

## Parere n.75 del 16/05/2012

### PREC 58/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Agrigento- Procedura aperta per l'affidamento dei "Lavori di manutenzione ricadenti all'interno del territorio comunale di Licata" - importo a base d'asta €344.036,70 – S.A. Istituto Autonomo per le Case popolari della Provincia di Agrigento

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 5 marzo 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Agrigento ha chiesto un parere in merito al comportamento da tenere nei confronti della ditta Futura Impianti S.r.l. che è risultata aggiudicataria provvisoria della gara in oggetto per aver offerto un ribasso del 23,9861% a fronte del ribasso del 23,9848% offerto dalla ditta Alaimo Stefano, risultata seconda in graduatoria .

Nella memoria allegata all'istanza di parere, la stazione appaltante fa presente che la ditta Alaimo Stefano ha contestato la suddetta aggiudicazione provvisoria deducendo la mancanza dell'attestazione SOA (categoria OG1, classifica II) da parte della Futura Impianti S.r.l. in quanto la verifica triennale circa il mantenimento dei requisiti di ordine generale e di quelli di capacità strutturale di cui all'art. 77, comma 5, del D.P.R. 207/2010 è stata effettuata cinque giorni dopo la scadenza della validità (triennale) dell'attestazione; la seconda classificata afferma poi che la polizza prodotta dalla Futura Impianti S.r.l. (1% del prezzo base indicato nel bando) non sarebbe conforme al bando di gara, secondo cui, per usufruire della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria e definitiva in caso di aggiudicazione, i concorrenti devono essere in *"possesso della **certificazione di qualità** in corso di validità, documentata mediante dichiarazione dell'ente certificatore dalla quale risulti la data dell'ultima verifica ispettiva e la data programmata per la successiva, conforme alle norme europee"*.

A fronte di tali contestazioni, la stazione appaltante ha provveduto in autotutela alla revoca temporanea dell'aggiudicazione, al fine di effettuare la dovuta verifica sulla correttezza del suo operato.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 marzo 2012, la ditta Futura Impianti S.r.l. ha specificato di avere partecipato alla gara in oggetto munita di valida attestazione SOA, nel senso che questa sussisteva sia al momento della partecipazione alla gara (7 novembre 2011) che al momento dell'aggiudicazione (9 dicembre 2011). La ditta in contestazione, poi, fa presente che è assolutamente irrilevante che la verifica circa il mantenimento dei requisiti sia avvenuta dopo la scadenza della validità triennale dell'attestazione di qualificazione in suo possesso; per quanto riguarda, invece, l'altro motivo di doglianza evidenziato dalla seconda classificata, la Futura Impianti S.r.l. sostiene di avere presentato cauzione provvisoria nel rispetto della normativa contenuta nel Codice dei contratti.

### *Ritenuto in diritto*

Oggetto della istanza di parere è la legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposto nei confronti della ditta Futura Impianti S.r.l., che, secondo quanto sostenuto dalla seconda in graduatoria, nel corso della procedura di gara in oggetto, non sarebbe stata più in possesso di una valida attestazione SOA per le ragioni evidenziate in fatto; inoltre la stessa avrebbe usufruito del beneficio della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria in violazione del punto 9 del bando di gara.

Con riferimento al primo profilo, come fa presente la medesima impresa aggiudicataria, la attestazione SOA esisteva sia al momento della partecipazione alla gara (7 novembre 2011) sia al momento dell'aggiudicazione (9 dicembre 2011); tuttavia è la stessa ditta ad ammettere, pur ritenendo la circostanza irrilevante, che la verifica circa il mantenimento dei requisiti sia avvenuta con un ritardo di cinque giorni rispetto alla scadenza della validità triennale dell'attestazione di qualificazione.

Al riguardo, l'impresa sostiene che, nei fatti, la sua capacità tecnica è rimasta inalterata e invoca al riguardo principi giurisprudenziali riguardanti la regola secondo cui l'efficacia della verifica sortisce effetti retroattivi.

La concorrente ditta Alaimo Stefano, al contrario, rileva il concretarsi di una inammissibile soluzione di continuità circa il possesso del requisito di qualificazione, che giustificerebbe il provvedimento di autotutela adottato dalla stazione appaltante.

Con riferimento quindi a quanto sopra rappresentato, si osserva che la sussistenza del requisito dell'attestazione SOA *deve esistere al momento della presentazione delle offerte e deve permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicataria, questa deve possedere il suddetto requisito per tutta la durata del contratto, senza soluzioni di continuità (tra tante, delibera dell'Autorità n.61 del 7 giugno 2011). Tale requisito risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria.*

Al riguardo si rileva che in virtù del combinato disposto degli articolo 40 d.lgs. 163/2006 e 77 D.P.R. n. 207/2010, 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 l'impresa si sottoponga a verifica e questa dia esito positivo. 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, prescriveva 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).*

Ai fini della corretta applicazione della suddetta disposizione, l'Autorità con Determinazione n. 6 del 21.4.2004 ha chiarito, in ordine alla necessità per le imprese di sottoporsi alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione, che tale termine non ha carattere perentorio e, pertanto, *“l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le*

*suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo” (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).*

Tale conclusione risulta confermata dal testo del nuovo regolamento di attuazione al Codice dei Contratti, considerando che la disposizione sopra richiamata (salvo i diversi termini ivi previsti) è stata sostanzialmente trasfusa nell'art. 77 D.P.R. n. 207/2010 in virtù del quale *“In data non antecedente a novanta 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, stipulando apposito contratto. 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 (comma 1); “.... L'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio dalla data di rilascio della attestazione; ove la verifica sia compiuta dopo la scadenza predetta, l'efficacia della stessa decorre dalla data di adozione della verifica (comma 7).*

Ciò chiarito in punto di diritto, nella specie, dalla documentazione di gara, e come peraltro ammesso dalla stessa impresa, risulta che: 1) la validità triennale dell'attestazione di qualificazione della Futura Impianti S.r.l. scadeva il 30 novembre 2011; 2) l'effettuazione della verifica triennale è del 5 dicembre 2011. Nessuna indicazione viene fornita in merito alla data di richiesta della verifica triennale.

Conseguentemente, in assenza di tale determinante elemento, e in virtù di quanto chiarito nella Determina n. 6/2004, si rileva che se l'impresa si fosse sottoposta a verifica dopo il termine di cui all'art. 77, comma 1, primo periodo (90 giorni), la stessa non avrebbe potuto partecipare alla gara nel periodo compreso tra la data di scadenza del triennio e la data di effettuazione della verifica con esito positivo, in quanto quest'ultima è successiva alla data di scadenza di validità triennale dell'attestazione in esame. Se, invece, l'impresa si fosse sottoposta a verifica nel termine di cui all'art. 77, comma 1, primo periodo (90 giorni), gli effetti di quest'ultima sarebbero decorsi dalla data di scadenza del triennio dalla data di rilascio dell'Attestazione e l'impresa sarebbe rimasta in possesso dei requisiti di qualificazione e, quindi, di un valido attestato SOA per tutta la durata della procedura, senza soluzione di continuità (cfr pareri n 99 del 8.10.2009 e n.48 del 10.03.2011).

Pertanto, stante la mancata documentazione in merito, si invita la stazione appaltante ad effettuare le opportune e necessarie verifiche.

In ogni caso, esaminando anche il profilo della regolare produzione della polizza fideiussoria, pari al 2% dell'importo dei lavori da eseguire, si osserva che la società aggiudicataria ha versato un premio pari all'1%, dell'importo dovuto, ritenendo erroneamente di poter beneficiare della riduzione di cui all'art. 40, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006. Il beneficio in parola era espressamente previsto al punto 9 del bando di gara, dove però si specificava che per poter usufruire della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria, fosse necessario il **“possesso della certificazione di qualità in corso di validità, documentata mediante dichiarazione dell'ente certificatore dalla quale risulti la data dell'ultima verifica ispettiva e la data programmata per la successiva, conforme alle norme europee”**.

La mancata produzione della suddetta dichiarazione non consente di ritenere regolare la riduzione dell'importo della cauzione provvisoria, che, quindi, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere versata nella misura pari al 2% dell'importo complessivo dei lavori.

Pertanto, stante la chiarezza della clausola del bando, e soprattutto delle previste conseguenze dell'inadempimento all'*obbligo di produzione documentale*, a nulla vale il rilievo contenuto nella memoria della ditta Futura Impianti, secondo cui l'art. 40, comma 7, del codice dei contratti pubblici (sulla *riduzione* della cauzione provvisoria per le imprese certificate) non prevederebbe tale onere probatorio.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che,

in ordine alla validità dell'attestazione SOA in contestazione, la stazione appaltante debba accertare la data in cui l'impresa si è sottoposta alla verifica circa il mantenimento dei requisiti presso la SOA;

l'impresa non avrebbe potuto usufruire della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012*

Il Segretario: Maria Esposito