

Parere n. 76 del 21 aprile 2011

PREC 289-303/10/LF

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalle imprese SELF SIME ITALIA s.r.l. e P&P s.r.l. Automazioni e Sicurezza – Fornitura e posa in opera di un sistema di videosorveglianza nell’ambito del territorio comunale – Importo a base d’asta: €806.384,53 – S.A.: Comune di Rapallo (GE).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In date 29 novembre e 9 dicembre 2010 sono pervenute le istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali, le imprese SELF SIME ITALIA s.r.l. e P&P s.r.l. hanno lamentato l’illegittimità del bando di gara per l’affidamento dell’appalto in oggetto, con riguardo ai seguenti profili relativi a talune clausole di esso.

L’impresa SELF SIME ITALIA s.r.l., in particolare, ha dedotto la non pertinenza con l’oggetto dell’appalto della categoria SOA OG3 e l’ultroneità dei requisiti, richiesti ai fini dell’ammissione alla gara, concernenti l’Autorizzazione ministeriale all’installazione, collaudo, allacciamento e manutenzione di impianti interni di telecomunicazioni di primo grado di cui al D.M. n. 314/1992 (punto 5 del disciplinare di gara) e la Certificazione di Qualità UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di Accreditamento EA 28, 33,34 e 19 (punto 6 del disciplinare di gara), stante le disposizioni di cui al D.P.R. n. 34/2000.

L’impresa P&P s.r.l. Automazioni e Sicurezza ha rilevato, a sua volta, la non pertinenza ed ultroneità, oltre che di questi ultimi due requisiti, anche del Codice CPV 35125300 “Camere di sicurezza”, indicato nel bando di gara, e dei requisiti tecnici indicati nel disciplinare di gara al punto 4) “Capacità tecnico professionale”, laddove è richiesta una “*Dichiarazione sostitutiva, da rendersi ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 da parte del legale rappresentante, attestante che l’impresa ha fornito e collaudato nel triennio 2007-2008-2009 almeno una fornitura e/o messa in opera di un sistema di videosorveglianza territoriale (sono esclusi edifici e strade a grande percorrenza) per un importo non inferiore al valore del presente appalto, con soddisfazione del cliente...*”. Tale requisito è ritenuto non giustificato e discriminante per il rilievo determinante dato al luogo da sottoporre a sorveglianza, con esclusione di edifici e strade a grande percorrenza, e si chiede che venga sostituito con requisiti più idonei quali lavori di videosorveglianza.

All’istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità, rispettivamente in date 16 e 30 dicembre 2010, hanno fatto seguito le deduzioni prodotte dal Comune di Rapallo in date 15 e 23 dicembre 2010, con le quali sono state puntualmente respinte le censure formulate dalle imprese

istanti. In particolare, la stazione appaltante ha evidenziato che l'appalto in questione è di tipo misto con prevalenza della fornitura, per cui i requisiti di qualificazione e capacità richiesti si giustificano ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. n. 163/2006 che disciplina la qualificazione nei contratti misti, ed ha sottolineato altresì che per giurisprudenza consolidata rientra nella discrezionalità della stazione appaltante richiedere requisiti diversi, ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legge in relazione alle particolari caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità.

I procedimenti attivati dalle istanze di parere in epigrafe sono stati riuniti per ragioni di connessione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con le istanze di parere in esame attiene alla legittimità di alcune clausole del bando di gara per l'affidamento dell'appalto in oggetto. Ai fini della definizione delle due controversie risulta dirimente rilevare, preliminarmente, che l'appalto in questione è di tipo misto con prevalenza della fornitura, come peraltro precisa lo stesso bando di gara (punto II.1.2), essendo i lavori di posa in opera meramente accessori alla fornitura del sistema di videosorveglianza nell'ambito del territorio comunale, oltre che di importo nettamente inferiore alla fornitura stessa (€587.948,65 per fornitura e €218.435,88 per manodopera). Trattandosi, dunque, di un "contratto misto", ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006, all'appalto in questione trova applicazione, in materia di qualificazione, l'art. 15 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui "L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto". Ne discende che prive di pregio sono le censure fondate sulla non pertinenza con l'oggetto dell'appalto dei requisiti richiesti dal bando di gara, ritenuti ultronei alla luce delle sole disposizioni del D.P.R. n. 34/2000 in materia di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici. Invece, stante l'obbligatoria applicazione al caso di specie del disposto dell'art. 15 del D.Lgs. n. 163/2006 sopra richiamato, rientrava nella discrezionalità della stazione appaltante individuare per ciascuna prestazione – quella principale concernente la fornitura e quella meramente accessoria concernente i lavori di posa in opera – i requisiti di qualificazione e di capacità tecnico professionale ritenuti idonei in relazione alle particolari caratteristiche dell'oggetto dell'appalto. Nessuna irragionevolezza, con conseguente restrizione arbitraria della concorrenza, è, peraltro, ravvisabile nella scelta compiuta dalla stazione appaltante di richiedere nel bando di gara la categoria OG3 ("strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane...e relative opere complementari") come requisito di qualificazione per la parte accessoria relativa ai lavori (per di più totalmente scorporabile e subappaltabile) ritenuta dalle istanze non pertinente con l'oggetto dell'appalto. E', infatti, ragionevole ritenere che, trattandosi di posa in opera di un sistema di videosorveglianza a rete nell'ambito dell'intero territorio comunale, lo stesso sia comprensivo, come tale, della realizzazione di opere complementari afferenti il sistema viario; mentre, per quanto concerne la qualificazione afferente la prestazione principale oggetto dell'appalto, ossia la fornitura, le competenze specialistiche occorrenti sono state sussunte nel possesso della documentazione richiesta a tal fine nel bando di gara, nel rispetto dei "requisiti di idoneità professionale" richiesti dall'art. 39, del possesso delle "capacità economica e tecnico-professionale" richieste dagli artt. 41 e 42, nonché delle "norme di garanzia della qualità", di cui all'art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006. Del tutto inconferente, si appalesa, quindi, la rimostranza, secondo cui la richiesta Autorizzazione ministeriale all'installazione, collaudo, allacciamento e manutenzione di impianti interni di telecomunicazioni di primo grado di cui al D.M. n. 314/1992 sarebbe in contrasto con l'art. 1,

comma 3 del D.P.R. n. 34/2000, concernente esclusivamente l'affidamento di lavori pubblici e non già il contratto misto di cui trattasi, in cui l'allacciamento e la manutenzione di impianti interni di telecomunicazione è parte integrante del sistema di videosorveglianza fornito. L'architettura generale di detto sistema, infatti, è descritta dall'art 32 del Capitolato Speciale di Appalto come articolata in una serie di periferiche costituite da telecamere e un centro operativo di controllo e supervisione da installarsi presso il Comando della Polizia Municipale, che costituisce il punto di convergenza e di gestione di tutti i dati raccolti e trasmessi dalle stazioni periferiche.

Indimostrata, inoltre, appare l'asserita irragionevolezza e valenza discriminante della richiesta "certificazione di qualità" UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di Accreditamento EA 28 (Imprese di costruzione, installatori di impianti e servizi) 33 (Tecnologia dell'informazione), 34 (Studi di consulenza tecnica, ingegneria) e 19 (Macchine elettriche ed apparecchiature elettriche ed ottiche) anch'essa oggetto di contestazione per asserita ultroneità ed incongruenza con l'oggetto dell'appalto, stante la già precisata natura mista dello stesso e la complessità della prestazione oggetto dell'appalto in questione.

Altrettanto prive di pregio risultano le censure mosse dall'impresa P & P s.r.l.

In vero, in ordine all'asserita fuorvia dell'indicazione del "Codice CPV", di cui si lamenta l'inconferenza con l'oggetto dell'appalto, non si comprende l'interesse concreto che supporta la pretesa di annullamento degli atti di gara sottesa all'istanza di parere di che trattasi. Né sembra ricorrere nel caso di specie un apprezzabile *vulnus* alla concorrenza, risultando l'oggetto dell'appalto ben precisato e dettagliato nel Capitolato Speciale.

Per quanto concerne, poi, i "requisiti tecnici", nell'istanza di parere presentata dalla P & P s.r.l. si fa riferimento al disciplinare di gara, laddove, nella parte relativa alla documentazione amministrativa, punto 4), pagine 5 e 6, richiede una "Dichiarazione sostitutiva, da rendersi ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 da parte del legale rappresentante, attestante che l'impresa ha fornito e collaudato nel triennio 2007-2008-2009 almeno una fornitura e/o messa in opera di un sistema di videosorveglianza territoriale (sono esclusi edifici e strade a grande percorrenza) per un importo non inferiore al valore del presente appalto, con soddisfazione del cliente...". Ciò che si censura, al riguardo, è la richiesta di una prestazione "identica", e non "simile o analoga", asseritamente contrastante con l'art. 42 del Codice dei contratti ed ultroneamente discriminatoria nei confronti delle imprese che avessero "svolto in passato lavori tecnologicamente avanzati ma non esclusivamente per videosorveglianza territoriale".

A questo riguardo, occorre rilevare che un consolidato orientamento giurisprudenziale riconosce alla stazione appaltante un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli stabiliti dalla legge (artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006) con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Quindi, come già affermato dall'Autorità (ad esempio, con parere 31 gennaio 2008 n. 33) sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139).

Per quanto concerne, in particolare, i requisiti di capacità tecnica, la Corte di Giustizia europea ha affermato l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (non tipologicamente ulteriori, ma) più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878), purché siano rispettati i citati limiti della ragionevolezza e della proporzionalità.

In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso.

Ciò posto, l'esame dell'operato dell'Amministrazione deve essere condotto tenendo conto della specificità della prestazione oggetto dell'appalto (Fornitura e posa in opera di un sistema di videosorveglianza nell'ambito del territorio comunale) nonché della rilevanza della gara di cui trattasi (€806.384,53).

Ebbene, sotto il profilo dei richiamati canoni di ragionevolezza e proporzionalità, appare legittimo – anche alla luce della giurisprudenza richiamata – che il Comune di Rapallo, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità di cui è indubbiamente titolare in materia, abbia richiesto ai concorrenti, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, di aver fornito e collaudato nel triennio almeno una fornitura e/o messa in opera identica a quella oggetto della gara, trattandosi nella fattispecie di fornitura e messa in opera di un sistema di videosorveglianza capillarmente distribuito su tutto il territorio comunale, con presumibile maggiore complessità di realizzazione rispetto alla videosorveglianza di un edificio o di una sola strada a grande percorrenza, indipendentemente dal livello di tecnologia prevista. In questo senso la clausola del bando non può dirsi arbitraria, stando in tutta evidenza a significare la particolare qualificazione professionale richiesta nello specifico settore oggetto dell'appalto.

Quanto alle censure concernenti l'autorizzazione ministeriale ed i certificati di qualità, proposte dall'impresa P & P s.r.l. negli stessi termini rappresentati dall'altra istante SELF SIME ITALIA s.r.l., valgono le medesime motivazioni di infondatezza come sopra argomentate.

In conclusione, appare altresì opportuno rilevare che la ragionevolezza delle scelte operate dalla stazione appaltante trova riscontro anche nel numero di ditte che hanno partecipato alla selezione, essendo pervenute – come riferito dalla stazione appaltante – sette offerte di cui tre presentate da costituende associazioni temporanee di imprese.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito