Parere n.74 del 28/10/2014

PREC 144/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Comune di Sant'Agata de' Goti (BN) – Procedura aperta per l'affidamento di interventi di sistemazione e regimentazione idraulica del fiume Isclero nel territorio di Sant'Agata de' Goti finalizzati a limitare i fenomeni di erosione e a prevenire i movimenti franosi (POR Campania FERS 2007/2013 – Asse 1 – Obiettivo operativo 1.5) – Importo a base di gara: euro 1.766.514,87 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Sant'Agata de' Goti (BN)

Consorzio stabile. Verifica triennale dell'attestazione SOA della consorziata. Domanda di adeguamento del consorzio stabile.

L'art. 77, d.P.R. 207/2010 riconosce, ai fini dell'ultrattività dell'attestazione di qualificazione, la tempestività della richiesta di verifica alla scadenza triennale ove la procedura risulti avviata nei novanta giorni antecedenti la scadenza del triennio.

Nel caso di partecipazione ad una procedura di gara di un consorzio stabile e di scadenza intermedia dell'attestato di qualificazione, la domanda di adeguamento dell'attestazione del consorzio può presentarsi anche successivamente alla scadenza del termine previsto per la presentazione dell'offerta purché sia verificato il possesso in concreto della qualificazione richiesta dal bando di gara in capo al consorzio.

Art. 36, comma 7, d.lgs. 163/2006. Art. 77, d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere del 13 maggio 2014, nell'ambito della procedura di gara aperta per l'affidamento di interventi di sistemazione e regimentazione idraulica del fiume Isclero nel territorio di Sant'Agata de' Goti finalizzati a limitare i fenomeni di erosione e a prevenire i movimenti franosi, il Comune di Sant'Agata de' Goti ha chiesto parere in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione del 3.4.2014 adottato nei confronti del Consorzio Stabile MEDIL Società Consortile a r.l. in quanto non dotato di attestato SOA in corso di validità alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.03.2014) e, dunque, non in possesso dei requisiti di partecipazione come previsto, a pena di esclusione, al punto III.2.1) punto 2 del bando di gara. In particolare, il provvedimento di esclusione è stato adottato in quanto: - il Consorzio ha partecipato alla procedura di gara con attestato SOA con indicazione del termine relativo alla scadenza intermedia (7.3.2014) e scaduto alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.3.2014); - dalla documentazione presentata in sede di gara dal Consorzio, si evince che la consorziata cui si riferisce la scadenza è la IM.CO. Immobiliare Costruzioni S.r.l., che ha stipulato contratto di mantenimento con la UNISOA S.p.A. n. 2299M in data 5.3.2014, oltre il termine previsto dall'art. 77, d.p.r. 207/2010 di 90 giorni prima della scadenza triennale (7.3.2014) e la cui procedura di verifica non si è conclusa alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.3.2014).

Il disciplinare di gara al par. 2.2. indica in relazione ai requisiti di qualificazione: «I consorzi stabili la cui attestazione SOA riporti l'indicazione del termine relativo alla scadenza intermedia scaduto alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, saranno ammessi qualora dimostrino di aver richiesto, entro quest'ultimo termine, alla SOA l'adeguamento del proprio attestato a seguito della conoscenza dell'esito positivo delle verifiche in capo alla consorziata cui si riferisce la scadenza; il concorrente dovrà in tal caso essere in possesso di adeguata prova documentale della richiesta».

Il provvedimento di esclusione è stato riconfermato, a seguito di istanza di riammissione presentata

dal Consorzio del 9.4.2014, con una nota ove l'amministrazione ha richiamato il parere di precontenzioso n. 195/2008, la sentenza del Consiglio di Stato (sez. V) n. 6506/2010 e la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 27/2012. A seguito di ulteriore istanza presentata in autotutela, l'amministrazione ha acquisito chiarimenti da AXSOA S.p.A. in ordine alla richiesta di adeguamento dell'attestazione presentata dal Consorzio e riceveva dalla società AXSOA una nota in risposta del 28.4.2014 da cui si evince che il Consorzio ha presentato istanza di variazione in data 3.4.2014 e la procedura si è conclusa con rilascio di attestazione SOA 9269/41/01 in data 16.04.2014. Con ulteriore nota del 30.4.2014, il Consorzio ha richiesto di essere riammesso alla gara evidenziando che la consorziata cui si riferiva la scadenza triennale dell'attestazione (7.3.2014) stipulava il contratto di mantenimento con la UNISOA SpA in data 5.3.2014 e, pertanto, solo all'esito di tale procedura il Consorzio avrebbe potuto domandare l'adeguamento della propria attestazione.

Il procedimento è stato avviato con nota del 5 giugno 2014.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità attiene alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto disposta dal Comune di Sant'Agata de' Goti nei confronti del Consorzio Stabile MEDIL Società Consortile a r.l., ritenuto non dotato di attestato SOA in corso di validità alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.03.2014) e, in particolare, in quanto: - il Consorzio in questione ha partecipato alla procedura di gara con attestato SOA indicante il termine relativo alla scadenza intermedia (7.3.2014) e scaduto alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.3.2014); - la consorziata cui si riferisce la scadenza è la IM.CO. Immobiliare Costruzioni S.r.l., che ha stipulato contratto di mantenimento con la UNISOA S.p.A. n. 2299M in data 5.3.2014, oltre il termine previsto dall'art. 77, d.p.r. 207/2010 di 90 giorni prima della scadenza triennale (7.3.2014) e la cui procedura di verifica non si è conclusa alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (14.3.2014).

In risposta alla domanda di parere, si osserva che il Consorzio ha ragione quando sostiene che la richiesta di verifica triennale deve ritenersi tempestiva ai sensi dell'art. 77, d.p.r. 207/2010 se entro la scadenza triennale.

L'art. 77, comma 1, d.p.r. 207/2010 prescrive: «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». Il comma 7 dell'art. 77 del Regolamento prescrive all'ultimo periodo: «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».

Come indicato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 18 luglio 2012, n. 27: «l'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77 avvalorata la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. 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, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente 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».

Quindi, l'art. 77, d.p.r. 207/2010 riconosce, ai fini dell'ultrattività dell'attestazione, la tempestività

della richiesta di verifica ove quest'ultima risulti presentata nei novanta giorni antecedenti la scadenza del triennio.

Ciò precisato, occorre valutare se fosse da ritenersi necessaria, a pena di esclusione, la presentazione di domanda di adeguamento da parte del Consorzio entro il termine previsto per la presentazione delle offerte e prima della compiuta verifica positiva della consorziata ex art. 77, d.p.r. 207/2010.

Nella Determinazione 29.10.2003, n. 18 è stato specificato che «è la qualificazione della singola impresa consorziata ad acquisire una posizione di centralità nell'ambito del sistema di qualificazione del consorzio stabile»; inoltre, la stessa Determinazione ha indicato con riferimento all'attestazione di qualificazione del Consorzio stabile: «Sembra, pertanto, più corretto prevedere che la durata dell'efficacia della qualificazione sia pari a quella di legge e cioè cinque anni con l'obbligo di sottoporre la stessa alla prescritta verifica triennale in ordine al mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché del possesso di requisiti di capacità strutturale. Va rilevato che, per i consorzi stabili, la verifica del possesso della capacità strutturale non può che essere il riscontro della permanenza nelle imprese consorziate delle qualificazioni che hanno consentito il rilascio dell'attestazione originaria. Va inoltre osservato che qualora l'efficacia dell'attestazione di uno o più consorziati scada (*scadenza intermedia*) prima dei suddetti termini (*tre anni e cinque anni*) – come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazioni dei soggetti consorziati – non può non correre l'obbligo per il consorzio di richiedere alla SOA l'adeguamento dell'attestazione».

Nella sentenza n. 3878/2009 il Consiglio di Stato (sez. V) si è espresso nel senso che l'obbligo di adeguamento sussistente in capo al Consorzio stabile «sembra configurarsi come un adempimento finalizzato a garantire chiarezza e speditezza della procedura concorsuale, da osservare ai fini della partecipazione alla gara, ma che può considerarsi assolto con la presentazione dell'attestazione che tale adeguamento è stato richiesto alla SOA competente prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta». Sempre il Consiglio di Stato (sez. V), nella sentenza n. 6506/2010, nell'evidenziare che l'impresa che concorre da sola «può partecipare alla gara esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda, proposta nel termine, con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo dell'attestazione», ha altresì evidenziato che «analoga disciplina non è tuttavia prevista per il consorzio stabile». Quindi, ha osservato che «in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione. Per il Consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere. Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento». Ancora, il T.A.R. Puglia, Lecce (sez. III), sentenza n. 51/2013, ha sottolineato la differenza tra scadenza intermedia della SOA dei Consorzi stabili scadenza triennale relativa alla verifica della permanenza della validità dell'attestazione SOA delle singole imprese consorziate, e ha rilevato con riferimento alla scadenza intermedia dell'attestato rilasciato al Consorzio che «è sufficiente, ai fini di una valida partecipazione, che il Consorzio stabile abbia presentato l'istanza di aggiornamento entro il termine per la presentazione delle offerte» come indicato dall'Autorità di vigilanza del settore.

In conformità ai principi sopra esposti si ritiene che debba interpretarsi la previsione del disciplinare di gara secondo cui «I consorzi stabili la cui attestazione SOA riporti l'indicazione del termine relativo alla scadenza intermedia scaduto alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, saranno ammessi qualora dimostrino di aver richiesto, entro quest'ultimo termine, alla SOA l'adeguamento del proprio attestato a seguito della conoscenza dell'esito positivo delle verifiche in capo alla consorziata cui si riferisce la scadenza; il concorrente dovrà in tal caso essere in possesso di adeguata prova documentale della richiesta».

Ove, come nel caso di specie, risulti tempestivamente avviata e conclusa positivamente la procedura

di verifica dell'attestato della consorziata, considerato che la clausola del disciplinare si riferisce all'ipotesi di richiesta di adeguamento dell'attestato presentata a seguito della conoscenza dell'esito positivo delle verifiche compiute, si ritiene che la stazione appaltante non potesse procedere all'esclusione del Consorzio per mancata presentazione della domanda di adeguamento da parte del Consorzio entro il termine previsto per la presentazione delle offerte.

A maggior ragione tale tesi si ritiene doversi sostenere ove risultasse dimostrato agli atti il possesso da parte del Consorzio stabile dell'attestato SOA per la qualificazione richiesta dal bando in capo ad altra impresa consorziata.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara del Consorzio Stabile MEDIL Società Consortile a r.l. sia illegittimo, risultando in sostanza tempestivamente avviata, e positivamente conclusa, la procedura di verifica dell'attestato della consorziata e richiedendo, il disciplinare di gara, per come formulato, la dimostrazione di aver richiesto alla SOA l'adeguamento del proprio attestato in scadenza solo alla conoscenza dell'esito positivo della verifica triennale in capo alla consorziata.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 novembre 2014
Il Segretario Maria Esposito