

Parere n. 68 del 7 aprile 2011

PREC 1/2011/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da O.PI.VI. spa – Procedura aperta per la fornitura triennale di guardaroba, dispositivi di protezione individuale, materiale e farmaci ad uso veterinario – Importo a base d’asta €364.750,00 – S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 dicembre 2010 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la O.PI.VI. spa ha chiesto l’avviso di questa Autorità in merito all’ammissione della Rumitag Italiana srl, risultata poi aggiudicataria, alla gara indicata in oggetto. L’istante rappresenta che quest’ultima doveva essere esclusa ai sensi dell’art. 10, comma a, del capitolato speciale d’oneri, in quanto ha presentato un deposito cauzionale ridotto del 50%, producendo la certificazione di qualità della Datamars SA, socio unico della concorrente. Secondo l’istante l’aggiudicataria non avrebbe potuto utilizzare la certificazione di altro operatore economico, sebbene legata a quest’ultimo da un rapporto di controllo azionario totalitario, in quanto la certificazione in questione attiene al sistema gestionale complessivo dell’azienda e, quindi, rappresenta un elemento soggettivo del concorrente.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato, in base alla considerazione che la *lex specialis* prevedeva quale requisito di ammissione alla gara la prestazione ai sensi dell’art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 di un deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell’importo complessivo, che poteva essere ridotto all’1% in presenza dei requisiti di cui all’art. 75, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006. La Rumitag Italia srl ha usufruito della predetta agevolazione, presentando la certificazione ISO conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 rilasciata alla Datamars SA, proprietaria del 100% del capitale sociale della concorrente. Tale circostanza, unitamente al fatto che le società in questione hanno lo stesso legale rappresentante, dimostrerebbe, a giudizio della stazione appaltante, che queste ultime sono “*un unico operatore economico*” in possesso di corretta certificazione ISO. Il committente, infine, rileva che in ogni caso l’art. 5, punto 8, del capitolato speciale d’oneri relativamente alla presentazione della certificazione di qualità recitava “*certificazione di qualità ISO 9001-200 della ditta partecipante o, di altra ditta produttrice dei prodotti offerti*”.

La Rumitag Italia srl ha partecipato al contraddittorio documentale, sostenendo le argomentazioni della stazione appaltante. La società, infatti, sottolinea che le circostanze già evidenziate dall'Azienda sanitaria identificano Rumitag Italia srl e Datamars S.A. come unico operatore economico, con uffici e produzione esclusivamente presenti nella sede centrale in Svizzera. La concorrente, infatti, altro non è che *“la compagine commerciale italiana di Datamars, senza alcuna sede operativa, facente capo solamente ad una domiciliazione legale e con un unico dirigente in itinere con funzione di procuratore, che agisce sul territorio italiano proprio per poter al meglio e più facilmente interagire con le amministrazioni locali”*.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in epigrafe indicata riguarda l'idoneità della certificazione di qualità presentata dall'aggiudicataria ad ottenere la riduzione della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75, comma 7, D.Lgs. n.163/2006. Tale società, in particolare, ha inteso avvantaggiarsi del predetto beneficio presentando l'attestazione di qualità rilasciata alla Datamars SA, suo socio unico.

Al riguardo giova preliminarmente considerare che la previsione del citato art. 75, comma 7, è finalizzata a consentire il beneficio del dimezzamento della cauzione alle imprese munite di certificazione di qualità, in considerazione del fatto che tale certificazione garantisce che l'impresa è in grado di svolgere la sua attività secondo un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò preposto e pertanto offre garanzie di maggiore affidabilità, con conseguente attenuazione del rischio di inadempimento. Questa Autorità ha già riconosciuto che la certificazione in questione costituisce un requisito di natura soggettiva delle imprese, preordinato a garantire all'Amministrazione la qualità dell'esecuzione delle prestazioni dovute (cfr. AVCP pareri n. 64 del 20.5.2009 e n. 245 del 10.12.2008, TAR Sardegna, Sez. I, n. 665 del 6.4.2010, TAR Lazio, Sez. II Ter, n. 923 del 6.2.2007). Ne deriva che un concorrente non può servirsi dell'attestazione di qualità che riguarda altra società, sebbene quest'ultima detenga la totalità delle sue azioni, salvo l'ipotesi in cui nella certificazione della controllante sia previsto espressamente che essa copra le società controllate (cfr. TAR Veneto, Sez. I, n. 5257 del 1.10.2010).

Diversamente opinando, infatti, si violerebbe la stessa *ratio* dell'art. 75, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006, perché si consentirebbe ad un concorrente, le cui lavorazioni e processi produttivi non sono certificati, di godere di un beneficio, che il legislatore ha previsto esclusivamente a favore di coloro che in virtù della certificazione richiesta riducono il rischio di inadempimento.

Venendo segnatamente al caso in esame è necessario considerare non solo la normativa legislativa su richiamata, ma anche la specifica disciplina di gara. Il capitolato speciale d'onere ha previsto: - l'esclusione dalla gara in caso di mancata produzione di uno dei certificati o documenti richiesti nel presente bando (art. 10, lett.a); - la riduzione dell'importo della garanzia cauzionale in presenza dei requisiti di cui all'art. 75, comma 7, ossia possesso della certificazione di qualità (art. 5, punto 7); - la presentazione della certificazione ISO 9001-2000 della ditta partecipante o della ditta produttrice dei prodotti offerti (art. 5, punto 8). Quest'ultima disposizione non appare in contrasto con il citato art. 75, posto che l'oggetto dell'affidamento è la fornitura di determinati prodotti e che le norme della certificazione ISO 9001:2000 prescindono dalla dimensione o dal settore dell'attività, in quanto definiscono i principi che l'organizzazione deve seguire in funzione della soddisfazione dei clienti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 6530 del 10.9.2010).

In tale contesto di riferimento la stazione appaltante ha ritenuto idonea ex art. 75, comma 7, D.Lgs. n.163/2006 la certificazione di qualità presentata dall'aggiudicataria, ma riferita alla Datamars SA, che ne detiene l'intero pacchetto azionario, in base alla considerazione che tale controllo azionario farebbe delle due società un "unico operatore economico". In realtà ciò non si riscontra, atteso che

il controllo azionario, quantunque totalitario, non elimina né annulla le rispettive personalità giuridiche delle società interessate, che rimangono sul piano del diritto distinti soggetti giuridici. Le situazioni di controllo, quale quella in esame, quindi, non hanno la capacità di incidere sui requisiti soggettivi dei partecipanti ad una gara, bensì sui processi decisionali dell'organo di gestione della controllata e, quindi, si riflettono eventualmente sull'imputabilità dell'offerta. Il codice dei contratti pubblici, infatti, dispone che non possono partecipare alle procedure di affidamento i “*soggetti che si trovino rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*” (art. 38, m-*quater*). Ne consegue che le società in questione non possono essere considerate come un unico operatore economico, mantenendo ognuna di esse la propria soggettività giuridica.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, la scelta di ammettere alla gara la società istante potrebbe risultare conforme alla disciplina codicistica su richiamata ed alla *lex specialis* solo nell'ipotesi in cui la stazione appaltante avesse riscontrato nella gara in esame il verificarsi di una delle seguenti condizioni: o che la certificazione di qualità presentata dalla Rumitag Italia srl, sebbene riferita alla Datamars SA, copra espressamente anche le società controllate da quest'ultima oppure che la certificazione di qualità presentata dalla Rumitag Italia srl sia riferita al soggetto fornitore dei beni che tale concorrente ha offerto in gara.

Dalla documentazione in atti non risulta che la stazione appaltante abbia riscontrato nella procedura in esame l'avverarsi di alcuna delle condizioni sopra riportate né tale verifica può in concreto essere svolta dall'Autorità, non avendo la stazione appaltante trasmesso la certificazione di qualità prodotta in gara dalla Rumitag Italia srl e le dichiarazioni presentate da quest'ultima.

Allo stato degli atti, quindi, l'ammissione della Rumitag Italia srl alla gara in esame risulta in contrasto con quanto stabilito dal legislatore all'art. 75, comma 7, D.Lgs n. 163/2006 e dalla stessa Azienda sanitaria nel capitolato speciale d'onere.

Sotto altro profilo, infine, si osserva che così facendo la stazione appaltante ha anche violato il fondamentale principio di garantire la *par condicio* dei concorrenti, in quanto ha consentito ad un concorrente di avvantaggiarsi del beneficio di cui all'art. 75, comma 7, D.Lgs. 163/2006 senza avere i requisiti fissati a tale scopo dal legislatore e ribaditi nella *lex specialis*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione alla gara della Rumitag Italia srl non sia conforme alle disposizioni dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006 e della *lex specialis* e violi il principio di *par condicio* dei concorrenti.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito