

Parere n. 145 del 22/07/2010

PREC 124/10/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 Boville Ernica – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento del centro sportivo polifunzionale Montorli – Importo a base d'asta € 191.435,26 – S.A.: Comune di Boville Ernica.

Considerato in fatto

In data 29 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale il Comune di Boville Ernica ha chiesto l'avviso di questa Autorità circa l'ammissibilità ad una procedura aperta per l'affidamento di appalti di lavori pubblici dell'impresa che, entro la scadenza del terzo anno di validità dell'attestazione SOA, non abbia provveduto all'utile effettuazione della verifica di cui all'art. 15 bis del DPR 34/2000 e s.m.

In particolare la Stazione Appaltante ha fatto presente che con determinazione n. 21 del 14 gennaio 2010 ha indetto la procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento del centro polifunzionale Montorli ed all'esito delle operazioni di gara la ditta Zeppieri Michele è risultata aggiudicataria provvisoria.

Con nota prot. 1253 del 26 febbraio 2010, al fine di verificare il possesso dei requisiti dichiarati, l'Amministrazione ha chiesto a quest'ultimo operatore di presentare la richiesta di verifica triennale dell'attestazione SOA e l'attestazione stessa.

Con nota prot. 1428 del 4 marzo 2010 la Zeppieri ha fornito la documentazione richiesta e, successivamente, con nota prot. 1780 del 16.3.2010 della Stazione Appaltante, ha ricevuto il preavviso di esclusione, ex art. 10 bis l. 241 del 1990, in quanto a seguito dell'istruttoria condotta l'Amministrazione procedente ha verificato che *“al momento della partecipazione alla gara la Ditta non era in possesso della prescritta verifica triennale e che la data certa dell'istanza per la verifica dei requisiti risale ad un periodo successivo ai sessanta giorni antecedenti la scadenza”*.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale l'aggiudicataria provvisoria ha presentato osservazioni. In particolare quest'ultima, ha contestato il preavviso di esclusione, ritenendo che *“il termine entro il quale l'impresa deve chiedere la verifica dell'attestazione, fissato a 60 giorni prima della scadenza dell'attestato, non ha natura perentoria.*

L'impresa, pertanto, può partecipare alla gara purché entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta abbia dimostrato di aver richiesto l'effettuazione della verifica triennale o il rinnovo dell'attestazione. La scadenza del triennio o del quinquennio non viene quindi presa in considerazione per la validità della domanda di partecipazione alla gara”. Conseguentemente la Ditta ha fatto presente che, avendo presentato richiesta di rinnovo dell'attestazione SOA in data 14.1.2010, quindi, prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, aveva i requisiti di partecipazione alla gara *de qua*. A sostegno della propria tesi la ditta ha richiamato alcune pronunce del giudice amministrativo.

Sotto altro profilo il concorrente ha osservato che, posto il possesso dell'attestazione di qualificazione SOA, la sua eventuale esclusione sarebbe frutto di una mera interpretazione formalistica delle disposizioni normative e determinerebbe, da un lato, un danno per la Stazione Appaltante, che si priverebbe così della migliore offerta ricevuta, e, dall'altro, la lesione dell'affidamento che la medesima ditta ha posto sull'aggiudicazione a proprio favore, essendo stata ammessa a partecipare senza riserve.

Ritenuto in diritto

La soluzione della questione sottoposta all'attenzione di questa Autorità dipende dalla natura giuridica che si riconosce alla verifica triennale di cui all'art. 15 bis del DPR n.34/2000.

Al riguardo occorre innanzi tutto richiamare la disciplina normativa che regola l'efficacia dell'attestazione SOA e l'interpretazione che della stessa ha fornito l'Autorità.

L'art. 40, comma 4, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006 nel rinviare all'emanando regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici la puntuale disciplina del sistema di qualificazione SOA stabilisce che *“la durata dell'efficacia della qualificazione è di cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale”*. L'art. 15 bis del D.P.R. n. 34/2000, in vigore fino all'adozione del predetto regolamento, prescrive 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); l'Osservatorio per i lavori pubblici provvede a inserire l'esito della verifica nel casellario informatico”* (comma 6).

Questa Autorità ha sottolineato che in virtù delle disposizioni su richiamate 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.

Anche la giurisprudenza amministrativa condivide ampiamente l'interpretazione dell'Autorità e sottolinea come il carattere costitutivo della verifica triennale ed il principio di necessaria continuità della qualificazione rispondono *“ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici. Le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA. L'impresa che*

partecipa alla procedura selettiva deve curarsi di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando" (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, n. 6760, del 30 ottobre 2003).

Venendo al caso in esame, risulta *per tabulas* e non è contestato dalle parti che: - il bando di gara è stato pubblicato all'albo pretorio in data 14.01.2010 con termine di presentazioni delle offerte fino al 15.2.2010; - la ditta Zeppieri ha presentato domanda di partecipazione alla gara *de qua* in data 12.2.2010, dichiarando di essere in possesso di attestazione SOA rilasciata in data 12.2.2007; la ditta Zeppieri ha presentato domanda di verifica dei requisiti di qualificazione in data 14.01.2010 ed il relativo procedimento si è concluso in data 26.2.2010 con l'emissione della nuova attestazione SOA.

E' evidente, quindi, che l'originaria attestazione SOA posseduta dall'aggiudicataria provvisoria ed indicata nella domanda di partecipazione alla gara *de qua*, essendo decorso *inutiliter* il termine per la verifica triennale, ha perso la propria efficacia e, quindi, la ditta in questione dal 12.2.2010 alla data in cui ha ricevuto comunicazione dell'esito positivo della verifica stessa (almeno il 26.2.2010) non poteva partecipare a procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici.

Alla luce delle osservazioni appena svolte, prive di pregio risultano le argomentazioni presentate dalla ditta.

Questa Autorità, infatti, non ignora la pronuncia del giudice amministrativo menzionata dalla Zeppieri, secondo cui *"all'omissione dell'adempimento della verifica triennale non possono connettersi, in via ermeneutica, effetti solutori o decadenziali che la disposizione omette di sancire e che, anzi, ricollega esplicitamente al solo esito negativo della verifica. Da ciò deriva che la verifica triennale ha effetti solutori della validità della SOA solo nel caso in cui essa accerti la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio dell'attestazione ed in tal senso sarebbe comunque indifferente il giorno in cui è stata chiesta"* (Cons. Stato Sez. IV, sentenza n. 4817 del 20 settembre 2005), ma simile interpretazione non si concilia ed, anzi, contrasta con il dato testuale dell'art. 15bis, comma 5, DPR n. 34/2000, che chiaramente fa decorrere l'efficacia delle verifiche tardive con esito positivo *"dalla ricezione della comunicazione"* da parte dell'impresa e non dalla scadenza del triennio, come, invece, dovrebbe essere se si seguisse l'interpretazione della predetta giurisprudenza (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza n. 539 del 10.4.2006).

Peraltro non può farsi a meno di considerare che anche il TAR Lazio, pur dando atto e seguendo l'insegnamento del Consiglio di Stato su citato, sottolinea che *"proprio per evitare che la verifica sia completata dopo la scadenza del triennio, con la conseguenza che l'Impresa rimarrebbe per un certo arco temporale senza attestazione, l'art. 15 bis, comma 1, del predetto D.P.R. n. 34 del 2000, dispone che l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto di revisione almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale e che la SOA, nei trenta giorni successivi, deve compiere l'istruttoria"* (TAR Lazio, sez. III Ter, sentenza n. 4999 del 8 maggio 2009).

Ne consegue che la stessa giurisprudenza richiamata dalla Zeppieri riconosce che nell'ipotesi del 15 bis, comma 5, DPR n. 34/2000 l'impresa rimane priva per un certo tempo di attestazione, ma se così è, è evidente che in questo lasso temporale non può concorrere per l'affidamento di appalti di lavori pubblici.

Sotto altro profilo la ditta lamenta che la propria esclusione condurrebbe ad un'illegittima discriminazione, a danno dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, in realtà, una volta accertato che la Zeppieri non era in possesso di valida attestazione SOA, è vero esattamente il contrario, ossia è la sua ammissione a violare il principio di parità di trattamento tra i concorrenti. Né si rinviene la prospettata lesione dell'affidamento a vedersi aggiudicataria della gara, posto che il legislatore pone a carico degli operatori economici l'onere di far istanza per la

verifica del possesso dei requisiti di qualificazione almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio di validità dell'attestazione SOA ed è pacifico che la ditta non ha assolto a tale onere.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione alla procedura *de qua* della ditta Zeppieri Michele non è conforme alla specifica normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010