

Parere n.107 del 09/06/2011

PREC 39/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa di Costruzioni Giocondo Giuseppe - " *Procedura aperta per l'appalto di lavori di riqualificazione e recupero Aree pedonali Centro 1° lotto* " - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 84.283,47 - S.A.: Comune di Marina di Giocosa J.ca.(RC).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 febbraio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa di Costruzioni Giocondo Giuseppe ha chiesto un parere sulla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto disposta nei propri confronti dal Comune di Marina di Giocosa J.ca.

Più specificamente l'impresa è stata esclusa per avere dichiarato il possesso dell'attestato SOA nella categoria OG1, anziché nella categoria OG3 richiesta nel bando di gara, e per non avere presentato, in alternativa, la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000.

Dalla documentazione in atti risulta che il bando prevedeva inizialmente che i concorrenti in possesso di attestato SOA dovessero essere qualificati nella categoria OG1; con apposito avviso di rettifica pubblicato sul sito istituzionale del Comune, e conseguente comunicazione a ciascun partecipante alla gara, la stazione appaltante ha segnalato di aver commesso un mero errore di battitura nel richiedere la categoria OG1 e ha quindi indicato la OG3 quale categoria prevalente dei lavori da affidare.

Circa l'esclusione dalla gara, l'istante ne contesta la legittimità in quanto avendo dichiarato alla stazione appaltante di essere qualificata nella categoria OG1, ha ritenuto che qualsiasi altra dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine speciale fosse inutile, e ciò in considerazione del rapporto di analogia che sussisterebbe tra le lavorazioni appartenenti alla categoria OG1 e quelle relative alla categoria OG3. Al riguardo, l'istante fa presente che l'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, per quanto riguarda i requisiti di partecipazione alle gare di importo inferiore alla soglia dei 150.000 euro, richiama esclusivamente " *i lavori eseguiti, senza specificare né tipo né categoria* ", contrariamente a quanto disposto dalla stazione appaltante che nel bando di gara richiedeva che i requisiti di cui al citato art 28 dovessero riferirsi " *all'avvenuta esecuzione di lavori analoghi* ".

A riscontro della istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 1° marzo 2011, la stazione appaltante, con nota dell'11 marzo 2011, ha confermato la legittimità dell'esclusione dell'istante dalla gara evidenziando che " *la natura, la specifica tipologia dei lavori appaltati e l'alta qualità richiesta per la realizzazione dell'opera hanno determinato l'amministrazione appaltante ad individuare, quale requisito necessario, il possesso della categoria OG3* ", concernente in modo specifico interventi inerenti la viabilità.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'istante per non essere in possesso dell'attestato SOA nella categoria richiesta dalla stazione appaltante e per non avere reso, in alternativa, la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000.

Al riguardo vale preliminarmente specificare che secondo quanto previsto all'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006, il possesso dell'attestato SOA è condizione ineludibile di ammissione alle gare di evidenza pubblica indette per l'aggiudicazione di appalti di lavori di importo superiore ai 150.000 Euro, mentre, per la partecipazione agli appalti di valore pari o inferiore a 150.000 Euro, è sufficiente che il concorrente sia in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000.

Ne consegue, quindi, che anche qualora il bando di gara richieda, come nella specie, la presentazione dell'attestazione rilasciata da una SOA per determinate categorie e classifiche di lavorazioni (che esimerebbe l'amministrazione da ogni ulteriore accertamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione), nulla esclude che l'impresa che ne sia priva possa comunque partecipare all'appalto in forza dell'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere direttamente all'accertamento dei requisiti tecnico-organizzativi in tale disposizione specificati (cfr. TAR Lombardia, Brescia, 22.11.2005, n. 1211).

Nel caso in esame, il punto 11 del bando di gara richiedeva espressamente il possesso dell'attestato SOA nella categoria OG1, poi rettificata in OG3, o, in alternativa (nel caso di concorrente non in possesso di attestato SOA), il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, i quali, tra l'altro, avrebbero dovuto riferirsi all'avvenuta esecuzione di lavori analoghi.

Al riguardo, vale innanzitutto specificare che la scelta effettuata dalla S.A. di indicare nel bando la categoria OG3 è scelta di natura propriamente tecnico-discrezionale e, come tale, insindacabile in ogni caso in cui, come in quello di specie, trova ragione nella specificità dei lavori oggetto dell'appalto.

In secondo luogo la richiesta della stazione appaltante, per i concorrenti non in possesso dell'attestato SOA, del possesso dei requisiti di cui al 28 del D.P.R. n. 34/2000 riferiti all'avvenuta esecuzione nell'ultimo quinquennio di lavori analoghi a quelli da eseguire (categoria OG3), non si pone in contrasto con il principio della massima partecipazione alla gara, ma costituisce espressione del potere di prevedere requisiti più idonei a comprovare la adeguata professionalità dei partecipanti, con specifico riferimento ai lavori che si intendono appaltare (cfr. in tal senso, *ex multis* TAR Sicilia, Catania, sez.I, 23.3.2004, n. 716).

In ogni caso, è la stessa Deliberazione n. 165 del 11.06.2003 - avente ad oggetto "*Lavori analoghi nel caso di appalti di importo inferiore a 150.000 Euro*" -, che consente di ritenere legittimo l'operato della stazione appaltante.

In tale deliberazione, questa Autorità ha infatti ribadito che "*per gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, l'art. 8, comma 1, della legge 109/94 e s.m. impone comunque il possesso di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare, intesa come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri*".

Quanto specificato dall'Autorità ha poi trovato conferma nella posizione espressa dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 352 del 21 gennaio 2002 nella quale il giudice amministrativo ha affermato che "*la verifica della similarità non sembra esaurirsi nell'ambito di ciascuna categoria, ma è altrettanto vero che l'estensione a lavori di altre categorie deve trovare riscontri oggettivi nella analogia tra detti lavori e quelli appaltati*".

Ivi, è stata poi espressamente confermata l'indispensabilità di un rapporto di analogia tra i lavori eseguiti e quelli da affidare, "*intesa come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri*", la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Detta interpretazione prende, infatti, in considerazione il sistema normativo nel suo complesso e, in particolare, l'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m.. Tale norma di rango primario impone per tutti gli esecutori di lavori pubblici, indipendentemente dall'importo degli stessi e quindi dall'appartenenza o meno al sistema unico di qualificazione, il possesso di una professionalità qualificata, che altrimenti non potrebbe intendersi se non come requisito riferito alla specificità dell'attività esercitata.

Ne consegue che, come già precedentemente rilevato, i lavori eseguiti dall'impresa che concorre all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000 Euro non possono che avere caratteristiche simili a quelle che connotano i lavori da affidare, seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico di qualificazione, dal momento che quest'ultimo non riguarda gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro.

Si ribadisce, inoltre, che "*deve essere lasciata alla stazione appaltante quella facoltà interpretativa che, sola, consente la valutazione della minima correlazione tecnica oggettiva fra lavori eseguiti e da eseguire, necessaria per accertare la coerenza tecnica che dà titolo per la partecipazione alla gara*".

In tal senso, quindi, l'accertamento effettuato nel caso di specie dalla S.A., in sede di predisposizione del bando di gara, determinando l'esigenza di indicare a rettifica la categoria OG3, appare del tutto conforme alla necessità che fosse assicurato il possesso, da parte del concorrente non munito di attestato SOA per detta categoria, di una professionalità qualificata alla stregua di un rapporto di analogia tra lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare, "*inteso come coerenza tecnica fra la natura degli uni e degli altri*".

L'impresa, invece, ha dichiarato di essere in possesso dell'attestato SOA relativo alla differente categoria OG1 e non ha dichiarato il possesso dei requisiti di cui al citato art. 28.

Per le ragioni anzidette, l'esclusione dell'Impresa istante si deve ritenere conforme alla normativa di settore.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'Impresa istante sia conforme alla normativa di settore.

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