Parere n. 48 del 10 marzo 2011

PREC 293/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Comune di Sant'Arsenio e dall'impresa Geo Cantieri – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di recupero del Borgo Serrone – Opere di completamento lavori – Importo a base d'asta €1.200.000,00 (comprensivo degli oneri per la sicurezza) – S.A.: Comune di Sant'Arsenio.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 novembre 2010 ed in data 1 dicembre 2010 sono pervenute le istanze di parere in epigrafe indicate, con le quali sia la concorrente Geo-Cantieri sia il Comune di Sant'Arsenio hanno chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura di gara indicata in oggetto. La stazione appaltante riferisce che in data 7.6.2010 veniva pubblicato il bando per l'affidamento dei lavori di recupero Borgo Serrone – Opere di Completamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con data ultima per la presentazione delle offerte fissata alle ore 12.00 del 12.7.2010. Venivano ammesse alla gara tutte e sette le offerte pervenute nel termine su citato. In seguito alla valutazione delle offerte tecniche, solo tre imprese avevano raggiunto la soglia minima di punti fissata dal bando e, pertanto solo quest'ultime venivano ammesse alla successiva fase. Esaminate le offerte economiche veniva redatta la graduatoria e dichiarata aggiudicataria provvisoria l'impresa Strigari srl, a cui seguivano nell'ordine l'impresa Geo-Cantieri e la COS.MA.R. srl.

Con nota del 14.10.2010 la stazione appaltante richiedeva all'aggiudicataria provvisoria di presentare entro 10 giorni la documentazione atta a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara. La società Strigari srl provvedeva ad inoltrare la documentazione richiesta, che tuttavia, risultava incompleta quanto alla dimostrazione dei requisiti della società Cieffe Strade srl, di cui l'aggiudicataria si era avvalsa. Conseguentemente la stazione appaltante con una seconda nota del 2.11.2010 richiedeva di presentare, a pena di esclusione entro cinque giorni, il contratto di avvalimento sottoscritto con l'impresa ausiliaria nonché la documentazione già precedentemente richiesta e riferita a quest'ultima. A seguito dell'ulteriore trasmissione della documentazione in questione veniva ravvisata l'incompletezza della stessa per quanto riguarda l'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria e pertanto la stazione appaltante con nota del 5.11.2010 richiedeva nuovamente la trasmissione ad horas di tale documento. Non avendo ricevuto riscontro, la stazione appaltante con nota del 9.11.2010 comunicava all'impresa Strigari srl l'esclusione dalla gara per mancata dimostrazione dei requisiti tecnico-economici dichiarati in sede di gara oltre che per

mancata conformità al bando di gara del contratto di avvalimento presentato.

Successivamente la società Edilizia srl, risultante da un cambio della denominazione della società Strigari srl, trasmetteva in data 25.11.2010 l'attestazione SOA richiesta aggiornata al 24.11.2010. La stazione appaltante si è, quindi, rivolta a questa Autorità per sapere: a) se è necessario che l'attestazione SOA sia in corso di validità per tutta la durata della procedura di scelta del contraente; b) se, in caso di conferma dell'esclusione dell'aggiudicataria, sia necessario rideterminare il confronto a coppie, metodo utilizzato nel caso di specie per assegnare il punteggio alle offerte tecniche.

Quest'ultimo quesito è stato posto anche dall'impresa Geo Cantieri, la quale più precisamente intende conoscere, se la stazione appaltante può procedere ad aggiudicare direttamente alla seconda classificata.

In riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la Geo Cantieri, dopo aver sottolineato la legittima esclusione della società Strigari srl, per essersi avvalsa della società Cieffe Strade srl, priva - a suo dire - al momento della presentazione della domanda di partecipazione dell'attestazione SOA, fa presente che non ravvisa la necessità di ripetere il confronto a coppie, in base alla considerazione che in caso di annullamento di un atto di gara, la procedura dovrebbe riprendere dall'ultimo adempimento valido, ossia nel caso in esame proprio il confronto a coppie. In via subordinata e per l'ipotesi in cui l'Autorità dovesse ritenere necessario procedere nuovamente al confronto a coppie, l'impresa istante censura due errori formali, in cui sarebbe incorsa la Commissione di gara in sede di assegnazione dei coefficienti per il confronto a coppie di cui al verbale n.5 del 13.08.2010.

L'aggiudicataria provvisoria, invece, ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale posto in essere dall'Autorità.

Ritenuto in diritto

L'istanza presentata dalla stazione appaltante sottopone all'Autorità due distinte questioni di diritto: la prima relativa al termine di efficacia dell'attestazione SOA ai fini della partecipazione alla gara in esame, la seconda relativa alla necessità di ripetere il procedimento di valutazione delle offerte effettuato secondo il metodo del confronto a coppie nel caso di esclusione dell'aggiudicataria provvisoria.

Sul primo punto occorre innanzi tutto richiamare la relativa disciplina normativa e l'interpretazione che della stessa ha fornito l'Autorità.

L'art. 40, comma 4, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006 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, vigente fino alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, 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 già 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). Ne consegue, in punto di diritto, che l'impresa può partecipare alle gare anche nelle more della effettuazione della verifica triennale, anche quando sia scaduto il triennio di validità, purché la verifica sia stata richiesta nel termine di sessanta giorni anteriori alla scadenza.

Di contro, ove la verifica sia compiuta dopo il predetto triennio, benché la stessa abbia esito positivo, i suoi effetti decorrono dalla data in cui l'impresa interessata riceve la comunicazione relativa all'esito della verifica. In altri termini, decorso *inutiliter* il termine di scadenza 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 fino 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, TAR Campania, Salerno, sentenza n. 12337 del 8 novembre 2010). 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 non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma permanere anche in ogni successiva fase del procedimento ad evidenza pubblica 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 abbia natura costitutiva e non meramente ricognitiva. L'interpretazione dell'Autorità è condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sottolineato 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, sentenza n. 6760 del 30 ottobre 2003).

Sulla seconda questione è opportuno premettere una breve considerazione sul criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante: offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi secondo il metodo aggregativo compensatore di cui all'allegato B del D.P.R. 554/99. In particolare quest'ultimo per gli elementi di valutazione di natura qualitativa rinvia al sistema del confronto a coppie di cui all'allegato A del D.P.R. 554/99. Tale metodologia si basa sull'utilizzo di una tabella triangolare, ove le possibili combinazioni tra tutte le offerte prese a due a due determina il numero di caselle della suddetta tabella e il medesimo allegato dispone che "*ogni commissario valuta quale dei due elementi che formano ciascuna coppia sia da preferire e, tenendo conto che la preferenza tra un elemento e l'altro può essere più o meno forte, attribuisce un punteggio che varia da 1 (parità), a 2 (preferenza minima), a 3 (preferenza piccola), a 4 (preferenza media), a 5 (preferenza grande), a 6 (preferenza massima). In caso di incertezza di valutazione sono attribuiti punteggi intermedi. In ciascuna casella viene collocata la lettera corrispondente all'elemento che è stato preferito con il relativo grado di preferenza ed in caso di parità, vengono collocate nella casella le lettere dei due elementi in confronto, assegnando un punto ad entrambe. Una volta terminato il confronto delle coppie, si sommano i punti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari. Tali somme provvisorie vengono trasformate in coefficienti definitivi, riportando ad uno la somma più alta e proporzionando a tale somma massima le somme provvisorie prima*

calcolate”.

Dall'esame della predetta normativa risulta che la metodologia del confronto a coppie, per sua stessa natura, non permette di individuare la migliore offerta in assoluto, ma soltanto quella che, nel confronto con le altre, si rivela essere la migliore. Tale valutazione è condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui *“il confronto a coppie esprime una valutazione relativa delle offerte presentate dai concorrenti in sede di gara, nella quale ogni elemento dell'offerta viene posto a confronto con quello degli altri concorrenti, quindi in caso di annullamento dell'ammissione alla gara di una delle concorrenti, non possono essere considerati né i punteggi del concorrente escluso né i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con il primo, con conseguente necessità di procedere ad una rimodulazione della graduatoria e non ad assegnare automaticamente la gara al secondo classificato”* (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, n.16210 del 28.6.2010, TAR Emilia Romagna-Bologna, n.15 del 14.1.2009).

Venendo al caso in esame, posto che la stazione appaltante ha escluso l'offerta dell'aggiudicatario provvisoria, non può procedere all'aggiudicazione della gara alla seconda classificata, ma deve ripetere il giudizio di valutazione delle offerte tecniche, secondo il criterio stabilito dal bando di gara. In particolare si richiama la Commissione di gara all'osservanza di quanto disposto dall'Allegato B del DPR 554/1999, specie alle modalità di determinazione dei coefficienti della prestazione offerta, essendo diverse per gli elementi di valutazione di natura qualitativa e per gli elementi di valutazione di natura quantitativa.

Stante il carattere dirimente ed assorbente della questione appena esaminata, si ritengono irrilevanti le censure della Geo-Cantieri, volte a rilevare errori nel precedente giudizio di valutazione delle offerte tecniche, che per le ragioni appena indicate, va ripetuto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il requisito della qualificazione debba sussistere non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma permanere anche in ogni successiva fase del procedimento ad evidenza pubblica e, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicatario, persistere per tutta la durata dell'appalto;
- il Comune di Sant'Arsenio non possa procedere all'aggiudicazione automatica dell'appalto alla seconda classificata, essendo necessario ripetere il giudizio di valutazione delle offerte tecniche.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito