

Parere n.76 del 9/05/2013

PREC 53/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Sandalia Servizi Globali s.a.s. - “Servizio di portierato e guardiana della sede dell’Ente Forestale Sardegna” – Importo a base di gara €391.244,00– S.A.: Ente Foreste della Sardegna.

Cauzione provvisoria. Omessa segnalazione e deposito certificazione ISO 9001.

Determinazione AVCP 4/2012. Forme comunicazione atti gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale Sandalia Servizi Globali s.a.s., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità delle operazioni di gara di cui in oggetto e, nella specie, in ordine alla legittimità sia della riammissione della concorrente Pulservice s.r.l. alla gara, che della forma di pubblicità adottata dalla stazione appaltante per la convocazione alla seconda seduta pubblica e della riammissione.

Risulta che la società Pulservice s.r.l. sia stata esclusa dalla gara (verbale 08.01.2013) perché *“nelle dichiarazioni bancarie l’indicazione dell’oggetto di gara è presente, ma alquanto generico, manca inoltre la dichiarazione ISO a sostegno del dimezzamento dell’importo della polizza assicurativa...”*.

La stazione appaltante quindi ritenendo che la segnalazione circa il possesso della certificazione ISO fosse elemento imprescindibile per consentire la successiva integrazione documentale, procedeva ad escludere dalla gara l’impresa istante, responsabile di avere presentato una polizza non conforme a quanto richiesto all’art. 11 del disciplinare di gara (*“...Per usufruire della riduzione l’operatore economico dovrà dichiararlo ed altresì allegare alla garanzia la documentazione attestante la relativa certificazione”*).

Successivamente però, a seguito di apposita istanza di riammissione, la società Pulservice s.r.l. veniva riammessa alla gara in considerazione sia della allegazione della certificazione ISO 9001 che dell’orientamento del C.d.S. (Sez. III, 04.10.2012 n. 5203) secondo cui l’esclusione, in fattispecie analoga, è da considerarsi in contrasto con l’art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006, nonché del TAR Lazio (Sez. II 3 gennaio 2013 n. n. 16). L’istante contesta poi le modalità di convocazione della seconda seduta in quanto la relativa comunicazione sarebbe stata pubblicata esclusivamente sul sito dell’Ente.

A seguito dell’apertura della busta economica della ditta riammessa, la Pulservice si colloca prima in graduatoria (verbale n. 3 del 18.01.2013), mentre la ditta Sandalia Servizi Globali s.a.s. , qui istante, si colloca al secondo posto.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 marzo 2013, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della riammissione alla gara della ditta Pulservice s.r.l. che era stata esclusa per avere presentato una cauzione provvisoria dimezzata senza dichiarare e documentare il possesso della certificazione di qualità conforme alle norme europee UNI CEI ISO 9000, rilasciata da organismi accreditati ex art. 75, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006. Tale riammissione è avvenuta grazie alla produzione delle sentenze richiamate in fatto da parte della ditta esclusa, la quale nella seduta di apertura delle offerte, convocata con

modalità anch'esse oggetto di contestazione, è risultata aggiudicataria provvisoria della gara indetta per l'affidamento del servizio di portierato della sede dell'Ente Forestale Sardegna.

Con riferimento alle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare il suddetto provvedimento di ammissione, effettivamente il Cons. Stato, con decisione che porta la medesima data della determinazione di questa Autorità n. 4/2012 (Sez. III, 04-10-2012, n. 5203) aveva stabilito che “*In difetto di esplicite sanzioni di esclusione contenute nella legge e/o nel bando, deve ritenersi che non possa farsi luogo ad esclusioni, come prevede ora l'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti), modificato dall'art. 4, comma II, lett. d), D.L. 13 maggio 2011, n. 70. Pertanto, correttamente la commissione ha ammesso l'appellante alla gara, nonostante avesse prestato la garanzia di cui all'art. 75, comma I, Codice dei contratti in misura dimezzata pur senza dimostrare il possesso della certificazione di qualità, in quanto il bando di gara non prescriveva esclusioni per la mancata presentazione di certificazione di qualità, né ciò sarebbe desumibile dall'art. 43 Codice dei contratti*”. Successivamente il T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 03-01-2013, n. 16 ha affermato che “*E' illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto di una ditta che non ha allegato nella propria domanda di partecipazione la polizza fideiussoria, atteso che tale mancanza rientra nell'alveo delle mere irregolarità sanabili ai sensi dell'art.46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti)*”.

Tuttavia, alla luce del dato normativo di riferimento e della citata determinazione n. 4 del 4 ottobre 2012 non può che concludersi nel senso della illegittimità del provvedimento di riammissione alla gara della Pulservice s.r.l..

Come è noto, l'art. 75, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici dispone che l'importo della garanzia è ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. La norma dispone altresì che “*per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti*”.

La riduzione della cauzione configura sostanzialmente un beneficio che opera indipendentemente da un'espressa previsione della *lex specialis* di gara, la quale neppure potrebbe legittimamente escluderne a priori l'operatività. Tuttavia, occorre che vi sia una manifestazione di volontà espressa ed univoca da parte dell'impresa concorrente di volersi avvalere della riduzione, dichiarazione in mancanza della quale la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad una garanzia di importo ingiustificatamente dimezzato, circostanza questa che, oggettivamente considerata, integra gli estremi di una legittima causa di esclusione: perciò, trattandosi di un beneficio operante solo in presenza della certificazione di qualità, l'impresa che intenda avvalersene ha l'onere di dimostrare documentalmente, già in fase di offerta, il possesso di tale requisito (cfr. A.V.C.P., parere 27 settembre 2012 n. 156).

L'Autorità ha più volte ribadito che, affinché possa operare il beneficio del dimezzamento della cauzione provvisoria, è necessario che il concorrente produca, unitamente all'offerta ed alla cauzione, la prova di essere in possesso della certificazione di qualità (cfr. A.V.C.P. deliberazione 5 novembre 2009 n. 102), mentre soltanto in relazione agli appalti di lavori pubblici, l'impresa che intenda usufruire del beneficio della riduzione della cauzione può limitarsi a manifestare detto intendimento con una dichiarazione di volontà senza allegare il certificato di qualità, atteso che il possesso di tale requisito risulta dall'attestato SOA (cfr. A.V.C.P., deliberazione 17 aprile 2007 n. 112).

Con la citata determinazione del 2012, questa Autorità ha stabilito che “*...la presentazione di una cauzione dimezzata senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione. E' ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione, qualora questa sia stata segnalata, purché sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/domanda di partecipazione*”.

Pertanto, nella fattispecie qui in esame, l'operato della stazione appaltante si ritiene illegittimo, dovendo l'impresa essere esclusa ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis per violazione dell'art. 75 comma 7 del Codice, come specificato nella suddetta determinazione.

Anzitutto, con riferimento alle ragioni che hanno consentito la riammissione in gara della ditta Pulservice s.r.l., non è senza rilievo la circostanza che le date della decisione del Consiglio di Stato e della determinazione dell'Autorità coincidano (4 ottobre 2012), a dimostrazione del fatto che la pronuncia del giudice amministrativo non poteva tenere in considerazione il documento che l'Autorità ha emanato al fine di fornire indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara, ai sensi degli articoli 64, comma 4 bis e 46 comma 1 bis del codice dei contratti pubblici. Il bando tipo di cui si discute, quindi, è finalizzato a dare una prima attuazione al combinato disposto delle norme appena citate, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità. Il bando tipo costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare a quanto in esso prescritto, motivando adeguatamente.

Alla luce di quanto sopra specificato, tenuto conto che le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara nel rispetto di quanto prescritto nel bando tipo in parola, e che questo trova espressa copertura normativa nel combinato disposto degli articoli 64, comma 4 bis e 46, comma 1 bis del codice dei contratti, non ci sono dubbi in ordine alla legittimità, nel caso di specie, del primo provvedimento adottato dalla stazione appaltante nei confronti della ditta Pulservice S.r.l. e alla conseguente illegittimità del provvedimento di riammissione, disposto in virtù di una giurisprudenza dalla quale questa Autorità non può che discostarsi.

L'impresa doveva essere esclusa per avere presentato una cauzione provvisoria dimidiata senza dichiarare né documentare il possesso della certificazione di qualità. Inoltre, non vi erano margini nel caso di specie per una integrazione documentale non avendo l'impresa in contestazione segnalato il possesso della certificazione di qualità.

La seconda questione controversa attiene alla legittimità delle forme di comunicazione della convocazione alla seconda seduta pubblica.

Al riguardo si deve preliminarmente osservare che la modalità di pubblicazione della detta convocazione, in quanto effettuata nel sito internet della stazione appaltante, risulta rispettosa dei principi di *par condicio* e di trasparenza, oltre che coerente con la prassi seguita dalle amministrazioni committenti e il più delle volte codificata anche nei bandi di gara.

In assenza, poi, di specifiche disposizioni di *lex specialis*, il dato normativo di riferimento va rinvenuto nell'art. 32 L. 69/2009 secondo cui "(...) *A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione è effettuata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4 (...)*". Trattasi di norma generale derogabile solo in tassative ed eccezionali ipotesi, tra cui non rientrano quelle qui in esame.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che il provvedimento di riammissione alla gara della ditta Pulservice S.r.l. sia illegittimo, dovendo quest'ultima essere esclusa ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis per violazione dell'art. 75 comma 7 del Codice;
- che la pubblicazione nel sito web della stazione appaltante avente ad oggetto la convocazione alla seconda seduta pubblica della Commissione sia legittima, trattandosi di modalità conforme al vigente impianto normativo.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito