

Parere n.16 del 30/01/2014

PREC 194/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di San Gregorio Magno e dalla Mastroberti S.r.l. - Procedura aperta per la "Realizzazione delle opere relative al Parco Giochi Area Pontare - Seconda Piazzola" - Importo a base d'asta: € 376.765,99 + I.V.A. - S.A.: Comune di San Gregorio Magno.

Attestazione SOA e scadenza in corso di gara - Rinnovo in luogo della verifica triennale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Il Comune di San Gregorio Magno e la Mastroberti S.r.l. - la prima nella veste di S.A., la seconda di concorrente alla gara - hanno presentato congiuntamente, in data 18 luglio 2013, l'istanza di parere in oggetto, con cui hanno chiesto l'avviso dell'Autorità in merito al possesso dei requisiti di qualificazione in capo alla predetta Ditta.

Gli istanti hanno precisato che la Mastroberti S.r.l. era risultata aggiudicataria provvisoria, ma la seconda graduata, Impresa Di Verniere Giuseppe S.r.l., contestava la legittimità dell'esito della gara per irregolarità dell'attestazione SOA in possesso della Mastroberti, tanto che la S.A. comunicava a quest'ultima un preavviso di esclusione dalla procedura.

Attivatosi così un serrato contraddittorio tra l'Ente e la Ditta interessata, si richiamavano a sostegno delle rispettive posizioni orientamenti giurisprudenziali contrapposti, ora nel senso della necessità dell'attestazione SOA senza soluzioni di continuità per tutto l'arco temporale della gara, ora in senso opposto, ritenendosi sufficiente la richiesta di verifica triennale entro il termine all'uopo previsto. La Mastroberti, altresì, evidenziava alla S.A. non solo di essere in possesso di attestazione valida sia al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (10.04.2013) che a quello di apertura delle buste (7.05.2013), ma anche di avere sottoscritto un nuovo contratto di attestazione in data 28.01.2013, quindi diverso tempo prima della scadenza di validità triennale dell'attestazione in suo possesso (9.05.2013).

Reputate dalla S.A. non convincenti le deduzioni della Mastroberti, in quanto quest'ultima sarebbe rimasta sprovvista di attestazione SOA in corso di validità dalla scadenza del termine di verifica triennale (9.5.2013), siccome non richiesta, alla data di rilascio della nuova attestazione (7.6.2013), la S.A. e la Ditta in questione, hanno richiesto congiuntamente all'Autorità lumi sulla seguente specifica questione: "se la sottoscrizione del nuovo contratto di SOA, in data 28.01.2013, ovvero entro i termini stabiliti dalla normativa (art. 76, comma 5, D.P.R. n. 207/2010) è valida e sufficiente ai fini del mantenimento della continuità del requisito di qualificazione di cui alla SOA e del suo permanere per tutta la durata del procedimento di gara, senza soluzioni di continuità".

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità con nota del 6 agosto 2013, la controinteressata Di Verniere Giuseppe S.r.l. ha fatto pervenire due memorie a sostegno della necessaria esclusione della Mastroberti S.r.l., facendo rilevare, in primo luogo, l'inapplicabilità dell'art. 77 d.P.R. n. 207/2010 a causa della mancata richiesta di verifica triennale, dalla quale discenderebbe il difetto del requisito di qualificazione fino al rilascio della nuova attestazione SOA in data 07/06/2013. Inoltre ha evidenziato la presenza di discrasie tra categorie e classifiche di qualificazione richieste e quelle effettivamente conseguite con l'attestazione emessa in data 07/06/2013, cosicché questa sarebbe frutto di una nuova contrattazione successiva a quella risalente al 28/01/2013.

Ritenuto in diritto

La questione sollevata dal Comune di San Gregorio Magno investe il problema dell'eventuale ultrattività dell'attestazione SOA scaduta per effetto della mancata verifica triennale, in presenza di tempestiva istanza di rinnovo ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010.

Nel caso in esame, infatti, la Mastroberti S.r.l. risulta avere sottoscritto un nuovo contratto di attestazione in data 28.01.2013, quindi ben prima della scadenza del termine di efficacia del 9.05.2013.

L'incertezza della S.A. si deve al fatto che l'art. 77, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, assegna espressa efficacia ultrattiva all'attestazione SOA soltanto quando l'impresa abbia richiesto "la verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione, stipulando apposito contratto", senza quindi fare riferimento alcuno all'ipotesi in cui l'impresa abbia richiesto il rilascio di una nuova attestazione. Tale è la situazione nella quale versa la Mastroberti S.r.l. avendo appunto conseguito nuova attestazione SOA in data 7 giugno 2013, stipulando il relativo contratto con la medesima SOA (Mediterranea S.p.A.) che aveva rilasciato l'attestazione originaria (n. 4173/03/00) e la cui efficacia è scaduta il 9 maggio 2013. Occorre, quindi, stabilire se il periodo intercorrente tra la data di scadenza della precedente autorizzazione e quella di rilascio della nuova sia coperto dalla prima, alla quale quindi andrebbe riconosciuta una portata effettuale ultrattiva.

Orbene, assume rilievo dirimente, ai fini della soluzione della questione, la circostanza, valorizzata dalla Mastroberti nella sua memoria, della presentazione dell'istanza di nuova attestazione SOA già in data 28 gennaio 2013, ovvero sia nel rispetto del termine normativamente imposto.

Infatti, ai sensi dell'art. 76, comma 5, secondo periodo, d.P.R. n. 207/2010, l'impresa, che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione, deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con altra autorizzata "almeno 90 giorni prima della scadenza del termine" triennale o quinquennale (con l'art. 7, comma 1, L. n. 166/2002 e l'art. 1 d.P.R. n. 93/2004 l'efficacia dell'attestazione SOA è stata aumentata da 3 a 5 anni).

Occorre dire che la disciplina introdotta dal regolamento di attuazione al codice dei contratti pubblici ha parzialmente innovato rispetto alla disciplina previgente di cui agli articoli 15, comma 5, e 15 bis del d.P.R. n. 34 del 2000, come modificato con il d.P.R. n. 93 del 2004, per i quali la durata dell'efficacia dell'attestazione SOA è di cinque anni soltanto se vi è stata la verifica triennale e se è stata positiva poiché, in questo caso, la SOA rilascia un "nuovo attestato revisionato" mentre se la verifica è negativa "l'attestato perde validità" (comma 5 dell'art. 15 bis citato). Alla luce di tale disciplina questa Autorità si è espressa nei termini che seguono: "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 (almeno 60 giorni), l'impresa si sottoponga a verifica e questa dia esito positivo, solo in questo caso, infatti, gli effetti della verifica, decorrono dalla data di scadenza del triennio e, quindi, l'impresa rimane in possesso della qualificazione senza soluzione di continuità (cfr. Parere n. 99 del 8 ottobre 2009). Invece, ove la verifica sia compiuta dopo il predetto triennio, benché abbia esito positivo, i suoi effetti decorrono dalla ricezione della comunicazione sul relativo esito, che l'impresa interessata ha ottenuto. Ciò significa che, decorso *inutiliter* il termine della verifica triennale, l'attestazione originaria non è più efficace, e, il concorrente resta privo del requisito di qualificazione fino al rilascio di una nuova attestazione, conseguentemente l'impresa medesima non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo (cfr. AVCP Determinazione n. 6 del 21 aprile 2004, parere n. 227 del 9 ottobre 2008). La perdita del predetto titolo, infatti, inficia la legittimità della partecipazione alla gara, 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, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicataria, persistere per tutta la durata dell'appalto. Ne deriva che, in virtù di quanto stabilito dal legislatore al citato art. 15 bis, deve ritenersi che la verifica triennale ha natura costitutiva e non meramente ricognitiva" (cfr. Parere n. 145 del 22/07/2010; v. anche Parere n. 99 dell'8 ottobre 2009).

L'assetto regolamentare consolidatosi per effetto del citato d.P.R. n. 34/2000, così come modificato, ha però innescato un acceso contrasto di opinioni, emerso in sede giurisprudenziale, in ordine alla partecipazione delle imprese alle gare indette dopo la scadenza del termine di efficacia delle attestazioni per effetto della sola richiesta tempestiva della verifica triennale ancorché questa si compia successivamente. Tale querelle è stata risolta dalla recente Adunanza Plenaria n. 27 del 18.7.2012, secondo cui "l'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77 avvalorava la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. 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. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio. Una diversa interpretazione, che impedisse l'ammissione alla procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confidi nella tempestiva evasione della procedura da parte della SOA, condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del comma 1 dell'art. 77, che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto". L'orientamento assunto dalla A.P. fa quindi 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 nuova 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 dall'A.P., 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) facendo leva sul recente arresto dell'A.P., 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 l'esito positivo di tali domande intervenga, ai sensi dell'art. 11, comma 8, D.Lgs. n. 163/2006, dopo l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma 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 di 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. 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 stipula del contratto di appalto. Al riguardo, va infatti sottolineato che l'art. 79, 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, valorizzata dall'A.P., 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, come nel caso di specie, 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. In tal senso, su analogo caso, si è espresso di recente il TAR Sicilia - Catania, Sez. I, sent. 04 marzo 2013, n. 704, affermando che: "... La valenza costitutiva della certificazione rilasciata da una SOA va infatti pur sempre correlata con lo scopo che la funzione di certificazione persegue, ossia l'attestazione, valevole erga omnes, 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, e 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 dato 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 novella certificazione. La seconda certificazione, in altre parole, è fondata su di un dato storico fattuale inconfutabile che è la sussistenza, senza alcun iato, della capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche per una determinata classifica anche nelle more del procedimento di rinnovazione e conferma della precedente attestazione".

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

che l'esclusione della Mastroberti S.r.l. non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2014

Il segretario Rosetta Greco