

Parere n. 38 del 26 febbraio 2014

PREC 143/13/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 OMNIA PROGETTI srl - "Messa in sicurezza del costone roccioso, C.da San Giovanni" - Importo a base di gara € 997.458,66 S.A.: Comune di Corleone.

Artt. 38 e 75, comma 7, D.Lgs. n.163/2006 - Requisiti di ordine generale e riduzione della garanzia a corredo dell'offerta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14.05.2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale la società OMNIA PROGETTI S.r.l., con riferimento alla procedura di gara indicata in oggetto, ha dedotto che la Commissione, all'esito della svolgimento delle operazioni di gara, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria all'ATI Demetra Lavori S.r.l. (mandataria) - Esseti S.r.l. (mandante), illegittimamente ammessa a partecipare, come attestato dalla documentazione dalla stessa prodotta.

Secondo l'istante:

1. il legale rappresentante della mandante Esseti ha dichiarato che "nella propria impresa non vi sono soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando", diversamente da quanto emerge dal certificato camerale storico, risultando cessato dalla carica in data 17.01.2012 l'ing. Adriano Pessina, indicato come responsabile tecnico e già direttore tecnico; con conseguente "falsa dichiarazione" e violazione dell'art.38 D.Lgs. n.163/2006, richiamato dall'art.4 lett. d.2) ed e) del Disciplinare;
2. per usufruire dell'abbattimento della cauzione la partecipante avrebbe dovuto dimostrare il possesso di una certificazione di qualità, in corso di validità (art.9 del Bando) nonché attinente alle categorie previste dal Bando (OS21 cl. III e OS12 cl. I), a pena di esclusione (cfr. anche punto 7 del Disciplinare). L'aggiudicataria ha invece prodotto una certificazione di qualità rilasciata dalla Moody International, citata nella SOA per le lavorazioni prescritte dal Bando, non valida.

Ed infatti, secondo quanto attestato nel certificato prodotto, rilasciato dalla Moody International, valido fino al 13.10.2012 (e dunque non anche al 18.10.2012, data di presentazione della domanda di partecipazione), "la validità del presente certificato è subordinata a sorveglianza periodica annuale ed al riesame completo del sistema di gestione per la qualità entro il 29.08.2012". Pertanto, non essendo stato completato il riesame nel termine prescritto, la certificazione risultava decaduta e quindi inidonea a giustificare l'abbattimento della cauzione prevista.

Né a conclusioni diverse può pervenirsi sulla base della nota del 10.10.2012, allegata dalla Demetra al succitato certificato di qualità, proveniente da una diversa società di certificazione (la PLC S.r.l.), che si limitava a comunicare l'avvio di un nuovo iter di certificazione e l'avvenuto svolgimento di un positivo "audit", in data 3-4/10/2012; per poi affermare contraddittoriamente, con nota del 18.04.2013, di avere rilasciato il certificato di qualità in data utile all'uopo (08.10.2012).

L'impresa istante ha quindi richiesto parere a questa Autorità in merito alle questioni prospettate.

La società OMNIA PROGETTI S.r.l., il Comune di Corleone e l'ATI Demetra Lavori S.r.l. - Esseti S.r.l. sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità in data 20.06.2013.

Con nota del 25.06.2013 la S.A. ha rappresentato che, a seguito di accertamenti eseguiti con riferimento alle osservazioni della OMNIA PROGETTI S.r.l., è emerso quanto segue:

1. dalla certificazione camerale storica della Esseti si evince che nessun soggetto che ricopriva cariche o qualifiche quali "titolari, soci nelle società in nome collettivo, direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza e soci accomandatari" risulta cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del Bando; in particolare, l'ing. Adriano Pessina risulta aver ricoperto l'incarico di "responsabile tecnico" ed essere cessato dalla carica di "direttore tecnico" in data 22.11.2010;
2. la PLC S.r.l. con nota dell'8.05.2013 ha dichiarato la validità del certificato n.889/A/2012 rilasciato alla Demetra Lavori, confermato in data 8.10.2012; mentre l'ACCREDIA, con nota del 16.05.2013, ha comunicato che la data di delibera del certificato rilasciato all'impresa Demetra Lavori l'8.10.2012, coincide con la data di aggiornamento del certificato stesso, in ottemperanza a quanto previsto dalla norma di riferimento UNI CEI EN ISO/IEC 17021:2011.

A seguito dei suddetti riscontri, con nota del 20.05.2013, è stata comunicata alla OMNIA PROGETTI S.r.l. ed alla mandataria Demetra Lavori S.r.l. la conferma dell'aggiudicazione provvisoria in questione.

Con nota del 27.06.2013 il Legale dell'ATI Demetra S.r.l. - Esseti S.r.l. ha evidenziato l'infondatezza delle censure prospettate dalla istante OMNIA PROGETTI S.r.l., deducendo quanto segue:

1. l'ing. Pessina, cessato dalla carica in data 17.01.2012, non è mai stato "direttore tecnico", avendo svolto solo funzioni di "responsabile tecnico" (come attestato dal certificato CCIAA dell'impresa aggiudicataria), con conseguente insussistenza di alcun obbligo di dichiarazione, come chiarito dalla giurisprudenza in materia;
2. L'Ente certificatore ha trasmesso il certificato n.889/A/2012 dal quale risulta in modo incontrovertibile che il certificato di qualità è stato emesso in data 8.10.2012 e, quindi, in data antecedente alla gara ed anche alla scadenza del precedente certificato; come chiarito dalla PLC, con nota dell'8.05.2013, e da ACCREDIA, con nota del 16.05.2013. Peraltro, anche l'attestazione SOA prodotta in sede di gara dalla Demetra attestava la qualità fino al 24.10.2012, per cui non vi era sotto alcun profilo carenza del requisito in questione.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda l'affidamento dei lavori per la "Messa in sicurezza del costone roccioso, C.da San Giovanni" ed, in particolare, la legittimità o meno dell'aggiudicazione provvisoria disposta a favore dell'A.t.i. Demetra Lavori S.r.l. (mandataria) - Esseti S.r.l. (mandante), sotto due profili di seguito enucleati.

L'istante, nello specifico, ha contestato: 1) la dichiarazione negativa resa dal legale rappresentante della mandante Esseti srl, che sarebbe contraddetta dalle risultanze del certificato camerale storico, risultando cessato dalla carica - in data 17.01.2012 - l'ing. Adriano Pessina, indicato come responsabile tecnico e già direttore tecnico; con conseguente "falsa dichiarazione" e violazione dell'art.38 D.Lgs. n.163/2006, richiamato dall'art.4 lettere d.2) ed e) del Disciplinare; 2) l'illegittimo abbattimento della cauzione provvisoria, per non avere la partecipante dimostrato il possesso di una certificazione di qualità in corso di validità nonché attinente alle categorie previste dal Bando, a pena di esclusione.

Con riferimento al primo punto si osserva quanto segue.

Si premette che dall'esame della visura storica della Esseti S.r.l. risulta che l'ing. Adriano Pessina ha assunto la carica di "procuratore" dal 16.01.2004; la carica di "direttore tecnico" dal 21.01.2008 fino al 30.11.2010; mentre è cessato dalla carica di "responsabile tecnico procuratore con i poteri di cui all'atto del 16.01.2004" in data 17.01.2012.

Per quanto concerne la dichiarazione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara, il disciplinare, a pag. 20 punto d.2), ha previsto: "i nominativi, le date di nascita, la residenza degli eventuali titolari, soci nelle società in nome collettivo, direttori tecnici, amministratori muniti di potere di rappresentanza e soci accomandatari cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara".

Pertanto, non può ritenersi integrata una "falsa dichiarazione" con riferimento alla posizione dell'ing. Pessina, in quanto lo stesso non rientrava nelle tassative categorie previste, avendo cessato le funzioni di "direttore tecnico" a far data dal 30.11.2010, quindi oltre l'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

Per completezza, si richiamano inoltre i precedenti pareri di questa Autorità n. 74 del 16.05.2012 e n. 211 del 19.12.2012, in cui si è evidenziato quanto segue: "Occorre, inoltre considerare che, per espressa disposizione legislativa, le cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1 del D.Lgs. 163/2006 operano sia con riferimento al titolare dell'impresa individuale o al socio della società in nome collettivo o al socio accomandatario della società in accomandita semplice o agli amministratori muniti di potere di rappresentanza se si tratta di altro tipo di società, sia con riferimento ai direttori tecnici dei predetti soggetti. Si tratta, evidentemente, di una disposizione che ha la chiara finalità di attuare un controllo effettivo sulla idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza".

Giova, inoltre, richiamare, in adesione al più recente orientamento dei giudici amministrativi, una pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, sent. del 21.10.2011, n.5638 in ordine sia alla differenza di ruoli e mansioni tra "direttore tecnico" e "responsabile tecnico" sia alla non suscettibilità di applicazioni estensive all'individuazione del novero dei soggetti nei cui confronti grava l'onere di dimostrare fattori pregiudizievoli ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006. .

Nel caso di specie, come emerge dall' "atto di procura" del 16.01.2004, le funzioni conferite all'ing. Pessina non sono riconducibili alle qualifiche sopra elencate, essendo limitate a quelle di responsabile tecnico, senza alcun potere di rappresentanza ed essendo le funzioni di "direttore tecnico" state attribuite dal 30.11.2010 ad altro soggetto. Conseguentemente, non appare fondata la censura dell'istante riguardante la dichiarazione negativa resa dalla società Esseti srl.

Con riferimento al quesito di cui al punto 2) si osserva quanto segue.

L'art.75 D.Lgs. n.163/2006, al comma 7, prevede che "L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti".

L'art. 9 del bando e il punto 7) del Disciplinare prevedono, con riferimento alla riduzione del 50% della cauzione provvisoria, che "I concorrenti e le imprese ausiliari in possesso della certificazione di qualità, in corso di validità, conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, rilasciata da

organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI ISO/IEC 17000, relativa alla categoria/categorie dei lavori da eseguire e per i quali si qualifica, ai sensi dell'art.40, comma 7 del "Codice dei contratti" usufruiscono della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria e definitiva in caso di aggiudicazione allegando il relativo certificato in originale o in copia autenticata nei modi prescritti dalle norme vigenti in materia. La riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria utilizzando la certificazione di qualità relativa ad un processo lavorativo per categoria/e diversa/e da quelle richieste nel presente bando comporterà l'esclusione dalla procedura di gara".

Nel caso di specie, l'istante ritiene che la mandataria Demetra S.r.l. abbia prodotto una certificazione di qualità non valida, per le ragioni sopra meglio enucleate.

All'esito dell'esame della documentazione pervenuta, questa Autorità non ritiene legittima la riduzione della cauzione provvisoria prestata dalla Demetra S.r.l., condividendo le osservazioni della OMNIA PROGETTI al riguardo.

Ed invero, non risulta essere stata allegata dalla Demetra S.r.l. la certificazione di qualità, in corso di validità (art.9 del Bando) nonché attinente alle categorie previste dal Bando (OS21 cl. III e OS12 cl. I), a pena di esclusione (cfr. anche punto 7 del Disciplinare).

Si rappresenta che il diverso Il certificato presentato, risulta comunque valido fino al 13.10.2012 (quindi fino a data anteriore rispetto a quella di presentazione delle offerte: 18.10.2012). A ciò aggiungasi che non vale a superare l'inidoneità dello stesso, la nota proveniente da una diversa società di certificazione che comunica l'avvio di un nuovo procedimento di certificazione, senza fornire indicazioni specifiche, anche in merito alle categorie dei lavori in questione.

Si rilevano, poi, incongruenze tra quanto dichiarato dalla PLC S.r.l. nella nota del 10.10.2012 (in merito alla successiva emissione del certificato, che sarebbe avvenuta a conclusione dell'attività di Delibera del Comitato tecnico all'uopo preposto) e quanto affermato nella nota del 18.04.2013 dalla stessa società, che nel certificato alla stessa allegato, indica quale "data di aggiornamento" l'8.10.2012, pur confermando che "il certificato n.889/A/2012 rilasciato alla DEMETRA LAVORI S.r.l. per il rinnovo ai sensi della UNI EN ISO 9001:2008, alla data del 18/10/2012 da Voi richiesta, era valido avendo l'Azienda proseguito l'iter di certificazione senza soluzione di continuità".

Al riguardo, si richiama anche il parere di precontenzioso n. 55 del 4.04.2012 di questa Autorità che, conformemente alla giurisprudenza amministrativa in materia, ha ritenuto che ciò che deve essere preso in considerazione è l'effettivo possesso da parte del concorrente del certificato ISO in corso di validità al momento della partecipazione alla gara.

Pertanto, illegittimamente la Demetra S.r.l., nella qualità di mandataria dell'A.t.i. suindicata, ha presentato una cauzione provvisoria ridotta, senza dimostrare il possesso di un valido certificato, secondo quanto prescritto dall'art.75 del D.Lgs.n. 163/2006 e dalla *lex specialis* di gara.

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che sia illegittima la riduzione della cauzione provvisoria prestata dall'ATI avente Demetra srl nella qualità sopra indicata.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito