

N. 00008/2015REG.PROV.COLL.

N. 00004/2015 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4 di A.P. del 2015, proposto da:

Romeo Gestioni S.p.A.,

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

contro

- Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gaetano De Ruvo, Daniela Anziano e Samuela Pischetta ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Cesare Beccaria n. 29;

- Prelios Integra S.p.A.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Saverio Sticchi Damiani, Marco Annoni, Antonio Lirosi ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Marco Annoni, in Roma, Via Udine n. 6;

- Edildovi Snc di Donzelli e Vitiello,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Di Mauro ed Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso Alfredo Di Mauro, in Roma, Via Santa Caterina da Siena n. 46;

- Siram S.p.A. ed Exitone S.p.A.,

costituitesi in giudizio, rappresentate e difese dagli avv.ti Saverio Sticchi Damiani, Marco Annoni, Angelo Clarizia ed Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Marco Annoni, in Roma, Via Udine n. 6;

- Abaco Servizi S.r.l.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Saverio Sticchi Damiani, Antonio Lirosi, Angelo Clarizia e Marco Annoni, con domicilio eletto presso Marco Annoni, in Roma, Via Udine n.

e con l'intervento di

ad adiuvandum di

Società Sovigest S.p.A.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Lubrano e 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 ed 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 domande e difese;

Vista l'Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 2189/2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2015, il Cons. Salvatore Cacace;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, gli avv.ti Ferola, Vinti, Anziano, Annoni, Lirosi, Sticchi Damiani, Di Giovanni, Lubrano Enrico e Lubrano Filippo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La società odierna appellante principale ha impugnato innanzi al T.A.R. per il LAZIO, sede di ROMA, riassumendo un precedente giudizio sfociato in decisioni di primo e di secondo grado annullate da questo Consiglio con sentenza n. 4056 del 2014 in accoglimento di opposizione di terzo, il provvedimento di aggiudicazione in favore del r.t.i. odierno appellato/appellante incidentale (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.) dell'appalto 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, adottato all'esito alla procedura di gara 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 per un prezzo base d'asta di Euro 44.100.000,00.

2. - La Società ricorrente, collocatasi al secondo posto nella graduatoria finale di gara, ha chiesto inoltre la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il riconoscimento del diritto al subentro nell'aggiudicazione dell'appalto de quo e nel contratto.

3. – Il Giudice di primo grado, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso principale nelle sue varie ed articolate doglianze e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dal RTI controinteressato, inteso ad ottenere l'accertamento della doverosità della esclusione della ricorrente principale dalla gara.

4. – In particolare, per quanto concerne le censure, che hanno poi dato luogo in grado di appello ai quesiti oggetto dell'ordinanza di rimessione a questa Adunanza Plenaria, il T.A.R. le ha così chiaramente riassunte:

“La mandataria Prelios sarebbe rimasta priva, in corso di gara, dell'attestazione di qualificazione nelle categorie OG1 e OG11 con violazione del principio secondo cui i requisiti di qualificazione SOA devono sussistere e permanere per tutta la durata del procedimento di gara.

In particolare la società Prelios, ai fini dell'attestazione di qualificazione, ha fatto ricorso all'avvalimento della impresa Edildovi, che tuttavia non avrebbe provveduto alla verifica triennale dell'attestazione di qualificazione. Pertanto anche Prelios sarebbe rimasta priva della qualificazione richiesta.

Attesa la scadenza dell'attestazione al 30.7.2011 (data entro cui si sarebbe dovuto procedere alla verifica triennale) Edildovi e di conseguenza Prelios non potrebbero considerarsi in possesso, alla data di presentazione dell'offerta, della qualificazione nella categoria OG 11, in quanto:

- a) non è stata effettuata la verifica triennale entro il 30.7.2011;
- b) non è stata prodotta in gara tempestiva (anteriore di gg. 60 alla predetta scadenza) istanza di verifica alla società che aveva rilasciato l'attestazione originaria, così come prescritto dall'art. 15, comma 1 bis, del d.P.R. n. 34/2000 e dall'art. 77 del d.P.R. n. 207/10;
- c) l'attestazione rilasciata, peraltro da diversa società, in data 22.9.2011 non comprende la categoria OG 11;
- d) l'attestazione rilasciata in data 19.6.2012 (data peraltro successiva all'aggiudicazione definitiva) è utilizzabile per la categoria variata OG 11 solo a partire dalla scadenza del termine previsto dall'art. 357, comma 17, del d.P.R. n. 207/10, come prorogato dal D.L. n. 73/2012 e cioè solo dopo il mese di dicembre 2012”.

5. – La Sezione Terza di questo Consiglio, chiamata a decidere sull'appello principale proposto avverso l'anzidetta sentenza e sull'appello incidentale della controinteressata rivolto avverso la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado, con l'intervento volontario in grado di appello della società risultata terza classificata nella graduatoria della gara in questione a sostegno dell'accoglimento sia dell'appello principale che di quello incidentale, principiato l'esame dal primo motivo dell'appello principale (con il quale la originaria ricorrente principale critica la statuizione reiettiva delle doglianze - la terza del ricorso principale e la dodicesima dei secondi motivi aggiunti - con le quali aveva in primo grado censurato la mancata esclusione del RTI controinteressato per essere esso rimasto sprovvisto nel corso della procedura delle attestazioni di qualificazione SOA relative alle categorie OG1 e OG11 intestate all'ausiliaria, delle quali il raggruppamento stesso si era avvalso) e sottolineato che la Sezione Sesta aveva (con sentenza n. 6036 del 2013 resa nella fase d'appello del giudizio poi travolto dall'intervenuto accoglimento dell'opposizione di terzo successivamente proposta dall'ausiliaria pretermessa) giudicato fondato tale motivo sulla base di un'esegesi della normativa transitoria di riferimento che aveva concluso per la “indubbia applicabilità dell'onere di verifica triennale” imposto prima dall'art. 15-bis del

d.P.R. n. 34/2000 e poi dall'art. 77 del d.P.R. n. 207/2010 nella specie pacificamente rimasto inadempito da parte della impresa ausiliaria del RTI risultato aggiudicatario, ha ritenuto "plausibili e (per alcuni aspetti) condivisibili le argomentazioni assunte a sostegno della diversa opzione ermeneutica preferita dai giudici di prima istanza" e conseguentemente chiesto, con l'Ordinanza di rimessione di cui in premessa, un chiarimento, da parte dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., sulla seguente questione di diritto: "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".

Nell'ipotesi in cui detta disciplina transitoria debba interpretarsi nel senso della necessità della verifica triennale anche in tale periodo, assume poi rilievo decisivo, secondo la stessa Ordinanza di rimessione ("tenuto conto", viene ivi precisato, "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"), l'ulteriore problema dell'interpretazione ed applicazione del principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, la cui soluzione pure viene affidata a questa Adunanza Plenaria sulla base del seguente ulteriore quesito: "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".

Quanto ai profili di fatto la Sezione rimettente ha ricordato che (punto 3.):

<<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>>.

6. - Il ricorso è stato trattenuto in decisione dall'Adunanza Plenaria, sulla base delle ulteriori memorie difensive e di replica delle parti nonché dell'ampia discussione orale, all'udienza pubblica del 17 giugno 2016.

7. - Con il primo quesito viene posto a questa Adunanza Plenaria il problema se, nel regime transitorio dettato dall'art. 357 del D.P.R. 05/10/2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE») ed in particolare per il caso di bandi di gara pubblicati precedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento (la gara d'appalto de qua è stata indetta con bando trasmesso alla G.U.U.E. il 28 marzo 2011 e pubblicato sulla G.U.R.I. il 1° aprile 2011), le disposizioni di cui ai commi 12, 13, 16 e 17 del citato art. 357, per le attestazioni SOA rilasciate secondo la “vecchia” normativa di cui al D.P.R. n. 34/2000 (delle quali le dette norme transitorie prevedono un periodo di ultrattività, come si vedrà differenziato a seconda che si tratti di attestazioni relative a categorie variate o meno dal regolamento stesso ed in particolare, per quanto rileva nel presente giudizio, alla categoria variata OG11 ed alla categoria non variata OG1), sia comunque necessario, per usufruire della “prorogatio” successiva all'entrata in vigore del regolamento e per il periodo ivi considerato in misura come s'è detto distinta tra categorie variate o meno, il requisito della verifica triennale, come prescritta prima dall'art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 76 del d.P.R. n. 207 del 2010; se, in definitiva, detto adempimento debba considerarsi “doveroso” o meno nell'anzidetto periodo transitorio ai fini del valido utilizzo delle attestazioni SOA.

Osserva anzitutto il Collegio che così dispongono le citate disposizioni transitorie:

“12. Le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse; gli importi ivi contenuti, dal cinquecentoquarantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, si intendono sostituiti dai valori riportati all'articolo 61, commi 4 e 5. Cessano di avere validità a decorrere dal cinquecentoquarantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento le attestazioni relative alla categoria OG 11 di cui all' allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000, nonché le attestazioni relative alle categorie OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 21, di cui all' allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000, e alla categoria OS 2, individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 e rilasciata ai sensi del regolamento di cui al decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 3 agosto 2000, n. 294, e successive modificazioni, relative a imprese che hanno ottenuto, a seguito della riemissione dei certificati di esecuzione dei lavori ai sensi del comma 14-bis, l'attestazione nelle corrispondenti categorie modificate dal presente regolamento ...

13. Le attestazioni relative alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2, individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 , e rilasciata

ai sensi del D.M. 3 agosto 2000, n. 294 , come modificato dal D.M. 24 ottobre 2001, n. 420 , la cui scadenza interviene nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del presente regolamento e la data di entrata in vigore dello stesso, si intendono prorogate fino alla data di entrata in vigore del presente regolamento...

16. Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, i soggetti di cui all' articolo 3 , comma 1, lettera b), ai fini della predisposizione dei bandi o degli avvisi con cui si indice una gara nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi ai fini della predisposizione degli inviti a presentare offerte, applicano le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e le categorie del relativo allegato A. Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, ai fini della partecipazione alle gare riferite alle lavorazioni di cui alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all' allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2 individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e rilasciata ai sensi del D.M. 3 agosto 2000, n. 294 , come modificato dal D.M. 24 ottobre 2001, n. 420 , la dimostrazione del requisito relativo al possesso della categoria richiesta avviene mediante presentazione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA in vigenza del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 , purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente regolamento anche per effetto della disposizione di cui al comma 13.

17. Le attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA relative alle categorie OG 10, OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 7, OS 8, OS 12-A, OS 12-B, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21 e OS 35, di cui all' allegato A del presente regolamento, possono essere utilizzate, ai fini della partecipazione alle gare, a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento”.

Ciò posto, precisato che l' art. 1, comma 1, D.L. 6 giugno 2012, n. 73 , convertito, con modificazioni, dalla L. 23 luglio 2012, n. 119, ha prorogato di centottanta giorni i termini di cui ai veduti commi 15, 16 e 17 e che non è contestato che il bando della gara del cui esito qui si controverte ha fatto regolare applicazione delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e delle categorie del relativo allegato “A”, la risposta al primo quesito posto dalla Sezione remittente merita un differenziato esame (che comporta, come si vedrà, un diverso esito), a seconda che si tratti della disciplina transitoria dettata per le categorie non variate o di quella prevista per le categorie variate ad opera del d.P.R. n. 207 del 2010.

7.1 - Invero, quanto alla prima, nel veduto quadro normativo, una volta abrogato il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 “fermo quanto disposto dall'articolo 357” (art. 358, comma 1, lett. d) del d.P.R. n. 207/2010) con decorrenza dalla data di entrata in vigore di quest'ultimo, non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, che, sulla base del chiaro disposto del primo periodo del veduto comma 12 (“le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse ...”), la conferma di validità delle attestazioni in corso valga anche a configurare un'implicita, ma inequivoca, applicabilità dell'onere di verifica triennale, che medio tempore maturi, richiesto sia dalla normativa previgente (art. 15-bis del d.P.R. n. 34/2000), che dal nuovo testo regolamentare (art. 77 del d.P.R. n. 207/2010).

Se, infatti, le attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n. 34/2000 per le categorie non modificate dal “nuovo” regolamento (ivi compresa, per quanto più da vicino riguarda la fattispecie all'esame, la categoria “OG1”) conservano la loro validità per l'intera originaria durata della loro efficacia (cinque anni, ai sensi del primo periodo del comma 5 dell'art. 15 del d.P.R. n. 34/2000),

tale norma transitoria, che si pone in palese linea di continuità con la durata a regime prevista sia dalla “vecchia” normativa che dalla “nuova” (v. il primo periodo del comma 5 dell’art. 76 del d.P.R. n. 207/2010), dev’essere interpretata nel senso che le imprese concorrenti devono essere in grado di provare, ai fini della partecipazione alla procedura selettiva per l’aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, il possesso dell’attestazione SOA richiesta sia nel vecchio che nel nuovo regime con caratteri e requisiti immutati, della cui persistente validità fino alla naturale scadenza del quinquennio (sulla quale il legislatore non è intervenuto innovativamente nemmeno per la sola fase transitoria) costituisce pacificamente condizione indefettibile, derivante per la fase transitoria dal sottolineato integrale carattere di continuità tra “vecchio” e “nuovo” regime, l’anzidetto onere di verifica triennale, ch’è coesistente alla durata quinquennale dell’attestazione, al chiaro fine di prevenire ogni diminuzione del livello qualitativo delle imprese in così lungo periodo; livello, questo, i cui caratteri, come s’è detto, restano immutati nel passaggio tra un regime e l’altro, sì che non possono che restarne confermate le garanzie all’uopo predisposte dal sistema (Cons. St., III, 12 novembre 2014, n. 5573; Cons. St., ad. plen., 18 luglio 2012, n. 27, secondo cui, tra l’altro, “fra i titoli da presentare ai sensi dell’art. 11, c. 8 del d.lgs. n. 163 del 2006, perché l’aggiudicazione sia efficace rientra anche l’attestazione dell’esito positivo della verifica” in questione).

Va peraltro precisato che una tale interpretazione delle vedute disposizioni transitorie riguardanti le categorie non modificate dal Regolamento del 2010, oltre a rispettare l’evidente, già sottolineato, principio di continuità che connota il passaggio della disciplina delle relative attestazioni SOA dal d.P.R. n. 34/2000 al d.P.R. n. 207/2010, non mette in alcun modo a repentaglio:

- i principii di certezza del diritto e di buona fede ed affidamento reciproco che devono improntare i rapporti tra stazioni appaltanti ed operatori economici circa l’individuazione della normativa applicabile alle gare ricadenti in tale periodo transitorio, così come l’esigenza sottolineata dall’Ordinanza di rimessione di eshaustività del “complesso delle regole destinate a presidiare la fase di transizione dal vecchio al nuovo regime normativo”, dal momento che l’univocità del bando nel prevedere classi e categorie dei lavori con riferimento al DPR n. 34/2000 (sulla cui vigenza ed applicabilità alla procedura di gara le concorrenti dovevano intendersi dunque espressamente avvisate sin dalla sua indizione), nonché la conferma nel periodo transitorio della “normale” durata dell’efficacia delle attestazioni relative alle categorie non modificate, non potevano indurre in dubbio i soggetti interessati circa la normale “attrazione” nella disciplina transitoria anche dell’òner di verifica intermedia, che, quale componente essenziale della fattispecie normativa della fissazione al quinquennio della “naturale” durata dell’attestazione (Cons. St., ad. plen., n. 27/2012, cit.), produce notoriamente nell’ordinamento uno specifico effetto di determinazione della validità o meno della stessa dopo il triennio dal rilascio e dunque condiziona la stessa ininterrotta efficacia quinquennale dell’attestazione. Effetto, questo, che non può certo considerarsi sic et simpliciter eliso sol perché la normale durata quinquennale dell’attestazione viene qui in considerazione in quanto confermata dalla norma transitoria, che, nella misura in cui ha appunto mero carattere di conferma, non può che ricomprendere tutti i caratteri del regime confermato; il che non può sfuggire ad ogni operatore qualificato, accorto e diligente, che deve seguire l’evoluzione normativa delle regole che ne disciplinano l’attività secondo canoni di professionalità, responsabilità ed in definitiva di riduzione del rischio derivante dal mancato adempimento di oneri posti in realtà a tutela del corretto funzionamento del complesso mercato ristretto di cui si tratta;

- l’esigenza di non gravare le imprese di oneri inutilmente gravosi, atteso che, nel passaggio dalle “vecchie” alle “nuove” disposizioni, la tempistica come sopra disegnata della progressiva entrata a regime delle nuove qualificazioni ai fini SOA per le categorie non modificate dal nuovo regolamento lascia invariata sia la scadenza finale che quella intermedia delle attestazioni rilasciate anteriormente alla data della sua entrata in vigore, con conseguente invarianza sia degli adempimenti che dei costi di certificazione gravanti sulle imprese, che, pur libere di dotarsi da

subito di una nuova attestazione nel nuovo regime (come nella fattispecie incontestatamente accaduto a seguito di rilascio di una nuova attestazione con decorrenza di validità dal 22 settembre 2011), possono utilizzare le qualificazioni SOA rilasciate nella medesima categoria secondo il previgente allegato “A” del DPR n. 34/2000 per tutta la loro naturale durata, cui è riconnesso, come s’è visto, ove ricorrente (come nella fattispecie all’esame, in cui la data di scadenza del periodo triennale dell’attestazione ex DPR n. 34/2000 era quella del 31 luglio 2011), l’onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di verifica (come precisato dalla ridetta decisione dell’Adunanza Plenaria n. 27/2012, l’attestazione decade non soltanto se l’esito della verifica è negativo, ma anche, ai sensi della normativa, se l’impresa non vi si sottopone, come nella specie incontestatamente non vi si è assoggettata, almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio: comma 1 dell’art. 15-bis del d.P.R. n. 34/2000, vigente al sessantesimo giorno antecedente al 31 luglio 2011);

- il corretto espletamento da parte delle SOA della procedura di verifica triennale, che avrà riguardo, anche durante il periodo transitorio di cui si tratta, ai requisiti d’ordine generale, di capacità strutturale e di congruità organizzativa dettati dal d.P.R. n. 207/2010, che, una volta come s’è visto intervenuta l’abrogazione del d.P.R. n. 34/2000 con decorrenza dall’8 giugno 2011, richiede, per dette categorie, capacità organizzative ed esecutive in tutto e per tutto invariate rispetto al sistema anteriore.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra e della documentazione in atti, nel caso all’esame risulta in definitiva scoperto, quanto alla categoria OG1, il periodo intercorso dal 31 luglio 2011 (data di scadenza del periodo di verifica triennale del certificato ARTIGIANSOA, senza che fosse stata presentata tempestiva istanza di verifica) al 22 settembre 2011 (data di efficacia ex nunc del nuovo certificato rilasciato dalla AXSOA s.p.a.).

7.2 – A diversa conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina transitoria che riguarda le categorie modificate dal d.P.R. n. 207 del 2010, fra le quali la categoria “OG11”, la cui attestazione è contemplata tra i requisiti di partecipazione alla gara di cui qui si tratta.

Non è al riguardo anzitutto condivisibile l’assunto, secondo cui la proroga legale nel periodo transitorio della efficacia delle attestazioni rilasciate sotto il regime del “vecchio” regolamento sia recata dal secondo periodo del comma 12 dell’art. 357 più volte citato.

Tale disposizione (“cessano di avere validità a decorrere dal cinquecentoquarantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento le attestazioni relative alla categoria OG 11 di cui all’ allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000, nonché le attestazioni relative alle categorie OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 21, di cui all’ allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000, e alla categoria OS 2, individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 e rilasciata ai sensi del regolamento di cui al decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 3 agosto 2000, n. 294, e successive modificazioni, relative a imprese che hanno ottenuto, a seguito della riemissione dei certificati di esecuzione dei lavori ai sensi del comma 14-bis, l’attestazione nelle corrispondenti categorie modificate dal presente regolamento”), relativa sì alle categorie “variate” (tra cui la categoria “OG11”), prevede piuttosto una scadenza anticipata rispetto alla naturale scadenza quinquennale delle attestazioni S.O.A. rilasciate nella vigenza del d.P.R. n. 34 del 2000, quando siffatta scadenza si collochi in un momento posteriore alla nuova “attestazione nelle corrispondenti categorie modificate dal presente regolamento”, che l’impresa potrà poi utilizzare “a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento” (comma 17; termine poi prorogato di centottanta giorni); in tal senso, del resto, è da leggersi, e da condividersi, il comunicato AVCP, con relativa esemplificazione, del 22 luglio 2011.

Trattasi di indubbia situazione di svantaggio (e di stimolo a dotarsi di attestazioni “aggiornate”) per le imprese che versino in tale situazione, che trova comunque la sua giustificazione logica e ragionevole nell’esigenza, tipica di tutte le discipline transitorie, di introdurre uno spartiacque tra la “vecchia” e la “nuova” normativa, ancorandolo ad una data precisa, alla quale fissare la scadenza della validità del possesso dei requisiti ormai superati dal nuovo ordinamento; nel caso della disciplina in esame, al fine di consentire un graduale adeguamento delle attestazioni alla nuova disciplina dei requisiti di qualificazione per l’esecuzione di lavori pubblici.

La proroga legale della scadenza quinquennale delle attestazioni in esame è piuttosto da individuarsi nel disposto del secondo periodo del comma 16 dell’art. 357 in considerazione, che, come s’è visto, dispone: “Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, ai fini della partecipazione alle gare riferite alle lavorazioni di cui alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all’ allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2 individuata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e rilasciata ai sensi del D.M. 3 agosto 2000, n. 294 , come modificato dal D.M. 24 ottobre 2001, n. 420 , la dimostrazione del requisito relativo al possesso della categoria richiesta avviene mediante presentazione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 , purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente regolamento anche per effetto della disposizione di cui al comma 13” (l’ art. 1, comma 1, del D.L. 6 giugno 2012, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 luglio 2012, n. 119, ha poi prorogato di centottanta giorni il termine ivi indicato).

Orbene, siffatta disposizione non può esser letta, ad avviso del Collegio, nel senso che, per le imprese per le quali la scadenza triennale dell’attestazione intervenga tra la data di pubblicazione del nuovo regolamento (v. comma 13) e quella finale anzidetta di “utilizzabilità” delle attestazioni rilasciate sotto il precedente regime, esse siano comunque tenute all’obbligo di verifica triennale.

Se, invero, tale obbligo assolve alla funzione di accertare la permanenza dei requisiti di qualificazione in capo all’impresa certificata, onde garantirne l’effettivo mantenimento fino alla scadenza del quinquennio di validità della certificazione, osserva il Collegio che l’esigenza di un controllo attorno all’effettiva permanenza dei requisiti di qualificazione che avevano consentito l’iniziale rilascio dell’attestazione non solo non è espressamente previsto dalla norma di deroga all’ordinario periodo di validità dell’attestazione (all’interno del quale esso rappresenta come s’è visto condizione indefettibile della persistenza della stessa fino alla naturale scadenza del quinquennio), ma essa deve ritenersi esclusa dalla stessa locuzione “purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento”; locuzione, questa, il cui unico senso logico (salvo volerla ritenere meramente pleonastica, il che non risponde agli ordinari criteri di esegesi interpretativa) è quello di ritenere per disposto di legge la permanenza dei requisiti per tutto il periodo transitorio, visto che l’unica condizione apposta alla proroga dell’efficacia dell’attestazione è quella della sua “validità alla data di entrata in vigore” del regolamento; donde la non applicabilità alle attestazioni relative alle categorie variate dell’onere di verifica triennale.

Del resto, ammesso che l’impresa avanzi in tale periodo transitorio istanza di verifica dell’attestazione “in corso di validità” (il che non è pacificamente avvenuto nel caso di specie), la SOA non potrebbe fare applicazione dei “vecchi” requisiti di qualificazione per effetto dell’ormai intervenuta abrogazione delle relative disposizioni del d.P.R. n. 34/2000 (non fatte salve nel periodo transitorio, sì che non è più possibile in tale periodo alcuna qualificazione sulla base delle “vecchie” categorie di cui all’Allegato “A” al DPR medesimo) e non potrebbe applicare i nuovi e diversi requisiti, di cui al DPR n. 207/2010, che il legislatore, col disegno della fase transitoria di cui si tratta, ha voluto che facessero ingresso nell’ordinamento solo in un momento storico

successivo (chiaramente senza soluzione di continuità) a quello di scadenza della fase stessa, com'è reso palese anche dalla già veduta prescrizione, di cui al comma 17 dell'art. 357, relativa all'utilizzabilità delle nuove attestazioni.

Ne consegue che, per le categorie non modificate dal nuovo Regolamento, le attestazioni in corso di validità alla data di entrata in vigore dello stesso possono essere validamente utilizzate fino allo scadere del termine di cui al secondo periodo del comma 16 dell'art. 357 del DPR n. 207/2010, senza onere di verifica triennale in tale arco temporale.

7.3 – Conclusivamente, al primo quesito posto dall'Ordinanza di rimessione deve essere data la seguente soluzione:

a) nel regime transitorio previsto dal comma 12, prima parte, dell'art. 375 del d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n. 34 del 2000 “fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse”, è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010;

b) nel regime transitorio dettato dall'art. 375, commi 13, 16 e 17, del d.P.R. n. 207 del 2010 e ss. mm. ii. per le categorie “variate” non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale, di cui agli artt. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e 77 del d.P.R. n. 207 del 2010.

8. – Si può passare ora all'esame del secondo quesito sollevato dall'Ordinanza stessa, che conserva la rilevanza in essa sottolineata, alla luce del fatto che la riscontrata carenza di continuità dell'attestazione del requisito di qualificazione per la categoria “OG1” in capo all'anzidetta ausiliaria è in grado di comportare o meno l'esclusione dalla gara de qua del R.T.I. risultato aggiudicatario a seconda della soluzione che venga data al quesito medesimo.

Premesso, invero, che la menzionata ditta ausiliaria “ha perso la qualificazione OG1 nel solo periodo intercorrente tra il 31 luglio e il 22 settembre 2011 (e, quindi, in un segmento temporale nel quale nella gara non è accaduto nulla di rilevante)”, la Sezione remittente dubita che il deficit di tale requisito in un segmento temporale intermedio della procedura (diverso dai momenti nei quali soli assumerebbe “rilievo il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione”) possa comportare “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”; si che, conclude, il temporaneo deficit di uno o più requisiti in siffatto arco di tempo “dovrebbe essere giudicato del tutto ininfluenza sulla regolarità del procedimento e sulla legittimità dell'aggiudicazione”.

Ritiene l'Adunanza Plenaria di dover ribadire la costante giurisprudenza, anche di questa stessa Adunanza, che ha affermato il principio generale, secondo cui il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987; Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833 e 26 marzo 2012, n. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010).

Invero, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del

legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006.

Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A.

Al riguardo va sottolineato che lo stesso legislatore richiede la dimostrazione delle capacità tecniche (art. 42 del D. Lgs. n. 163/2006) ed economica e finanziaria (art. 41 del D. Lgs. n. 163/2006) alle imprese "concorrenti" e tale qualità l'impresa mantiene indubbiamente per tutta la durata della procedura, con correlato obbligo di mantenimento (e di prova del possesso) del corrispondente requisito richiestole.

D'altra parte, con specifico riferimento all'ambito dei lavori pubblici, l'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010, nel prescrivere che "il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi ...", dà anch'esso rilievo ad un attributo dell'impresa (quello di "concorrente") e ad un'attività della stessa (quella di "partecipazione alla gara"), che hanno un rilievo con tutta evidenza dinamico, in quanto non si esauriscono in uno o più specifici momenti, nei quali "soli", secondo l'Ordinanza di rimessione, "assume rilievo il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione"; mentre l'art. 50 dello stesso D.P.R. disciplina i "requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alla gara" sempre dando rilievo alla "partecipazione", che non si riduce certo a specifici passaggi del procedimento di gara..

E tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, è appena il caso di rilevarlo, non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore "operatore economico" (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica.

Diversamente ritenendo, del resto, la naturale flessibilità temporale dei momenti della procedura che l'Ordinanza di rimessione assume come "esclusivamente" rilevanti si tradurrebbe nella assoluta aleatorietà della collocazione, nell'arco temporale della procedura stessa, dei singoli momenti, nei quali ("soli") sarebbero richiesti il possesso a pena di esclusione dei requisiti e la sua prova; aleatorietà, questa, che, oltre a contrastare palesemente con i principii indefettibili della trasparenza e della par condicio che presiedono all'evidenza pubblica, finirebbe col collidere con la stessa esigenza, sottolineata dall'Ordinanza di rimessione in collegamento con il diritto dell'Unione, di "un controllo ragionevole, trasparente e proporzionato" in relazione a termini temporali, che la qui assunta (o, meglio, confermata) interpretazione del principio di continuità della sussistenza dei requisiti per tutta la durata della procedura consente, invece, di assicurare con caratteri di sufficiente

certezza (quanto meno in relazione alla univocità delle conseguenze della perdita del requisito in qualunque momento della gara essa si collochi) sia per la stazione appaltante che per gli operatori concorrenti.

La qui prospettata inconfigurabilità di una qualsivoglia soluzione di continuità in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione nel corso della procedura di gara tiene poi anche conto del fatto, già accennato, che trattasi di requisiti indispensabili per la stessa partecipazione alla gara (la mancanza dei quali l'amministrazione appaltante può in ogni momento accertare: Cons. St., V, 12 luglio 2010, n. 4477), del cui possesso, nel campo dei lavori pubblici, l'attestazione SOA costituisce lo strumento necessario e sufficiente, nonché esclusivo, di dimostrazione; circostanza, questa, che vale ad escludere la stessa sua pertinenza, come ventilata dall'Ordinanza di rimessione, alla sola "fase dell'esecuzione dell'appalto", dal momento che il sistema di qualificazione di cui all'art. 40 del D. Lgs. n. 163/2006 (nel pieno rispetto dei principi, anche comunitari, di par condicio, massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e di capacità tecnico-professionale ed economica degli operatori: v. artt. 45 e ss. della Dir. 31/03/2004, n. 2004/18/CE) richiede indubbiamente la dimostrazione della qualificazione ad effettuare i lavori (in termini di esperienze professionali pregresse dell'operatore e di connotati attuali della sua struttura organizzativa e della sua capacità economica, elementi tutti "riassunti" dall'attestazione SOA) quale requisito indispensabile per la stessa partecipazione alla gara e dunque fin dal momento dell'ammissione alla stessa e non certo a far tempo dal momento, eventuale e successivo, dell'effettuazione concreta dei lavori a seguito dell'aggiudicazione e del contratto ("la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori della propria classifica ...": art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010).

Anche, peraltro, nella fattispecie all'esame, alla stregua del dato sistematico enucleabile dalla disciplina di gara, il requisito di cui si tratta costituisce invero il titolo professionale minimo richiesto *expressis verbis* ai fini della proficua ammissione e non certo una condizione da soddisfare successivamente all'aggiudicazione per la corretta esecuzione del contratto.

Né a diverse conclusioni è dato giungere, come pretenderebbe nelle sue difese il R.T.I. controinteressato, sol perché si tratta qui del possesso non dei requisiti generali e speciali di partecipazione (nella specie attestati dalla certificazione SOA) da parte del diretto concorrente, ma dei requisiti richiesti in capo al soggetto indicato come "ausiliario" dal concorrente stesso, sulla base delle norme in materia di avvalimento, di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

A tal proposito, devesi sottolineare che, laddove il concorrente non sia in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, la dichiarazione dello stesso di volersi avvalere "dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto" (comma 1 dell'art. 49, cit.) non vale certo ad escludere che la stazione appaltante debba essere posta in condizione di valutare, fin dall'ammissione alla gara e per tutta la durata della procedura sulla base dei principi sopra enunciati, l'idoneità dell'offerente all'aggiudicazione del contratto, anche con riguardo ai requisiti (e dunque al titolare degli stessi) oggetto di avvalimento.

In definitiva, dunque, un RTI (quale l'odierno controinteressato), in caso di mancato autonomo possesso, da parte della mandataria e delle mandanti, dei necessari requisiti di qualificazione, deve necessariamente indicare l'impresa ausiliaria, dei cui requisiti si avvalga (allegando la documentazione, di cui al comma 2 dell'art. 49 cit.); e deve dimostrare il possesso, da parte di quest'ultima, di tali requisiti e dunque, in caso di attestazione di qualificazione SOA, di una attestazione valida ed efficace per tutta la durata della procedura.

Al contrario, la pretesa possibilità che, in caso di ricorso all'avvalimento, il concorrente possa acquisire (e dimostrare il possesso) dei requisiti a gara conclusa, in sede o quanto meno ai soli fini dell'esecuzione, costituirebbe una precisa violazione delle norme sulla qualificazione, che sono previste a pena di esclusione e della parità di trattamento, in danno dei concorrenti più diligenti.

In base ai canoni dell'imparzialità e della par condicio non si può infatti consentire che vengano ammesse alla gara offerte provenienti da soggetti sprovvisti dei requisiti, che, in ragione della loro peculiare rilevanza sul piano economico e tecnico, la legge prevede debbano essere "a qualificazione obbligatoria"; la qualificazione, insomma, deve essere valutata "in gara" (v. art. 88 del D.P.R. n. 207/2010).

Ne consegue, sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionali ed economici, una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori economici in rapporto di avvalimento e dunque, in definitiva, fra i primi e l'imprenditore, che preferisca seguire la via del possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara.

Va pertanto escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del titolo (Cons. St., IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

Né appare rilevante il riferimento al costante indirizzo giurisprudenziale, secondo cui, in caso di ricorso a tale istituto (che ha una portata generale), è onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; 7 aprile 2014, n. 1636; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125; da ultimo, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257) e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

Ed invero, se non v'è ragione di dubitare dell'ammissibilità dell'avvalimento anche quanto alla certificazione SOA (del resto espressamente prevista dal legislatore), la notazione, più volte fatta dalla giurisprudenza, secondo cui la messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità: a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), non porta certo alla possibilità di prescindere dalla necessità preliminare della verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione e dunque della serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente (ed in via mediata dell'impresa ausiliaria) sotto il profilo del possesso degli stessi ai fini ed in sede di partecipazione al procedimento di gara.

Quanto sopra considerato si rivela peraltro perfettamente congruente con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, ch'è volta nel suo complesso a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficace e sicura esecuzione degli appalti (Cons. St., VI, 13 giugno 2011, n. 3565), nel rispetto comunque ineludibile delle garanzie di imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che costituiscono principi fondanti del diritto comunitario.

Tanto porta a ritenere non necessaria ed irrilevante la presentazione sul punto, richiesta dal R.T.I. controinteressato, di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, non

esistendo dubbio alcuno, ad avviso del Collegio, né sul fatto che, se secondo lo stesso diritto comunitario finalità dell'avvalimento è quella di fornire alle imprese la possibilità di ricorrere ai requisiti di altri soggetti solo se ed in quanto da questi autonomamente posseduti, nel caso di specie l'ausiliaria dallo stesso individuata non ha posseduto (o non ha dimostrato comunque di possedere), come sopra s'è ampiamente visto, il richiesto requisito di qualificazione (l'attestazione SOA per la categoria "OG1", della quale, per espressa disposizione normativa, è coesistente il momento della verifica) per l'intera procedura; né in ordine alla evidente compatibilità col diritto comunitario del predetto principio di continuità, alla luce in particolare del disposto dell'art. 44 della Dir. 31/03/2004, n. 2004/18/CE, che, nel subordinare l'aggiudicazione degli appalti al "previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46", non limita detto accertamento ad alcuna specifica fase del procedimento di gara.

In definitiva, quanto al secondo dei quesiti posti dall'Ordinanza di rimessione, resta così confermata la statuizione dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, secondo cui, " in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità".

Trattasi peraltro di affermazione che non si pone di certo in contraddizione con quella, richiamata dall'Ordinanza di rimessione, di cui al par. 59 della stessa sentenza (laddove si premette 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"), rivelandosi l'individuazione di tali momenti come meramente esemplificativa, come è ben dimostrato dall'assenza in tale proposizione di qualsiasi aggettivo od avverbio, che consenta di identificarli come i "soli", in cui assuma rilievo il possesso dei requisiti di partecipazione.

Come chiarito dalla stessa Adunanza Plenaria n. 4/2011, il principio che non ammette soluzioni di continuità nel possesso (e nella sua dimostrazione) di detti requisiti risponde "ad evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici"; e "pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando".

8.1 - Conclusivamente, al secondo quesito posto dall'Ordinanza di rimessione deve essere data la seguente soluzione: nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

9. – Alla luce dei principii sopra enunciati (v. punti 7.3 e 8.1) la Sezione remittente, cui il giudizio viene restituito ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., deciderà il ricorso, anche con riguardo alle preliminari questioni della ammissibilità dell'atto di intervento dispiegato in grado di appello, dell'ammissibilità del ricorso incidentale per la prima volta proposto in primo grado in sede di riassunzione del giudizio e del rapporto tra appello principale ed appello incidentale alla stregua della Sentenza Corte di Giustizia del 4.7.2013 nella causa n. 100/2012, così come interpretata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 9 del 25.2.2014.

10. Spese al definitivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, enuncia i seguenti principii di diritto:

a) nel regime transitorio previsto dal comma 12, prima parte, dell'art. 375 del d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n. 34 del 2000 “fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse”, è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010;

b) nel regime transitorio dettato dall'art. 375, commi 13, 16 e 17, del d.P.R. n. 207 del 2010 e ss. mm. ii. per le categorie "variate" non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale, di cui agli artt. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e 77 del d.P.R. n. 207 del 2010;

c) nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Restituisce per il resto il giudizio alla Sezione remittente, demandando tale adempimento al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/07/2015

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

Il Dirigente della Sezione