

Prot. n.176/C/2014

A TUTTI I SIGG.SOCI

LORO SEDI

Ragusa, 10 Giugno 2014

Oggetto: **Qualificazione in gara: sì alla corrispondenza tecnica tra categorie -**

Per gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si impone comunque il possesso di una professionalità qualificata del concorrente che si traduce in un rapporto di analogia tra i lavori in passato eseguiti dall'impresa e quelli oggetto dell'appalto.

E' quanto emerge dal parere n. 8 del 16 gennaio 2014 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale ha ribadito che spetta al giudizio discrezionale della stazione appaltante valutare *"la minima correlazione tecnica oggettiva fra lavori eseguiti e da eseguire, necessaria per accertare la coerenza tecnica che dà titolo per la partecipazione alla gara"*.

Il parere - che stabilisce una continuità interpretativa rispetto a quanto già evidenziato nel 2003 dell'allora Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con riferimento al previgente quadro normativo - può costituire occasione per ripercorrere la complessa evoluzione dell'interpretazione sulla qualificazione in gara che costituisce un'eccezione, rispetto alla generale obbligatorietà della qualificazione SOA.

Qualificazione in gara senza SOA

Nel quadro normativo in vigore (così come in quello previgente) l'obbligo di attestazione SOA sussiste solo se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000 e, in questo caso, l'attestazione in capo all'esecutore è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei necessari requisiti di capacità tecnica e finanziaria del concorrente.

Tuttavia, se l'importo dei lavori è pari o inferiore a 150.000 euro, l'esecutore di questi non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 del Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

In tal caso, la partecipazione è condizionata alla dimostrazione, in sede di gara, di aver eseguito *"lavori analoghi"*, che consentano alla stazione appaltante di accertare la coerenza tecnica rispetto all'attività pregressa del concorrente (Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014).

Documentazione a comprova

La documentazione a comprova della capacità tecnica è costituita dai certificati di esecuzione dei lavori pubblici o di qualsiasi atto privato che, coerentemente a quanto previsto dal Regolamento, attesti i lavori eseguiti dal concorrente nel quinquennio antecedente la data del bando o della cui condotta è stato responsabile uno dei propri

direttori tecnici; tuttavia, in quest'ultimo caso, i lavori sono considerati indipendentemente dal quinquennio ed abbattuti ad un decimo dell'importo certificato (cfr. art. 86 e 90 del Regolamento).

Tale documentazione è verificata dalla stazione appaltante, a fini delle verifiche di cui all'art. 48 del Codice di contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006, su un campione di imprese almeno pari al 10% del numero di partecipanti, depurato di quelli in possesso di qualificazione SOA, nonché, successivamente, sul primo e secondo classificato (cfr. Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014 e news ANCE del 4 aprile 2014).

Lavori analoghi e altri requisiti

L'articolo 90 del Regolamento ha riprodotto sostanzialmente l'art. 28 del previgente D.P.R. n. 34/2000, confermando due dei tre requisiti richiesti e introducendo, apparentemente, il concetto di analogia dei lavori, non presente nel vecchio testo.

Rimangono, infatti, immutati i requisiti di ordine organizzativo del concorrente, costituiti dal costo complessivo sostenuto per il personale dipendente che non deve essere inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando e costituiti dalle attrezzature tecniche e la preparazione professionale degli addetti che devono essere adeguate.

L'introduzione del concetto di "analogia" dei lavori, rispetto a quelli da eseguire, ha posto un dubbio interpretativo circa l'applicabilità al nuovo Regolamento delle "indicazioni di corrispondenza" fornite dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella citata deliberazione n. 165/2003, la quale si basandosi sul testo del previgente articolo 28 prima citato, mancava di tale specificazione con riferimento ai lavori eseguiti dal concorrente.

Da qui il dubbio che il nuovo Regolamento chieda qualcosa in più rispetto al passato, come, ad esempio, l'esatta corrispondenza tra categorie eseguite e quelle necessarie per l'esecuzione dell'appalto, ciò sull'impronta di quanto previsto per l'attestazione SOA.

Continuità interpretativa

La corrispondenza dei lavori ai fini della qualificazione del concorrente, precisava nel 2003 l'Autorità, in risposta ad un quesito dell'ANCE, non doveva o poteva essere ricercata all'interno di una sola categoria di lavori (come allora rilevato in alcuni bandi di gara), ma si traduceva in coerenza tecnica tra la natura dei lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto.

In particolare, nella deliberazione n. 165/2003 l'Autorità nella segnalava l'opportunità di indicare già nel bando la natura dei lavori, "suggerendo", le seguenti indicazioni di corrispondenza:

- a) lavori edilizi e stradali quelli appartenenti alle categorie OG1, OG3, OG4, OG5 e OG12
- b) lavori idraulici quelli appartenenti alla categoria OG6;
- c) lavori fluviali e marittimi quelli appartenenti alle categorie OG7 e OG8;
- d) lavori impiantistici quelli appartenenti alle categorie OG9, OG10, OG11, OS3,

- OS4, OS5 E OS28;
- e) lavori su beni immobili sottoposti a tutela, ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali ed ambientali, quelli appartenenti alla categoria OG2;
 - f) lavori su superfici decorate e beni mobili di interesse storico artistico quelli appartenenti alla categoria OS2;
 - g) lavori agricolo-forestali quelli appartenenti alla categoria OG13.

Ciò nel presupposto che pur non occorrendo l'indicazione della categoria delle lavorazioni, doveva essere assicurato il possesso da parte del concorrente, di una professionalità qualificata che si interpretava come un "*rapporto di analogia*" tra lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare "*inteso come coerenza tecnica fra la natura degli uni e degli altri*".

Sotto quest'ultimo profilo, può quindi considerarsi ridimensionata la portata innovativa del Regolamento n. 207/2010 che, nell'introdurre il concetto di "lavori analoghi", ha ripreso sostanzialmente quanto già elaborato in via interpretativa dalla stessa Autorità di vigilanza.

Tale interpretazione sembrerebbe, altresì, coerente, sotto il profilo logico, al principio generale della massima partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici, perché - pur non dimenticando minime garanzie nei confronti della pubblica amministrazione - consente ad un numero maggiore di concorrenti di partecipare alle gare di appalto di minore importo.

Allo stesso tempo, con tale meccanismo viene data la possibilità alle imprese di crescere, eseguendo nuove tipologie di lavori, coerenti con quelle già svolte, per acquisire diverse professionalità e ottenere nuove qualificazioni SOA.

Ministero e giurisprudenza

La posizione assunta nel 2003 dall'Autorità, non era neppure particolarmente innovativa considerato che già il Ministero dei Lavori pubblici riteneva necessaria per la qualificazione in gara una "*correlazione tecnica oggettiva*" tra l'oggetto dell'appalto e le opere eseguite dal concorrente. E, detta correlazione, secondo il Ministero, doveva essere interpretata in termini di analogia dei lavori.

Infatti, già la legge 109/1994 all'articolo 8, comma 1, imponeva, in linea generale, il possesso di una professionalità qualificata, che non sarebbe potuta intendersi se non come requisito riferito alla specificità dell'attività esercitata dal concorrente. Ciò significava, secondo lo stesso Ministero, che i lavori eseguiti dall'impresa - concorrente all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000 euro - non potessero che avere caratteristiche simili a quelle che connotano i lavori da affidare, seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico di qualificazione (cfr. Circolari Min. n. 182/400/93 del 1/03/2000 e n. 823/400/93 del 22/06/2000).

Su questa base, è possibile ritenere che anche il Ministero ammettesse implicitamente la semplice corrispondenza dei lavori, non ritenendo necessario che vi fosse la perfetta identità tra categoria di lavori eseguiti dal concorrente e lavori previsti nel bando di gara.

La posizione dell'Autorità non era innovativa neppure se rapportata alla giurisprudenza del tempo, la quale, ha sempre posto in rilievo la necessaria coerenza tecnica tra i lavori eseguiti e da eseguire, ribadendo in più occasioni una posizione ripresa anche di recente, allorquando è stata affermata l'irrelevanza della circostanza che la deliberazione AVCP n. 135/2003 fosse stata adottata con riferimento all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000 e non con riferimento al successivo quadro regolamentare dell'art. 90 (*cf.* Consiglio di Stato, Sezione V, 21 gennaio 2002, n. 352 e 18 maggio 2002, n. 2700 e Toscana, Firenze, sentenza del 15 gennaio 2007 n. 12).

Secondo tale giurisprudenza, l'articolo 28 è stato, infatti, trasfuso nel 90 del vigente Regolamento, con integrazioni che non modificano il quadro normativo che qui interessa (*cf.* TAR Toscana cit. che ha ritenuto corretta l'analogia tra il possesso di attestazioni relative a categorie di lavori impiantistici, OS30 e OG11, e i lavori richiesti per la categoria OG10, prevista in gara).

Trasmissibilità dei requisiti

Un ulteriore dubbio interpretativo sull'articolo 90 ha riguardato la lett. a) dello stesso Regolamento, in cui è stabilito che i lavori analoghi da prendere come riferimento per la qualificazione sono quelli *“eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare”*.

Interpellata l'Autorità sul problema, si trattava, quindi, di stabilire se, anche in ragione del principio generale della massima partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici, l'avverbio “direttamente”, utilizzato dal legislatore, escludesse dalla dimostrazione del requisito oggettivo dei lavori eseguiti, le società concorrenti, derivanti da una cessione d'azienda o da altra operazione societaria (*cf.* in materia di trasferimento di universitas, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460° se la vicenda ben suscettibile di comportare la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale (in tal senso C.d.S. Ad. Plen. 10/2012).

L'Autorità ha confermato che la cessione, pur non realizzando una successione a titolo universale fra i soggetti interessati, determina la continuità dell'attività imprenditoriale, ivi compresi i lavori analoghi di cui è fatta menzione nell'art. 90 citato (Parere n.65 del 23/04/2013).

Ne deriva che il cessionario dell'azienda deve considerarsi abilitato a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori che postulano, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'esperienza in argomento, nei limiti in cui questi siano propri dell'azienda cedente.

Una volta accertata l'avvenuta cessione, residua solo l'aspetto della verifica della idoneità della società cessionaria, che incombe sulla stazione appaltante e il cui mancato adempimento non può, come tale, comportare l'automatica esclusione della società non sottoposta a verifica, ma semmai la responsabilità dell'amministrazione che ha l'obbligo di effettuarla (v. anche Consiglio di Stato, Sez.V, 15 dicembre 2008, n. 6205 e 5 dicembre 2008, n. 6046).

Conclusioni

Alla luce di quanto evidenziato, l'interpretazione estensiva dell'Autorità sopra riportata consente ancora a distanza di 11 anni di rispettare il principio generale della massima

partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici, consentendo di depositare presso la stazione appaltante certificazioni di esperienza professionale equipollenti all'attestato SOA.

Tali certificazioni, non limitate all'interno di un'esatta corrispondenza tra categorie eseguite (anche dal concessionario) e da eseguire, consentono all'amministrazione di qualificare il concorrente cui aggiudicare l'appalto, senza trovarsi in una posizione di rischio circa l'eventuale affidamento dell'appalto ad un soggetto professionalmente inadeguato (*cf.* Parere AVCP n.86 del 30/05/2012 e TAR Toscana, Firenze, sentenza del 15 gennaio 2007 n. 12 cit.).

Distinti saluti

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)