

Parere n.148 del 20/06/2014

PREC 22/14/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 COCEDIL di Cocco Antonio & C. sas - "Procedura negoziata per l'appalto dei lavori di riqualificazione di Via Roma, tratto compreso tra Piazza Umberto I e Via Veneto" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 427.028,57 - S.A.: Comune di Frattamaggiore (NA).

Art. 77 del D.P.R. n. 207/2010 - Regime di validità dell'attestazione SOA.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 gennaio 2014, con nota successivamente integrata, è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale si deduce in sintesi quanto segue.

La S.A., nell'eseguire la verifica della documentazione di gara della Soc. M.F. Diana Costruzione S.r.l., non si avvedeva che il certificato SOA risultava scaduto poiché non era stata eseguita la verifica triennale con scadenza 14.6.2013. La suddetta società, inoltre, non aveva presentato in sede di gara l'eventuale contratto stipulato con la propria SOA per l'esecuzione della suddetta verifica triennale. In seguito, la S.A. richiedeva a detta società una integrazione documentale ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e la stessa presentava una dichiarazione della SOA datata 8.1.2014, che confermava la verifica in corso.

Nell'apertura delle offerte economiche la società predetta risultava aggiudicataria provvisoria della gara e l'istante si classificava al secondo posto. Per tale motivo, quest'ultimo chiede il parere dell'Autorità in merito alla correttezza dell'operato della S.A. ai sensi dell'art. 77 del D.P.R. n. 207/2010, giusta sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 27 del 18.7.2012.

A seguito dell'istruttoria, formalmente avviata in data 13 febbraio 2014, la S.A. ha comunicato con nota del 24 febbraio 2014 di avere avviato una istruttoria al fine di acquisire e verificare gli elementi offerti dalla COCEDIL, e di avere richiesto all'impresa aggiudicataria documenti ed osservazioni inerenti i presunti requisiti mancanti, riservandosi quindi di fornire le proprie deduzioni in merito all'istanza di parere in oggetto.

Ritenuto in diritto

Il parere richiesto attiene al regime di validità dell'attestazione SOA. La citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 27 del 18.7.2012 stabilisce che "La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA disposta dall'art. 7, comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 e dall'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito. L'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa. Viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica", e ciò in base alle seguenti considerazioni.

Una volta sancito l'obbligo per l'impresa di sottoporsi alla verifica triennale in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del triennio stipulando apposito contratto con la SOA, che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi, è stata in particolare codificata la disciplina del caso della richiesta tardiva, prevedendo che "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" (art. 77, comma 1 D.P.R. n. 207/2010).

Da ciò si deduce, *a contrario*, che l'impresa possa partecipare alle gare nel diverso caso della richiesta in termini e, di conseguenza, che l'ulteriore previsione, per cui l'efficacia della verifica positiva decorre dalla data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma l'efficacia di quella compiuta dopo tale scadenza decorre dalla data di adozione della verifica (art. 77, comma 7, secondo periodo), sia da interpretare nel senso che tale ritardata efficacia si colleghi al presupposto della richiesta di verifica presentata fuori termine.

Come evidenziato anche dall'Autorità con Parere di Precontenzioso n. 190/2013, la verifica triennale, "che ha l'evidente finalità di prevenire il rischio di una diminuzione del livello qualitativo delle imprese nel periodo di cinque anni di efficacia dell'attestato SOA, va richiesta, secondo quanto prescritto dall'art. 77, comma 1 D.P.R. n. 207/2010, nei 90 giorni che precedono la scadenza della validità triennale dell'attestazione (che comincia a decorrere dalla data di rilascio dell'attestazione originaria).

Al riguardo si richiama l'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, a proposito della possibilità di partecipare alle gare di appalto nelle more della verifica triennale dell'attestato SOA, ha ritenuto imprescindibile la sola istanza di verifica presentata nei termini di legge, ma non il fatto che tale verifica si sia conclusa. Il Giudice, cioè, evidenzia che non vi sarebbe ragione di penalizzare l'impresa che pure abbia adempiuto all'onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di

verifica. Infatti, diversamente ragionando, l'impresa verrebbe esclusa pur in mancanza di un esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favor participationis.

E' opportuno chiarire, tuttavia, che in tale prospettazione viene valorizzata la distinzione dell'ipotesi in cui il concorrente abbia richiesto tempestivamente la verifica triennale con quella in cui la richiesta di verifica triennale non sia stata tempestiva: 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 [dell'art. 77 d.lgs 163/2006], la verifica positiva opererà ex nunc mentre nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione. (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 18 luglio 2012, n. 27)

Pertanto, nel caso di specie, l'ammissione alla gara può dirsi legittima solo se la richiesta di verifica triennale sia stata effettivamente, e non presumibilmente, presentata entro i 90 giorni antecedenti al 14 giugno 2013, data di scadenza della validità triennale dell'attestazione originaria".

In ultima analisi, l'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77 richiamato avvalorava la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale.

La richiesta tempestiva della verifica triennale consente, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, 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.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la S.A. debba valutare, quale misura di autotutela, la conformità del proprio operato alla normativa di settore, sulla base delle considerazioni sopra esposte.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito