



DELIBERA N. 533

21 novembre 2023

Oggetto

Istanza congiunta, per adesione successiva, di parere per la soluzione delle controversie, ex articolo 211, comma 1, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, presentata da Costruzioni MCG s.r.l. e Provincia di BIELLA - Procedura negoziata, senza bando di gara, mediante piattaforma MEPA per l'affidamento di lavori di costruzione nuova mensa a servizio scuola secondaria di 1° grado Dante Alighieri del comune di Vigliano – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - CIG 9872708061 - Importo a base di gara: euro 311.654,24 - S.A.: Provincia di BIELLA

UPREC/PRE/0709/2023/L/PREC (FASC. 4338/2023)

Riferimenti normativi

Art. 84, d.lgs. 50/2016;

Art. 60, commi 2, 3 e 4, d.p.r. 207/2010;

Parole chiave

Appalto – lavori – importo superiore a 150.000,00 – criteri di selezione – qualificazione – certificazione di qualità e ambientale – contratto di avvalimento – soccorso istruttorio – esclusione

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Importo superiore a 150.000,00 - Scelta del contraente – Requisiti - Qualificazione - Certificazioni di qualità e ambientali – Avvalimento – Esclusione – Disciplina di settore – non conforme

Appare non conforme alla normativa di settore la scelta della Stazione appaltante di prevedere per l'affidamento di lavori d'importo superiore a euro 150.000,00, requisiti tecnico-professionali - certificazione UNI EN ISO 9001 e certificazione secondo la norma tecnica UNI EN ISO 14001 - diversi e ulteriori rispetto all'attestazione SOA

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 novembre 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 67296 del 24 agosto 2023;

VISTA la contestazione dell'istante della propria esclusione dalla procedura di gara in oggetto perché, diversamente da quanto rilevato dalla SA, la ditta ausiliaria possedeva le certificazioni ISO 9001 e ISO 14001 richieste quale requisito di partecipazione che, seppur non espressamente indicate nel contratto di avvalimento sottoscritto con l'istante, erano da intendersi incluse poiché aveva ad oggetto il know how aziendale, rilevando, peraltro, che il possesso delle certificazioni di qualità non è requisito necessario per gli appalti di lavori annoverabili nella SOA Categoria OG1, Classifica II, ai sensi del d.lgs. 50/2016, mentre lo è per quelli di valore superiore ad Euro 516.000,00, annoverabili nelle Categorie III;

VISTA l'adesione della Provincia di Biella del 29 agosto 2023;

VISTA l'integrazione documentale e del contraddittorio dell'istante del 23 settembre 2023;

VISTO l'avvio del procedimento, comunicato in data 2 ottobre 2023;

VISTE le memorie e i documenti depositati in atti dalle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della SA, che ha chiesto il rigetto dell'istanza, allegando il contratto di avvalimento, rappresentando di aver chiesto all'istante d'integrare l'offerta - in quanto incompleta delle certificazioni ISO 9001 e ISO 14001 in quanto non indicate nel contratto di avvalimento, né allo stesso allegate - integrando il contratto d'avvalimento «con un oggetto dettagliato e coerente con i requisiti richiesti: certificazioni ISO», e precisando che non sarebbe stato ammesso «l'avvalimento delle certificazioni ISO se non a condizione che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione» ma che l'istante non ha proceduto alle integrazioni richieste ed è stato escluso con la motivazione che «il contratto di avvalimento non ha ad oggetto la certificazione di qualità ma si riferisce esclusivamente al possesso della SOA in categoria OG1 classifica II – classifica che peraltro non presuppone nemmeno il possesso delle certificazioni suddette».

RILEVATO che la SA, sulla prima questione, ha chiarito che il contratto di avvalimento è generico perché non prevede la messa a disposizione in favore dell'istante né delle certificazioni ISO richieste, né dell'organizzazione aziendale che ha consentito all'ausiliaria di acquisire detta certificazione ma prevede la messa a disposizione delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto (punto 8), indicando la sola carenza del requisito relativo alla categoria OG1 classifica II e che dette carenze hanno determinato l'esclusione dell'istante e il quesito dell'istante è a suo parere fuorviante poiché non illustra correttamente il motivo dell'esclusione. Sulla seconda questione, ha rappresentato che la certificazione richiesta, sebbene non obbligatoria, fosse giustificata dall'oggetto del contratto poiché «all'art. 2 comma 5 del Capitolato Speciale D'Appalto viene espressamente indicato che "Per la partecipazione al presente appalto l'Appaltatore, dovendo rispettare quanto indicato nei DNSH, nel Decreto del Ministero della Transizione Ecologica 23 giugno 2022 "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di progettazione di interventi edilizi, per l'affidamento dei lavori per interventi edilizi e per l'affidamento congiunto di progettazione e lavori per interventi edilizi", deve essere in possesso delle seguenti certificazioni: Certificazione UNI EN ISO 9001 e certificazione secondo la norma tecnica UNI EN ISO 14001 in corso di validità» e nel bando era prevista anche la registrazione EMAS secondo il regolamento (CE) n. 1221/2009 sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit



(EMAS); per l'effetto, l'operatore privo delle certificazioni richieste avrebbe potuto presentare altre certificazioni equipollenti, idonee a certificare i livelli ambientali richiesti dai CAM ma l'istante non l'ha fatto;

VISTA, in particolare, la memoria dell'aggiudicatario che ha rappresentato che 1) i requisiti di partecipazione sono stabiliti dalla SA con ampia discrezionalità, sindacabile solo in caso di manifesta arbitrarietà e irragionevolezza, che non sussiste nel caso di una disposizione che prevede quale requisito di partecipazione il possesso della certificazione ISO 9001 e ISO 140001, in ragione della natura dell'opera e delle risorse del PNRR utilizzate, che può essere anche oggetto di avvalimento; 2) il contratto di avvalimento presentato in sede di gara dall'istante, difforme dall'art. 89 d.lgs. 50/2016, non indica espressamente le suddette certificazioni (requisiti) che vengono messe a disposizione, né il relativo personale (risorse) addetto alla realizzazione e al rispetto dei rispettivi progetti e piani aziendali e operativi; il know-how è espressione generica che non consente di circoscrivere l'ambito di responsabilità dell'ausiliario in caso di omesso rispetto del processo certificato e di individuare esattamente il requisito concesso, tanto che l'istante stesso ne ha dovuto spiegare il significato; la SA, tuttavia, non può interpretare quanto dichiarato ma deve attenersi;

RILEVATO, altresì, che l'aggiudicatario ha rappresentato che il contratto di avvalimento dell'istante viola l'art. 89, d.lgs. 50/2016, perché non specifica i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione dell'ausiliario e non è stato integrato come richiesto dalla SA e che ciò equivale a carenza dei requisiti di partecipazione e giustifica l'esclusione dalla gara, che appare legittima, come la conseguente aggiudicazione e consegna dei lavori in suo favore;

VISTO che, ai sensi dell'art. 18 del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" (approvato con delibera del Consiglio n. 267 del 20 giugno 2023), alle istanze di precontenzioso relative alle procedure di affidamento disciplinate dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, continua ad applicarsi il "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" (di cui alla delibera del Consiglio dell'Autorità n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022);

CONSIDERATO che l'istante ha sottoposto all'Autorità i seguenti quesiti: «1) Se nel contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria si impegna formalmente a mettere a disposizione l'intera organizzazione aziendale al 100%, e, tra questa, il suo Know-How tecnologico e aziendale (da intendersi, in primis, anche se non esplicitato testualmente, proprio quale riferimento alle certificazioni qualitative ISO 9001 e ISO 14001 richieste con soccorso istruttorio) può l'istante impresa ausiliaria essere esclusa perché, al contrario, la S.U.A. ha rilevato la carenza della necessaria certificazione di qualità? 2) A tutto concedere, essendo il bando in questione [...] annoverabile nella SOA Categoria OG1, Classifica II, per la quale, ai sensi e per gli effetti del D. Lgs 50/2016 [...] non è necessario il possesso delle certificazioni di qualità [...] l'impresa odierna istante può essere esclusa per mancanza del requisito speciale di partecipazione, oppure l'esclusione è illegittima poiché lo stesso è da considerarsi vessatorio e contrario al carattere di lex specialis volta ad assicurare la più ampia partecipazione possibile?»;

RILEVATO che dall'esame dei quesiti – aventi a oggetto i requisiti di partecipazione scelti dalla SA e le relative verifiche svolte dalla S.A. sotto il profilo tecnico – e dei documenti di gara, la questione sottoposta all'Autorità verte sulla legittimità, nella gara in esame per l'affidamento di lavori d'importo superiore a 150.00, 00 euro, della previsione di requisiti di partecipazione ulteriori rispetto all'attestazione SOA e della conseguente esclusione dell'istante a causa dell'omessa indicazione di detti requisiti nel contratto di avvalimento stipulato dall'istante con l'ausiliario di cui si è avvalso per la partecipazione;



VISTO il bando di gara che, tra i requisiti di capacità tecnico professionale prevede - oltre alla certificazione SOA per lavori in Categoria OG1 - «certificazioni UNI EN ISO 9001 e certificazione secondo la norma tecnica UNI EN ISO 14001 in corso di validità o registrazione EMAS secondo il regolamento comunitario (CE) n. 1221/2009 sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS)»;

VISTA la Determinazione di aggiudicazione n. 1190 del 01.08.2023, da cui emerge che «Durante la fase di esame della documentazione amministrativa è stato attivato il soccorso istruttorio in capo alla ditta COSTRUZIONI MCG SRL - che ha partecipato in avvalimento con l'impresa ausiliaria LE.CO.GEN srl di San Nicola da Crissa VV - in quanto l'operatore economico non era risultato in possesso delle qualificazioni ISO, previste come requisito speciale di partecipazione. All'esito del soccorso istruttorio, in data 28/07/2023 con prot. 17236 il concorrente COSTRUZIONI MCG SRL è stato escluso per la seguente motivazione: "il contratto di avvalimento non ha ad oggetto la certificazione di qualità ma si riferisce esclusivamente al possesso della SOA in categoria OG1 classifica II – classifica che peraltro non presuppone nemmeno il possesso delle certificazioni suddette"»;

RILEVATO che l'istante ha partecipato alla procedura di gara in esame, per l'affidamento di lavori d'importo superiore a euro 150.000,00 e inferiore alla soglia comunitaria, in avvalimento con l'impresa ausiliaria ed è stato escluso dalla procedura di gara in data 28.07.2023, all'esito del soccorso istruttorio, per carenza delle certificazioni richieste;

CONSIDERATO che recentemente l'Autorità, con Delibera n. 140 del 4 aprile 2023, ha accertato la non conformità di una procedura di gara «agli articoli 84 del D.lgs. 50/2016 e 60 comma 4, del D.P.R. n. 207/2010 a fronte dell'illegittima previsione di requisiti economico finanziari ulteriori rispetto all'attestazione SOA» poiché «l'attestazione SOA costituisce presupposto sufficiente per la partecipazione alle gare, senza che vi sia la necessità per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione (in tal senso, da ultimo Delibera n. 26 del 07 gennaio 2021). In particolare, è stato affermato il principio per il quale "il possesso di qualificazione SOA assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione" (Delibera n. 601 del 31.05.2017; in tal senso anche Parere n. 108 del 9 giugno 2011). Inoltre, nel "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" l'Autorità ha ribadito che in base alla normativa deve escludersi la possibilità per le amministrazioni di prescrivere ulteriori adempimenti rispetto alle previsioni normative per la partecipazione agli appalti pubblici (da ultimo richiamato anche nella Delibera n. 220 del 09.03.2021). Appare chiaro dunque che la stazione appaltante non potesse richiedere requisiti ulteriori, costituendo gli stessi solo un onere aggiuntivo per i concorrenti in violazione dei principi di speditezza dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento»;

CONSIDERATO, altresì, che l'Autorità ha ripetutamente affermato che «l'attestazione di qualificazione nelle procedure di gara per l'affidamento di appalti di lavori pubblici è obbligatoria se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000 euro» (parere di precontenzioso, delibera n. 919 del 03.11.2020; in tal senso, parere di precontenzioso, delibera n. 747 del 30.09.2020) e che «negli appalti di lavori, il sistema di qualificazione basato sull'attestazione SOA costituisce un sistema unico per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che il possesso dell'attestazione SOA per le categorie e le classifiche corrispondenti ai lavori da eseguire è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla relativa procedura, senza che sia possibile alla stazione



appaltante individuare ulteriori requisiti di partecipazione» (parere di precontenzioso, delibera n. 119 del 10.02.2021; in tal senso, da ultimo, parere di precontenzioso, delibera n. 220 del 09.3.2021);

RILEVATO, altresì, che in tal senso si è pronunciata la prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Cons. Giust. Amm. Sicilia, 27 aprile 2023, n. 314; Cons. St., sez. V, 14 giugno 2021 n. 4622);

RILEVATO, per tutte le motivazioni che precedono, che la scelta della stazione appaltante sui requisiti di partecipazione e la relativa valutazione in sede di verifica del possesso in capo all'istante, appaiono manifestamente arbitrarie poiché la stazione appaltante non poteva prevedere per l'affidamento di lavori d'importo superiore a euro 150.000,00, requisiti tecnico-professionali - certificazione UNI EN ISO 9001 e certificazione secondo la norma tecnica UNI EN ISO 14001 - diversi e ulteriori rispetto all'attestazione SOA, in difformità dalla normativa di settore (art. 60, commi 2, 3 e 4, d.p.r. 270/2010; art. 84, comma 1, d.lgs. 50/2016);

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la scelta dei requisiti di capacità tecnica della procedura di gara in esame, così come interpretati dalla Provincia di Biella, e la relativa verifica circa il mancato possesso dei suddetti requisiti in capo alla società Costruzioni MCG s.r.l. siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, e che pertanto l'operato della stazione appaltante appare non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 novembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente