

Parere n. 99 del 08 ottobre 2009

Protocollo PREC 93/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Baglione Piante s.r.l. - Lavori di realizzazione lungomare - 2° stralcio funzionale - Importo a base d'asta €321.360,00 di cui 9.360,00 quali oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta - S.A.: Comune di Montauro (CZ).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 luglio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Baglione Piante s.r.l., mandataria del RTI con Cegar s.r.l., ha rappresentato a questa Autorità che alla procedura di gara aperta in oggetto, bandita dal Comune di Montauro in data 6 aprile 2009, ha partecipato, tra le altre, l'impresa Fulginiti Vincenzo, dal cui certificato di iscrizione SOA si evince oggettivamente la scadenza di validità triennale dell'attestazione alla data del 23 marzo 2009 senza che nel frattempo si sia proceduto alla utile effettuazione della verifica prevista dal D.P.R. n. 34/2000 e s.m..

In considerazione di ciò l'impresa istante ha rilevato che alla data di presentazione dell'offerta l'impresa Fulginiti Vincenzo s.r.l. non era abilitata a concorrere a pubbliche gare d'appalto di opere pubbliche, giusta Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 6 del 21 aprile 2004, e che, pertanto, l'ammissione della predetta concorrente alla gara di cui trattasi è da ritenersi palesemente illegittima, per violazione dell'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006 in rapporto alle regole sulla qualificazione speciale a mezzo Società Organismi di Attestazione.

Conseguentemente, poiché con la sua partecipazione alla gara l'impresa Fulginiti Vincenzo s.r.l. contribuiva alla determinazione della soglia di c.d. "anomalia con taglio delle ali", l'istante Baglione Piante s.r.l. ha sostenuto, altresì, la necessità del ricalcolo della media di aggiudicazione, previa espulsione dell'offerta prodotta dalla predetta concorrente illegittimamente ammessa, con relativa aggiudicazione dell'appalto al RTI Baglione Piante s.r.l. – Cegar s.r.l.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante e l'impresa controinteressata hanno entrambi sostenuto la correttezza della partecipazione alla gara della Fulginiti Vincenzo s.r.l. richiamando la sentenza del TAR Lazio n. 10948 del 3 dicembre 2008, secondo la quale l'omissione dell'adempimento della verifica triennale comporterebbe effetti solutori della validità della SOA solo nel caso in cui essa accerti la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento dell'attestazione.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta all'attenzione di questa Autorità attiene alla abilitazione a concorrere a pubbliche gare d'appalto di lavori pubblici da parte di imprese che, alla data di scadenza di validità triennale dell'attestazione SOA, non abbiano proceduto all'utile effettuazione della verifica prevista dal D.P.R. n. 34/2000 e s.m..

Occorre richiamare, al riguardo, la vigente normativa che disciplina il periodo di efficacia delle attestazioni SOA.

Ai sensi dell'art. 40, comma 4, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 15, comma 5, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b) n. 2 del D.P.R. 10 marzo 2004 n. 93) "La durata dell'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 15-bis".

A sua volta, l'art. 15 bis dello stesso D.P.R. n. 34/2000 (inserito dall'art. 1, comma 1, lett. c) del D.P.R. 10 marzo 2004 n. 93), ai commi 1, 5 e 6, prescrive testualmente:

"1. 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.
... omissis ...

5. 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.

6. L'Osservatorio per i lavori pubblici provvede a inserire l'esito della verifica nel casellario informatico".

Dal tenore letterale delle disposizioni richiamate si desume che:

- la durata di efficacia dell'attestazione SOA è complessivamente di cinque anni, purché prima dello scadere del triennio l'impresa si sottoponga a verifica e questa dia esito positivo;
- gli effetti della verifica triennale, ove compiuta prima della scadenza del triennio, decorrono dalla data di scadenza del triennio, nel caso di esito positivo e dalla data di ricezione della relativa comunicazione da parte dell'impresa interessata, in caso di esito negativo;
- l'impresa ha l'onere di sottoporsi a verifica nell'imminenza della scadenza del triennio (almeno sessanta giorni prima di questa), dal momento che, ove la verifica sia compiuta dopo il triennio e dia esito positivo, i suoi effetti decorrono non dalla scadenza del periodo triennale, bensì dalla ricezione della relativa comunicazione da parte dell'impresa stessa. Quest'ultima previsione normativa, in particolare, dimostra che, come precisato da questa Autorità con parere n. 227 del 9 ottobre 2008 e ribadito da una numerosa giurisprudenza amministrativa (TAR Campania, n. 111/07; TAR Molise n. 496/2006; TAR Sicilia Catania n. 353/06, n. 539/06, n. 831/06) la verifica triennale ha propriamente natura costitutiva, non potendo attribuirsi ad essa un mero valore ricognitivo.

Conseguentemente, nel caso in cui l'impresa, alla scadenza del triennio, per qualsiasi motivo si sottragga alla suddetta verifica (perché questa comporta dei costi notevoli o per altra ragione), l'attestazione non è più efficace e il concorrente resta privo del requisito di qualificazione, per cui 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", come affermato da questa Autorità con Determinazione 21 aprile 2004 n. 6, emanata nell'esercizio del proprio potere di

regolazione interpretativa (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2003, n. 203; Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6760).

Nel caso di specie, pertanto, considerata l'evidenziata natura costitutiva e non dichiarativa della verifica triennale, risulta non corretto l'operato del Comune di Montauro, che ha ammesso alla partecipazione alla gara aperta di cui trattasi l'impresa Fulginiti Vincenzo s.r.l., rimasta priva di attestazione di qualificazione SOA già alla data del 23 marzo 2009 – anteriormente, quindi, alla pubblicazione del bando di gara in oggetto, avvenuta il 6 aprile 2009 – senza che nel frattempo l'impresa medesima abbia proceduto alla utile effettuazione della verifica prevista dal D.P.R. n. 34/2000.

La perdita del predetto titolo di partecipazione, infatti, inficia la legittimità della partecipazione alla gara e, di conseguenza, la regolarità della procedura, atteso che - come chiarito anche con la Deliberazione di questa Autorità 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, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato del Comune di Montauro non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009