

Parere n.112 del 17/07/2013

PREC 64/13/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Direzione di Commissariato M.M. Taranto – Procedura ristretta accelerata per l’affidamento del servizio di Asilo nido – Importo presunto annuo € 220.000,00 – S.A.: Direzione di Commissariato M.M. Taranto

Servizi di cui all’Allegato II B – Normativa applicabile- Carenza certificazione UNI EN ISO 9001:2008 – Esclusione – Legittimità

Il Consiglio

Vista la relazione dell’ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Direzione del Commissariato Marina Militare di Taranto ha chiesto il parere di questa Autorità in merito all’esclusione dalla procedura in oggetto del Consorzio *Europa – Servizi, Formazione e Terzo Settore*.

L’istante ha precisato che il bando di gara richiedeva a pena di nullità, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, la presentazione della copia del certificato ISO 9001:2008 attinente il settore oggetto di gara. Il Consorzio CESFET ha chiesto di essere ammesso a partecipare alla procedura ristretta accelerata ed, a tal fine, ha indicato di aver allegato alla propria domanda anche copia conforme all’originale del certificato ISO 9001:2008 attinente al settore oggetto di gara.

La commissione di gara ha riscontrato che il predetto Consorzio in effetti ha presentato un documento “Dichiarazione di conformità all’originale”, in cui ha dichiarato “*che la copia del documento sotto indicato e allegato alla presente dichiarazione è conforme all’originale: certificazione di qualità secondo le norme UNI EN ISO 9001:2008, rilasciata da Organismo aderente agli Accordi Multilaterali di Mutuo Riconoscimento (MLA) EA riferita al servizio oggetto dell’appalto*”, ma la copia che è stata presentata non è quella della certificazione ISO 9001:2008 bensì quella della certificazione UNI 11034:2003 per le attività aventi ad oggetto la progettazione ed erogazione di servizi educativi e ricreativi per l’infanzia ed i minori.

La stazione appaltante allora ha disposto l’esclusione del predetto concorrente, motivando come segue: “*la documentazione presentata ai fini dei requisiti di partecipazione a gara risulta, contrariamente a quanto riportato nella “Dichiarazione di conformità all’originale (terz’ultima pagina)”, priva della “Fotocopia del certificato Iso 9001-2008, attinente il settore oggetto di gara” richiesta, a pena di nullità, alla lett. C punto 2 del relativo bando di gara (lex specialis)*”.

Il Consorzio ha contestato la predetta esclusione, invocando l’applicazione del dovere di soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, conseguentemente la stazione appaltante ha ritenuto opportuno acquisire il parere di questa Autorità.

A riscontro dell’istruttoria procedimentale il Consorzio ha presentato una memoria, con la quale ha argomentato nel senso dell’illegittimità della disposta esclusione, facendo leva, oltre che sulla possibilità di integrazione documentale ai sensi della norma su citata, anche sulla contrarietà della previsione escludente del bando di gara con il principio di tassatività delle cause di esclusione ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006 nonché sulla idoneità della certificazione presentata, la UNI 11034:2003, a dimostrare in maniera ancor più pertinente il possesso del requisito di capacità tecnica richiesto.

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità dell’esclusione di un concorrente per

aver presentato la certificazione UNI 11034:2003, invece della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008, richiesta dal bando di gara a pena di esclusione, per la dimostrazione della capacità tecnica.

Le argomentazioni difensive del Consorzio impongono di ricostruire preliminarmente il quadro normativo, in cui si inserisce la fattispecie in esame. Il servizio oggetto di gara rientra tra quelli previsti nell'allegato II B al D.Lgs. 163/2006 e come tale il relativo affidamento è disciplinato dagli artt. 20 e 27 D.Lgs. 163/2006, in virtù dei quali l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), e deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Si applicano, inoltre, agli affidamenti in esame le ulteriori norme del Codice dei Contratti Pubblici richiamate espressamente dalla *lex specialis*, che la stazione appaltante si è auto vincolata ad osservare. Agli appalti in esame fa riferimento anche la comunicazione interpretativa della Commissione n.2006/C 179/02, la quale ha richiamato la posizione della Corte di giustizia delle Comunità Europee, secondo cui, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato.

In piena conformità a tale indirizzo si registra nella giurisprudenza amministrativa italiana la tendenza ad applicare all'affidamento dei servizi di cui all'Allegato II B anche quelle norme del Codice che, pur non essendo espressamente menzionate dall'art. 20 D.Lgs. 163/2006, sono espressione di principi di portata generale quali, ad esempio, l'art. 84 e l'art. 41, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006. Quest'ultimo, infatti, essendo volto a garantire la più ampia concorrenza nella specifica gara, è espressione del principio di portata generale del *favor participationis* e, come tale, concorre a garantire il buon andamento dell'azione amministrativa. Si è ritenuto, più precisamente, che *“la riconducibilità del servizio appaltato all'All. II B non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale e, in particolare dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943; 22 aprile 2008, n. 1856; 8 ottobre 2007, n. 5217; 22 marzo 2007, n. 1369; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951). E, del resto, è lo stesso art. 27 del Codice dei contratti pubblici che, proprio con riferimento alle prestazioni di cui all'allegato IIB, pone l'obbligo per le Amministrazioni di disporre siffatti affidamenti rientranti nell'ambito di applicazione oggettiva del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006, «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”* (cfr. TAR PALERMO, Sez. III, n. 647 del 19.3.2013 e giurisprudenza ivi citata).

Fatta tale necessaria premessa, occorre verificare se la stazione appaltante poteva richiedere, ai fini della partecipazione, il possesso della certificazione di qualità. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota il loro *agere* ed espressamente ammessa dall'art. 43 D.Lgs. 163/2006, con l'avvertenza, già sottolineata da questa Autorità, che possono essere considerati legittimi i requisiti richiesti dalla *lex specialis* che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità, della ragionevolezza e siano pertinenti e congrui rispetto all'oggetto del contratto. Tali requisiti possono essere censurati solo allorchè appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara.

Venendo al caso in esame, si osserva che la clausola di cui alla lett. c, punto 2, della *lex specialis*, in applicazione della quale è avvenuta l'esclusione censurata, rispetta i predetti limiti di pertinenza e congruità, in quanto la certificazione richiesta è riferita al settore oggetto dell'affidamento e riflette l'esigenza di affidare l'appalto *de quo* ad un soggetto pienamente qualificato, anche in considerazione della peculiare natura degli utenti del servizio (infanti di età compresa tra i tre e trentasei mesi). La stessa, inoltre, risulta compatibile con il principio di tassatività delle clausole di

esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 bis, D.lgs. 163/2006 - applicabile anche al caso in esame in virtù di quanto sopra indicato quanto – che consente l'esclusione di un concorrente in caso di carenza di requisiti richiesti, poiché questi ultimi costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara (cfr. AVCP, determinazione n. 4/20012).

Accertata la legittimità della clausola in esame, che, peraltro, il Consorzio non ha contestato se non dopo la sua esclusione, rimane da verificarne l'applicazione al caso in esame.

E' incontestato fra le parti che il Consorzio CESFET non ha presentato la copia della certificazione UNI EN ISO 9001:2008, richiesta a pena di esclusione dalla stazione appaltante, bensì copia della diversa certificazione UNI 11034: 2003. Il concorrente ha sostenuto al riguardo che la dichiarazione di conformità all'originale resa dal suo legale rappresentante, contenendo un puntuale riferimento alla certificazione richiesta, era idonea ad attestarne il possesso in capo al medesimo concorrente.

L'assunto non è condivisibile, in quanto nel documento in questione il concorrente non ha autocertificato il possesso della UNI EN ISO 9001:2008, ma semplicemente ha dichiarato che il documento esibito in copia era conforme all'originale, ossia alla certificazione ISO 9001:2008 posseduta. E' evidente che tale dichiarazione non raggiunge l'effetto a cui era destinata, stante la differenza materiale tra il documento esibito in copia e quello a cui si fa riferimento.

Il Consorzio ha ritenuto, inoltre che, in virtù di quanto sancito dall'art. 43 D.Lgs. 163/2006, la stazione appaltante non possa richiedere una certificazione specifica, quale per l'appunto è quella ISO 9001:2008 attinente il settore oggetto dell'appalto e, dall'altro, non ritenere equivalenti ad essa certificazioni diverse, comunque specifiche ed appartenenti al novero delle medesime norme europee, come la certificazione UNI 11034:2003, preordinata a garantire un elevato standard prestato dall'azienda nella gestione dei servizi per l'infanzia e, pertanto, capace di soddisfare l'interesse pubblico sotteso alla richiesta della stazione appaltante.

L'assunto non è condivisibile in quanto la UNI EN ISO 9001:2008 ha una portata diversa dalla UNI 11034:2003. La prima rappresenta la normativa di riferimento per la certificazione del sistema di gestione per la qualità aziendale ed assicura che l'organizzazione produttrice di beni o fornitrice di servizi abbia la capacità di strutturarsi e gestire le proprie risorse ed i propri processi produttivi in modo tale da riconoscere e soddisfare i bisogni dei clienti. A tal fine, l'operatore economico, che intende ottenere la certificazione di qualità in parola, deve sottoporsi a verifiche interne ed intraprendere, se necessario, azioni correttive e preventive. La stessa, inoltre, facilita la misurazione delle prestazioni e migliora la gestione del rischio aziendale, tenendo costantemente sotto controllo le criticità e la piena rispondenza alla normativa cogente. La normativa UNI 11034:2003, invece, tiene conto delle peculiarità dei servizi per l'infanzia, fornendo delle specifiche indicazioni per l'erogazione di questi ultimi. Quest'ultima non assorbe né sostituisce per il settore oggetto dell'appalto *de quo* la UNI EN ISO 9001:2008, ma rimane complementare rispetto a quest'ultima, in quanto, con riferimento ai servizi per l'infanzia, ne specifica meglio alcuni requisiti ed il suo rispetto può essere d'aiuto per una migliore applicazione della normativa ISO 9001:2008. Ne consegue che, in linea di principio, le due certificazioni non possono considerarsi equivalenti e, pertanto, non è detto che un'azienda certificata UNI 11034:2003 abbia anche i requisiti per ottenere la certificazione UNI EN ISO 9001:2008.

Nel caso in esame la disposizione della *lex specialis* richiedeva espressamente e chiaramente, a pena di esclusione, la presentazione di copia della certificazione UNI EN ISO 9001:2008, il Consorzio, invece, ha prodotto copia della diversa certificazione UNI 11034:2003, e, pertanto, correttamente la stazione appaltante lo ha escluso dalla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che correttamente la stazione appaltante abbia escluso dalla gara il Consorzio CESFET.

Il Consigliere Relatore: Pietro Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito