

PARERE N. 94 del 7 maggio 2014

PREC 287/2013/L

OGGETTO: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006, presentate dalla Società CO.GE.STRA a r.l. e dal Consorzio Stabile SIN.TE.SI A.c.a.r.l. "Lavori di ripristino S.P. n. 32 di Mulazzo - Parana - Montereccio Comune di Mulazzo - MS - II Lotto funzionale" - Importo a base d'asta Euro 2.370.160,00 - S.A. Provincia di Massa Carrara.

ART. 75 D.Lgs. n. 163/2006 - Dimezzamento della cauzione provvisoria - Mancanza della certificazione di qualità aziendale. Esclusione. Cauzione provvisoria di importo deficitario. Esclusione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 novembre 2013 e 21 novembre 2013 sono pervenute le istanze indicate in epigrafe con cui la Società CO.GE.STRA. a r.l. ed il Consorzio Stabile SINTE.SI. S.c.a.r.l. chiedono un parere in merito alla loro esclusione dalla procedura di gara, indetta per l'esecuzione dei lavori di ripristino della strada provinciale n. 32 Mulazzo - Parana - Montereccio - Comune di Mulazzo, II lotto funzionale, di importo posto a base di gara pari ad euro 2.283.000 da affidare mediante procedura aperta ex art. 55 del decreto legislativo 163 del 2006.

In particolare, la società CO.GE.STRA lamenta l'illegittimità della propria esclusione operata sulla base della presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, mentre, il Consorzio stabile SINTE.SI lamenta l'illegittimità della propria esclusione disposta per mancata produzione di copia conforme della certificazione di qualità, richiesta dal bando di gara a pena d'esclusione, in presenza di una garanzia provvisoria, ex articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, di importo dimezzato pari al 50 % di quella stabilita ai sensi del punto 5) del bando di gara.

La società CO.GE.STRA sostiene inoltre che la presentazione in sede di offerta di una polizza irregolare o incompleta non costituirebbe, in ogni caso, un presupposto legittimo di esclusione da una procedura selettiva pubblica.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota del 12 dicembre 2013, hanno fatto seguito in data 07.01.2014, le controdeduzioni della S.A. con le quali sostiene la legittimità del proprio operato. Più precisamente, con riferimento al Consorzio stabile SINTE.SI, ritiene legittima l'esclusione adottata, con rinvio alla specifica disciplina contenuta nella lex specialis dispositiva, a pena di esclusione, dell'onere di produzione di copia conforme della certificazione di qualità ad opera del soggetto partecipante, in caso di presentazione di una garanzia provvisoria dimezzata del 50% rispetto alla misura ordinariamente prevista. La S.A. richiama a sostegno di tale prospettazione la previsione di cui all'art. 75, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con la previsione del bando di gara di cui al punto 5, sopra indicato, secondo cui i concorrenti e le imprese ausiliarie 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 ISO 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, relativa alla categoria dei lavori da eseguire per i quali si qualifica, ai sensi dell'articolo 40, comma 7 del codice dei contratti, usufruiscono della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria, allegando, a pena d'esclusione copia conforme della suddetta documentazione di qualità.

Con riferimento all'esclusione adottata nei confronti della società CO.GE.STRA, la S.A. ha sottolineato l'importanza ricoperta dalla cauzione provvisoria quale parte strutturale dell'offerta stessa e non elemento di corredo della stessa. Insistendo che la percentuale del 2% non è stata genericamente inserita nella lex specialis, ma calcolata e numericamente quantificata e riportata al fine di non fare incorrere i partecipanti in irregolarità di calcolo che avrebbero dato luogo ad esclusione.

Ritenuto in diritto

Le questioni sottoposte all'esame dell'Autorità in quanto incidenti sulla medesima procedura di gara, meritano una trattazione congiunta.

In merito al quesito sottoposto dal Consorzio stabile SINTE.SI, la S.A. fonda l'esclusione dalla procedura de qua richiamando, in particolare, le disposizioni di cui all'articolo 75, comma 7 e 40, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché la previsione di cui al punto 5) del bando di gara che prevede l'esclusione dalla gara per omessa allegazione di copia conforme della documentazione di qualità per coloro che usufruiscono della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria. Il quadro normativo di riferimento prevede (ex art. 75), per quel che concerne i settori ordinari, che l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente, la quale deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della

garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Il citato art. 75 prevede, poi, al comma 7 la riduzione dell'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, in misura pari al 50 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, nonché per poter fruire di tale beneficio, che l'operatore economico segnali, in sede di offerta, il possesso del requisito, documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti.

Tale beneficio trova, altresì, espressa conferma anche nella previsione di cui all'art. 40, comma 7 del codice dei contratti prevedendo, in favore delle imprese alle 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 di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, di poter usufruire del beneficio di riduzione del 50 % sia della cauzione che della garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dall'articolo 75 e dall'articolo 113 comma 1, del codice dei contratti.

Orbene, il quadro normativo appena delineato risponde, *ictu oculi*, all'esigenza di garantire, per quanto possibile, la futura esatta esecuzione dei rapporti contrattuali pubblici già in una fase che precede la costituzione del vincolo contrattuale.

Da ciò discende, in aderenza alla ratio che permea l'istituto della garanzia provvisoria di cui al comma 1 dell'art. 75 che i casi di esclusione per insanabilità della cauzione medesima devono considerarsi riconducibili esclusivamente alle ipotesi di: mancata presentazione della cauzione provvisoria ed alle situazioni ad essa equiparabili tra cui il caso di chi dichiara genericamente un impegno pro futuro a presentare la cauzione provvisoria, ovvero di chi dichiara di esserne in possesso, senza produrre materialmente la garanzia, ovvero produzione di una garanzia del tutto sprovvista degli elementi di cui al cit. art. 75 comma 4, relativi all'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, alla rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2, del codice civile.

In subiecta materia, occorre rilevare che questa Autorità ha ripetutamente affermato che il beneficio di cui all'articolo 75, comma 7, altro non può che ritenersi applicabile in presenza di una condizione soggettiva del partecipante alla procedura selettiva comprovata dal possesso della certificazione di qualità, ossia da documentazione legale idonea ad accertarne maggiore affidabilità rispetto ad altri concorrenti, la quale deve essere, dunque, materialmente prodotta in sede di presentazione della documentazione posta a corredo della domanda di partecipazione alla gara. A tale riguardo, giova richiamare quanto contenuto nella Determinazione n. 4/2012 sui Bandi-Tipo, in particolare con riferimento alle garanzie a corredo dell'offerta, circa le delineate cause di esclusione, tra cui si evince proprio 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.

Né, può ritenersi invocabile, riguardo al caso in esame, il ricorso al rimedio del soccorso istruttorio, tenuto conto sia della previsione del bando di gara che prescrive, a pena d'esclusione, l'allegazione in copia conforme della certificazione di qualità, sia soprattutto del fatto che l'art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 non può trovare certamente applicazione nei casi in cui la documentazione risulti assente del tutto.

Pertanto, nel caso di specie, l'esclusione del Consorzio istante dalla procedura in oggetto, deve ritenersi in linea con il quadro normativo sopra riferito a causa della presentazione di una cauzione di importo dimezzato in assenza di presentazione in sede di offerta di idonea documentazione attestante il possesso della certificazione di qualità, nelle forme e nei modi prescritti, pena l'esclusione dalla procedura selettiva, in coerente attuazione delle disposizioni di cui al punto 5 del bando di gara.

Anche con riferimento al quesito sottoposto dalla società CO.GE.STRA in merito alla propria esclusione basata su un importo insufficiente della garanzia provvisoria da presentarsi ai sensi dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, occorre esaminare sempre il quadro normativo di riferimento e la *lex specialis*.

La disciplina della cauzione provvisoria è contenuta al punto 5) pag. 7 del Disciplinare di gara, che richiama espressamente il disposto dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 per ciò che concerne, a pena di esclusione, il deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell'importo di qualificazione pari a € 47.403,20 con validità non inferiore a 180 giorni decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta. Sulla cauzione provvisoria, come correttamente osservato dalla S.A. ed in linea con quanto affermato da questa Autorità con la Determinazione n. 4/2012 sui Bandi-Tipo al punto 5 della Parte II, la disposizione dell'art. 75 del Codice presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa. L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile.

Fermo restando quanto precede, occorre soffermarsi sull'ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacché parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l'esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta

ai principi generali che presiedono l'applicazione dell'art.46, comma 1, del D.Lgs. n. 16372006 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.

Alla luce di quanto osservato, costituiscono causa di esclusione: (...)3.. cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l'errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, 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. Nella medesima Determinazione, con riferimento al "potere di soccorso" di cui all'art.46 del Codice dei contratti, ha, tra l'altro, osservato che: "Costituisce causa di esclusione il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta, formulata ai sensi dell'art.46, comma 1, del Codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati. L'art.46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma codifica piuttosto un ordinario modus procedendi: in questo senso, esso costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del favor participationis. L'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della par condicio competitorum. In particolare, la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta e non deve essere consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente si realizzerebbe un'alterazione degli elementi essenziali dell'offerta, che devono essere sempre presenti ab origine, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell'offerta stessa. In altre parole, alla stazione appaltante è precluso sopperire, mediante il rimedio della regolarizzazione documentale, alla totale mancanza di un documento (Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925; Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518)". Tuttavia, non emergendo nel caso di specie "un evidente errore formale", idoneo, secondo il dettato della citata Determinazione n. 4 del 2012, a giustificare una richiesta di integrazione dell'importo della cauzione provvisoria, si realizza la causa di esclusione contemplata nella predetta Determinazione.

Orbene, nel caso di specie, risultando che la società CO.GE.STRA S.r.l. abbia presentato una cauzione provvisoria con importo insufficiente, in contrasto con quanto previsto e quantificato, a pena di esclusione, nel disciplinare di gara in oggetto, la conseguente esclusione disposta a suo carico appare conforme alla normativa di settore.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittime e conformi alla normativa di settore, le esclusioni dalla procedura di gara disposte nei confronti del Consorzio Stabile Sin.te.si. s.c.a.r.l. nonché della società CO.GE.STRA S.r.l.

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito