

TAR TOSCANA: NON SEMPRE BASTA LA SOA...

di Massimo Gentile

Il caso di specie

Oggetto del presente approfondimento è una recentissima pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (sentenza del 23 maggio 2007 n. 782), in tema di requisiti per la partecipazione a gara di appalti di lavori pubblici.

Il caso portato all'attenzione del TAR concerneva una gara per l'affidamento di lavori di riqualifica strutturale della pista di volo di un aeroporto, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 24, primo comma, lett. a) D.lgs. n. 158/95 (ora articolo 82 del D.lgs. 163/2006, applicabile anche ai settori speciali in virtù del richiamo contenuto all'articolo 206).

Sotto il profilo della capacità tecnica, il bando richiedeva, ai fini della partecipazione alla gara, oltre al possesso dell'attestazione SOA, un ulteriore requisito consistente nell'aver *“eseguito, nei cinque anni precedenti la spedizione del bando, o avere in corso di esecuzione, almeno un lavoro di caratteristiche tecniche analoghe a quelle in oggetto, di importo complessivo non inferiore ad Euro 9.000.000,00, come precisato nel disciplinare”*.

Ebbene, un'impresa concorrente, nel lamentare l'esclusione dalla competizione comminata dalla Commissione di gara proprio in ragione della riscontrata mancanza del predetto requisito, contestava la legittimità di detta clausola.

I giudici toscani sono stati quindi chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità di tale requisito “aggiuntivo” con l’obbligo di qualificazione richiesto a termini di legge.

Secondo il TAR, con il sistema di qualificazione istituito ai sensi dell’art. 8 della legge n. 109 del 1994 e, in particolare, con l’obbligo per le amministrazioni appaltanti di cui all’art. 1, comma 4, del citato D.P.R. n. 34 del 2000¹, il legislatore ha voluto evitare che i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria dovessero essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare.

In base alla normativa citata, è sufficiente, quindi, che le stazioni appaltanti verifichino la formale corrispondenza tra le categorie indicate dal bando e quelle provate dalle imprese concorrenti a mezzo del certificato rilasciato dagli organismi a ciò autorizzati.

Ciò nonostante, non sarebbe precluso alle stazioni appaltanti l’inserimento di clausole richiedenti ai concorrenti la dimostrazione di aver realizzato un certo fatturato, atteso che detta dimostrazione è indice di una “*affidabilità concreta*” dell’impresa che va oltre la “*qualificazione formale documentalmente attestata della capacità dell’impresa ad assumere determinati appalti*”.

In considerazione di ciò l’inserimento di siffatta clausola è stato giudicato compatibile con il divieto prefigurato dall’art. 1, comma 4, del D.P.R. n. 34 del 2000.

La SOA non è più condizione sufficiente?

Le affermazioni del TAR non appaiono del tutto convincenti.

In primo luogo, deve osservarsi che nella sentenza in parola il TAR, nel cercare di individuare lo scopo e i limiti del sistema di qualificazione, richiama l’articolo 1 comma 4 del D.P.R. n. 34/2000, il quale impone il divieto alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente nel richiamato regolamento.

¹ Articolo 1 comma 4 del D.P.R. 25 gennaio 200, n. 34: “Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV”

Tuttavia, la disposizione regolamentare che assume maggior rilievo per quanto di interesse, è quella contenuta al comma 3 del predetto articolo 1, secondo cui, fatta salva l'ipotesi dei lavori di importo superiore ad Euro 20.658.276 - in relazione ai quali la stazione appaltante è tenuta a chiedere anche il requisito aggiuntivo della cifra d'affari - l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del D.P.R. n. 34/2000 costituisce *“condizione **necessaria e sufficiente** per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici”*.

In buona sostanza, il legislatore con la menzionata previsione ha inteso porre l'accento sulla contestuale condizione di necessità e sufficienza che caratterizza il certificato SOA, ai fini della partecipazione di un'impresa ad una gara di appalto di lavori.

La stessa giurisprudenza aveva avuto modo di precisare che il possesso della qualificazione attestata dalla certificazione SOA *“è **sufficiente** ad assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'**esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria** ai fini dell'affidamento dei lavori di cui trattasi, nonché a garantire la stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'impresa certificata. Infatti, l'art. 1 del DPR n. 34 del 25 gennaio 2000 prevede che quanto attestato dalla SOA è necessario e sufficiente a certificare la capacità tecnica ed economico-finanziaria. In tal senso è inequivoco il disposto di cui al quarto comma della disposizione in esame, laddove si stabilisce che <<le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo>>. Ne consegue che l'attestazione SOA rilasciata all'interessata è sufficiente ad accreditare, in capo alla stessa, i requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria, il cui possesso non può essere messo in discussione dalla stazione appaltante”².*

Anche l'Autorità in passato si era espressa sull'argomento chiarendo che gli organismi a ciò autorizzati rilasciano all'impresa sottoposta a verifica

² TAR Lombardia, Milano, sez. III, 29 settembre 2004, n. 4197, in senso conforme cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19 agosto 2003, n. 4671 e Consiglio di Stato, sez. VI, 7 gennaio 2005, n. 8292.

attestazioni di qualificazioni “*differenziate per categorie di lavori e per importo che costituiscono mezzo di prova necessario e sufficiente nei confronti delle stazioni appaltanti, nel senso che quest’ultime devono limitarsi a richiedere l’attestazione e a verificare che sia stata rilasciata da non più di tre anni, **senza poter procedere ad ulteriori riscontri** circa la sussistenza dei prescritti requisiti in capo all’impresa che ha presentato l’attestazione, salvo quanto disposto per i lavori di importo superiore a Euro 20.658.276*” (Autorità di Vigilanza ll.pp. Det. n. 11 del 5 giugno 2002, in senso conforme Del. n. 27 del 09 marzo 2005).

E’ dunque chiaramente esclusa sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale, la possibilità per una stazione appaltante di chiedere la dimostrazione del possesso di requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria di un’impresa con modalità diverse rispetto a quelle stabilite nel D.P.R. n. 34/2000 nonché, sempre in tema di capacità tecnica e finanziaria, di prevedere requisiti diversi ed ulteriori rispetto alla certificazione SOA.

Inoltre, una volta acquisita detta certificazione SOA, è precluso il compimento di qualsiasi ulteriore verifica da parte della stazione appaltante in ordine a detti requisiti³.

Il ragionamento dei giudici fiorentini

Il TAR Toscana, richiamando una precedente pronuncia del Consiglio di Stato⁴, è dell’avviso che la clausola del bando che richiede la realizzazione di lavori per un determinato importo non collide con il D.P.R. 34/2000, in quanto non attiene alla qualificazione tecnica o economico-finanziaria dei partecipanti alla gara.

Più nel dettaglio, attraverso il certificato SOA viene ad essere attestato il possesso da parte della impresa concorrente dei requisiti attinenti ai mezzi,

³ E’ invece necessario che la stazione appaltante, di volta in volta, provveda alla verifica in concreto del possesso in capo alle imprese dei requisiti di carattere generale dal momento che quanto attestato dalle SOA con il rilascio delle certificazioni, a mente dell’articolo 1 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, è necessario e sufficiente a certificare esclusivamente la capacità economico-finanziaria ma non il possesso dei requisiti di carattere generale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2003, n. 4599, in senso conforme cfr Tar Liguria, sez. II, 8 novembre 2002, n. 1084, Tar Lazio, sez. III, 5 dicembre 2003, n. 11966, Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2003, n. 4599 e Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2933).

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2006 n. 878.

al personale e all'organizzazione, valutati secondo parametri standard stabiliti a priori dagli organismi di attestazione, in relazione a lavori di determinate entità.

Viceversa, il requisito "ulteriore" del fatturato risponderebbe ad un separato - e come tale compatibile - accertamento circa la entità complessiva dei lavori della stessa natura di quelli oggetto dell'appalto già svolti dall'impresa; l'esito positivo di tale accertamento sarebbe indice di una "affidabilità concreta" del concorrente.

In buona sostanza: l'affidabilità in astratto dell'impresa è comprovata con la certificazione SOA, l'affidabilità in "concreto" può essere verificata di volta in volta dalla stazione appaltante in relazione al singolo appalto da affidare.

Non può sottacersi come tale posizione strida con gli stessi presupposti che legittimano l'emanazione del certificato SOA.

Giova osservare che, ai fini del rilascio del certificato SOA, gli organismi di attestazione, nell'ambito delle verifiche in merito alla sussistenza della adeguata idoneità tecnica, sono tenuti, tra l'altro, ad accertare che l'impresa richiedente abbia eseguito lavori nelle medesime categorie oggetto di richiesta di qualificazione per importi complessivamente e singolarmente superiori a determinate soglie⁵.

Presupposto per l'emanazione del certificato SOA da parte di un organismo di attestazione è, quindi, l'esito positivo della verifica volta ad accertare che l'impresa abbia, nel recente passato, eseguito lavori di entità e qualità adeguate alla qualificazione che intende ottenere.

Alla luce di ciò, non può sfuggire che la richiesta inserita nella *lex specialis* di comprovare l'avvenuta esecuzione di un lavoro analogo a quello oggetto di affidamento, è evidentemente del tutto simile a quella stabilita dalla legge per il rilascio del certificato SOA.

⁵ L'articolo 18 comma 5 prevede che "la adeguata idoneità tecnica" dell'impresa è dimostrata mediante "(...) c) l'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 40% dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al 55% dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo, non inferiore al 65% dell'importo della qualificazione richiesta".

In tal senso, si fatica a cogliere l'elemento distintivo - rimarcato sia nella sentenza del TAR Toscana che nella precedente pronuncia del Consiglio di Stato - che differenzierebbe, a livello finalistico, il requisito in parola dal certificato SOA, escludendone una sovrapposizione.

L'unico elemento di distinzione ipotizzabile potrebbe essere legato al fattore temporale o quantitativo concernente il conseguimento di detto requisito.

In altre parole, la stazione appaltante, con la clausola in questione, potrebbe richiedere la dimostrazione del requisito concernente l'esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto di affidamento, relativamente ad un periodo diverso rispetto a quello verificato in sede di rilascio della SOA ovvero per un'entità superiore⁶.

Tuttavia, tale richiesta costituirebbe una vera e propria integrazione delle certificazione SOA, che verrebbe a porsi in contrasto con la previsione di cui all'articolo 1 comma 4 del D.P.R., in quanto andrebbe ad intaccare il già rilevato carattere di "sufficienza" di detta certificazione ai fini della partecipazione da una gara di appalto.

In tale contesto, l'orientamento giurisprudenziale che si sta delineando appare assai allarmante, in quanto consegna nelle mani delle stazioni appaltanti un potere che la legge non gli riconosce, con il rischio del proliferarsi di richieste di requisiti integrative della certificazione SOA che, di fatto, impoveriscono il significato di quest'ultima e minano la certezza delle regole disciplinanti la partecipazione alle gare.

⁶ La sentenza del TAR Toscana sembrerebbe proprio andare in quest'ultimo senso atteso che nella motivazione si legge che il requisito in parola è atto a comprovare proprio l'effettiva capacità dell'impresa a realizzare una "entità complessiva dei lavori della stessa natura di quelli specificamente oggetto dell'appalto già svolti dall'impresa"