

Parere n.108 del 09/06/2011

PREC 48/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Narni - Progettazione esecutiva ed esecuzione dell'intervento Cpu11 Restauro Palazzo dei Priori a sede Ente Corsa all'Anello e Museo del Costume - Importo a base d'asta € 1.072.224,19 - S.A.: Comune di Narni

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 marzo 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Narni ha chiesto un parere circa il comportamento da adottare nei confronti dell'impresa Costruzioni Cassandra S.r.l., che, sorteggiata ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 nell'ambito della procedura per l'affidamento della progettazione ed esecuzioni dei lavori in oggetto, ha autocertificato il possesso dei requisiti di ordine speciale riferiti alla progettazione.

Più specificamente, secondo il Comune di Narni, l'impresa avrebbe comprovato esclusivamente il possesso dei requisiti speciali relativi all'esecuzione dei lavori ma non quello dei requisiti richiesti al punto 2.2 lettera D) del disciplinare di gara, in base al quale, per i servizi di progettazione, è richiesto " *un fatturato globale per servizi di cui all'art. 50 del DPR 554/99, espletati negli ultimi 5 esercizi antecedenti la pubblicazione del presente Bando di gara (2006 - 2010) per un importo di € 153.554,49 pari a 3 (tre) volte l'importo dei servizi a base d'asta (art. 66, comma 1 lett. a) del DPR 554/99)*".

La stazione appaltante, quindi, a fronte della mancata comprova del requisito tecnico sopra richiamato, ha disposto l'integrazione documentale nei confronti dell'impresa Costruzioni Cassandra S.r.l. la quale, nel termine assegnatole, ha dichiarato di essere in possesso dell'attestazione SOA per la qualificazione di progettazione e costruzione, come richiesto al punto III.2.1.2. del bando di gara e al punto 2.2. del disciplinare di gara e ha nuovamente allegato copia dell'attestazione SOA rilasciata dalla Società AXSOA S.p.A..

Il punto III.2.1.2. del bando di gara prevede che " *i concorrenti devono essere in possesso di attestazione rilasciata da Società di Attestazione (SOA), di cui al D.P.R. n.34/2000 e s.m.i. regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai servizi di progettazione e ai lavori da assumere.*"

Il punto 2.2. del disciplinare di gara dispone che " *i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti per l'affidamento dei servizi di progettazione di cui all'art. 66 del D.P.R. 554/1999 e ss.mm.ii., documentati sulla base dell'attività di progettazione dei progettisti indicati dal concorrente stesso o associati, oppure, sulla base dell'attività di progettazione della propria struttura tecnica nel caso in cui il concorrente sia in possesso della attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione*".

Rispetto al possesso dei requisiti relativi ai servizi di progettazione, la stazione appaltante sostiene che l'autocertificazione, pur sufficiente in sede di offerta, non possa dirsi tale nella fase di verifica a campione di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, e per tale ragione sarebbe orientata ad escludere l'impresa dalla gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, avviata formalmente da questa Autorità in data 15 marzo 2011, l'impresa Costruzioni Cassandra S.r.l. non ha presentato controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità concerne la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale in sede di verifica a campione ai sensi dell'art. 48 del Codice nell'ambito della procedura aperta indetta dal Comune di Narni per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori in oggetto.

Nel caso di specie la stazione appaltante sostiene che l'impresa Costruzioni Cassandra S.r.l., sorteggiata ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, non abbia esaurientemente dimostrato il possesso del requisito tecnico relativo alla progettazione effettivamente svolta dalla struttura tecnica della Società essendosi limitata ad autocertificare il requisito già dichiarato.

L'art. 48 del Codice dei contratti, nel ricalcare sostanzialmente la procedura già prevista dall'art. 10, comma 1 quater della legge n. 104 del 1994 (ed estendendola anche ai servizi e alle forniture) prevede che le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle offerte presentate richiedano ad un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate scelti con sorteggio pubblico, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnico- organizzativa ed economico-finanziaria,

eventualmente richiesti nel bando di gara presentando la documentazione richiesta nel bando di gara o nella lettera di invito. Qualora tale prova non sia fornita o non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della cauzione provvisoria e alla sua segnalazione a questa Autorità che, oltre ad applicare una sanzione pecuniaria, dispone la sospensione dell'impresa indempiente dalla partecipazione alle gare per un periodo da 1 a 12 mesi (viene così introdotta la possibilità di graduare la predetta sospensione, la cui durata era fissata in un anno dal citato art. 10, comma 1 quater della legge Merloni).

Sin dalla giurisprudenza formatasi sul previgente art. 10, comma 1 quater della legge n. 109 del 1994 (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768) era stata esclusa la possibilità di ricorrere alla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà per dimostrare il possesso dei requisiti speciali da parte delle imprese sorteggiate per il controllo a campione, dovendosi distinguere due fasi nei rapporti tra i concorrenti e l'amministrazione: quella iniziale, nella quale può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione, e quella, successiva, nella quale l'attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione deve essere necessariamente compiuta per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato stato richiesti e non può essere ammessa anche la modalità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

L'ammissibilità di dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà, infatti, vanificherebbe del tutto il sub procedimento previsto dalla disposizione in questione, che si risolverebbe nell'acquisizione delle medesime attestazioni già fornite dalle imprese sorteggiate e non potrebbe mai condurre agli effetti sanzionatori in essa contemplati. Solo il rigoroso controllo documentale della sussistenza dei requisiti richiesti può infatti svolgere l'effetto deterrente di disincentivare la partecipazione alle gare di soggetti sprovvisti dei requisiti necessari.

Tali principi sono stati ribaditi sia da questa Autorità (pareri del 16 gennaio 2008, n. 5 e del 19 settembre 2007, n. 19) sia dalla giurisprudenza più recente (TAR Calabria - Catanzaro, sez. II, 11 maggio 2010, n. 717), in relazione al citato art. 48 del Codice dei contratti, precisando che, se nella fase di presentazione delle offerte devono essere assicurate tutte le forme di semplificazione procedimentale idonee a garantire, coerentemente con le norme comunitarie, la massima partecipazione alle gare degli operatori economici, nella successiva fase di controllo a campione è legittimo che la stazione appaltante pretenda un onere aggiuntivo di documentazione, onde evitare un inutile duplicato della fase iniziale e al fine di assicurare l'affidabilità dell'offerta.

Nel delineare l'ambito di applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, questa Autorità ha tuttavia precisato (deliberazioni del 17 aprile 2007, n. 112 e n. 31 del 2006) che la dimostrazione documentale del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non risulta necessaria nelle gare relative a lavori pubblici di importo a base d'asta superiore a € 150.000,00 in quanto la qualificazione attestata dalla certificazione SOA è sufficiente ad assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei predetti requisiti, alla luce di quanto disposto dall'art. 1, comma 3, del D.P.R. n. 34 del 2000. Tale norma, ora confluita nell'art. 60 del nuovo regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 in vigore dall'8 giugno 2011), dopo aver disposto che la qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti di importo superiore a € 150.000,00 (comma 2), stabilisce che l'attestazione di qualificazione rilasciata dalle SOA (Società Organismi di Attestazione) "costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" (comma 3).

Da ultimo, questa Autorità, con la determinazione del 21 maggio 2009, n. 5 recante "linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006" ha ulteriormente chiarito che, per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore a € 150.000,00, per i quali vige un sistema unico di qualificazione disciplinato dall'art. 40 del Codice dei contratti, non è applicabile la verifica ex art. 48 del Codice dei contratti in quanto l'attestato SOA costituisce la prova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria e pertanto le stazioni appaltanti ne verificano il possesso e la validità temporale in capo a tutti i concorrenti mediante l'accesso al casellario informatico di questa Autorità.

Unica eccezione a tale regola è dettata per gli appalti di importo superiore a € 20.658.276,00 per i quali l'art. 3, comma 6, del D.P.R. n. 34 del 2000 (ora confluito nell'art. 61 comma 6, del nuovo regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010) prevede che il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica VIII (appalti di importo illimitato) deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari non inferiore a tre volte (ora a 2,5 volte ai sensi del citato art. 61, comma 6) l'importo a base di gara ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.

Come precisato da questa Autorità nella citata determinazione, nel caso in cui il partecipante sia in possesso di valida attestazione SOA relativa ad almeno una categoria attinente alla natura dei lavori da appaltare, questi sarà direttamente ammesso alle operazioni di gara successive al sorteggio, mentre il campione su cui effettuare la verifica sarà pari almeno al 10% del numero dei

partecipanti, depurato da quelli in possesso di qualificazione SOA.

Il procedimento di verifica ex art. 48 del Codice dei contratti è quindi applicabile agli appalti di servizi e di forniture nonché agli appalti di lavori di importo inferiore a € 150.000,00 o superiore a € 20.658.276,00.

Nel caso di specie, l'importo a base d'asta (€ 1.072.224,19) è superiore a € 150.000,00 e inferiore ad € 20.658.276,00 e pertanto, in base a quanto detto, non dovrebbe applicarsi la verifica di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, essendo sufficiente l'attestazione SOA.

Va osservato, tuttavia, che non si tratta di mero appalto di lavori bensì di appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione, in cui la Commissione ha rilevato l'insufficienza della documentazione attinente ai servizi di progettazione (servizi attinenti alla architettura e all'ingegneria ex art. 50 del D.P.R. 554/99, ora art. 252 del D.P.R. n.207/2010).

Occorre quindi stabilire se, anche per gli appalti di progettazione ed esecuzione, l'attestazione SOA costituisca un elemento sufficiente a comprovare l'esistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, con conseguente inapplicabilità della verifica ex art. 48 del Codice dei contratti.

In proposito, la citata determinazione di questa Autorità n. 5 del 2009 si è soffermata esclusivamente sull'ipotesi in cui la progettazione sia affidata ad un progettista esterno all'impresa concorrente per affermare che, in tal caso, non appare sufficiente l'autodichiarazione in sede di controllo a campione; ciò significa che la stazione appaltante è tenuta ad applicare le sanzioni di cui al citato art. 48 nell'ipotesi in cui il progettista non dimostri documentalmente quanto dichiarato in sede di offerta.

Nel caso di specie, invece, l'impresa concorrente ha dichiarato di possedere, allegando copia dell'attestato SOA, anche la qualificazione per la progettazione fino alla III Classifica, dimostrando quindi di provvedere essa stessa all'attività di progettazione con la propria struttura tecnica, come previsto al punto 2.2 del disciplinare di gara.

Tuttavia, anche in questo caso l'attestazione SOA non può dirsi sufficiente a documentare i requisiti tecnici e finanziari per i servizi di progettazione perché il possesso della qualificazione per la progettazione fino alla classifica III vale a dimostrare esclusivamente la presenza di due professionisti nello staff tecnico dell'impresa, ma non che tali professionisti abbiano maturato i requisiti di cui all'art. 66, comma 1, lettera a) del D.P.R. 554/99, richiesti, nel caso di specie, anche dal disciplinare di gara. L'art. 95 del D.P.R. 554/99 (ora art. 92 D.P.R. 207/2010) stabilisce infatti che "le imprese attestare per prestazioni di progettazione e costruzione devono possedere i requisiti prescritti attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis) g), e h) del Codice, laddove i predetti requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione. Ciò significa che la presenza di uno staff di progettazione, che con la qualifica per la progettazione fino alla classifica III-bis è costituito da due professionisti, non equivale al possesso, da parte dell'impresa, dei requisiti speciali per la progettazione.

Alla luce di quanto sopra, deve dunque ritenersi che l'impresa Costruzioni Cassandra S.r.l. debba essere esclusa per non aver dimostrato documentalmente i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari per i servizi di progettazione in sede di controllo a campione ex art. 48 del Codice dei contratti, non integrando, l'attestazione SOA per la progettazione e costruzione, una prova sufficiente del possesso dei detti requisiti.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nell'ambito di un appalto avente ad oggetto la progettazione e l'esecuzione, sia conforme alla normativa di settore l'esclusione del concorrente in possesso dell'attestazione SOA per la progettazione e l'esecuzione che, in sede di verifica a campione ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, non abbia documentalmente dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria richiesti per i servizi di progettazione.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito