

Parere n. 168 del 23/09/2010

PREC 122/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla SAITEL Telecomunicazioni srl – Procedura aperta per la fornitura ed attivazione di una centrale operativa multifunzionale per la gestione degli interventi e per la localizzazione degli operatori e dei mezzi di movimento per il corpo di polizia locale del Comune di Marino – Importo a base d'asta €77.680,00 – S.A.: Comune di Marino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 27 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale SAITEL Telecomunicazioni srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito al capitolato ed al disciplinare di gara redatti dal Comune di Marino in relazione alla procedura aperta per la fornitura ed attivazione di una centrale operativa multifunzionale, per la gestione degli interventi e per la localizzazione degli operatori e dei mezzi di movimento per il corpo di polizia locale. Più precisamente l'istante ha chiesto che questa Autorità si pronunci sulla legittimità della clausola di cui all'art. 7 del capitolato e del disciplinare, che richiede, ai fini della partecipazione alla gara, il possesso della certificazione di qualità, rilasciata secondo le norme europee UNI EN ISO 9001:2000, la quale – a pena di esclusione – deve riportare *“la seguente dicitura (categoria 19 e 33) “Progettazione, produzione, installazione, manutenzione e assistenza di sistemi elettronici per le telecomunicazioni: progettazione, produzione, installazione, manutenzione e assistenza di programmi software”*.

In particolare l'istante ha osservato che la richiesta di tale dicitura è illegittima, in quanto la stessa è riconducibile ad un solo concorrente operante nello specifico settore e non tiene conto del fatto che la certificazione in esame attesta la qualità dei processi produttivi posti in essere dalla singola azienda e, quindi, è garanzia delle modalità operative aziendali, a prescindere dal fatto che il certificato riporti o meno la dicitura richiesta dalla Stazione Appaltante. Conseguentemente la clausola censurata è lesiva della libera concorrenza e della par condicio dei concorrenti.

La società, inoltre, ha fatto presente di aver chiesto e sollecitato chiarimenti in merito da parte del Comune di Marino, precisando che oggetto della contestazione non è la richiesta in sé di produrre la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000, quanto piuttosto la dicitura che quest'ultima deve riportare a pena di esclusione, in quanto aziende operanti nello stesso settore potrebbero avere certificati di qualità con diciture diverse. La società, inoltre, ha contestato l'operato della Stazione Appaltante, la quale ha provveduto a fornire risposta ai chiarimenti in data 24.3.2010 mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale e comunicazione all'istante non andata a buon fine a causa di un errore nell'indirizzo del destinatario.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale hanno presentato osservazioni il Comune di Marino e la società concorrente Sismic Sistemi srl.

La Stazione Appaltante difende la legittimità del proprio operato sotto diversi profili. Innanzi tutto rileva di aver risposto alla richiesta dell'istante in conformità alle prescrizioni del bando di gara, sez. II, punto 1.10, procedendo alla pubblicazione della risposta ai chiarimenti sul proprio sito, nella sezione “Bandi e Gare” e alla contemporanea trasmissione della stessa all'indirizzo e.mail della società SAITEL srl, ma per mero errore di trascrizione dell'indirizzo la comunicazione in questione non è pervenuta al destinatario. Proseguendo, la Stazione Appaltante rileva che, al fine

di poter ottenere da parte dei soggetti partecipanti la massima affidabilità nel tempo e la più ampia versatilità ed integrazione dei sistemi richiesti, ha ritenuto di inserire il possesso di alcuni requisiti nel capitolato speciale come indispensabili per l'interesse della stessa ad assicurarsi una buona esecuzione del contratto ed ha richiesto la certificazione del sistema di qualità dell'impresa UNI EN ISO 9001:2000 per i settori EA di accreditamento indicati. La Stazione Appaltante, inoltre, osserva che in realtà l'odierna istante non ha inteso sapere se la certificazione di qualità in suo possesso, fosse idonea ai fini della partecipazione alla gara, ma si è limitata a presentare mere osservazioni sulla procedura. Per altro secondo il Comune di Marino, dato che il punto controverso concerne il possesso di un requisito soggettivo e non afferisce ad elementi dell'offerta, la SAITEL avrebbe potuto comunque, a prescindere dalla risposta del Comune, partecipare alla gara, "affrontando il vaglio della Commissione giudicatrice" ovvero, se avesse ritenuto la clausola dibattuta effettivamente impeditiva della propria partecipazione, impugnarla immediatamente dinanzi all'autorità giudiziaria competente, cosa che non si riscontra nel caso in esame. Conseguentemente il Comune ritiene che è strumentale asserire che la mancata presentazione dell'offerta da parte della ditta istante sia da ascrivere a presunti ritardi nella trasmissione dei chiarimenti da parte della Stazione Appaltante.

La concorrente Sismic Sistemi srl ha presentato memoria nella quale eccepisce la carenza di interesse della SAITEL, in quanto né dall'istanza di parere presentata né dalla documentazione prodotta è possibile dedurre se la società sia in effetti in possesso della certificazione di qualità e degli altri requisiti tecnici ed economici richiesti ai fini della partecipazione alla gara. Secondo la concorrente, inoltre, la Stazione Appaltante avrebbe reso pubblica la richiesta avanzata dalla SAITEL e la relativa risposta in maniera formale ed ineccepibile, con ciò garantendo la massima possibilità di partecipazione alla gara e la parità di trattamento tra tutti i soggetti interessati. Peraltro, rileva la Sismic che l'impresa interessata, anche in caso di mancata risposta dell'ente committente, avrebbe potuto presentare la propria offerta, dato che l'eventuale illegittimità della clausola era solo potenzialmente lesiva dei propri interessi. Difatti, in caso di esclusione determinata dalla mancanza nella propria certificazione di qualità della dicitura richiesta dalla Stazione Appaltante, la società esclusa avrebbe potuto impugnare il relativo provvedimento unitamente al bando di gara dinanzi all'autorità giudiziaria, chiedendone l'annullamento.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta al vaglio di questa Autorità concerne la legittimità della clausola che impone, ai fini della partecipazione, di presentare l'attestazione di qualità, recante, a pena di esclusione, la specifica dicitura indicata negli atti di gara.

Sul punto occorre tener presente che la certificazione in questione è diretta ad attestare la capacità organizzativa e operativa dell'impresa con riferimento alla globalità delle lavorazioni eseguite, e garantisce che, nel settore considerato, i processi produttivi oggetto di verifica sono esercitati in regime di qualità, per tale motivo è superflua la puntuale indicazione nella certificazione stessa delle singole categorie di lavorazioni espletate dall'impresa certificata. In altri termini la certificazione in esame è in via generale riferita a tutte le lavorazioni che l'impresa esegue nell'espletamento della propria attività e per le quali ha conseguito l'attestazione SOA, salvo che non siano espressamente indicate le lavorazioni, a cui la stessa si riferisce. In tal senso depone sia il dato normativo sia il consolidato insegnamento di questa Autorità (cfr. parere n. 157 del 9 settembre 2010).

Sotto il primo profilo si osserva che "la certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con

riferimento alla globalità delle categorie e classifiche” (art. 4, comma 2, DPR 34/2000). Sotto il secondo profilo si fa presente che l’Autorità ha puntualizzato che “ *il riferimento contenuto nell’ultimo alinea del citato art. 4, comma 2 del D.P.R. n. 34/2000 alla “globalità delle categorie e classifiche”, va ragionevolmente inteso nel senso che, ove non diversamente specificato, la certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si riferiscono a tutte le categorie oggetto di attestazione”* (cfr. parere n. 117 del 22 ottobre 2009).

Una volta chiarita cos’è la certificazione di qualità e quale funzione svolge, va verificato se la stazione appaltante, nel fissare i requisiti di partecipazione ad una gara, può richiedere che tale atto abbia un contenuto specifico, particolare, indicando preventivamente la dicitura che quest’ultimo deve riportare. Il sistema normativo su richiamato nonché l’orientamento consolidato sia di questa Autorità (pareri n. 64 del 20 maggio 2009; n. 2 del 15 gennaio 2009; n. 178 del 5 giugno 2008; n. 188 del 14 giugno 2008 e n. 33 del 31 gennaio 2008) sia della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525 e Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655) inducono a dare risposta negativa al quesito posto, in base alla considerazione che l’ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante in merito alla fissazione dei requisiti di partecipazione ad una gara, che ben possono essere diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, conosce il limite della logicità e della ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità rispetto all’oggetto dell’appalto ed all’interesse pubblico perseguito.

Ebbene venendo al caso di specie il contenuto della clausola contestata appare illogico e irragionevole. La stazione appaltante, infatti, non si è limitata a richiedere, ai fini della partecipazione, il possesso della certificazione di qualità per i settori EA corrispondenti alle lavorazioni oggetto della gara – cosa che può fare - ma ha preteso di fissare in maniera analitica il contenuto che quest’ultima deve avere, con la duplice conseguenza di limitarne in tal modo l’efficacia e di impedire l’accesso alla gara a tutte quelle imprese che, pur in possesso della certificazione del sistema di qualità UNI EN ISO 9001:2000 per i settori EA indicati nel bando, non abbiano però sul documento in questione la dicitura richiesta dalla Stazione appaltante.

A fronte di simile restrizione della concorrenza non emerge alcun particolare interesse della Stazione Appaltante che giustifichi tale operato: difatti, se, come si legge nella memoria presentata a questa Autorità dal Comune di Marino, l’ente locale con la previsione contestata ha voluto soltanto fissare un requisito indispensabile per assicurarsi una buona esecuzione del contratto, risulta sufficiente al raggiungimento di tale obiettivo la richiesta della certificazione di qualità per i settori EA rilevanti in relazione all’oggetto della gara.

Di contro la previsione contestata non arreca alcuna utilità all’interesse pubblico e, a ben vedere, impedisce la partecipazione alla gara non solo alle imprese che non danno sufficienti elementi di affidabilità, in quanto o non hanno alcuna certificazione di qualità o l’hanno in settori non pertinenti rispetto all’oggetto dell’appalto, ma paradossalmente anche alle imprese che presentano un grado di affidabilità maggiore rispetto a quelle a cui è consentito l’accesso, in ragione del possesso della certificazione di qualità per i settori indicati nella *lex specialis* (EA19 e EA33), riferita, in conformità all’art. 4, comma 2, DPR n.34/2000, a tutte le lavorazioni realizzate dall’impresa e non solo a quelle riportate nella dicitura contestata.

Peraltro la limitazione della concorrenza nel caso in esame appare particolarmente rilevante, in quanto in grado di predeterminare l’aggiudicatario. Si consideri al riguardo che, da un lato, il bando di gara prevede “*in caso di presentazione di una sola offerta valida l’Amministrazione avrà facoltà di procedere o meno all’espletamento della gara ed alla conseguente aggiudicazione*”, e dall’altro, che dai dati disponibili sul sito di Accredia, ente italiano di accreditamento, risulta un’unica impresa in possesso della certificazione di qualità contenente la specificazione richiesta dalla Stazione Appaltante.

Resta, infine da osservare, che la stessa Stazione Appaltante, assume una posizione contraddittoria: a fronte del chiaro ed in equivoco significato della clausola contestata - secondo la quale la Busta A deve “*contenere a pena di esclusione dalla gara i seguenti documenti: (...) copia conforme della*

certificazione del sistema di qualità dell'impresa partecipante rilasciata secondo le norme europee UNI EN ISO 9001:2000 dove sia esplicitamente riportata, a pena di esclusione, la seguente dicitura (categorie 19 e 33) "Progettazione, produzione, installazione, manutenzione e assistenza di sistemi elettronici per le telecomunicazioni, progettazione, produzione, installazione, manutenzione e assistenza di programmi software"- nella risposta ai chiarimenti richiesti dall'odierna istante scrive che "il soggetto che intenda partecipare alla gara dovrà essere in possesso di entrambe le certificazioni UNI EN ISO 9001 richieste (Settore EA19 ed EA 33)", motivando la propria posizione in base alla considerazione che "i settori di accreditamento EA19 ed EA 33 individuati per i soggetti che intendono partecipare all'offerta (...) sono esemplificativi della volontà della stazione appaltante a voler addivenire ad una aggiudicazione con concorrenti che abbiano significativa e specialistica qualificazione dei processi che dovranno attuarsi per la fornitura in gara giacché quest'ultima non è limitata ad una esclusiva commercializzazione dei beni comprende altresì attività e servizi (...)".

In altri termini è la stessa Stazione Appaltante che riconosce sufficiente, ai fini della partecipazione alla gara, il mero possesso della certificazione di qualità nei settori EA 19 ed EA 33, ribadendolo anche nella memoria inviata a questa Autorità.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola contestata non sia conforme alla specifica normativa di settore ed ai principi che presidono il regolare svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010