

Parere n. 103 del 21/05/2014

PREC 42/14/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 SO.CO.RE. srl - "Procedura aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento e ristrutturazione delle strutture del Centro di identificazione ed espulsione di Palazzo San Gervasio" - Data di pubblicazione del bando: 27.9.2013 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 2.705.407,99 - S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale OO.PP. Puglia-Basilicata.

Art. 77 del DPR n. 207/2010 - Verifica triennale attestato SOA.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 10 febbraio 2014, con nota successivamente integrata in data 24 febbraio 2014, è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la ditta SO.CO.RE contesta l'operato della stazione appaltante che nella gara indetta per l'affidamento dei lavori di adeguamento e ristrutturazione delle strutture del Centro di identificazione ed espulsione di Palazzo San Gervasio ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Raguso Antonio, priva di un valido attestato SOA.

Più specificamente, la ditta istante ha chiesto alla S.A. di procedere in via di autotutela all'esclusione dalla gara dell'impresa "Raguso Antonio", risultata aggiudicataria, di rinnovare la procedura e di disporre nei propri confronti l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto.

La suddetta richiesta è stata però disattesa dalla S.A. che ha ritenuto infondato il motivo di esclusione con essa postulato, assumendo sostanzialmente che risultava in atti che l'impresa "Raguso Antonio" aveva provveduto al rinnovo del certificato SOA in tempo utile, in ottemperanza alle vigenti disposizioni di cui agli artt. 76 e ss. del DPR n. 207/2010.

Tale asserzione è stata ritenuta infondata dall'istante che, consultando il casellario del sito di questa Autorità, ha rilevato che "la ditta Raguso non ha proceduto al rinnovo, ma ha ottenuto in data 8 gennaio 2014 una nuova attestazione, con indicazione anche di un nuovo Direttore tecnico".

A seguito dell'istruttoria formalmente avviata in data 7 marzo 2014, sono pervenute le controdeduzioni del 18 marzo 2014 della S.A., che ha difeso il proprio operato osservando che il termine perentorio previsto per la presentazione delle offerte era il giorno 11 novembre 2013, giorno precedente a quello fissato per la gara, e che l'impresa Raguso, al momento della presentazione dell'offerta in data 8 novembre 2013 ed al momento dell'espletamento della gara, ha presentato sia l'attestazione SOA in corso di validità (la scadenza del certificato era infatti il 14 novembre 2013) che il certificato del sistema di qualità emesso il 31 ottobre 2013 e scadente il 30 ottobre 2016.

Anche la ditta Raguso ha presentato in data 14 marzo 2014 le proprie controdeduzioni, con le quali ha evidenziato di avere prodotto l'attestato SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori in appalto, con scadenza di validità quinquennale fissata al 14 novembre 2015 e di quella intermedia triennale fissata, come detto, al 14 novembre 2013.

Rileva, inoltre, la medesima ditta di avere stipulato in data 8 ottobre 2013 con la SOA Team un contratto per la verifica del mantenimento dei requisiti e di avere affidato alla stessa società certificatrice l'incarico di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione in classifica superiore per le categorie OG1 e OG6; sicché, dichiarata l'aggiudicazione provvisoria, la S.A. - acquisita la nuova (in ragione delle diverse classificazioni) attestazione SOA, con scadenza della validità triennale al 7 gennaio 2017 e scadenza quinquennale al 7 gennaio 2019 - aveva comunicato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in suo favore.

Considerato in diritto

La questione oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'ammissione alla gara della ditta Raguso Antonio, risultata poi aggiudicataria, che, secondo quanto sostenuto dall'istante, avrebbe dovuto essere esclusa in quanto priva di un valido attestato SOA.

Secondo la ditta SO.CO.RE. S.r.l., la Raguso Antonio non avrebbe provveduto al rinnovo dell'Attestato SOA ovvero non si sarebbe sottoposta alla verifica triennale di mantenimento dei requisiti nei termini normativamente prescritti (90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità triennale dell'attestato previsto per il 14.11.2013) ma avrebbe ottenuto, in data 8 gennaio 2014, una nuova attestazione con indicazione di un nuovo direttore tecnico.

Ai fini della risoluzione del caso di specie occorre preliminarmente distinguere due profili: il primo attinente alla verifica della legittimazione a partecipare alla gara ed il secondo attinente alla verifica della permanenza dei requisiti e delle condizioni, in presenza dei quali poteva essere disposta l'aggiudicazione definitiva.

Sotto il primo profilo, è palese che, alla data dell' **11 novembre 2013** non era ancora scaduto il termine intermedio triennale di validità dell'attestato SOA fissato al **14 novembre 2013** e che, pertanto, la ditta Raguso fosse legittimata a partecipare alla gara.

Quanto al secondo profilo (in presenza di quali presupposti e condizioni poteva essere disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa Raguso), è necessario chiarire se, come richiesto

all'art. 77 del D.P.R. 207/2010, l'impresa si sia sottoposta alla verifica di mantenimento dei requisiti nei 90 giorni precedenti la scadenza della validità triennale dell'attestato SOA (fissata al 14.11.2013, tre giorni dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte) e la stessa abbia avuto esito positivo.

Al riguardo si osserva (cfr parere AVCP n. 75/2012) che la sussistenza del requisito dell'attestazione SOA deve esistere al momento della presentazione delle offerte e deve permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicataria, questa deve possedere il suddetto requisito per tutta la durata del contratto, senza soluzioni di continuità (tra tante, delibera dell'Autorità n.61 del 7 giugno 2011). Tale requisito risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria.

In virtù del combinato disposto degli articoli 40 d.lgs. 163/2006 e 77 D.P.R. n. 207/2010, la durata di efficacia dell'Attestazione SOA è complessivamente di cinque anni purché prima dello scadere del terzo anno dalla data del rilascio dell'Attestazione l'impresa si sottoponga a verifica e questa dia esito positivo. L'art. 15 bis del D.P.R. n. 34/2000, vigente fino alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento di attuazione del Codice dei contratti, prescriveva che "almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale, l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione; la SOA nei trenta giorni successivi compie l'istruttoria (comma 1); dell'esito della procedura di verifica la SOA informa contestualmente l'impresa e l'Autorità, inviando copia del nuovo attestato revisionato o comunicando l'eventuale esito negativo; in questo ultimo caso l'attestato perde validità dalla data di ricezione della comunicazione da parte dell'Impresa. L'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio della data di rilascio della attestazione; ove la verifica sia compiuta dopo la scadenza predetta, la efficacia della stessa decorre dalla ricezione della comunicazione da parte della Impresa (comma 5).

Ai fini della corretta applicazione della suddetta disposizione, l'Autorità con Determinazione n. 6 del 21.4.2004 ha chiarito, in ordine alla necessità per le imprese di sottoporsi alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione, che tale termine non ha carattere perentorio e, pertanto, "l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo" (cfr TAR Bari, Sez I, sentenza n. 1334 del 14 aprile 2010, TAR Campania, Salerno, sez. I, sentenza n.111 del 6 febbraio 2007, Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 203 del 5 aprile 2003, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 6760 del 30 ottobre 2003).

Tale conclusione risulta confermata dal testo del nuovo regolamento di attuazione al Codice dei Contratti, considerando che la disposizione sopra richiamata (salvo i diversi termini ivi previsti) è stata sostanzialmente trasfusa nell'art. 77 D.P.R. n. 207/2010 in virtù del quale "In data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale, l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione, stipulando apposito contratto. Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo (comma 1); "... L'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio dalla data di rilascio della attestazione; ove la verifica sia compiuta dopo la scadenza predetta, l'efficacia della stessa decorre dalla data di adozione della verifica (comma 7).

Pertanto, solo nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che, ai sensi del comma 7, la verifica positiva opererà ex nunc mentre nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione. Solo la richiesta tempestiva consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio considerato.

Tornando al caso di specie, si rappresenta che dalla documentazione in atti risulta che la validità triennale dell'attestazione SOA rilasciata alla ditta Raguso Antonio scadeva il 14.11.2013; che il termine per la presentazione delle offerte scadeva in data 11.11.2013; che l'aggiudicazione provvisoria è stata disposta il 5 dicembre 2013 e che in data 8 ottobre 2013 (nel rispetto dei termini di legge) l'impresa Raguso aveva stipulato con la SOA Team contratto per la verifica del mantenimento dei requisiti; che nello stesso contratto, alla SOA Team veniva affidato l'incarico di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione in classificazione superiore per le categorie già possedute e che la nuova attestazione è stata rilasciata alla ditta Raguso in data 08.01.2014.

Conseguentemente la stazione appaltante, acquisita la nuova attestazione, con scadenza validità triennale al 7 gennaio 2017 e quinquennale al 7 gennaio 2021, in data 21.02.2014 ha aggiudicato definitivamente l'appalto in oggetto alla ditta Raguso Antonio.

In base a quanto sopra rappresentato si ritiene che l'aggiudicazione disposta in favore della ditta Raguso Antonio sia legittima avendo quest'ultima ottemperato al disposto del primo comma dell'art. 77 del DPR n. 207/2010, attraverso il tempestivo rinnovo, con esito positivo, dell'attestazione originaria, tanto che, al tempo della aggiudicazione definitiva, la ditta è risultata in possesso di un nuovo attestato SOA per classifiche superiori relativamente alle categorie già possedute.

Si richiama infine l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 27 del 18.07.2012, ha stabilito che "l'interesse pubblico ad evitare l'affidamento in favore di imprese che non diano

adeguate garanzie di affidabilità è perseguito, in modo più equilibrato e pienamente efficiente, nel rispetto del favor participationis piuttosto che con la drastica esclusione di imprese che abbiano in corso una procedura tempestivamente attivata, con la subordinazione dell'eventuale aggiudicazione all'esito positivo della verifica. Infine, la caratterizzazione retroattiva della verifica richiesta per tempo consente di ritenere la procedura adeguata al principio generale che impone il possesso dei requisiti di ammissione a partire dall'atto della presentazione delle domande di partecipazione".

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: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito