritti prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento e sotto la vigenza del d.P.R. n.34 del 2000 restano soggetti a tutte le regole allora vigenti, ivi compresa la prescrizione della verifica triennale.

4.5- L'esegesi che, viceversa, esclude la necessità della verifica triennale si basa sia su una lettura testuale delle disposizioni di riferimento sia su una loro esegesi finalistica.

Secondo il primo parametro, si rileva che l'art.357, comma 12, del d.P.R. n.207 del 2010 stabilisce, quanto alle categorie non variate, che le attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n.34 del 2000 "hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse" e che, quindi, prevede, chiaramente ed univocamente, la conferma dell'efficacia delle attestazioni fino alla fisiologica scadenza quinquennale (e, cioè, fino al "naturale" esaurimento della loro validità), e, quanto alle categorie variate, che le relative attestazioni "cessano di avere validità a decorrere dal cinquecentoquarantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento" e che, di conseguenza, individua il termine finale della loro efficacia, prorogandone la scadenza naturale, in modo da esaurire, in sé e con valenza innovativa, il pertinente regime di efficacia.

In merito alle (sole) categorie variate soccorre, inoltre, un convincente argomento logico: l'irragionevolezza dell'interpretazione che, anche per le categorie variate, esige la verifica triennale.

Posto, infatti, che il d.P.R. n. 207 del 2010 ha dettato (all'art.79) ulteriori e più stringenti requisiti ai fini del conseguimento della qualificazione

nella categoria OG11, la lettura che impone, anche nel regime di proroga stabilito dal combinato disposto dei commi 12 e 16 dell'art.357 del d.P.R. cit., si rivela del tutto illogica, là dove si risolve nella prescrizione di un controllo della permanenza dei requisiti di qualificazione stabiliti da una normativa abrogata e ormai sostituita da un nuovo regime impositivo di parametri diversi e più rigorosi (con i conseguenti e sproporzionati oneri finanziari imposti alle imprese ai fini del conseguimento, in tempi ravvicinati, della verifica triennale e della nuova qualificazione).

La disciplina transitoria oggetto di indagine, là dove stabilisce la proroga legale delle certificazioni relative alla categoria OG11, risulterebbe, in altri termini, intrinsecamente contraddittoria e irragionevole, se intesa nel senso di imporre la verifica triennale delle attestazioni rilasciate sotto il vigore di un regime ormai abrogato, e nonostante la contestuale introduzione di un sistema innovativo e più rigoroso di qualificazione, mentre si rivela logica e coerente, se letta nel senso di favorire un'ordinata transizione verso il nuovo assetto regolativo, per mezzo del differimento a una certa data delle attestazioni conseguite sotto il vigore del vecchio regime.

In altri termini, il significato più ragionevole e logico da assegnare alla disposizione in esame è proprio quello di permettere alle imprese che avevano delle attestazioni in scadenza di beneficiare di un congruo periodo di validità supplementare delle stesse (nel ché si risolve la proroga della loro efficacia), in vista dell'entrata in vigore delle nuove regole di qualificazione, e di evitare alle stesse il duplice onere della rinnovazione delle certificazioni con il vecchio regime e del conseguimento (in tempi stretti) delle nuove attestazioni (dal momento dell'entrata a regime del nuovo sistema).

Inoltre, la lettura da ultimo illustrata risulta corroborata dall'esigenza di rispettare il principio di affidamento degli operatori economici, che, sulla base della semplice lettura della norma transitoria in questione, erano stati indotti a confidare nella permanenza della validità delle attestazioni fino al 4 dicembre 2012, e quello del favor participationis, che impone di leggere disposizioni (normative o amministrative) equivoche nel senso di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (sulla valenza del principio del favor participationis si veda ex multis Cons. St., Sez. V, 17 luglio 2014, n.3777).

4.6- L'incertezza e la complessità della questione interpretativa in esame risulta, peraltro, confermata dal contrasto rintracciabile in due antinomiche comunicazioni del Presidente dell'A.V.C.P. (indirizzate alle SOA e alle stazioni appaltanti) e, segnatamente, in quella del 10 giugno 2011, con cui si ribadiva la sussistenza dell'obbligo della verifica triennale, nonostante la disciplina transitoria sopra esaminata, e in quella (successiva) in data 22 luglio 2011, con cui, contraddittoriamente, veniva espressamente ribadito che, per effetto del regime transitorio previsto nel d.P.R. n.207 del 2010, le qualificazioni ottenute sotto la vigenza del vecchio regolamento potevano essere utilmente spese fino alle scadenze ivi stabilite (quella quinquennale per le categorie non variate e il 4 dicembre 2012 per quelle variate), senza che il valido utilizzo delle relative attestazioni nel periodo considerato venga condizionato alla verifica triennale.

Si tratta, come si vede, di due comunicati che, lungi dal chiarire la portata e gli effetti della disciplina transitoria esaminata (ai fini ivi considerati), permettono solo di registrare la difficoltà della sua esegesi e l'aporia dalla stessa implicata.

4.7- Così illustrate le coordinate ermeneutiche astrattamente utilizzabili per condurre l'esegesi della normativa in questione (che resta affidata all'Adunanza Plenaria), il Collegio si limita a osservare che l'opzione interpretativa che esclude la necessità della verifica triennale appare, quantomeno per le categorie variate, maggiormente coerente con l'esigenza di soddisfare, contestualmente ed in maniera equilibrata, sia l'interesse delle imprese che hanno confidato nella valenza incondizionata della proroga legale della validità delle attestazioni, sia quello delle stazioni appaltanti alla più ampia partecipazione alle procedure e, soprattutto, alla possibilità di affidare l'appalto a imprese provviste della capacità tecnica e organizzativa richiesta per la sua esecuzione (ovviamente nell'ipotesi in cui abbiano conseguito una nuova attestazione prima della scadenza del periodo di proroga) e che hanno presentato l'offerta giudicata migliore (che resterebbero irragionevolmente sacrificati accedendo all'altra opzione ermeneutica).

Si aggiunga, per concludere, che le disposizioni transitorie devono essere strutturate e confezionate in modo da esaurire, in esse, il complesso delle regole destinate a presidiare la fase di transizione dal vecchio al nuovo regime normativo, di guisa che non si prestano, per la loro funzione, ad essere lette come integrate da norme, non espressamente richiamate, della disciplina sostanziale cui accedono, con l'ulteriore conseguenza, quanto alla fattispecie in esame, che l'autonomia del regime transitorio in esame imporrebbe di escludere l'inserzione, in esso, di una regola (l'obbligo della verifica triennale) non esplicitamente ivi prevista come costituiva della regolazione della transizione tra il vecchio e il nuovo sistema normativo delle qualificazioni SOA.

5.- Nell'ipotesi in cui dovesse interpretarsi la disciplina transitoria nel senso della necessità della verifica triennale, assume rilievo decisivo

l'ulteriore problema, la cui soluzione pure si affida all'Adunanza Plenaria, se il principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione (enunciato da Cons. St., Ad. Plen, n.4 del 2011 e affermato dall'AVCP con le deliberazioni n.61 del 7 giugno 2011 e n. 234 del 12 luglio 2007) debba essere inteso ed applicato, quanto alle attestazioni di qualificazione SOA, nel senso che il deficit di tal requisito in un segmento temporale intermedio della procedura comporta la necessaria esclusione dell'impresa che lo ha provvisoriamente perso, nonostante il suo possesso al momento della domanda di partecipazione alla gara e dell'aggiudicazione, ovvero nel senso che la provvisoria mancanza del predetto requisito in una fase intermedia della procedura non implichi l'applicazione della sanzione espulsiva, purchè, ovviamente la concorrente abbia posseduto il relativo titolo di qualificazione nei due momenti essenziali della domanda di partecipazione e dell'aggiudicazione.

5.1- Né varrebbe obiettare che tale problema risulta superfluo (ai fini della decisione del primo motivo di appello della Romeo), in quanto, per la categoria OG11, la validità della nuova attestazione ottenuta da Edilnovi (e, quindi, dal RTI Prelios) decorre da un momento (il 19 giugno 2012) successivo a quello dell'aggiudicazione (il 13 giugno 2012), atteso che la già segnalata diversità della disciplina transitoria dettata per le categorie variate e per quelle non variate ammette la differente esegesi delle due disposizioni e, in particolare, l'interpretazione della necessità della verifica triennale per la sole categorie non modificate (la OG1) e non anche per quelle modificate (OG11), con la conseguenza che la individuazione degli effetti del principio della continuità dei requisiti, quanto alla fattispecie in esame, conserva tutta la sua rilevanza (ancorchè ipotetica ed eventuale), tenuto conto che Edilnovi (e, quindi,

il RTI Prelios) ha perso la qualificazione nella categoria OG1 nel solo periodo corrente tra il 31 luglio e il 22 settembre 2011 (e, quindi, in un segmento temporale nel quale nella gara non è accaduto alcunché di rilevante).

5.2- Anche relativamente alla questione appena riassunta appaiono rintracciabili apprezzabili e persuasivi argomenti a suffragio di entrambe le tesi.

5.3- A sostegno di quella più rigorosa milita, sostanzialmente, la considerazione che i requisiti di qualificazione, in quanto finalizzati a dimostrare la capacità dell'impresa concorrente di eseguire correttamente l'appalto, devono essere posseduti in via ininterrotta per tutta la durata della procedura, con la conseguenza che la perdita, anche temporanea, della titolarità delle relative certificazioni implica la necessità dell'espulsione dalla gara della candidata divenuta (anche provvisoriamente) carente del requisito, a tutela dell'interesse pubblico all'amministrazione della procedura competitiva tra i soli candidati che possiedano continuativamente le qualificazioni richieste.

5.4- L'altra tesi, viceversa, risulta corroborata dal rilievo che la ratio dell'istituto del requisito di qualificazione dimostrato dalle attestazioni SOA dev'essere rinvenuta nell'interesse pubblico alla verifica della idoneità tecnica e organizzativa dell'impresa candidata e che la relativa esigenza assume rilievo nella fase dell'esecuzione dell'appalto e, comunque, solo in alcune fasi della procedura e, segnatamente, nei momenti della presentazione della domanda, della verifica dei requisiti e dell'aggiudicazione (quali uniche fasi del procedimento in cui la stazione appaltante ha interesse ad accertare la capacità della candidata alla corretta realizzazione dell'opera).

Tale ultima opzione ermeneutica si rivela, peraltro, avvalorata anche

dalla lettura della motivazione della decisione dell'Adunanza Plenaria citata dall'appellante a sostegno della sua tesi (la già citata sentenza n.4 del 2011), là dove è stato chiarito che “nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva”, quali momenti, si intende, nei quali (soli) assume rilievo il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.

Ne consegue che il temporaneo deficit di uno o più requisiti in un segmento temporale della procedura intermedio tra i predetti momenti, e, ovviamente, fermo restando il loro possesso nelle fasi indicate come (esclusivamente) rilevanti nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria, dovrebbe essere giudicato del tutto ininfluenza sulla regolarità del procedimento e sulla legittimità dell'aggiudicazione.

Tale interpretazione del principio in esame si appalesa, peraltro, del tutto coerente con il diritto europeo e con la sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia UE (sentenza 23 dicembre 2009, causa C-305/08), nella misura in cui realizza, meglio dell'altra, l'esigenza della più ampia apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici (da valersi quale uno degli obiettivi perseguiti con la direttiva 2004/18 CE) e quella di un controllo ragionevole, trasparente e proporzionato del possesso dei requisiti di qualificazione, quanto ai termini della relativa dimostrazione (Corte di Giustizia UE, sentenza 9 febbraio 2006, cause riunite C-226/04 e C-228/04).

6.- Così riassunti i termini delle questioni implicate dalla disamina del primo motivo dell'appello principale, si indirizzano all'Adunanza Plenaria i quesiti che seguono:

a) se la disciplina transitoria contenuta nell'art.357, commi 12 e 16, del d.P.R. n.207 del 2010 debba essere interpretata, con riguardo sia alle categorie variate che a quelle non variate, nel senso che resti necessaria (nel periodo ivi considerato) la verifica triennale delle attestazioni di qualificazione SOA (per come prescritta dagli art.15-bis del d.P.R. n.34 del 2000 e 76 del d.P.R. n.207 del 2010) ovvero in quello della non doverosità del predetto adempimento;

b) se il principio del possesso continuativo dei requisiti di qualificazione debba essere interpretato e declinato nel senso che anche una temporanea interruzione, nel corso della procedura, della titolarità delle attestazioni prescritte comporti necessariamente l'esclusione dell'impresa che l'ha temporaneamente perduta e anche se la possedeva nei momenti della presentazione della domanda, del controllo dei requisiti e dell'aggiudicazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2015

IL SEGRETARIO

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

