Parere n.117del 06/06/2014

PREC 8/14/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla ARTIGIANA COSTRUZIONI di Norelli Geom. Giuseppe – "Procedura aperta di appalto per l'esecuzione dei lavori di completamento della palestra comunale" – Data di pubblicazione del bando: 11.2.2013 – Termine ultimo per la presentazione delle offerte: 11.3.2013 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 261.677,05 – S.A.: Comune di San Salvatore Telesino (BN).
Segretezza delle offerte e idonea sigillatura; Artt. 76, comma 5 e 77 del D.P.R. n. 207/2010 – Attestazione SOA e verifica triennale.

Il Consiglio
Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto
In data 19 dicembre 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, successivamente integrata con nota del 17 gennaio 2014, con la quale l'impresa istante, risultata terza nella graduatoria, chiede un pronunciamento circa la legittimità della procedura di gara svolta dalla S.A., deducendo quanto segue, con particolare riferimento alla mancata esclusione delle imprese LIDERO srl, prima classificata, e ITAL BILDING srl, seconda classificata.

1. Nella seduta del 26.3.2013 si attestava che "la Commissione di gara prende atto che la busta n. 9 della ditta LIDERO srl perveniva chiusa e sigillata al protocollo del Comune e che durante lo spostamento della stessa i sigilli hanno subito il distacco. La Commissione prende atto e ammette alla gara la Ditta in quanto la busta è pervenuta idoneamente sigillata e solo accidentalmente si presenta con i sigilli scollati. All'interno dalla busta vi sono numero quattro plichi regolarmente sigillati e firmati".

2. Dall'attestazione SOA presentata in sede di gara dall'impresa LIDERO srl si evince che la revisione triennale andava eseguita entro la data di scadenza del 30.5.2013. Dalla certificazione presente nel Casellario informatico dell'AVCP risulta che la revisione è avvenuta in data 8.8.2013, con un vuoto di continuità di circa tre mesi in contrasto con i termini di cui al DPR n. 207/2010, art. 77, commi 1-3-7 e art. 8, comma 7. L'impresa andava, pertanto, esclusa quanto al mantenimento dei requisiti che non permanevano per tutta la durata della gara.

2.1. Ad integrazione di quanto esposto *sub* 2, l'impresa istante aggiunge, con nota pervenuta in data 17.1.2014, che l'impresa LIDERO andava esclusa fin dall'aggiudicazione provvisoria intervenuta in data 18.6.2013, in quanto il certificato SOA avente scadenza il 30.5.2013 a detta data non risultava verificato e dagli atti di gara non risultava allegata copia della domanda di volersi sottoporre alla verifica triennale e copia del contratto con l'organismo certificatore. Precisa, inoltre, che non avrebbe potuto essere esercitato il potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici.
Allega, infine, copia della nota dell'Organismo di attestazione, con la quale veniva precisato che l' *iter* istruttorio della verifica triennale si era concluso in data 8.8.2013.

3. Viene, inoltre, chiesto parere in merito alla mancata esclusione della seconda classificata ITAL BILDING srl che in sede di gara ha presentato attestazione SOA con scadenza validità triennale datata 4.10.2013 e, da verifica effettuata del certificato SOA risulta che la stessa abbia effettuato il rinnovo per una nuova attestazione. Tanto rende inefficace l'attestazione SOA con la quale l'impresa medesima ha partecipato alla gara, perdendo così la continuità del mantenimento dei requisiti che la stessa gli garantiva alla data di presentazione dell'offerta.
Quanto sopra sarebbe confermato dal certificato rinnovato della nuova attestazione, dal quale si evince che la stessa è stata rilasciata in data 9.10.2013, successiva alla data di partecipazione all'appalto avvenuta in data 11.3.2013 e successiva anche alla data di verifica triennale che andava eseguita entro la data del 4.10.2013 alla quale non si è sottoposta l'impresa medesima perdendo così la validità quinquennale.
All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 22 gennaio 2014, non hanno fatto seguito le controdeduzioni della S.A.

Considerato in diritto

1. Quanto al quesito *sub* 1., occorre soffermarsi sulla circostanza evidenziata dalla Commissione di gara, nel verbale del 26.03.2013, circa le modalità di presentazione della busta n.9 della ditta LIDERO S.r.l. pervenuta con il distacco dei sigilli subito durante lo spostamento.

La Commissione prendeva atto di ciò e ammetteva comunque alla gara l'impresa in questione ritenendo: "in quanto la busta è pervenuta idoneamente sigillata e solo accidentalmente si presenta con i sigilli scollati".

Nel caso di specie appare inequivocabile che il plico contenente le quattro buste, sia pervenuto aperto in seduta di gara, con il distacco dei sigilli. Ciò è sufficiente a ritenere violato comunque il principio di segretezza dell'offerta in quanto esiste la mera possibilità o probabilità che possa essere stato manomesso il suo contenuto. Proprio la circostanza del distacco dei sigilli al contrario dimostra che la busta poteva essere facilmente aperta senza danneggiamento alcuno e senza lasciare traccia. Secondo, infatti, consolidata giurisprudenza in *subiecta materia* , si ritiene che non assuma rilevanza la circostanza che la busta sia pervenuta integra chiusa e sigillata, né che sia possibile determinare in che momento e luogo sia avvenuto il distacco dei sigilli e se sia un caso fortuito o volontario (Cfr. Cons. St., Sez. V, sent. del 13.03.2012, n. 2340).
Inoltre, si ritiene che laddove l'amministrazione disponga in modo puntuale ed analitico le formalità e le modalità cui le imprese devono conformarsi per la presentazione dei plichi, con la previsione della sanzione, in caso della loro inosservanza, dell'esclusione dalla gara, non sussistono margini di interpretazione da parte della Commissione giudicatrice. Quanto sopra rileva anche ai fini dell'impossibilità di far ricorso al criterio della massima partecipazione, che comunque non consente di eludere l'applicazione delle prescrizioni di gara espresse in modo chiaro e preciso (Deliberazione AVCP n. 121/2006).
Pertanto, avendo la S.A. nel bando di gara in questione alla Sezione X – Informazioni di carattere amministrativo fornito, a pena di esclusione, precise indicazioni circa la presentazione dell'offerta, appare non conforme alla normativa di settore l'ammissione alla gara dell'impresa LIDERO S.r.l.

2. Quanto al quesito *sub* 2., la vicenda in esame verte sull'interpretazione degli artt. 76, comma 5 e 77 del D.P.R. n. 207/2010, in relazione alla efficacia interinale (in corso di gara) della SOA.
L'art. 77, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010, prevede che l'impresa deve sottoporsi alla verifica in data non antecedente a 90 giorni prima della scadenza del previsto termine triennale ed esclude la possibilità di partecipazione a gare nel periodo intercorrente tra la data di scadenza del triennio e la data di effettuazione della verifica positiva.
Considerato, quindi, che il termine di scadenza di presentazione delle offerte era l'11.3.2013, la data della seduta pubblica conclusiva della gara è stata l'11.6.2013, l'aggiudicazione provvisoria è avvenuta il 18.6.2013, la scadenza triennale dell'attestazione SOA dell'impresa LIDERO era prevista – come asserito dall'istante – per il 30.5.2013, l'iter istruttorio della verifica triennale si è concluso in data 8.8.2013, risulta che l'impresa medesima andava esclusa, a meno di verifica di quanto riveniente dai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 18 luglio 2012, n. 27, secondo cui: "l'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato s.o.a. può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, all'esito positivo della verifica stessa; viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica".
La necessaria continuità della attestazione SOA discende dal fatto che, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 76 comma 5 e 77 D.P.R. n. 207/2010, l'efficacia delle attestazioni è fissata in cinque anni con obbligo, alla scadenza del primo triennio, di effettuare una verifica finalizzata all'accertamento della persistenza dei requisiti di ordine generale e strutturale.
Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, la menzionata verifica triennale con esito positivo costituisce una condizione necessaria per confermare la validità della certificazione SOA dopo il primo triennio e sino alla scadenza del quinquennio, ed il rispetto dei termini previsti per la procedura di verifica consente alla impresa interessata di evitare di incorrere nella interruzione, sia pure temporanea, della efficacia della SOA, assicurandone la continuità per l'intero quinquennio (C.d.S. sez. VI, n. 2378/2012).
La verifica triennale positiva può dunque essere riguardata come una condizione sospensiva di efficacia apposta alla SOA, di talché, mentre il suo verificarsi produce automaticamente l'effetto di confermare l'efficacia quinquennale fissata dalla legge, il mancato verificarsi di essa determina la perdita di efficacia *ab origine* della certificazione.
Sulla questione della ricerca di un punto di equilibrio tra le due esigenze contrapposte, sostanzialistica e formalistica, è utile richiamare, ancora una volta, le argomentazioni svolte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la citata decisione n. 27/2012, per dare soluzione alla problematica circa la possibilità di partecipazione alle gare per l'impresa che ha fatto richiesta della verifica triennale della attestazione SOA in pendenza della sua esecuzione.
L'Adunanza Plenaria ha, infatti, condizionato la possibilità di partecipazione alla gara – per l'impresa che attenda la conclusione del procedimento di verifica triennale al fine dell'aggiornamento della attestazione SOA – alla "esibizione in gara" della richiesta di verifica entro il termine previsto del comma 1 dell'art. 77 del D.P.R. n. 207/2010, ossia in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del termine triennale; si è ritenuto, in proposito, che una diversa interpretazione che impedisse l'ammissione alla procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confida nella tempestiva evasione della procedura da parte della SOA, condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del comma 1 dell'art. 77 che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto.
Nel caso opposto, in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, poiché verrebbe meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica,

l’Adunanza Plenaria ha concluso nel senso che la verifica positiva opererà *ex nunc,* mentre nelle more scatterà il divieto di partecipazione.
Dal combinato disposto di cui ai commi 1 e 7 dell'art. 77 del D.P.R. n.207/2010, è desumibile, quindi, con argomentazione “a contrario” che l’impresa possa validamente partecipare ad una procedura concorsuale nel diverso caso della richiesta presentata entro la data di scadenza triennale qualora la successiva verifica dia esito positivo.
E’, consentita, cioè, l’ultravigenza dell’attestazione durante il periodo di espletamento della procedura di revisione e quindi nel periodo intercorrente tra la data di presentazione della domanda di verifica (presentata nei termini) e la data del rilascio della verifica positiva.
Ne consegue, alla luce del quadro sopra delineato, che solo la tempestività della domanda di verifica presentata prima della scadenza del triennio di validità e la successiva attestazione favorevole da parte della SOA determinano la possibilità di saldare la data di ottenimento della verifica con esito positivo alla data di scadenza del triennio.
La stessa Adunanza Plenaria ha statuito che l’impresa, la quale ha richiesto entro il predetto termine di 90 giorni il rinnovo dell’attestazione SOA o la sua verifica triennale, può partecipare alle gare indette dopo il triennio o dopo il quinquennio, anche se non ha ancora conseguito il nuovo attestato o la verifica triennale, sempre che l’esito positivo di tali domande intervenga, ai sensi dell'art. 11, comma 8, D.Lg.vo n. 163/2006, dopo l’emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma prima della stipula del contratto di appalto, cioè durante la fase della verifica del possesso da parte del soggetto aggiudicatario dei requisiti di ammissione alla gara.
Adattando tali principi alla fattispecie concreta, si giunge al convincimento che il seggio di gara, in mancanza di documentazione attestante il possesso non interrotto del requisito suddetto, correttamente, nel rispetto del principio ineludibile della *par condicio* , avrebbe dovuto escludere dalla gara l’impresa LIDERO S.r.l.

3. Nelle medesime considerazioni svolte *sub* 2. è assorbito il parere richiesto anche sul quesito *sub* 3.
In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio
ritiene, nei limiti di cui in motivazione e stando a quanto dedotto dall’Impresa istante, che sia conforme all’ordinamento di settore la verifica puntuale della necessaria continuità delle attestazioni SOA, ai fini dell’esito della procedura di gara in oggetto.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014
Il segretario Maria Esposito