

# Regime transitorio su **validità** delle **SOA** e continuità dei **requisiti** di qualificazione

L'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 8 del 20 luglio 2015

**Claudio Guccione**

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

**Maria Rita Silvestri**

Avvocato

P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la sentenza n. 8/2015, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha risolto due quesiti interpretativi in materia di appalti: il primo, probabilmente già superato *ratione temporis*, relativo al regime transitorio, previsto dal dPR n. 207/2010, in tema di validità temporale delle attestazioni SOA; il secondo, più attuale e suscettibile di conseguenze pratiche immediate per gli operatori economici attivi nel settore degli appalti di lavori, in materia di continuità del mantenimento dei requisiti di qualificazione.

## Validità temporale attestazioni SOA La soluzione diversificata del CdS

Partiamo dal quesito riguardante la validità temporale delle attestazioni SOA rilasciate secondo la previgente normativa di cui al dPR n. 34/2000, per approfondire la soluzione *diversificata* proposta dal Consiglio di Stato. In particolare, i Giudici Amministrativi, con ordinanza di rimessione ex art. 99 c.p.a. n. 2189/2015, sono stati chiamati a stabilire se, nel regime transitorio disciplinato dall'art. 357 del d.P.R. n. 207/2010, rispetto alle *lex specialis* di gara pubblicate prima dell'entrata in vigore del suddetto regolamento - vale a dire prima dell'8 giugno 2011 - sia comunque necessario il requisito della verifica triennale (come prescritta dall'art. 15 *bis* del d.P.R. n. 34/2000 e dall'art. 76 del successivo dPR n. 207/2010) al fine di usufruire della proroga dell'efficacia delle attestazioni SOA rilasciate ai sensi della previgente normativa di cui al d.P.R. n. 34/2000. L'Adunanza Plenaria non fornisce una risposta unitaria, ma opera un distinguo, a seconda che la disciplina transitoria riguardi le categorie non variate ovvero riguardi quelle variate (vale a dire le categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21 e OS 2) dal nuovo Regolamento contenuto nel già citato dPR n. 207/2010. Per quanto riguarda le categorie non modificate, il primo periodo del comma 12 dell'art. 357 del dPR n. 207/2010 - a tenore del quale "*le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse...*" - conferma la validità delle attestazioni in corso, e ciò vale a configurare, secondo la prospettazione fornita dal Collegio, una implicita ma inequivoca applicabilità dell'onere di verifica triennale che dovesse *medio tempore* maturare, richiesto tanto dalla normativa previgente (art. 15 *bis* del dPR n. 34/2000) quanto dal nuovo testo regolamentare (art. 76 del dPR n. 207/2010). Tale interpretazione, proseguono i Giudici Amministrativi, assicura l'effettivo rispetto dei principi fondanti il sistema degli appalti pubblici e segnatamente:

- il principio di continuità tra la vecchia e la nuova disciplina;
- il principio di certezza del diritto e buona fede, tipici di una corretta gestione dei rapporti tra stazioni appaltanti ed operatori economici. La conferma nel periodo transitorio della "normale" durata dell'efficacia delle attestazioni relative alle categorie non modificate consente all'operatore economico di ridurre al minimo il rischio derivante

dal mancato adempimento di oneri, quale quello che in questa sede rileva, posti a tutela del corretto funzionamento del mercato;

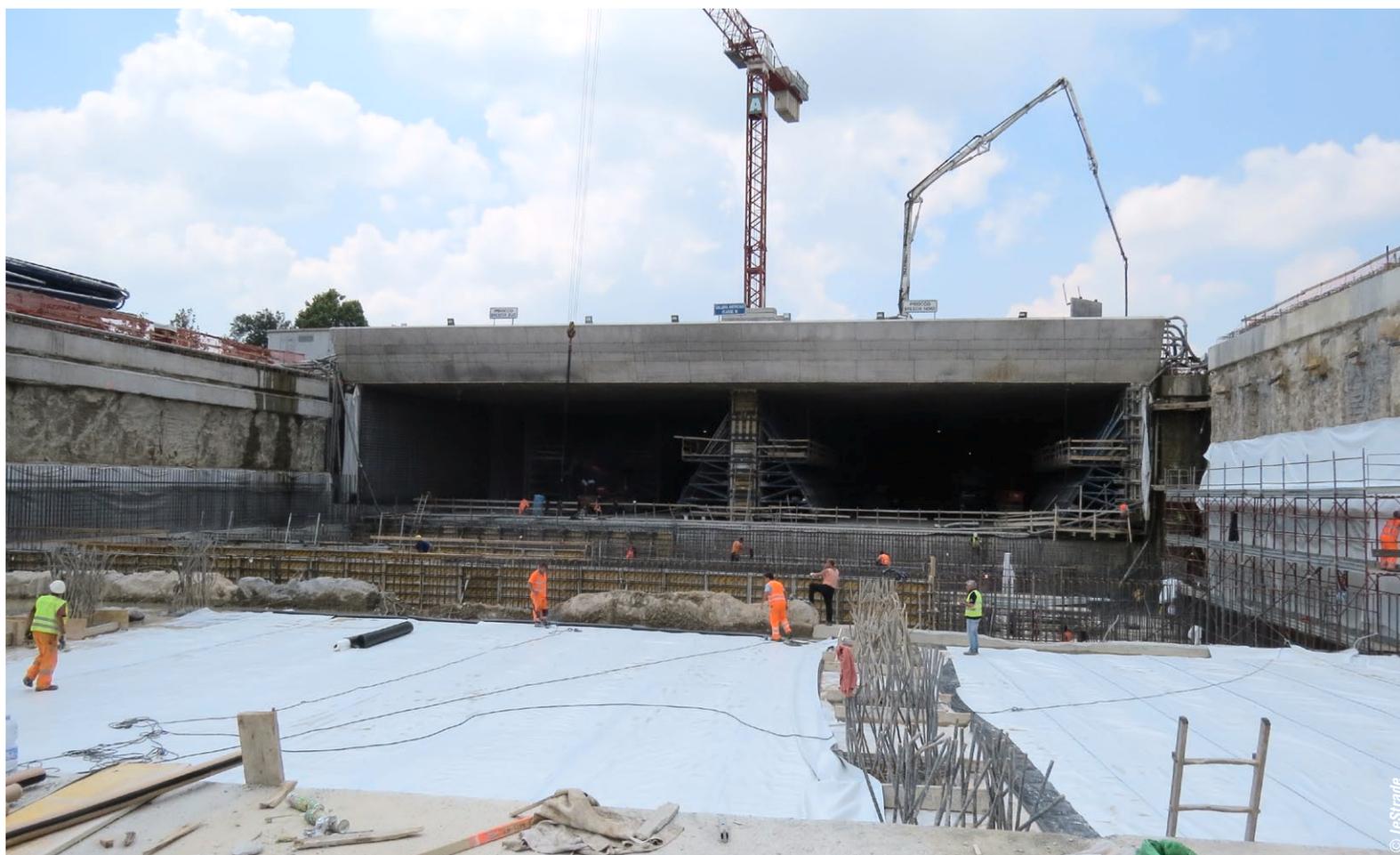
- l'esigenza di non aggravare i concorrenti di incombenzi eccessivamente impegnativi: lasciare invariata la scadenza finale e quella intermedia delle attestazioni SOA nel periodo di transito dalla vecchia normativa di cui al d.P.R. n. 34/2000 a quella nuova contenuta nel regolamento ex dPR n. 207/2010 - anche se limitatamente alle categorie non oggetto di modifica - consente, infatti, di contenere i costi di certificazione gravanti sulle imprese, assicurando al contempo una gestione più lineare, anche per le SOA, delle procedura di verifica e rilascio dell'attestazione;

- l'esigenza di lasciare invariate, rispetto al sistema previgente, le capacità organizzative ed esecutive oggetto di verifica triennale da parte delle SOA, così da garantire anche una certa uniformità di valutazione dei requisiti di qualificazione.

Per quanto riguarda, invece, la validità temporale delle attestazioni SOA rilasciate nel vigore del dPR n. 34/2000 nelle categorie variate dal dPR n. 207/2010, il regime transitorio di cui all'art. 357, commi 13 e 16, dPR n. 207/2010 - come modificati, dall'art. 4, comma 15, lettera c), legge n. 106 del 2011 e dall'art. 1, comma 1, legge n. 119 del 2012 - non consente di ritenere superato l'obbligo di verifica triennale delle attestazioni SOA ex art. 15 *bis* del d.P.R. n. 34/2000, a cagione del fatto che, per le categorie variate, i citati commi 13 e 16 prevedono una *prorogatio ope legis* di trecentosessantacinque giorni (termine, prorogato di ulteriori centottanta giorni dal dl 6 giugno 2012, n. 73, convertito dalla legge 23 luglio 2012, n. 119) della naturale scadenza quinquennale delle attestazioni SOA rilasciate nella vigenza del dPR n. 34/2000, purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento. Il richiamato comma 13 dell'art. 357 del dPR n. 207/2010 stabilisce, infatti, che "*Le attestazioni relative alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all'allegato A del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2, individuata ai sensi del dPR 25 gennaio 2000, n. 34, e rilasciata ai sensi del d.m. 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal dm 24 ottobre 2001, n. 420, la cui scadenza interviene nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del presente regolamento e la data di entrata in vigore dello stesso, si intendono prorogate fino alla data di entrata in vigore del presente regolamento*"; mentre il successivo comma 16 della medesima disposizione re-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



golamentare chiarisce che "Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), ai fini della predisposizione dei bandi o degli avvisi con cui si indice una gara nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi ai fini della predisposizione degli inviti a presentare offerte, applicano le disposizioni del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e le categorie del relativo allegato A. Per trecentosessantacinque giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento, ai fini della partecipazione alle gare riferite alle lavorazioni di cui alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20, OS 21, di cui all'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, e OS 2 individuata ai sensi del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e rilasciata ai sensi del dm 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal dm 24 ottobre 2001, n. 420, la dimostrazione del requisito relativo al possesso della categoria richiesta avviene mediante presentazione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA in vigore del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, purché in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente regolamento anche per effetto della disposizione di cui al comma 13". La ratio di tale sistema, che di certo si presenta maggiormente svantaggioso per gli operatori economici rispetto al sistema previsto per le categorie non modificate, è da ricercare nella necessità, avvertita dal legislatore, di consentire un adeguamento graduale delle attestazioni alla nuova disciplina dei requisiti di qualificazione, non essendo più possibile dall'8 giugno 2011, data di entra-

ta in vigore della nuova disciplina ex DPR n. 207/2010, la qualificazione sulla base delle vecchie categorie di cui al DPR n. 34/2000: la proroga legale della scadenza quinquennale delle attestazioni nelle categorie variate è, infatti, subordinata alla loro persistente validità ed efficacia, sicché non può che permanere l'obbligo di verifica triennale anche durante il regime di proroga, in conformità alle regole generali in parte qua non espressamente derogate.

In conclusione, i Giudici di Palazzo Spada, in relazione al primo dei quesiti posto dall'ordinanza di rimessione n. 2189/2015, hanno enunciato i seguenti principi di diritto:

"a. nel regime transitorio previsto dal comma 12, prima parte, dell'art. 375 [357, n.d.r.] del DPR n. 207 del 2010 per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni rilasciate nella vigenza del DPR n. 34/2000 "fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse", è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15 bis del DPR n. 34 del 2000 e poi dall'art. 76 del DPR n. 207 del 2010;

b. nel regime transitorio previsto dall'art. 375 [357, n.d.r.], commi 13 e 16, del d.P.R. n. 207 del 2010 e ss.ii.mm. per le categorie "variate" non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale, di cui agli artt. 15 bis del DPR n. 34 del 2000 e poi dall'art. 76 del DPR n. 207 del 2010".

È il caso di notare che sul tema si era soffermata qualche tempo fa anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC), giungendo a conclusioni diametralmente

opposte rispetto a quelle adottate dal Consiglio di Stato nella pronuncia *de qua*: secondo l'Autorità, infatti, ai fini del mantenimento del vecchio attestato SOA rilasciato ai sensi del DPR n. 34/2000 in regime di *prorogatio*, sussisteva la necessità della revisione triennale sugli attestati contenenti categorie variate (cfr. in tal senso il Comunicato del 10 giugno 2011 e il successivo Comunicato del 22 luglio 2011, entrambi reperibili *on line* sul sito istituzionale dell'ANAC all'indirizzo [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

### Mantenimento dei requisiti, confermata l'Adunanza Plenaria del 7 aprile 2001, n. 4

Il Giudice remittente, con il secondo quesito, ha poi chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se il principio di possesso continuativo dei requisiti di qualificazione debba intendersi nel senso che anche una temporanea interruzione della titolarità delle attestazioni debba comportare automaticamente l'esclusione dell'impresa dalla procedura, anche se tali requisiti erano posseduti dall'operatore economico al momento della presentazione della domanda, del controllo dei requisiti e dell'aggiudicazione. Ci si domanda, in altri termini, se alla perdita temporanea del requisito di qualificazione, intervenuta in un segmento temporale durante il quale nella procedura di gara non è accaduto nulla di rilevante, debba seguire la necessaria esclusione dell'impresa, ovvero se il deficit provvisorio di uno o più requisiti in siffatto arco temporale possa essere ritenuto del tutto ininfluenza in relazione alla regolarità del procedimento ed alla legittimità dell'aggiudicazione.

È evidente che, nella prima ipotesi, si predilige una soluzione, già adottata dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, più formalistica e più onerosa per l'impresa, secondo la quale il concorrente non può in nessun momento della gara perdere le attestazioni SOA, neppure nel caso di naturale scadenza delle stesse, pena l'esclusione dalla procedura. Se si privilegia, invece, la seconda ipotesi, si enfatizza in maniera più decisa il principio del *favor participationis*: se la perdita temporanea del requisito di qualificazione non ha prodotto alcun pregiudizio in relazione alla legittimità ed alla correttezza del procedimento di gara in termini di parità di trattamento e non discriminazione tra concorrenti, non si vede per quale ragione occorrerebbe sanzionare l'operatore economico temporaneamente sprovvisto dei requisiti di qualificazione, determinandone l'estromissione dalla procedura selettiva. Ebbene, l'Adunanza Plenaria non ha mutato orientamento rispetto alla precedente pronuncia del 2011, sopra citata, ritenendo di dover aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, secondo il quale il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica. Nella sentenza in esame l'Adunanza Plenaria chiarisce, infatti, che la continuità nel mantenimento dei requisiti con cui

l'impresa si qualifica garantisce la serietà dell'intenzione dell'impresa stessa e la volontà di presentare un'offerta credibile e, dunque, garantisce la 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 previsti dalla legge. Infatti, secondo il Supremo Collegio, *"per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor participationis, 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"*. L'inconfigurabilità di una qualsiasi soluzione di continuità in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione nel corso della procedura di gara - prosegue il Collegio - tiene anche conto del fatto che si tratta di requisiti indispensabili per la stessa partecipazione alla gara e che, nel campo dei lavori pubblici, l'attestazione SOA ne costituisce lo strumento dimostrativo necessario e sufficiente

nonché esclusivo. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, alla quale rinvia espressamente la sentenza qui in rassegna, il principio che non ammette soluzioni di continuità nel possesso (e nella sua dimostrazione) di detti requisiti risponde ad *"evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici"*; e *"pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando"*.

Conclusivamente, quindi, al secondo quesito posto dall'ordinanza di rimessione n. 2189/2015, deve essere data la seguente soluzione: *"Nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati 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 dello stesso, senza soluzione di continuità"*. ■

