

Prot. n. 310/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 6 Novembre 2018

Oggetto: **Contratti Pubblici: l'analisi dell'ultravigenza della SOA.**

Nell'ultimo anno l'ANAC e la giurisprudenza hanno nuovamente approfondito il tema dell'ultravigenza dell'attestazione SOA - ossia dell'efficacia delle attestazioni di qualificazione scadute - nel caso in cui la richiesta di verifica triennale o di rinnovo venga formulata tempestivamente.

L'ultravigenza è quel meccanismo idoneo a temperare, in una logica di adeguata considerazione fra i diversi interessi in gioco, il rigoroso principio secondo cui le imprese concorrenti devono mantenere i requisiti generali e speciali di partecipazione - ivi compresa la qualificazione - per tutta la durata della procedura e fino all'aggiudicazione definitiva e alla successiva stipula del contratto (TAR Lazio, sez. III-quater, sent. 20 luglio 2018 n. 8252). Infatti, negli appalti pubblici sussiste il rigoroso principio secondo cui tra vecchia e nuova attestazione non deve esservi soluzione di continuità, nemmeno per un solo giorno, altrimenti la nuova attestazione non costituirebbe rinnovo della precedente, venendo così meno, in capo all'impresa, il requisito della qualificazione medio tempore (*cf.* sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015 e, in ultimo, ribadito all'art. 81, comma 1 del Codice dei contratti d.lgs. 50/2016).

In particolare, l'attenzione è stata rivolta all'applicazione del principio di ultrattività, che investe certamente l'ipotesi della verifica triennale, nel caso di rinnovo anticipato dell'intera attestazione SOA.

In caso di risposta affermativa, anche la richiesta tempestiva di rinnovo di un'attestazione SOA non interromperebbe la continuità di qualificazione, consentendo di partecipare alle gare pubbliche nell'intervallo tra un'attestazione e l'altra.

1. TEMPI PREVISTI DAL REGOLAMENTO

Nelle more dell'adozione del decreto MIT sulla qualificazione, previsto all'art. 83, co. 2 del Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016, la disciplina della SOA è ancora contenuta nel d.P.R. 207/2010 ossia il Regolamento di attuazione all'abrogato d.lgs. 163/2006.

Il Regolamento prevede un limite di durata della validità dell'attestazione pari a cinque, anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale (art. 76, co. 2).

La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA, è subordinata alla richiesta della verifica triennale ed al suo positivo esito, sicché se detta verifica non è richiesta l'attestazione perda efficacia.

L'impresa con l'attestazione in scadenza, può scegliere se:

- rinnovare tempestivamente la qualificazione per altri cinque anni, stipulando un nuovo contratto almeno 90 giorni prima della scadenza di tale termine (art. 76, co. 3);
- nel caso di scadenza triennale, in data non antecedente a novanta giorni prima di tale termine, sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti per arrivare alla scadenza quinquennale.

In caso di rinnovo, la SOA svolge l'istruttoria e gli accertamenti necessari entro 90 giorni dalla stipula del contratto. Trascorso un periodo complessivo non superiore a centottanta giorni dalla stipula del contratto, in cui la procedura può essere sospesa per chiarimenti o integrazioni documentali, la SOA è tenuta a rilasciare l'attestazione o comunque il diniego di rilascio della stessa. In caso di verifica, la SOA da incaricare - stipulando apposito contratto - è la stessa che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione (art. 77, co. 2), salvo l'Autorità ne abbia disposto la sospensione ovvero la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione. In quest'ultimo caso, l'impresa può sottoporsi alla verifica triennale dei requisiti presso altra SOA, nei cui confronti la prima SOA ha l'obbligo di trasferire la documentazione entro 15 giorni (art. 77, co. 3). Stipulato il contratto di verifica triennale, la SOA dichiara l'esito della procedura entro 45 giorni, salvo sospensione per chiarimenti per un termine non superiore a 45 giorni (art. 77, co. 3)

Dell'esito della procedura, la SOA informa l'impresa e l'Autorità, inviando all'Osservatorio, l'attestato revisionato o l'esito negativo; in questo ultimo caso l'attestato decade dalla data indicata nella comunicazione, comunque non successiva alla data di scadenza del triennio dal rilascio dell'attestazione (art. 77, co. 7).

2. POSIZIONE CONSOLIDATA DELLA VERIFICA TRIENNALE

In merito alla ultravigenza della qualificazione nell'intervallo tra l'attestato scaduto e il rilascio del nuovo, senza soluzione di continuità, si è espresso il Consiglio di Stato che, in Adunanza Plenaria, è intervenuto segnatamente sulla possibilità per le imprese di partecipare alle gare in pendenza della procedura di verifica triennale delle attestazioni stesse (sentenza 18 luglio 2012, n. 27).

Da tale sentenza emerge che la mera proposizione tempestiva della relativa domanda presso la SOA permette alle imprese di partecipare alle gare indette nelle more della procedura di verifica, anche qualora quest'ultima si concluda oltre il triennio di validità dell'attestazione.

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 la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more scatterà il divieto di partecipazione (art. 77, co. 1 e 7).

Diversamente «*l'impresa verrebbe esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare*» (AP. 27/2012 *cit.*).

3. LA VERIFICA IN CASO DI REVOCA DELLA SOA

Dal quadro normativo sopra riportato, emerge come le imprese qualificate abbiano ben determinati obblighi, accompagnati da precisi termini decadenziali, nonché particolari oneri di diligenza qualora non possano più rivolgersi alla stessa società attestazione SOA.

Esemplificativo, in tal senso, è il caso specifico affrontato dal TAR Lazio, con riferimento alle vicende patologiche che possono colpire la SOA (ad es. fallimenti o revoca dell'autorizzazione), ma non possono certamente sortire effetti oltre misura negativi nei confronti delle imprese che debbono esibire le necessarie attestazioni (sez. III-quater, sent. 20 luglio 2018 n. 8252, *cit.*). In tali casi, la SOA è tenuta a comunicare l'eventuale a decadenza della propria autorizzazione alle imprese qualificate e a quelle in attesa di qualificazione entro 15 giorni dal loro verificarsi e le imprese devono indicare, nei 30 giorni successivi la SOA cui trasferire la documentazione (art. 73, co. 8). La condizione per cui avvenga l'ultravigenza della qualificazione è – come sopra accennato – che queste ultime rispettino una serie di termini ed un certo percorso improntato alla massima diligenza, e tanto più nell'ipotesi in cui la attestazione venga a scadenza nel periodo in cui è decaduta l'autorizzazione al rilascio delle medesime.

Più in particolare qualora, nelle more del procedimento di verifica, si registri una vicenda patologica in capo alla società di attestazione, l'impresa ha 30 giorni di tempo (termine perentorio) per trasferire la richiesta e la relativa pratica ad altra SOA.

In caso contrario, vi è l'impossibilità di applicare le richiamate coordinate ermeneutiche espresse in tema di ultra vigenza (o "saldatura") delle attestazioni SOA in scadenza; ciò indipendentemente dall'ottenimento 'tardivo' della stessa presso altra SOA.

4. RINNOVO ALLA SCADENZA TRIENNALE

Un'impresa prossima alla scadenza di verifica triennale può rinnovare subito il contratto con la propria o una altra società di attestazione.

Per evidenti ragioni di carattere sistematico e al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento, il richiamato principio di ultravigenza della verifica triennale deve trovare applicazione anche nel caso della altrettanto tempestiva richiesta volta al rinnovo dell'attestazione (Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2016, n. 3752).

Sarebbe, infatti, illogico attribuire al procedimento di rinnovo effetti minori o addirittura deteriori rispetto a quelli ricollegabili al procedimento di verifica (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 607 del 13 febbraio 2017).

In tal caso, la tempestiva richiesta di rinnovo è idonea, fino all'esito positivo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2017, n. 1091).

Il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità" (Cons. Stato, 1091/2017 *cit.*). Ne consegue che, con riferimento alla scadenza triennale, il principio di ultrattività dell'attestazione SOA si applica sia quando l'impresa ha richiesto, entro il termine di 90 giorni, il rinnovo dell'attestazione SOA, sia quando ha richiesto la verifica nei termini previsti dal regolamento (*cf.* TAR Lombardia, Sez. I, sent. 20 aprile 2018, n. 1861). Entrambe le previsioni - in tema, di rilascio di una nuova attestazione SOA e di verifica successiva - sono, invero, interpretate dalla giurisprudenza nel senso di ammettere l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove ritualmente e tempestivamente attivata (*cf.* Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2016, n. 3752; 8 marzo 2017, n. 1091).

Infatti, il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente e che li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità (*cf.* Consiglio di Stato, sez. V, 08/03/2017, n. 1091; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 09/06/2016, n. 737; TAR Campania, Napoli, sez. I, 10 luglio 2015, n. 3670; TAR Campania, Salerno, sez. II, 10 aprile 2015, n. 785; TAR Basilicata, Potenza, 29 aprile 2013, n. 214; *cf.* altresì ANAC, parere precontenzioso n. 54/2014).

La tempestiva stipula di un contratto di attestazione è idonea ad assicurare gli effetti del meccanismo regolamentare di ultravigenza, laddove l'adesione all'opposta finirebbe per porsi ingiustificatamente in contrasto con il principio del *favor participationis* (*cf.* Cons. Stato, V, 31 agosto 2016, n. 3752).

Infine, è stata riscontrata continuità nell'efficacia della precedente attestazione SOA posseduta dall'impresa la circostanza per cui, a fronte di una richiesta di rinnovo presentata nei termini, la stessa sia stata – successivamente alla data di naturale scadenza di validità dell'attestazione – annullata e sostituita dalla contestuale sottoscrizione ed invio di un contratto di verifica dell'attestazione (T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, sent. 7 dicembre 2016, n. 1014 e, in termini, T.A.R. Campania, Napoli, I, 22 dicembre 2014, n. 6910).

5. RINNOVO ALLA SCADENZA QUINQUENNALE

Un'impresa prossima alla scadenza quinquennale può rinnovare subito il contratto con la propria o una altra società di attestazione.

In tal caso, l'ANAC ha osservato che *«l'impresa che abbia tempestivamente richiesto il rinnovo dell'attestazione SOA (almeno novanta giorni prima della scadenza [...]) o la sua verifica triennale (in data non antecedente a novanta giorni prima [...]), può partecipare alle gare indette, rispettivamente, dopo il quinquennio o il triennio, anche se non ha ancora conseguito il nuovo attestato o la verifica triennale»* (cfr., in ultimo, delibera ANAC 9 maggio 2018, n. 440 ed, ex multis, Pareri n. 54 del 30 settembre 2014 e n. 70 del 14 ottobre 2014).

Appurato che la latitudine applicativa del principio di ultrattività investe sia l'ipotesi della verifica triennale sia quella del rinnovo della SOA, la richiesta tempestiva di rinnovo di un'attestazione, *«la quale comprenda una categoria già in precedenza posseduta, produce gli stessi effetti della verifica di quest'ultima e consente di partecipare alle pubbliche gare senza soluzione di continuità»* (delibera ANAC 440/2018).

Infatti, l'istruttoria del rinnovo che coinvolge, oltre agli elementi rilevanti in sede di verifica triennale, anche elementi ulteriori, non potrebbe avere effetti minori o addirittura deteriori rispetto a quelli ricollegabili al procedimento di verifica (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 607 del 13 febbraio 2017; Parere n. 16 del 30 gennaio 2014);

Tale orientamento dell'ANAC trova conferma in giurisprudenza, laddove il Consiglio di Stato ha affermato che *«deve, quindi, ritenersi che non ci sia stata soluzione di continuità, né in senso contrario rileva che la nuova attestazione menzioni alcune categorie di lavorazioni non contemplate nella precedente (è decisivo che abbia confermato la qualificazione nella categoria precedente»* (Cons. Stato, sez. V, sent. 3 aprile 2018, n. 2051).

6. RINNOVO ALLA SCADENZA QUINQUENNALE

Rimane da capire se deve intendersi regolarmente in possesso dell'attestazione SOA l'operatore economico che, prima della scadenza della sua validità, ne abbia richiesto il rinnovo, inviando la relativa domanda alla SOA, ma abbia stipulato solo successivamente al più volte citato termine di 90 il relativo contratto.

E' stata infine affrontato il rapporto tra domanda di rinnovo e il successivo contratto di rinnovo al fine di accertare il rispetto dei termini e, quindi, la legittimità dell'ultravigenza dell'attestazione SOA.

Al riguardo, è stato in particolare osservato che il *'secondo contratto'* con la SOA rappresenta in effetti una mera conferma (o proroga) dell'originaria – e tempestiva – *'domanda di rinnovo'* dell'attestazione, con la conseguenza che a tale contratto possa essere riconosciuta una sostanziale continuità di effetti rispetto al precedente contratto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 febbraio 2018, n. 1099).

E' evidente, quindi, che, in caso di tempestiva domanda di rinnovo, il secondo contratto si iscrive nell'ambito del medesimo procedimento, pertanto si può affermare in capo all'impresa qualificata la continuità nel possesso del requisito di qualificazione, in quanto si ammetta la 'saldatura' e la sostanziale continuità fra i richiamati contratti con la società organismo di attestazione (vedi anche Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 31 agosto 2016, n. 3752).

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)