Appalti pubblici: necessaria la SOA anche durante l’esecuzione

3 Agosto 2015

Nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dall’impresa non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione, senza soluzione di continuità.

E’ quanto chiarito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con Sentenza del 20 luglio 2015, n. 8, in cui è stata presa posizione sull’annosa questione della necessaria permanenza dei requisiti di qualificazione in gara ed in corso di esecuzione.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori, sarà pertanto necessario prestare la massima attenzione a non restare anche un solo giorno senza qualificazione SOA (o senza un requisito generale), perché laddove ciò si verificasse sarebbe messa a rischio la partecipazione alle gare di appalto e la prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione.

1. Categorie “variate”

Nella prima parte della sentenza dell’Adunanza Plenaria, la stessa enuncia i seguenti principi di diritto, concernenti l’ormai superato regime transitorio del d.P.R. n. 207 del 2010:

a) per le categorie non modificate dal nuovo regolamento è(ra) applicabile l’onere di verifica triennale (art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e artt. 77 e 375, comma 12 del d.P.R. n. 207 del 2010);

b) per le categorie “variate” non sussiste(va), durante il regime di proroga, l’obbligo di verifica triennale (artt. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e artt. 77 e 375, commi 13, 16 e 17, del d.P.R. n. 207 del 2010 e ss. mm. ii).

Si noti che il Presidente della soppressa Autorità per la vigilanza sui contatti pubblici si era espresso sul tema stabilendo la necessità dalla revisione triennale sugli attestati contenenti categorie “variate”, ai fini del mantenimento del vecchio

attestato SOA rilasciato ex D.P.R. 34 del 2000 in regime di *prorogatio* (cfr. comunicati del 10 giugno e del 22 luglio 2011).

2. Motivazioni

Per quanto riguarda la verifica delle categorie c.d. "variate", tra l'ultimo regolamento n. 207 e il precedente n. 34, la sentenza si occupa di questioni ormai *ratione temporis* superate.

La parte più interessante è quella riservata alla continuità della qualificazione.

Nella sentenza l'Adunanza Plenaria chiarisce, infatti, che la continuità nel mantenimento dei requisiti, con cui l'impresa si qualifica, garantisce la serietà e della volontà di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti necessari.

Infatti, secondo il Supremo Collegio, per "*esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor partecipationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006*".

Se già questa posizione costituisce una novità rispetto ad un orientamento prevalente che preferiva individuare la necessità di dimostrare i requisiti in momenti specifici della gara, colpisce ancor più che, secondo l'Adunanza Plenaria, la continuità nel possesso dei requisiti generali e speciali dell'impresa debba proseguire per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto.

Infatti, conclude l'Adunanza Plenaria, se ai sensi del Regolamento "*la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori della propria classifica*" (art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010), la permanenza, nel caso di lavori, della SOA è necessaria sia per partecipare che per eseguire gli appalti.

3. Ultrattività dell’attestazione SOA

Il tema della continuità nella qualificazione dell’esecutore comporta un richiamo indiretto alla disciplina regolamentare del D.P.R. 207/2010, che pone a carico dell’impresa l’onere di attivarsi, ai fini del rilascio di una nuova attestazione SOA o per la sola verifica triennale, rispettivamente almeno 90 giorni prima e non prima di 90 giorni prima la scadenza.

Sulla base di tale onere è stato elaborato il principio, secondo cui l’impresa che abbia rispettato i termini per la verifica triennale, gli effetti decorrono dalla data di scadenza del triennio e, quindi, l’impresa rimane in possesso della qualificazione senza soluzione di continuità, poiché l’attestazione scaduta continua a ricoprire anche il periodo intercorrente tra la data di scadenza del precedente certificato e quella di rilascio del successivo (artt. 76 e 77 nonché Adunanza Plenaria n. 27 del 18 luglio 2012 e Circolare Min. Infrastrutture prot.n.4536 del 30 ottobre 2012 in merito all’interpretazione della tempestività nella revisione triennale di cui commi 1 e 7, art. 76 del Regolamento n. 207/2010).

Il principio di ultrattività dell’attestazione di qualificazione è stato solo recentemente esteso anche al caso in cui l’impresa abbia avanzato tempestivamente istanza di rinnovo dell’attestazione SOA, invece che di verifica triennale (Parere A.N.AC. n. 8 del 4 febbraio 2015, Parere AVCP n. 30 gennaio 2014 n. 99 del 8 ottobre 2009, TAR Sicilia – Catania, Sez. I, sent. 4 marzo 2013, n. TAR Marche, Sez. I, sent. 13 settembre 2012, n. 579; TAR Basilicata, sent. 29 aprile 2013, n. 214).

Questa evoluzione interpretativa, che conferma l’idea di una “saldatura” del periodo decorrente dalla scadenza triennale fino all’esito positivo della domanda di rinnovo, non è tuttavia ancora consolidata e, soprattutto, non sembrerebbe applicabile nel caso di scadenza quinquennale dell’attestato (*cfr.* anche Sezione V del Consiglio di Stato, con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 70, di cui alla News Ance 29 maggio 2015*).*

Ne consegue che le imprese, all’approssimarsi dei due termini triennale e quinquennale, dovranno prestare la massima attenzione e attivarsi, sottoscrivendo un nuovo contatto con la SOA, avendo prudenzialmente come riferimento il tempo massimo di attestazione e non quello minimo (180 giorni per il rinnovo e 90 giorni per la verifica).

Tutto ciò, non dando per scontato che la nuova attestazione – facendo riferimento ad un periodo di riferimento diverso da quella precedente – possa essere

esattamente identica per categorie e classifiche a quella scadute.

4. Casi di perdita o ridimensionamento della SOA

Un altro elemento di possibile criticità è rappresentato dalla perdita dell'attestazione, al di fuori delle naturali scadenze, nel caso in cui sia venuto meno uno dei requisirti sottostanti alla qualificazione SOA.

A tutela della continuità nella qualificazione si elencano di seguito i casi, su cui le imprese dovranno fare "*ricorso all'ordinaria diligenza"*, in quanto forieri di un'interruzione della qualificazione dell'impresa:

a. perdita della certificazione qualità, da cui è conseguite la decurtazione dell'attestato alla II classifica per tutte le categorie possedute;

b. rideterminazione dell'attestato in revisione triennale, a causa dell'insufficienza dei requisiti economici dimostrati alla SOA (ad es. per la riduzione dei costi riservati ad attrezzature e personale);

c. mancata sostituzione del direttore tecnico successivamente a dimissioni o allontanamento, nei casi cui vi è una connessione tra questo e l'attestazione SOA, perché in sede di attestazione vi è stato l'utilizzo dell'esperienza professionale maturata dallo stesso, o del titolo di questi, nei casi di categorie riguardanti interventi su beni tutelati;

d. cessione di ramo di azienda qualificato (anche già considerato in precedenti attestazioni, poiché soggetto alla rivalutazione prevista dal nuovo "Manuale SOA");

e. scadenza o anticipata risoluzione del contratto di affitto, rispetto al quinquennio di attestazione, sulla base del quale l'impresa si è qualificata;

f. perdita di un qualsiasi requisito di carattere generale, sui quali la SOA è tenuto alla verifica continua per tutta la dura dell'attestazione, ai sensi dell'art. 70, comma 1 lett. f) del Regolamento.

5. Conclusioni

La posizione assunta dall'Adunanza Plenaria propone diversi argomenti di riflessione.

Anzitutto, l’idea che una semplice interruzione della continuità nella qualificazione dell’impresa possa incidere sull’affidamento dell’appalto e, successivamente, sull’esecuzione dell’opera, non sembrerebbe trovare riscontro nei principi costituzionali di buon andamento ed economicità, soprattutto nel caso in cui l’opera sia quasi conclusa o sia urgente e la stazione appaltante, ciò nonostante, si veda costretta a indire una nuova gara.

In secondo luogo, la posizione assunta serberebbe non in linea con il Codice dei contratti, sia per quanto riguarda la permanenza dei requisiti di qualificazione al di fuori dei momenti in cui questi debbono essere verificati in gara sia per quanto riguarda la fase di esecuzione.

In particolare, riguardo a questo secondo aspetto, l’art. 135 elenca in casi in cui è possibile, per la stazione appaltante, risolvere i contratti in corso, chiarendo che solo la perdita di alcuni dei requisiti generali previsti dall’art. 38 del Codice “possono” comportare la risoluzione del contratto (comma 1) e che la decadenza della SOA “obbliga” la revoca dell’appalto, unicamente qualora in sia stata rilascia sulla base di una falsa dichiarazione.

Inoltre, non sembrerebbe tenersi conto che, sotto un profilo di capacità tecnica, nel corso dell’esecuzione la stazione appaltante essendo presente in cantiere può ben effettuare una valutazione “qualitativa” dell’operato dell’esecutrice, in ragioni di cui trova idonea tutela nell’eventuale applicazione il potere “civilistico” del recesso anticipato (art. 134) e della risoluzione in danno del contratto di appalto (art. 136) previsti dal Codice dei contratti.

Infine, si evidenzia che potrebbe verificarsi una disparità di trattamento tra le imprese qualificate SOA e quelle qualificate in gara (perché estere o partecipanti ad appalti sotto i 150.000 euro), poiché per queste ultime non è prevista una scadenza dei requisiti speciali od una verifica continua di quelli generali.

21606-Cds 8 2015.pdfApri