

## TAR Sicilia Catania sez. III 3/5/2011 n. 1464

***Certificazione di qualità per gara progettazione – Rientra nella facoltà discrezionale di richiesta da parte della stazione appaltante - Funzione di garanzia qualitativa; Garanzie della progettazione- Cauzione definitiva - Rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante .***

N. 01464/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00464/2010 REG.RIC.

### REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia  
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 464 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Antonio Lagana', rappresentato e difeso dagli avv. Ida Arillotta e Paola Colombini, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Salvatore Privitera in Catania, via F.Riso, 95;

contro

Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) Centro Neurolesi Bonino Pulejo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Monforte, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale;

nei confronti di

Opera Consorzio Stabile S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito;

Studio tecnico Francesco Oteri, in persona dell'Ing. Francesco Oteri, non costituito;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione prot. n. 757/U dell'11.02.2010;

- del presupposto bando di gara per l'affidamento di incarico progettazione definitiva ed esecutiva per i lavori di ristrutturazione di parte dei locali da destinare a realizzazione di degenza di neuroriabilitazione intensiva;

- del disciplinare di gara relativo al cottimo fiduciario ad evidenza pubblica "affidamento incarico progettazione definitiva ed esecutiva per i lavori di ristrutturazione di parte dei locali da destinare a realizzazione di degenza di neuroriabilitazione intensiva";

- della delibera n. 550 del 18.12.2009;

- di tutti i verbali di gara stilati dalla Commissione;

- dell'avviso di aggiudicazione provvisoria;

- di ogni altro atto e provvedimento connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico (IRCCS) Centro Neurolesi Bonino Pulejo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011 il Consigliere dott.ssa Alba Paola Puliatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

L'Ing. Antonio Laganà, componente del raggruppamento con 3E Ingegneria s.r.l. quale capogruppo, propone il ricorso in esame avverso l' esclusione dalla gara per l'affidamento dei servizi inerenti la progettazione dei lavori di ristrutturazione di parte dei locali da destinare a realizzazione di "degenza di neuroriabilitazione intensiva", dell'importo a base d'asta di 45.000,00 euro, indetta dall'I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina.

La gara è stata aggiudicata al raggruppamento con Opera Consorzio Stabile quale capogruppo, con il punteggio complessivo di 96, mentre secondo classificato è stato l'Ing. Oteri con punti 67,55.

L'esclusione è stata motivata con riguardo ad alcune difformità nelle dichiarazioni rese e carenze nella documentazione fornita.

Il ricorso introduttivo è affidato ai seguenti motivi di diritto:

1. In ordine al bando di gara: illegittimità degli atti di avvio della procedura di gara. Violazione e o falsa

applicazione del D.Lgs 163/2006. Eccesso di potere. Straripamento di poteri.

a) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 124, c.5. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 e dell'art. 35 l.r. n. 7/2002; violazione dei principi di pubblicità, massima partecipazione e concorrenza. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per erroneità, disparità, manifesta ingiustizia e sviamento. Straripamento di poteri.

b) violazione dell'art. 124 comma 6 lett. a) D.Lgs. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto artt. 23 co. 8 e 35 della l.r. n. 7/2002, con riguardo ai termini minimi per la presentazione delle offerte. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per erroneità, disparità, manifesta ingiustizia e sviamento. Straripamento dei poteri.

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per erroneità, disparità, manifesta ingiustizia e sviamento.

d) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 111 del D.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza. Eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza nonché del principio di leale collaborazione.

e) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 43 del Decreto lgs. 163/2006. Violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza. Eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza.

2) In ordine al provvedimento di esclusione: illegittimità per violazione e/o falsa applicazione del Decreto lgs. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 43 e dell'art. 111 del Decreto lgs. 163/2006. Eccesso di potere. Straripamento dei poteri. Violazione della l. 241/1990, artt. 3, 6, lett. b) 10 e 10 bis.

Con delibera del Commissario straordinario n. 124 dell'1.3.2010 sono stati approvati gli atti di gara e l'avvenuta aggiudicazione. Avverso la suddetta deliberazione il ricorrente propone motivi aggiunti notificati il 27 marzo 2010.

Si è costituito in giudizio l'Ente intimato, eccependo l'inammissibilità del ricorso introduttivo, depositato in copia anziché nell'originale notificato, nonché l'inammissibilità per acquiescenza al provvedimento di indizione della gara, ed infine l'infondatezza nel merito del ricorso.

All'udienza del 19 aprile 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

-Il ricorso non merita accoglimento, pur prescindendo dalle sollevate eccezioni di inammissibilità.

- Preliminarmente, va osservato che con il primo motivo di ricorso il ricorrente tende ad invalidare l'intera procedura selettiva, muovendo censure avverso il bando e il disciplinare di gara.

Ma in relazione a tale mezzo di gravame il ricorrente è privo di legittimazione e di interesse, essendo infondati i motivi di ricorso proposti avverso la propria esclusione dalla gara. Difatti, come si afferma in C.d.S., A.P. sent. n. 4/2011, la legittimazione all'impugnazione della gara e a far valere il c.d. "interesse strumentale" al rinnovamento dell'intera procedura spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva e la questione relativa alla legittimazione ad agire ha carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito.

Tuttavia, ritiene il Collegio di esaminare tutte le censure, nell'ordine dei motivi proposti con il ricorso introduttivo, stante l'intreccio nella prospettazione del ricorrente tra censure rivolte avverso il bando e censure rivolte avverso i motivi della esclusione dalla gara.

-Quanto ai vizi dedotti avverso il bando di gara, il Collegio osserva che non sussiste la violazione delle norme relative alle procedure ad evidenza pubblica, trattandosi di appalto sotto soglia comunitaria riguardante incarichi di progettazione, per cui l'Ente non era obbligato alla pubblicazione del bando di gara. Difatti, nonostante il bando contenga erroneamente il richiamo all'art. 124 del codice dei contratti, trattandosi di incarico di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro, trova applicazione l'art. 91, 2° comma, cod. contr. che così dispone: " Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 ( 100.000 euro ) possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei."

L'art. 57 comma 6 richiamato dispone che " Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato , nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e seleziona almeno tre operatori economici se sussistono in tale numero soggetti idonei, etc."

Nella fattispecie, l'importo dell'affidamento è pari ad euro 45.000 per le prestazioni professionali degli ingegneri e degli architetti e nonostante non sussistesse alcun obbligo, la stazione appaltante ha pubblicato il bando sul proprio sito informatico e sull'Albo aziendale, per garantire la massima partecipazione. Risulta, pertanto, rispettata la norma di cui al citato art. 91, comma 2, cod. contratti.

- Neppure ha pregio la censura dedotta col primo motivo sub b), con cui si afferma l'esiguità del termine

assegnato per la presentazione delle offerte, inferiore a 15 giorni, decorrenti dalla data di pubblicazione del bando all'albo dell'Ente ( l'I.R.C.C.S. ha concesso un termine di 12 giorni).

Invero, il termine inizialmente fissato al 30.12.2009 è stato successivamente prorogato al 7.1.2010, ancorchè a seguito di rettifiche del bando; in ogni caso, l'art. 91, 2° comma, citato non prevede un termine minimo per la presentazione delle offerte.

-Non ha pregio neppure la censura con cui si sostiene la presunta violazione dell'art. 83 cod. contratti. La norma precisa che i criteri di valutazione dell'offerta indicati sono meramente " a titolo esemplificativo" e rientra nella discrezionalità della stazione appaltante riconoscere rilevanza ad uno piuttosto che ad altro fattore pertinente alla caratteristica del contratto.

-Quanto alla presunta illegittimità della richiesta contenuta al punto 3) del disciplinare di gara della presentazione dell'impegno di un fideiussore ai sensi dell'art. 111 D.lgs 163/2006 al rilascio di una polizza di responsabilità civile e professionale per i rischi derivanti dalle attività inerenti il servizio, da prestarsi a pena di esclusione, nelle forme e modalità previste dal disciplinare, si osserva che la richiesta, sebbene non obbligatoria per l'Ente, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, censurabile solo se illogica o discriminante.

Invero, poiché la clausola del bando risponde ad una esigenza di cautela "preventiva" comprensibile della stazione appaltante, espressione dell' interesse a contrarre con soggetto che sarà in grado di prestare le necessarie garanzie (ex art. 111 cod. contratti), e poiché la clausola non comporta un aggravamento eccessivo degli oneri di accesso alla gara per i concorrenti, non appare al Collegio palesemente irragionevole.

E' evidente che la garanzia richiesta non è quella prevista dall'art.111 cod. contr., e neppure la garanzia a corredo dell'offerta ex art. 75 D.Lgs n. 163/2006, bensì il mero impegno di un fideiussore a prestare la garanzia definitiva.

- Quanto all' asserita illegittimità della clausola del bando che richiede la produzione del certificato UNI 9100 (non attinente all'oggetto della gara), la stazione appaltante dichiara che l' indicazione del bando non ha impedito ad altri concorrenti di produrre l'equipollente certificazione Uni En Iso 9001, che è stata valutata positivamente ai fini dell'ammissione.

La ricorrente, viceversa, non ha prodotto alcuna certificazione di qualità, incorrendo pertanto nella omissione che ne ha determinato legittimamente l'esclusione.

In giurisprudenza si è affermato il principio secondo cui anche al di fuori dei casi in cui è obbligatoria la produzione della certificazione di qualità (l'art. 40 D.lgs 163/2006 la prevede per gli esecutori di lavori pubblici), le stazioni appaltanti possono discrezionalmente richiederla ( C.d.S., V, 7.4.2006, n. 1878), sicché la sua mancata produzione, rientrando, essa certificazione, tra i requisiti di carattere tecnico, porta legittimamente all'esclusione dalla gara (TAR Lazio-Roma, III 2.3.2009, n. 2113)

Si ricorda sinteticamente che la certificazione di qualità è preordinata ad assicurare, in funzione di garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, l'idoneità dell'impresa ad effettuare la prestazione secondo il livello medesimo, accertata da un organismo esterno qualificato (organismo di certificazione) e secondo parametri rigorosi definiti a livello europeo, mediante attestazione che il prodotto, processo produttivo o servizio, risulta conforme ai requisiti fissati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso adeguata attività di sorveglianza (auditing di impresa). (Consiglio Stato , sez. IV, 14 ottobre 2005 , n. 5800)

Nel vigente sistema di certificazione di qualità si colloca la ISO 9001 inerente all'intero sistema aziendale. La normativa di riferimento (l'art. 14, quarto comma, del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, riproduttivo dell'art. 31 della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 e l'art. 43 del codice dei contratti), prevede che qualora le amministrazioni aggiudicatrici richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, attestanti che il concorrente osserva determinate norme in materia di garanzia della qualità, esse fanno riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulla pertinente serie di norme europee EN 29000, certificati da organismi conformi alla serie di norme europee EN 45000. Inoltre, è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri e ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità qualora il concorrente non abbia accesso a tali certificati o non possa ottenerli nei termini richiesti. Quindi, è consentito all'amministrazione aggiudicatrice di riferirsi a "misure equivalenti di garanzia della qualità" e di ammettere certificazioni di qualità conformi alla pertinente serie ISO (9000:94 o 9001:2000).

Alla luce di tali riferimenti normativi, dunque, appare corretto l'operato dell'Amministrazione, sia per quanto concerne la formulazione del bando, sia per quanto concerne l' ammissione a gara dei concorrenti che hanno prodotto l'equipollente certificazione Uni En Iso 9001, nonché per quanto concerne l' esclusione della ricorrente che non ha prodotto alcuna certificazione di qualità.

- In ordine al secondo motivo di ricorso, con cui si censura un altro dei motivi per cui è stata disposta l'esclusione dalla gara del costituendo RTP di cui fa parte il ricorrente - ovvero perchè la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 5 comma 2, lettera t) del disciplinare di gara è riferita soltanto alla situazione di controllante e non di controllato come previsto dall'art. 1359 c.c. ( relativamente all'associando Ing. Saraceno) - il ricorrente afferma che, viceversa, non è riscontrabile alcuna omissione.

Osserva il Collegio che la dichiarazione resa dall'Ing. Saraceno effettivamente non appare completa, essendo del seguente tenore: "relativamente alla situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.: di non controllare alcuna società"; mentre una corretta dichiarazione avrebbe dovuto comprendere anche la necessaria dichiarazione del partecipante di non essere controllato da alcuna società, in nessuna delle forme dirette e indirette considerate dall'art. 2359 c.c. ( secondo la norma del codice civile, si trovano in situazioni di controllo: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.)

Peraltro, essendo la dichiarazione finalizzata ad escludere che il collegamento induca, potenzialmente, al pericolo di una partecipazione contemporanea del controllato e della controllante alla gara, è essenziale che la dichiarazione sia completa, pena l' esclusione.

- Infine, il ricorrente lamenta il difetto di motivazione del provvedimento definitivo di esclusione della Commissione di gara prot. n. 757/U dell'11.2.2010, che ha semplicemente confermato per iscritto le cause di esclusione contestate in seduta pubblica, senza nulla controdedurre ai rilievi svolti dal ricorrente stesso in occasione dell'apertura delle offerte il 13 gennaio 2010. Inoltre, lamenta la mancata richiesta di integrazione delle eventuali carenze documentali ( in particolare con riferimento alla certificazione UNI 9100).

Il Collegio ritiene che il provvedimento di esclusione sia stato sufficientemente motivato con riferimento alle riscontrate omissioni documentali e che l'esercizio del discrezionale potere di richiedere chiarimenti e integrazioni documentali non avrebbe sortito un diverso effetto in favore del ricorrente, stante che i motivi di esclusione erano comunque più di uno, e che il potere di integrare la documentazione, ai sensi dell'art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, non può essere esercitato indiscriminatamente per sanare ogni tipo di irregolarità o di carenza documentale.

"L'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara. Inoltre, ai sensi dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento quale la dichiarazione sostitutiva." (Consiglio Stato, sez. V, 02 agosto 2010, n. 5084; Consiglio Stato, sez. V, 08 febbraio 2011, n. 846).

-In conclusione, il ricorso introduttivo va rigettato.

-Anche i motivi aggiunti, proposti con atto depositato il 29 marzo 2010, con cui si impugnano la delibera n. 124 dell'1.3.2010 con cui il Commissario Straordinario dell'IRCCS – Centro Neurolesi Bonino Pulejo ha disposto l'approvazione degli atti di gara e gli atti preordinati e connessi, vanno rigettati, trattandosi di atti conseguenti a quelli oggetto dell'impugnativa principale.

-Riguardo alla domanda di accesso agli atti di cui al richiamato ricorso per motivi aggiunti se ne dichiara l'inammissibilità per carenza di interesse, alla luce delle considerazioni sopra svolte, stante la riscontrata legittimità dell'esclusione del ricorrente dalla gara.

-Le spese di giudizio si compensano tra le parti, attesa la complessità del questioni trattate.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Alba Paola Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

