



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.70 del 14/10/2014

PREC 240/14 L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Comune di Agerola (NA) – “Redazione della progettazione esecutiva e della esecuzione degli interventi di restauro, recupero e valorizzazione per la rifunzionalizzazione e fruizione del bene storico ex Colonia Montana Principe di Napoli” – Importo a base di gara euro 13.359.000,00 – S.A. Comune di Agerola (NA).

Validità attestazione SOA – Verifica triennale e/o rinnovo in fase di gara. Mantenimento del requisito.

L'impresa che abbia richiesto, entro il termine di 90 giorni, il rinnovo dell'attestazione SOA (a norma dell'art. 76, comma 5, d.p.r. n. 207/2010) o la sua verifica triennale (a norma dell'art. 77, comma 1, del medesimo decreto), può partecipare alle gare indette, rispettivamente, dopo il quinquennio o il triennio, anche se non ha ancora conseguito il nuovo attestato o la verifica triennale, sempre che, **in caso di aggiudicazione**, l'esito positivo di tali domande intervenga, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, prima della stipula del contratto di appalto.

Artt. 76 e 77 del d.p.r. 207/2010.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 5 settembre 2014 è pervenuta l'istanza da parte del Comune di Agerola (NA), relativamente alla procedura di gara indetta per la redazione della progettazione esecutiva e della esecuzione degli interventi di restauro, recupero e valorizzazione per la rifunzionalizzazione e fruizione del bene storico ex Colonia Montana Principe di Napoli.

In particolare, l'istante chiede lumi, sulla scorta delle eccezioni formulate dalla seconda classificata mediante presentazione di informativa ex art. 243-bis d.lgs. 163/2006, circa la legittimità dell'aggiudicazione definitiva, ancorché sub condizione di efficacia ai sensi dell'art. 11, comma 8 d.lgs. 163/2006, disposta in favore della società EDILTECNICA S.p.A.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Più precisamente, viene rappresentato come l'odierna aggiudicataria, a fronte di un'attestazione SOA avente scadenza per la verifica triennale al 6.6.2014 risulterebbe essere rimasta priva del requisito di qualificazione, con il conseguente divieto di partecipazione alle gare, avendo ottenuto il rilascio della suddetta verifica in data 2.7.2014 sulla base di un contratto di revisione stipulato solo successivamente alla suddetta data di scadenza per la verifica triennale.

Ai fini di una chiara esposizione dei fatti, si specifica quanto segue.

Con determinazione n. 45 dell'11.7.2014 il Comune di Agerola ha approvato, ai sensi dell'art. 12, comma 1 d.lgs. 163/2006, l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in oggetto in favore della costituenda ATI Ediltecnica S.p.A. – CEU S.r.l. –Prospect S.r.l., risultata prima classificata in graduatoria. Seconda in graduatoria è risultata l'ATI S.A.V.A. & C. S.r.l. – SIEME S.r.l.

Successivamente, con determinazione n. 50 del 28.7.2014, nelle more dell'acquisizione d'ufficio di tutta la documentazione necessaria a confermare i requisiti di ordine generale autocertificati in sede di gara, la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente l'appalto al raggruppamento primo classificato rinviando, l'efficacia dell'aggiudicazione, all'esito positivo delle predette verifiche e alla verifica dell'assenza di ogni altra condizione preclusiva a tale dichiarazione.

Nelle more di tali operazioni di verifica, e a seguito della presentazione di informativa ex art 243-bis come sopra indicata, è stato attivato un complesso contraddittorio tra le parti interessate, scaturito nella sospensione da parte della stazione appaltante di ogni attività e decisione fino all'adozione del parere richiesto all'Autorità.

In seguito all'avvio del procedimento di precontenzioso, comunicato con nota del 16.9.2014, sono pervenute le memorie da parte della EDILTECNA S.p.A. con le quali la società, in breve sostiene che:

- al momento della presentazione dell'offerta (16.5.2014) era in possesso di valida attestazione SOA, con scadenza, per la verifica triennale, al 6.6.2014;
- già nel mese di maggio, quindi prima della scadenza del triennio di validità (6.6.2014), si era sottoposta a verifica mediante contratto di rinnovo dell'attestazione;
- la suddetta verifica si è conclusa positivamente in data 2.7.2014, prima dell'aggiudicazione e sulla base di un contratto che l'impresa sostiene essere stato sottoscritto in data anteriore a quella di registrazione (30.6.2014);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- il rapporto intercorso tra l'impresa e la SOA di riferimento, qualunque sia stato il suo evolversi, è stato un *unicum* senza interruzioni e l'attività istruttoria espletata dall'organismo di attestazione è stata una sola.

A sostegno della correttezza e legittimità della propria posizione, l'impresa ha allegato anche una copiosa documentazione.

Infine, rappresenta e documenta di aver inoltrato all'Autorità, in data 25.9.2014, un'apposita istanza ai sensi dell'art. 71, comma 2 del d.p.r. 207/2010, tesa ad accertare e verificare se, nel caso di specie, il comportamento tenuto dalla SOA di riferimento sia osservante degli obblighi e criteri imposti dagli articoli 70, 71 e 77, comma 3 d.p.r. 207/2010 e di ogni altro obbligo che le SOA, nell'esercizio delle loro attività di attestazione, sono tenute a rispettare.

Anche la costituenda ATI S.A.V.A. & C. S.r.l. – SIEME S.r.l., seconda in graduatoria, ha presentato le proprie osservazioni, evidenziando che dall'accesso agli atti di gara non è stato rinvenuto alcun contratto stipulato con la SOA dalla ATI Ediltecnica per la verifica triennale dell'attestazione con scadenza al 6.6.2014, emergendo unicamente dalla consultazione del casellario informatico dell'Autorità che in data 2.7.2014 l'impresa aggiudicataria ha conseguito positivamente la verifica triennale.

Argomenta, inoltre, che solamente a seguito della sottoscrizione del contratto di verifica triennale del 30.6.2014, in luogo di un contratto di rinnovo poi rinunciato, la EDILTECNICA S.p.A. ha conseguito l'esito positivo della verifica relativa alla scadenza del 6.6.2014, rimanendo pertanto priva del requisito di qualificazione per il periodo intercorrente tra la suddetta data di scadenza per la verifica e l'effettivo rilascio dell'attestazione verificata. Nel periodo, quindi, che va dal 6.6.2014 al 30.6.2014, l'impresa sarebbe stata priva del requisito.

Per completezza narrativa si segnala, infine, che contestualmente alla presentazione delle proprie memorie, la EDILTECNICA S.p.A., al fine di rafforzare e ribadire quanto già rappresentato e dedotto, ha comunque formalizzato una propria richiesta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006.

A tale riguardo, l'Ufficio ha comunicato alle parti interessate con nota del 6.10.2014 che gli elementi rappresentati, risultando già portati a conoscenza delle stesse e incidendo sulla medesima procedura di gara, sarebbero stati considerati nella attività istruttoria in corso di svolgimento, con la conseguente trattazione congiunta delle istanze.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

La questione oggetto del presente parere concerne la legittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti della società EDILTECNICA S.p.A. in possesso di un'attestazione di qualificazione il cui triennio di validità scadeva durante l'espletamento della gara e che è stato revisionato prima dell'aggiudicazione provvisoria.

Per la soluzione del caso di specie occorre stabilire se l'impresa aggiudicataria si sia attivata tempestivamente ai fini della verifica triennale ex art. 77 d.P.R. 207/2010 mantenendo così il proprio requisito di qualificazione.

Assume quindi rilievo dirimente la circostanza, valorizzata dalla società interessata nella propria memoria, della presentazione di una istanza di rinnovo dell'attestazione SOA presso l'ente certificatore di riferimento già in data 6.5.2014, con sottoscrizione di apposito contratto, ovvero sia nel rispetto del termine normativamente imposto.

Infatti, dall'analisi della documentazione in atti nonché dalle argomentazioni formulate dalle parti interessate emerge un dato sostanziale quale quello della presenza in capo all'operatore economico di un attestato di qualificazione valido ed efficace, sulla scorta di un' unica positiva attività istruttoria svolta dall'Organismo di attestazione, seppur in un primo momento avviata con la finalità del rinnovo della certificazione, scaturita nel rilascio di un'attestazione positivamente revisionata in quanto comprovante il persistere dei requisiti di qualificazione.

Non trova quindi fondamento la doglianza rappresentata dalla seconda classificata in merito al mancato rinvenimento del contratto stipulato con la SOA dalla ATI Ediltecnica per la verifica triennale dell'attestazione con scadenza al 6.6.2014 in quanto la società in contestazione essendo in possesso di un attestato valido ed efficace alla data di presentazione della propria offerta, non era tenuta, in quella sede, a depositare alcun contratto concluso con la SOA.

Solo laddove la scadenza dell'attestato avesse coinciso con il termine di scadenza previsto per la presentazione delle offerte, l'impresa, al fine di dimostrare il permanere del possesso del requisito di qualificazione e partecipare alla gara, avrebbe dovuto allegare copia del contratto di revisione.

Risulta, pertanto che la EDILTECNICA S.p.A. al momento della presentazione della propria offerta fosse in possesso di attestazione di qualificazione in corso di validità e, pertanto, legittimata a partecipare alla procedura *de qua*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Altresì si evidenzia che, nel termine previsto dall'art. 76 d.P.R. 207/2010, l'impresa si è sottoposta a rinnovo del proprio attestato e che, in data 2.7.2014, ovvero prima dell'aggiudicazione provvisoria disposta in proprio favore (11.7.2014), ha ottenuto il rilascio della propria attestazione revisionata.

Non è senza rilievo, poi, la considerazione che la SOA ha concluso con esito positivo l'iter di rilascio dell'attestazione di qualificazione revisionata, sulla scorta di una richiesta azionata in tempo utile dall'impresa EDILTECNICA S.p.A., e sulla base di documentazione acquisita a partire dal mese di maggio 2014 (certificati lavori, DURC, Casellario giudiziale).

A tale riguardo, giova comunque richiamare l'orientamento assunto dal Con. St., Ad. Pl., 18 luglio 2012, n. 27, che fa leva sulla tempestività della domanda di verifica triennale, siccome espressione di un comportamento virtuoso meritevole di considerazione ai fini della partecipazione alla gara. Ma il tenore della disciplina regolamentare, che scolpisce un preciso onere a carico dell'impresa di attivarsi ai fini del rilascio di una nuova attestazione SOA o per la sola verifica triennale nel termine anzidetto, deve indurre a ritenere che la latitudine applicativa del principio di ultrattività, oramai definitivamente consacrato, investa entrambe dette ipotesi, considerate dallo stesso legislatore del tutto equivalenti, di guisa che dalla scelta dell'impresa, tra l'una o l'altra, non possono derivare effetti pregiudizievoli a suo carico.

Ne consegue, come opinato da recente giurisprudenza (TAR Marche, Sez. I, sent. 13 settembre 2012, n. 579; TAR Basilicata, sent. 29 aprile 2013, n. 214), che quando l'impresa ha richiesto, entro il predetto termine di 90 giorni, il rinnovo dell'attestazione SOA (a norma dell'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207/2010) o la sua verifica triennale (a norma dell'art. 77, comma 1, del medesimo decreto), può partecipare alle gare indette, rispettivamente, dopo il quinquennio o il triennio, anche se non ha ancora conseguito il nuovo attestato o la verifica triennale, sempre che, in caso di aggiudicazione, l'esito positivo di tali domande intervenga, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, 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. Ciò in quanto, in applicazione del principio del *favor participationis*, cioè del principio di favorire la più ampia partecipazione nei procedimenti ad evidenza pubblica, l'impresa che ha presentato diligentemente le suddette domande almeno 90 giorni prima della scadenza del termine e che ha confidato nella tempestiva evasione delle domande da parte della SOA entro il termine di 90 giorni stabilito dall'art. 76, comma 3, d.p.r. 207/2010 non può essere penalizzata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

con l'esclusione dalla gara, dovendo essere consentita l'ultravigenza dell'attestazione scaduta attraverso la saldatura del periodo decorrente dalla scadenza fino all'esito positivo della domanda di rinnovo e/o verifica triennale, che ha efficacia retroattiva *ex tunc*, sempre che tali atti sopraggiungano prima della data fissata per la stipula del contratto di appalto.

Orbene, in base a quanto sopra rappresentato può affermarsi che l'impresa aggiudicataria abbia mantenuto il possesso dei requisiti di qualificazione per tutta la durata della procedura, e ciò in ragione di un'unica attività di verifica istruttoria azionata nei termini prescritti dalla norma di riferimento (artt. 76 e 77 d.P.R. 207/2010) e secondo una successione di contratti (di rinnovo trasformato poi in revisione triennale) che ha condotto comunque positivamente al rilascio di un'attestazione revisionata in data 2.7.2014.

Ogni ulteriore considerazione circa i rapporti intercorsi tra la società EDILTECNICA S.p.A. e l'Organismo di attestazione di riferimento e la correttezza degli stessi verrà approfondita e valutata dal competente Ufficio presso il quale è stato incardinato il relativo procedimento.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito