

Parere n. 227 del 09/10/2008

PREC 264/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata da Costruzioni Calabrese Geom. Gianni Paolo - Lavori di consolidamento Zona Cimitero Comunale - S.A. Comune di Casalvecchio di Puglia (Fg).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 maggio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con cui l'impresa Costruzioni Calabrese Geom. Gianni Paolo ha dedotto, con riferimento alla gara per l'affidamento dei lavori di consolidamento del Cimitero Comunale indetta con bando pubblicato in data 7 settembre 2007, una serie di censure relative alla illegittimità dell'ammissione alla gara di alcune imprese, fra le quali la società provvisoria aggiudicataria.

Per quanto attiene alla prima contestazione concernente la partecipazione della "3R Costruzioni s.n.c." in ATI con Roberto Ottone, l'impresa Costruzioni Calabrese Geom. Gianni Paolo ha dedotto che dal Casellario dell'Autorità era emerso che la verifica triennale sull'attestazione della società "3R Costruzioni s.n.c.", che doveva essere effettuata entro il 7 luglio 2007, era stata in realtà compiuta il 5 ottobre 2007, successivamente al 4 ottobre 2007, data di scadenza per la presentazione delle offerte.

Analogamente, la verifica triennale dell'attestazione della società "Idresia Srl" - provvisoria aggiudicataria - doveva essere compiuta entro l'11 ottobre 2007, ma solo in data 4 dicembre 2007 l'impresa otteneva il rilascio di una nuova attestazione Soa.

Con successiva integrazione, pervenuta il 26 maggio 2008, l'impresa Costruzioni Calabrese Geom. Gianni Paolo ha evidenziato ulteriori profili di censura, significando che, a seguito della visione della documentazione relativa ad altre imprese partecipanti, l'impresa Bulfaro srl aveva prodotto, disattendendo le prescrizioni del bando di gara, una copia non autenticata del certificato CCIAA e che la stessa, per di più, era stata rilasciata da un ufficio del Registro delle imprese diverso da quello della Provincia dove ha sede legale l'impresa.

In relazione infine all'ultima eccezione, l'impresa Costruzioni Calabrese Geom. Gianni Paolo contestava la mancata esclusione dalla gara dell'impresa Ediltrivellazioni di Piccoli Giovanni & C., ritenendo illegittima la partecipazione della stessa perché: a) la Ediltrivellazioni aveva dichiarato di avvalersi ai sensi dell'art.49 del Codice delle categorie OS21 I, OG8, OG3 e OG6 in possesso dell'impresa ausiliaria Parrella Pellegrino Srl, in violazione dell'art.49, comma 6; b) la Ediltrivellazioni non aveva dimostrato il possesso del requisito della qualità di cui all'art.4 del DPR 34/2000 né in capo all'avvalente stessa né in capo all'ausiliaria; c) la Ediltrivellazioni aveva prodotto in gara un'attestazione Soa dell'ausiliaria non più valida.

In sede di contraddittorio documentale, la società Idresia ha controdedotto di avere provveduto in conformità alla *lex specialis*, corredando la propria offerta con un'attestazione di qualificazione con scadenza della validità triennale all'11 ottobre 2007, oltre la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e di avere ottenuto una nuova attestazione in data 4 dicembre 2007, prima quindi del 18 marzo 2008 data dell'aggiudicazione provvisoria.

Sempre in sede di istruttoria documentale, la 3R Costruzioni s.n.c. precisava di aver partecipato alla gara allegando una dichiarazione della Soa Consult S.p.A. che attestava che il procedimento per la revisione triennale era concluso e che si era in attesa dell'emissione del certificato Soa.

La stazione appaltante ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale.

Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'articolo 15, comma 5, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n.34 e s.m., la durata dell'efficacia dell'attestato di qualificazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 15 bis. Almeno tre mesi prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata.

Come l'Autorità ha già affermato con la Determinazione del 21 aprile 2004, n.6, (successiva alle modifiche introdotte dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93), se un'impresa si sottopone a verifica dopo la data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art.15 bis del d.P.R. 34/2000 e s.m., l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo compreso tra la data di scadenza del triennio e la data di effettuazione della verifica con esito positivo. Infatti, il rinnovo dell'attestazione avviene, ai sensi del comma 7 dell'art.15 citato, alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione, dovendo la Soa effettuare un'attività istruttoria tesa ad accertare il permanere in capo al richiedente dei requisiti di qualificazione. Ma il punto principale e dirimente delle questioni sollevate è che la revisione triennale, considerata le sue finalità e le relative modalità di svolgimento, ha natura costitutiva, non potendo attribuirsi ad essa un mero valore ricognitivo. Ne segue che, decorso *inutiliter* il termine per la revisione triennale, l'attestazione non è più efficace e il concorrente resta privo del requisito della qualificazione.

La perdita del predetto titolo di partecipazione inficia la legittimità della partecipazione alla gara e, di conseguenza, la regolarità della procedura, giacché - come chiarito anche con la Deliberazione n.234/07 - il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto.

Anche la giurisprudenza condivide l'orientamento dell'Autorità, ritenendo che l'impresa ha l'onere di sottoporsi alla verifica nell'imminenza della scadenza del triennio e che, in caso di verifica tardiva con esito positivo, i relativi effetti decorrono *ex nunc* dalla data della comunicazione all'impresa, avendo la verifica un valore costitutivo e non meramente ricognitivo (Tar Campania, n.111/07; Tar Molise n.496/2006; Tar Sicilia Catania n.353/06, n.539/06, n.831/06).

Nel caso di specie, considerata l'evidenziata natura costitutiva e non dichiarativa della verifica triennale, risulta non corretto l'operato della S.A. sia con riferimento all'impresa provvisoria aggiudicataria, che è rimasta priva di qualificazione Soa nel periodo intercorso tra l'11 ottobre 2007 e il 4 dicembre 2007, sia con riferimento alla società 3R Costruzioni che era priva di attestazione Soa alla data di scadenza per la presentazione delle offerte (4 ottobre 2007), essendo del tutto irrilevante la dichiarazione della Soa circa la conclusione dell'istruttoria per la revisione dell'attestazione.

Per quanto concerne, poi, la posizione delle altre due imprese segnalate dall'istante, si rappresenta che, ove il bando richieda un documento specificandone le caratteristiche formali (originale o copia autenticata, identificazione dell'ufficio che lo rilascia), la S.A. si autovincola e deve rispettare e imporre a tutti i partecipanti alla procedura l'osservanza delle regole della *lex specialis*. Di conseguenza, secondo un costante orientamento della giurisprudenza, la S.A. è tenuta ad escludere il partecipante per documentazione non conforme al bando qualora, come nel caso di specie, l'adempimento formale sia richiesto a pena di esclusione.

Passando infine all'esame dell'ultima censura relativa alla partecipazione della Ediltrivellazioni di Piccoli Giovanni & C., si rappresenta che l'art.49, comma 6, del Codice dispone che il concorrente "può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria", formula legislativa che deve essere interpretata - contrariamente a quanto ritenuto dall'istante - nel senso che non è possibile per una medesima categoria avvalersi di più di un'impresa e non nel senso che sia precluso avvalersi di una stessa impresa per più categorie o requisiti. È sufficiente in tal senso, infatti, leggere il secondo periodo della norma considerata nella parte in cui prevede, come eccezione alla regola, che il bando di gara può ammettere, tranne per i lavori con riferimento ad una stessa categoria, il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. Inoltre, lo stesso Disciplinare di gara, al punto 10), lettera d), stabilisce che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria.

In merito infine alla censura relativa al requisito della qualità di cui all'art.4 del DPR 34/2000, si evidenzia che, per quanto risulta in atti, l'impresa ausiliaria Parrella Pellegrino s.r.l. ha presentato un'attestazione SOA con certificazione di qualità scaduta.

In base a quanto sopra evidenziato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Stazione Appaltante non appare conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 28/10/2008