

Parere n.65 del 28-30/4/2015

PREC 268-14-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 Società ABF S.r.l. - “*Lavori di miglioramento sismico e messa a sicurezza delle strutture in muratura del plesso scolastico Aldo Moro*” – Importo a base di gara: 179.786,76 euro – S.A.: Comune di Paternò

Cauzione provvisoria – dimezzamento dell’importo della cauzione – certificazione di qualità – concorrente possiede una certificazione di qualità relativa ad una tipologia di prestazioni non corrispondente a quella oggetto del contratto – impossibilità di riconoscere il beneficio del dimezzamento della cauzione – principio del soccorso istruttorio – integrazione dell’importo deficitario della cauzione - necessità

È illegittima la scelta della stazione appaltante di escludere dalla procedura di gara un concorrente che abbia presentato una cauzione di importo dimezzato, pur non possedendo una certificazione di qualità inerente le prestazioni oggetto del contratto, anziché procedere, in applicazione del potere di soccorso istruttorio, alla richiesta al concorrente di integrare, entro un determinato termine, l’importo della cauzione già presentata in sede di partecipazione.

Articolo 46, comma 1-bis e articolo 75 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 1 settembre 2014 è pervenuta l’istanza di parere in epigrafe con la quale la società ABF S.r.l. ha contestato il provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti dal Comune di Paternò nella procedura di gara per l’affidamento dei “Lavori di miglioramento sismico e messa a sicurezza delle strutture in muratura del plesso scolastico Aldo Moro” e la conseguente aggiudicazione del contratto alla seconda in graduatoria, la ditta Rapisarda Pietro Giuseppe, per aver prodotto una cauzione provvisoria di importo dimezzato pur possedendo una certificazione di qualità inerente prestazioni diverse da quelle oggetto del contratto.

In particolare, la stazione appaltante, dopo aver aggiudicato provvisoriamente il contratto alla ditta istante, aveva ricevuto una richiesta di riesame formulata dalla seconda in graduatoria, che lamentava il riconoscimento del beneficio del dimezzamento della cauzione provvisoria all’aggiudicataria, pur non possedendo una certificazione di qualità relativa alla categoria dei lavori oggetto del contratto: la certificazione atteneva a “costruzione di strade”, mentre i lavori da eseguire rientravano nella categoria “opere civili”. Ad esito del procedimento di riesame avviato, il Comune aveva escluso dalla procedura la società A.B.F. S.r.l. ed aveva proceduto all’aggiudicazione provvisoria del contratto alla ditta Rapisarda Pietro Giuseppe.

La società istante ha contestato la legittimità di tale provvedimento, ritenendo sussistente una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 e del principio del soccorso istruttorio, in quanto la stazione appaltante, di fronte ad un importo insufficiente della cauzione avrebbe dovuto procedere alla richiesta della relativa integrazione. Dal suo canto, invece, il Comune ha ribadito la correttezza del proprio operato in considerazione del fatto che la certificazione di qualità di cui la società era in possesso non atteneva ai lavori oggetto del contratto da affidare.

La società istante, il Comune e la ditta aggiudicataria sono stati formalmente avvisati dell’istruttoria con nota di questa Autorità del 30 ottobre 2014 ed hanno partecipato al procedimento, ribadendo la fondatezza delle proprie posizioni.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all’attenzione dell’Autorità presuppone la valutazione della legittimità di un provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che abbia beneficiato del dimezzamento della cauzione ai sensi dell’articolo 75, comma 7, del d.lgs. n.

163/2006, sebbene in possesso di una certificazione di qualità non corrispondente all'oggetto del contratto da affidare e, conseguentemente, l'accertamento dell'eventuale ammissibilità del soccorso istruttorio.

Come noto, la cauzione provvisoria, che il concorrente è tenuto a produrre a corredo dell'offerta alle condizioni di cui all'articolo 75, assolve allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e costituisce liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dalla stazione appaltante in caso di mancata aggiudicazione del contratto per fatto imputabile all'affidatario (cfr. Autorità, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

La medesima disposizione di cui all'articolo 75 prevede poi, al comma 7, la possibilità che l'importo della cauzione sia dimezzato nel caso in cui l'operatore economico possieda la certificazione di qualità aziendale: si tratta di un beneficio che in tanto viene riconosciuto all'impresa in quanto la stessa, proprio perché in possesso della certificazione di qualità, risulta più affidabile sia come concorrente che come contraente.

Al riguardo, rileva infatti evidenziare che, sebbene la certificazione sia riferita ad aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, essa può essere riferita alla globalità delle categorie e classifiche, ovvero può attenersi ad una specifica tipologia di prestazioni, nel qual caso, sarà riportata la relativa indicazione sul certificato. Un'indicazione che non può non essere tenuta in considerazione, anche ai fini del riconoscimento del beneficio del dimezzamento della cauzione: stante infatti la ratio di tale beneficio e la sua finalità premiante, è necessario che, ai fini del relativo riconoscimento, sussista una corrispondenza tra la tipologia di prestazioni di cui alla certificazione di qualità e quella oggetto del contratto da affidare (cfr. in tal senso, Autorità, parere n. 155 del 9 settembre 2010, n. 157 del 9 settembre 2010, TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, sentenza n. 2716 del 21 marzo 2012).

Nel caso di specie, dunque, poiché la società istante era in possesso di una certificazione di qualità riferita ad una tipologia di prestazioni diverse da quelle oggetto della procedura, ad essa non poteva riconoscersi il beneficio del dimezzamento della cauzione ai sensi dell'articolo 75, comma 7.

Tuttavia, stante l'avvenuto versamento di un importo della cauzione in misura inferiore rispetto a quanto prescritto, la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso istruttorio richiedendo all'impresa di integrare, entro un determinato termine, l'importo deficitario.

Ciò alla luce della lettura fornita dell'istituto del soccorso istruttorio da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha precisato come il soccorso istruttorio, che costituisce un *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi, sia finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare e ad evitare qualunque forma di aggravio procedimentale sui concorrenti, nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, del canone di imparzialità dell'attività amministrativa e del principio generale di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta (cfr.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9 del 25 febbraio 2014). È stato altresì evidenziato come esso costituisca un doveroso adempimento per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive e che, pertanto, l'esclusione dalla procedura sia una sanzione legittimamente applicabile unicamente in caso di omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante.

Tale principio, secondo l'Adunanza Plenaria - che nella sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 si è espressa con riferimento alle modifiche normative intervenute con il d.l. n. 90/2014, mediante l'introduzione degli articoli 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter - è da considerarsi un indice ermeneutico della chiara volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza dell'inosservanza da parte del concorrente dell'obbligo di integrazione documentale.

Nei medesimi termini si è espressa altresì l'Autorità nella determinazione n. 1 del 9 gennaio 2015, nella quale, proprio con riferimento alla cauzione provvisoria, è stato specificato che le novità normative introdotte trovano applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza,

incompletezza e irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare il rischio di ledere il principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Sulla base di tali argomentazioni ed in ragione dei menzionati canoni ermeneutici, dunque, nel caso di specie, la stazione appaltante, in sede di apertura della documentazione amministrativa avrebbe dovuto rilevare l'insufficienza dell'importo della cauzione versata dal concorrente, stante la non corrispondenza tra la certificazione di qualità e la tipologia di lavori oggetto del contratto e, conseguentemente, in virtù del principio del soccorso istruttorio, richiedere alla società di provvedere, entro un determinato termine, ad integrare l'importo della cauzione già costituita alla data di presentazione dell'offerta e con decorrenza da tale data, preservando in tal modo la par condicio tra i concorrenti.

Peraltro, il fatto che l'amministrazione, in seduta di gara, non abbia rilevato l'insufficienza della cauzione versata dal concorrente e non abbia provveduto all'applicazione del soccorso istruttorio costituisce un errore della stazione appaltante che non può tuttavia riverberarsi in alcun modo sul concorrente odierno istante, che doveva, invece, essere ammesso al soccorso istruttorio, anche ad esito del procedimento in autotutela avviato dal Comune e, se del caso, essere escluso esclusivamente in esito all'eventuale inerzia rispetto alla richiesta di integrazione della stazione appaltante.

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non corretta la scelta del Comune, ad esito del procedimento in autotutela espletato, dal quale è risultato il mancato possesso di una certificazione di qualità inerente la tipologia di prestazioni oggetto del contratto, di escludere la società ABF Srl dalla procedura di gara per aver presentato una cauzione di importo dimezzato, senza procedere, in applicazione del potere di soccorso istruttorio, alla richiesta di integrazione del relativo importo.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2015

Il Segretario Maria Esposito