

Parere n.86 del 30/05/2012

PREC 43/12/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 Società Teorema S.p.A. - " *Procedura aperta per l'appalto dei lavori di messa in sicurezza e caratterizzazione sull'area dell'ex inceneritore SASPI - Area Vasta Lecce - P.O. 2007-2013 - Asse II - Linea intervento 2.5 - Interventi di miglioramento della gestione del ciclo integrato dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati*" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Data di pubblicazione del bando: 13.12.2011 - Importo a base d'asta: euro 379.618,13 - S.A.: Comune di Lecce.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 gennaio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società Teorema S.p.a., capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento di tipo verticale con la mandante Sondag S.r.l., ha chiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione di detto raggruppamento dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Lecce per la mancata presentazione dell'Attestazione SOA OS21 - Classifica 1°.

L'istante deduce che, nel caso concreto, il bando di gara prevedeva alla voce " *Classificazione dei lavori* " la seguente suddivisione:

- categoria prevalente OG12 per un importo di euro 283.580,10 (" *opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale* ", secondo la classificazione del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 e dell'attuale DPR n. 207/2010);
- categoria scorporabile OS21 per un importo di euro 96.038,03 (" *opere strutturali speciali* ", secondo i medesimi referenti normativi).

La mandante Sondag S.r.l. ha dichiarato, in sede di offerta, di essere in possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo di cui all'art. 90 del DPR n. 207/2010, per la qualificazione delle imprese di costruzione per importi di lavori da eseguire inferiore a 150.000 euro e come tale idonea per l'esecuzione dei lavori di che trattasi, di cui alla categoria OS21.

In esito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 1 marzo 2012, la S.A. ha ribadito la conformità del proprio operato all'ordinamento di settore.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del costituendo raggruppamento di imprese Teorema S.p.a./ Sondag S.r.l. in ragione del mancato possesso da parte della mandante dell'attestazione SOA nella categoria scorporabile OS21, di importo pari a 96.038,03 OS21, richiesto nel bando a pena di esclusione.

La S.A. ha ritenuto necessario richiedere il requisito sopra richiamato in quanto, si legge nella memoria agli atti, ai sensi dell'art. 357, comma 16, del DPR n. 207/2010 (indicato nel bando), per 365 giorni successivi alla data di entrata in vigore del Regolamento, ai fini della partecipazione alle gare riferite alle lavorazioni OG10, OG11, OS7, OS8, OS12, OS18, OS20 OS21, di cui all'allegato A al D.P.R. 34/2000, la dimostrazione del requisito avviene mediante presentazione delle attestazioni SOA in vigore al suddetto D.P.R. 34, purchè in corso di validità alla data di entrata in vigore del D.P.R. n. 207/2010. Secondo quindi il ragionamento seguito dalla stazione appaltante, essendo ancora in vigore, alla data di pubblicazione del bando di gara, l'allegato A al D.P.R. 34/2000, la dimostrazione del requisito relativo al possesso della categoria richiesta OS21, avrebbe dovuto avvenire mediante presentazione della attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA in vigore del D.P.R. 34/2000 (art. 357, comma 16 D.P.R. 207/2010). Conseguentemente non è condivisibile quanto affermato dall'istante ovvero che nel caso in esame vi erano i presupposti per l'applicazione dell'art. 92, comma 7, ultimo periodo dello stesso DPR 207/2010 secondo cui: " *Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90* ".

Orbene, quanto sostenuto dalla stazione appaltante non è in alcun modo sostenibile se si considera che la disposizione da quest'ultima invocata (art. 357, comma 16 D.P.R. 207/2010) non fa altro che ribadire la regola generale applicabile agli appalti di lavori sopra i 150.000 euro. Infatti, ai sensi dell'art. 60, comma 2, del D.P.R. 207/2010 " *la qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, di importo superiore a 150.000 euro* ".

Più specificamente, per poter affermare l'obbligatorietà dell'attestazione di qualificazione e ritenere legittimi eventuali provvedimenti di esclusione, occorre aver riguardo all'importo dei lavori e al soggetto esecutore di questi ultimi, nel senso che solo se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000, l'attestazione in capo all'esecutore è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei necessari requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Ma se l'importo dei lavori è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore di questi non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 D.P.R. 207/2010 (art. 28 D.P.R. 34/2000).

Fatta tale necessaria premessa, che esula completamente, non solo dalle ragioni evidenziate dalla stazione appaltante a giustificazione del provvedimento di esclusione, ma anche da quelle sostenute dall'istante, va rilevato che il Comune di Lecce, nel caso di specie, ha mancato di considerare un elemento fondamentale e cioè che il raggruppamento Teorema S.p.a./ Sondag S.r.l. è di tipo verticale, per cui dovendo essere eseguiti dalla mandante i lavori della categoria scorporabile, alla stessa doveva richiedersi di possedere esclusivamente i requisiti previsti per tale categoria nella misura indicata per il concorrente singolo. Nel raggruppamento di tipo verticale infatti, i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dalla mandataria per i lavori riconducibili alla categoria prevalente, mentre, per i lavori scorporati, ciascuna mandante deve possedere i requisiti previsti per la categoria scorporabile e nella misura indicata per il concorrente singolo.

Ciò significa che la mandante del presente raggruppamento, chiamata ad eseguire le lavorazioni nella categoria scorporabile OS21, di importo inferiore ai 150.000, ben poteva partecipare alla gara *de qua* in forza dell'articolo articolo 90 D.P.R. n. 207/2010 (art. 28 D.P.R. 34/2000). Per le ragioni sopra evidenziate, infatti, la Sondag S.r.l. non era tenuta a produrre l'attestazione SOA OS21, classifica 1°, ma a dichiarare il possesso dei requisiti dei necessari requisiti di ordine tecnico-organizzativo di cui all'art. 90 D.P.R. 207/2010, con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere direttamente all'accertamento dei relativi requisiti tecnico-organizzativi.

Tale conclusione si giustifica anche alla luce di una interpretazione dell'art. 90 D.P.R. 207/2011 (art. 28 D.P.R. 34/2000) in senso "comunitariamente orientato" e rivolto a rispettare il principio generale della massima partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici, tenuto conto altresì della circostanza che l'amministrazione, attraverso il deposito dell'equipollente certificazione, non viene a trovarsi in una posizione di rischio circa l'eventuale affidamento dell'appalto ad un soggetto professionalmente inadeguato, potendo pur sempre verificare la veridicità del contenuto di quanto attestato dalla concorrente. (TAR Toscana, Firenze, sentenza del 15 gennaio 2007 n. 12).

In ultimo si richiama la Determinazione 18 luglio 2011, n. 15/2001 dell'Autorità nella parte in cui chiarisce che " *qualora le lavorazioni scorporabili o subappaltabili siano di importo inferiore ai 150.000 euro, le imprese che assumono l'esecuzione di dette lavorazioni, nel caso in cui non siano in possesso di attestazione SOA, debbono possedere i requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. 34/2000 e, cioè, avere eseguito direttamente, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, un importo di lavori non inferiore all'importo del contratto da stipulare, avere sostenuto nel suddetto periodo un costo complessivo per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti e dimostrare di avere la disponibilità di adeguata attrezzatura*".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme all'ordinamento di settore l'operato della stazione appaltante e conseguentemente illegittima l'esclusione disposta nei confronti del costituendo raggruppamento Teorema S.p.a./ Sondag S.r.l..

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito