

Parere n. 143 del 22/07/2010

PREC 96/10/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dall'impresa Mastio Giuseppe S.r.l. e dal Comune di Nuoro – Lavori di sistemazione dei percorsi turistici per il collegamento veicolare e pedonale ai diversi siti di interesse storico, artistico e paesaggistico della città di Nuoro – S.A.: Comune di Nuoro – Importo a base d'asta: €1.175.892,15.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 marzo 2010 e 19 aprile 2010 sono pervenute le istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali l'impresa Mastio Giuseppe S.r.l. e il Comune di Nuoro hanno richiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità della ammissione in gara di alcune imprese concorrenti alla procedura per l'affidamento dei lavori in oggetto.

In proposito, la Mastio Giuseppe S.r.l. ha sostenuto la necessità di escludere dalla gara di cui trattasi diverse imprese partecipanti che – a suo avviso – avevano ommesso di produrre dichiarazioni e/o documenti nelle forme richieste, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara. In particolare, l'impresa istante ha fatto riferimento a tre specifiche richieste di allegazione contenute negli atti di gara, concernenti: 1) la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del D.Lgs. n. 231/2001 e s.m.i. (art. 11, punto A), lett. b) del disciplinare di gara); 2) la certificazione di qualità in originale o in copia autenticata da un'autorità amministrativa o da un notaio, per fruire del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della garanzia (art. 18, lett. f) del disciplinare di gara); 3) la dichiarazione espressa che l'offerta presentata avrà una validità di 180 giorni naturali e consecutivi a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (art. 21 del disciplinare di gara).

Secondo l'istante Mastio Giuseppe S.r.l., un'interpretazione non puntuale delle clausole della *lex specialis* che prevedevano le predette allegazioni – con conseguente ammissione alla gara delle imprese che non le avevano presentate – costituirebbe un *vulnus* al principio di parità di trattamento dei concorrenti, idoneo ad inficiare la legittimità della procedura in oggetto.

Di contro, il Comune di Nuoro ha fatto pervenire una propria istanza di parere, nella quale ha ribadito la correttezza del proprio operato, orientato ad una interpretazione degli atti di gara a favore della massima partecipazione nel pieno rispetto della parità di trattamento tra tutti i concorrenti.

In questa ottica la stazione appaltante, con riferimento alla dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del D.Lgs. n. 231/2001 e s.m.i., ha evidenziato che la stessa è richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 11, punto A), lett. b) del disciplinare, ma non è puntualmente riportata nel modello "A" "*Istanza di partecipazione alla gara e dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa*", allegato agli atti di gara e predisposto dalla stessa amministrazione appaltante. Pertanto, si è ritenuto ragionevole non penalizzare le cinque imprese concorrenti che si sono attenute al suddetto modello, ammettendole alla gara prima con riserva (verbale n. 1 del 9 marzo 2010) e poi sciogliendo positivamente la riserva stessa (verbale n. 2 del 11 marzo 2010). Relativamente alla certificazione di qualità, richiesta dall'art. 18, lett. f) del disciplinare in originale o in copia autenticata da un'autorità

amministrativa o da un notaio, l'amministrazione comunale ha considerato soddisfatto tale requisito dalla presentazione dell'attestato SOA che riporta l'acquisizione della certificazione di qualità e la scadenza della stessa, atteso lo svolgimento da parte delle SOA di funzioni pubblicistiche di certificazione, riammettendo in gara (verbale n. 2 del 11 marzo 2010) le nove imprese inizialmente escluse (verbale n. 1 del 9 marzo 2010) per la presentazione della suddetta documentazione in maniera difforme da quanto prescritto dal suddetto art. 18, lett. f) del disciplinare. Per quanto riguarda, poi, l'art. 21 del disciplinare, il Comune medesimo ha fatto presente che negli atti di gara è indicato solo che l'offerta, a pena di esclusione, deve essere valida 180 giorni, ma non è richiesto – come sostiene invece l'impresa istante Mastio Giuseppe S.r.l. – che il concorrente deve espressamente dichiarare, a pena di esclusione, di impegnarsi a tenerla valida per 180 giorni. Infine, la stazione appaltante ha rappresentato che l'aggiudicatario provvisorio, se pur non richiesto, ha espressamente dichiarato di impegnarsi a mantenere valida la sua offerta per 180 giorni ed ha dimostrato il possesso della certificazione di qualità mediante autentica da un notaio, limitandosi a produrre, in ordine alla dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del D.Lgs. n. 231/2001 e s.m.i., il suddetto modello "A" compilato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con le istanze di parere in oggetto, concerne la legittimità della ammissione in gara di una serie di imprese partecipanti che avevano omesso di produrre dichiarazioni e/o documenti nelle forme richieste dal disciplinare di gara.

Nello specifico, l'impresa istante ha contestato la mancanza, in capo a diverse concorrenti, della: 1) dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del D.Lgs. n. 231/2001 e s.m. (art. 11, punto A), lett. b) del disciplinare di gara); 2) certificazione di qualità in originale o in copia autenticata da un'autorità amministrativa o da un notaio (art. 18, lett. f) del disciplinare di gara), per fruire del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della garanzia; 3) dichiarazione espressa che l'offerta presentata avrà una validità di 180 giorni naturali e consecutivi a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (art. 21 del disciplinare di gara).

Relativamente alla dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del D.Lgs. n. 231/2001 e s.m.i, si deve rilevare che lo stesso Comune di Nuoro nella memoria prodotta ha evidenziato che tale dichiarazione, benché richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 11, punto A), lett. b) del disciplinare, non è stata, tuttavia, puntualmente riportata nel modello "A" *"Istanza di partecipazione alla gara e dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa"*, allegato agli atti di gara e predisposto dalla stessa amministrazione appaltante, il quale, invece, al punto 2, lett. m) richiedeva di dichiarare: *"m) che nei propri confronti non è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del D.Lgs. 08-06-2001, n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione"*.

Al riguardo, non può non tenersi in debito conto che l'omessa puntuale riproduzione nel modello "A" della suddetta dichiarazione – richiesta, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara – oggettivamente imputabile alla stazione appaltante, costituisce un comportamento equivoco della stessa in grado di trarre in errore i concorrenti. Tale equivocità del proprio comportamento è stata, peraltro, riconosciuta dallo stesso Comune di Nuoro, che ha riferito di aver ritenuto ragionevole non penalizzare le cinque imprese partecipanti che si sono attenute al suddetto modello, ammettendole alla gara prima con riserva (verbale n. 1 del 9 marzo 2010) e poi sciogliendo positivamente la riserva stessa (verbale n. 2 del 11 marzo 2010), nel rispetto del principio della massima partecipazione e concorrenza.

Si ritiene, pertanto, che la stazione appaltante, nel caso di specie, abbia giustamente reputato, in

conformità al costante insegnamento della giurisprudenza e sulla base del principio di correttezza dell'azione amministrativa, come correlato alla clausola generale di buona fede, che non era possibile traslare a carico del soggetto partecipante alla gara le conseguenze della propria condotta colposa, *“attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione”*(Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 3384 del 21 giugno 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5064 del 17 ottobre 2008, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1186 del 12 marzo 2007). Per cui, stante l'errore commesso nella redazione degli atti di gara, il conflitto tra gli opposti interessi è stato correttamente risolto dando applicazione e prevalenza ai principi di tutela dell'affidamento e della più ampia partecipazione alla gara, potendosi ricorrere in tal caso all'integrazione documentale.

Per quanto riguarda, poi, l'asserita violazione da parte di nove imprese concorrenti del punto 18 lett. f) del disciplinare di gara, per mancata allegazione di certificazione di qualità in originale o in copia autenticata da un'autorità amministrativa o da un notaio, richiesta, a pena di esclusione, al fine di fruire del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della garanzia, appare condivisibile quanto sostenuto nel verbale n. 2 relativo alla seduta pubblica dell'11 marzo 2010, di ritenere soddisfatto tale requisito *“anche dalla presentazione dell'attestato SOA che riporta l'acquisizione della certificazione di qualità e la scadenza della stessa”*

E' indubbio, infatti, che, ai sensi dell'art. 40, comma 3, periodo terzo e seguenti del D.Lgs. n. 163/2006 *“Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di: a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000; b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione....”*. Da ciò discende – come da tempo sostenuto da questa Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Determinazione n. 3 del 6 aprile 2006 e, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 991/2004) – che le SOA, pur avendo natura giuridica di società per azioni di diritto speciale, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia nel rilascio di una attestazione con valore di atto pubblico, la quale ha propriamente la finalità di attestare l'esistenza nei soggetti qualificatisia dei requisiti di ordine generale, nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, sia della certificazione di qualità.

Se così è, l'esclusione delle suddette nove imprese non già a causa dell'omessa produzione di copia della certificazione di qualità, ma di copia autenticata o dell'originale della certificazione medesima, in presenza dell'attestazione SOA prodotta dalle imprese medesime, che già ne certifica l'effettivo possesso con valore di atto pubblico, si tradurrebbe in una formale applicazione di una clausola del disciplinare di gara in contrasto con la finalità dichiaratamente perseguita dall'Amministrazione con tale prescrizione, ossia di mero accertamento del possesso del certificato di qualità in questione al fine della concessione del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della garanzia, nonché con l'evoluzione dell'ordinamento a favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (in tal senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 26 ottobre 2009, n. 2334). Conseguentemente appare corretto ritenere che le suddette nove imprese abbiano sostanzialmente dimostrato il possesso del requisito della certificazione di qualità, richiesto dagli atti di gara, producendo la certificazione di un soggetto, quale la SOA, che, ancorché formalmente privato svolge propriamente la specifica funzione pubblicistica di attestare, tra l'altro, l'esistenza

in capo alle imprese della suddetta certificazione di qualità.

Con riferimento, infine, all'ultima censura mossa dall'impresa istante Mastio Giuseppe S.r.l., concernente l'omessa allegazione, da parte di alcune imprese concorrenti, della dichiarazione espressa che l'offerta presentata avrà una validità di 180 giorni naturali e consecutivi a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, occorre rilevare che l'invocato art. 21 del disciplinare di gara stabilisce che, a pena di esclusione, l'offerta debba *“avere una validità di 180 giorni naturali e consecutivi a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte”*, ma non richiede – come sostiene invece l'istante – che il concorrente deve espressamente dichiarare, a pena di esclusione, di impegnarsi a tenerla valida per 180 giorni.

Pertanto, considerato che la *lex specialis* non modifica in alcun modo il “modello legale” desumibile dall'art. 11, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 dell'offerta avente una validità minima di 180 giorni, ma si limita a riprodurlo, confermando il carattere necessario della predetta caratteristica dell'offerta, la citata disposizione del disciplinare di gara, come recentemente rilevato dalla giurisprudenza amministrativa in fattispecie del tutto analoghe, *“determina un effetto “legale” disciplinante la fattispecie, integrando – quale norma cogente – l'eventuale omissione della dichiarazione, rendendola del tutto irrilevante”* (in tal senso, T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 13 giugno 2001, n. 2750; T.A.R. Lazio, Sez. I, 28 maggio 2007, n. 4914), fermo restando che, come correttamente evidenziato dalla stazione appaltante, una siffatta dichiarazione non era richiesta dal disciplinare di gara, per cui non risulta violata nessuna delle prescrizioni della *lex specialis* dettate a pena di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010