

Parere n.7 del 29/07/2014

PREC 27/14/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Impresa Costruzioni CO.GE.CA. s.a.s. di Perrone Damiano & C.

“100/2013 – “Procedura aperta Comune di Roccabernarda – Progetto integrato di sviluppo locale (PISL-STL) – Madre natura Padre cultura – Provincia di Crotone tra natura, cultura ed enogastronomia – Itinerario religioso – Convento San Francesco di Paola – POR Calabria FESR 2007/2013 – Linea di intervento 5.1.1.1.” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 240.693,19 – S.A. Comune di Roccabernarda.

Art. 76, comma 5, del d .P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Rinnovo attestazione SOA.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 20 gennaio 2014 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la società Costruzioni CO.GE.CA. s.a.s. di Perrone Damiano & C. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta in ragione della mancanza, in capo all'impresa ausiliaria, dell'attestazione SOA richiesta ai fini della partecipazione. Più specificamente, la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di esclusione che qui si contesta in quanto, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'attestato SOA dell'impresa con la quale l'istante aveva stipulato apposito contratto di avalimento risultava scaduto.

Il Comune di Roccabernarda indicava una procedura aperta per l'affidamento di lavori rientranti nella categoria prevalente OG3, classifica I, per euro 167.423,40 e nella categoria scorporabile OG10, classifica I, per euro 68.550,32. L'impresa istante, non essendo qualificata nella categoria scorporabile OG10, partecipava in avalimento con la ditta IDROELETTRICA S.r.l., in possesso di attestato SOA valido fino al 18 settembre 2013. La data di scadenza per la presentazione delle offerte era prevista, nel bando, al 12 dicembre 2013, pertanto, a tale data, l'impresa ausiliaria risultava priva di un valido attestato SOA.

La commissione di gara, in sede di verifica della documentazione amministrativa, “accertava che l'impresa ausiliaria IDROELETTRICA aveva una certificazione quinquennale scaduta.

Riferisce, altresì, la stazione appaltante che, alla data del 3 marzo 2014, la IDROELETTRICA S.r.l. non aveva ancora ottenuto il rinnovo della certificazione quinquennale.

Secondo quanto affermato dall'impresa istante, l'impresa IDROELETTRICA ha stipulato in data 05/07/2013 regolare contratto di rinnovo dell'attestazione con la SOA Hi – quality S.p.a. con il quale non solo si è vista riconfermare i requisiti di attestazione dichiarati in fase di gara, ma la categoria OG10 è stata portata dalla classifica I alla classifica II.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Roccabernarda nei confronti della Costruzioni CO.GE.CA. s.a.s. di Perrone Damiano & C. che, priva dell'attestato SOA nella categoria scorporabile OG10, ha concluso apposito contratto di avalimento con altra ditta, la quale, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non risultava in possesso di un valido attestato SOA.

Per la soluzione del caso di specie occorre richiamare l'art. 76, comma 5, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 il quale, in relazione alla domanda di qualificazione, dispone che “L'efficacia dell'attestazione 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 77, comma 5. Almeno novanta giorni 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 all'esercizio dell'attività di attestazione”.

L'A.V.C.P. (parere di precontenzioso n. 43/2014), nel richiamare la giurisprudenza sul punto, evidenzia il principio secondo cui ove l'impresa richieda, nei termini di legge, la verifica quinquennale, non vi è soluzione di continuità nella propria qualificazione, per cui essa può, nelle more, partecipare alle pubbliche gare. Come indicato dalla giurisprudenza: “Invero la valenza costitutiva della certificazione rilasciata da una SOA va correlata con lo scopo che la funzione di certificazione persegue, cioè l'attestazione che l'impresa possiede determinati requisiti soggettivi per eseguire opere pubbliche di un certo importo e che li mantiene nel corso di validità del periodo di vigenza della relativa certificazione. Pertanto, il rinnovo, così come la verifica di una SOA, hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni SOA: il rilascio di un nuovo attestato SOA, in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa, non solo non ha mai perso quei requisiti, in passato già valutati e certificati positivamente, ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3397/2013).

Nel parere di precontenzioso n. 16/2014 si specifica, altresì, che in applicazione del principio del *favor participationis*, cioè del principio di favorire la più ampia partecipazione nei procedimenti di

evidenza pubblica, l'impresa che ha presentato diligentemente le suddette domande (di rinnovo o di verifica triennale), 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. n. 207/2010, non può essere penalizzata con l'esclusione dalla gara, ma deve essere consentita l'ultravigenza della SOA scaduta con 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 dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per la stipula del contratto di appalto. Al riguardo, va, infatti, sottolineato che l'art. 76, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui prevede che la SOA deve concludere il procedimento entro 90 giorni dalla stipula del contratto, non può essere interpretato nel senso che la mancata conclusione del procedimento entro il predetto termine di 90 giorni equivale ad una reiezione della domanda. Non può, tuttavia, essere declinata la necessità dell'attestazione in sede stipulatoria, stante la distinzione tra legittimazione alla partecipazione alla gara e legittimazione all'aggiudicazione, rimanendo indispensabile solo a quest'ultimo fine il possesso effettivo della qualificazione, ai sensi dell'art. 11, c. 8 del d.lgs. n. 163 del 2006. Va, quindi, conclusivamente ritenuto che il principio di ultrattività si applica anche quando l'impresa abbia avanzato istanza, nel termine prescritto, di nuova attestazione SOA invece che di verifica triennale, tanto quindi da coprire anche il periodo intercorrente tra la data di scadenza del precedente certificato e quella di rilascio del successivo, che si impone ai soli fini della stipulazione del contratto d'appalto.

Nel caso di specie, emerge con chiarezza dagli atti del procedimento che l'impresa ausiliaria IDROELETTRICA era in possesso di un attestato SOA con scadenza della validità quinquennale al 18 settembre 2013 e stipulava contratto con altra SOA, ai fini del rinnovo, in data 5 luglio 2013, vale a dire in ritardo rispetto al termine minimo di novanta giorni prescritto all'art. 76, comma 5 d.P.R. n. 207/2010.

Alla data, quindi, del 12 dicembre 2012 (termine di scadenza di presentazione delle offerte), il requisito oggetto di avvalimento non aveva validità.

Pertanto, alla luce dei sopra richiamati principi, non avendo chiesto il rinnovo entro i termini di legge, l'impresa ausiliaria non poteva prestare il requisito nel periodo intertemporale tra le due certificazioni SOA.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- non avendo chiesto il rinnovo entro i termini di legge, l'impresa ausiliaria non poteva prestare il requisito nel periodo intertemporale tra le due certificazioni SOA;
- l'esclusione della ditta Costruzioni CO.GE.CA. s.a.s. di Perrone Damiano & C. sia legittima.

Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014

Il Segretario Maria Esposito