

Parere n.45 del 30/9/2014

PREC 66/2014/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Impresa Athena Restauri S.r.l. – Procedura aperta per *Lavori di restauro della Chiesa Madre Santa Maria delle Stelle a Comiso* – Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 1.092.000,00 – S.A.: Regione Siciliana – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Ragusa.

Omessa dichiarazione per mancanza dei moduli espressamente richiesti. Integrazione tardiva della cauzione di importo insufficiente. Violazione della par condicio. Beneficio della riduzione della cauzione provvisoria. Non spetta se la certificazione di qualità è riferita a lavorazioni diverse da quelle della categoria prevalente.

Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto.

L'integrazione della cauzione provvisoria prestata in misura insufficiente è ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, solamente in ipotesi di evidente errore formale. Al fine di beneficiare del dimezzamento della cauzione provvisoria occorre che vi sia corrispondenza tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità.

Art. 75 d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

L'Impresa Athena Restauri S.r.l. ha presentato in data 6 marzo 2014 istanza di parere in merito alla legittimità dell'operato della stazione appaltante nell'ambito della gara in oggetto.

In particolare l'istante, che è risultato secondo classificato, ha rappresentato che il R.T.I. aggiudicatario, costituito dalle imprese B.O.N.O. Costruzioni S.r.l. (mandataria) e Lucioli Laura (mandante), era stato inizialmente escluso per aver omesso le dichiarazioni, da rendersi da parte del direttore tecnico, di cui ai punti 12 (dichiarazione Clausole Antimafia) e 12.1 (Informazione Antimafia – dichiarazione sostitutiva familiari conviventi) del disciplinare di gara nonché per aver prodotto una cauzione provvisoria di importo inferiore a quanto richiesto dal disciplinare stesso. Successivamente, tuttavia, la Commissione di gara aveva consentito a tutti i partecipanti di integrare la domanda con le dichiarazioni mancanti e aveva altresì ammesso la produzione, da parte del R.T.I. B.O.N.O. Costruzioni/Lucioli Laura, di un'appendice alla polizza fideiussoria ai fini dell'adeguamento dell'importo della cauzione, presentata comunque in misura ridotta del 50 per cento in ragione del possesso della certificazione di qualità.

L'istante ha contestato, quindi, la condotta della stazione appaltante in quanto la dichiarazione di cui al punto 12.1 da parte del direttore tecnico era prevista a pena di esclusione e, ancora, perché ritiene inammissibile l'integrazione tardiva della cauzione originariamente insufficiente.

Sotto questo profilo, inoltre, l'impresa Athena S.r.l. ha rilevato che il R.T.I. aggiudicatario non avrebbe potuto usufruire della riduzione della cauzione provvisoria in quanto, mentre l'impresa mandante Lucioli Laura risulta in possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 per "esecuzione interventi di restauro di dipinti murali, elementi lapidei di opere e mobili e immobili di interesse storico e artistico", corrispondente alla categoria OG2 richiesta dal bando come prevalente, l'impresa mandataria B.O.N.O. Costruzioni S.r.l. possiede la certificazione di qualità ISO 9001:2008 per "manutenzione edifici civili e manutenzione di strade e di rete fognante", corrispondente alle categorie OG1 e OG6 non richieste dal bando.

La stessa ha rilevato, infine, che l'appendice alla polizza originaria riporta solo la firma

dell'impresa capogruppo e non anche quella della mandante.

Con memoria del 27 marzo 2014, la Soprintendenza per i Beni Culturali e Ambientali di Ragusa ha rappresentato, quanto alla tardiva presentazione delle dichiarazioni di cui ai punti 12 e 12.1 del disciplinare di gara, dove si fa riferimento all'utilizzo degli allegati 5 e 5bis, di aver consentito a tutti i partecipanti la produzione tardiva delle suddette dichiarazioni a causa del mancato inserimento, da parte della stazione appaltante, dei citati allegati nei siti telematici previsti, dal giorno della pubblicazione del bando (7 novembre 2013) fino al 19 novembre 2013.

In ordine ai rilievi concernenti la cauzione provvisoria, la stazione appaltante ha osservato come la giurisprudenza la ritenga sanabile se di importo inferiore al previsto. Inoltre, ha ritenuto di ammettere al beneficio della riduzione della predetta cauzione anche l'impresa in possesso di certificazione di qualità per categorie diverse da quella prevalente del bando, sulla base dell'art. 63, comma 2, del d.P.R. 207/2010, a tenore del quale "La certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche".

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità dell'operato della Commissione di gara e della conseguente aggiudicazione al R.T.I. B.O.N.O. Costruzioni S.r.l./Lucioli Laura per i motivi evidenziati in fatto.

La prima contestazione da parte dell'impresa istante riguarda l'aver consentito la produzione tardiva delle dichiarazioni dovute dal direttore tecnico dell'impresa aggiudicataria di cui ai punti 12 (Clausole Antimafia) e 12.1 (Informazione Antimafia – dichiarazione sostitutiva riferita familiari conviventi maggiorenni) del disciplinare di gara, previste a pena di esclusione e per le quali era richiesto di utilizzare i modelli di cui agli allegati 5 e 5bis.

A tale riguardo non può non considerarsi quanto rappresentato dalla S.A. nella memoria di controdeduzioni, dove afferma di aver esercitato il potere di soccorso istruttorio al fine di ovviare all'errore materiale del mancato tempestivo inserimento, sui siti telematici, dei modelli allegati alla domanda, che il disciplinare richiedeva espressamente di utilizzare. Ciò appare dimostrato dalla stessa esposizione dei fatti da parte dell'istante, il quale riferisce che la Commissione di gara chiedeva l'integrazione delle dichiarazioni in parola a n. 20 imprese partecipanti.

Sul punto si richiama il principio di carattere generale per cui non può determinarsi l'esclusione dalla gara per incompletezza della dichiarazione resa sulla scorta di modelli predisposti, qualora il concorrente incorra in errore indotto dalla stazione appaltante, per la formulazione ambigua o equivoca del modello (Cons. di Stato sez. III 4/2/2014 n. 507). In questo caso il modello era richiesto ma non era stato poi reso disponibile.

Con riferimento alla questione della produzione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, si richiamano le considerazioni espresse con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante "**BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici**", dove si **evidenzia che nell'**ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, parte della giurisprudenza ammette l'esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. L'Autorità ha ritenuto tuttavia di ricondurre la questione ai principi generali che presiedono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale, fra le quali può annoverarsi "il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000".

Premesso ciò, occorre considerare che, nel caso di specie, al R.T.I. B.O.N.O. Costruzioni/Lucioli Laura era stato consentito di produrre tardivamente un'appendice alla polizza fideiussoria al fine di raggiungere l'importo della cauzione in misura ridotta (1 per cento), in quanto la S.A. riteneva "sanabile o regolarizzabile la cauzione provvisoria di importo inferiore".

Sulla base dei principi espressi nella sopra richiamata Determinazione n. 4/2012, si ritiene pertanto che il caso di specie non rientri nell'ipotesi di "evidente errore formale", trattandosi di cauzione presentata in misura addirittura inferiore all'importo dimidiato, e di conseguenza che l'integrazione tardiva disposta dalla S.A. sia lesiva della *par condicio* dei concorrenti, e il concorrente dovesse essere escluso. Si precisa comunque che, così come evidenziato dal Consiglio di Stato (Adunanza plenaria 4 ottobre 2005, n. 8), la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte del garantito non assume alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia (Parere di precontenzioso n. 84 del 10 ottobre 2007).

L'esponente rappresenta inoltre che il raggruppamento risultato aggiudicatario si avvaleva del beneficio della riduzione della cauzione provvisoria grazie al possesso della certificazione di qualità (art. 75, comma 7 d.lgs. n. 163/2006).

Occorre evidenziare in proposito che, ai sensi del punto 9 del bando di gara, "nel caso di riunione temporanea d'impresе la riduzione compete solo se ne hanno titolo tutte le imprese riunite".

L'istante contesta quindi l'ammissibilità di tale beneficio in capo al R.T.I. aggiudicatario in quanto la mandataria B.O.N.O. Costruzioni S.r.l. risulta possedere la certificazione di qualità ISO 9001:2008 per "manutenzione edifici civili e manutenzione di strade e di rete fognante", corrispondente alle categorie OG1 e OG6, mentre solamente la mandante Lucioli Laura risulta in possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 per "esecuzione interventi di restauro di dipinti murali, elementi lapidei di opere e mobili e immobili di interesse storico e artistico", corrispondente alla categoria OG2 richiesta dal bando quale categoria prevalente.

La questione della necessità della corrispondenza fra le lavorazioni certificate e le lavorazioni oggetto dell'affidamento, quale presupposto per avvalersi del beneficio della riduzione della cauzione, è stata affrontata con parere di precontenzioso n. 157 del 9 settembre 2010, dove è stato rilevato come tale corrispondenza costituisca il presupposto per avvalersi della riduzione della cauzione. In tale occasione l'Autorità ha considerato che "se è vero, come affermato più volte in giurisprudenza, che non c'è una perfetta coincidenza tra le categorie della qualificazione SOA e l'attestazione di qualità aziendale, è tuttavia ormai *jus receptum* che deve esserci una corrispondenza tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità (cfr. TAR Campania Salerno, sez. I, sentenza n. 6538 del 14 maggio 2010; TAR Puglia Bari, sez. I, sentenza n. 1379 del 3 giugno 2009; TAR Campania Napoli, sez. I, sentenza n. 8841 del 28 giugno 2005). Solo in questo caso, infatti, la certificazione in esame è in grado di "sostituire" in *parte qua* la garanzia richiesta dal legislatore a tutela della stazione appaltante in virtù della capacità riconosciuta alla certificazione di attestare la maggiore affidabilità strutturale ed operativa dell'impresa nell'esecuzione delle lavorazioni da realizzare".

Ne deriva quindi che, nel caso di specie, il raggruppamento temporaneo B.O.N.O.

Costruzioni/Lucioli Laura, in ogni caso avrebbe dovuto presentare la cauzione provvisoria per intero senza avvalersi della riduzione di cui all'art. 75, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006, in ossequio alla *lex specialis* che specificava che "nel caso di riunione temporanea d'impresе la riduzione compete solo se ne hanno titolo tutte le imprese riunite".

Per completezza, con riferimento in particolare al rilievo della S.A. per cui la certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche, appare opportuno richiamare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui "funzione della certificazione di qualità è di attestare la capacità tecnica del concorrente in relazione alle prestazioni che sarà chiamato a svolgere in esecuzione del contratto: per poter assolvere a tale funzione, deve concernere lo specifico oggetto dell'appalto (T.A.R. Napoli sez. VIII, 7 marzo 2012, n. 1125) e implica l'esclusione della partecipante qualora la certificazione prodotta, sebbene conforme alle norme UNI EN ISO, abbia un oggetto diverso da quello della gara (T.A.R. L'Aquila sez. I, 14 luglio 2011, n. 390). (...) Va perciò disatteso l'assunto che muove dal carattere di universalità delle norme sulla certificazione UNI EN ISO, ne afferma l'idoneità a fornire prova dell'impegno organizzativo in disparte dalla dimensione o dal settore di attività cui la certificazione si riferisce. (...) In

quest'ottica, la certificazione di qualità rientra tra i requisiti soggettivi di carattere tecnico - organizzativo la cui inerenza all'oggetto della gara costituisce elemento essenziale della qualità e della serietà dell'offerta, indipendentemente da ogni espressa menzione che possa contenere la *lex specialis*" (TAR Umbria sez. I 28 aprile 2014, n. 228).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'omissione di dichiarazioni che dovevano essere rese su moduli predisposti dalla stazione appaltante, ma, per errore, non allegati agli atti di gara;
- al fine di beneficiare del dimezzamento della cauzione provvisoria occorre che vi sia corrispondenza tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità;
- l'integrazione tardiva della cauzione provvisoria prestata in misura insufficiente è ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, solamente in ipotesi di evidente errore formale. Ove non si tratti di errore formale l'integrazione tardiva della cauzione provvisoria è lesiva della *par condicio* e quindi causa di esclusione.
- pertanto, l'R.T.I. B.O.N.O. Costruzioni/Lucioli Laura andava escluso dalla gara in oggetto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito