

Parere n.50 del 30/9/2014

PREC 90/14/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 SE.RI.CO. s.n.c. – “Procedura aperta per l’affidamento del servizio di gestione completa del servizio di fornitura derrate, preparazione e distribuzione dei pasti per la durata dell’intero anno scolastico agli alunni ed al personale delle Scuole dell’Infanzia e della Scuola Primaria del Comune di Castrignano del Capo. Decorrenza presunta 15.1.2014-20.6.2016” – Importo a base di gara: euro 186.228,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Castrignano del Capo (Lecce).

Servizi di cui all’Allegato II B – Obbligo di sopralluogo previsto a pena di esclusione – violazione art. 46, comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006- Dichiarazione sostitutiva.

In un appalto di servizi (non interessato dalla previsione specifica in materia di lavori pubblici ex art. 106, comma 2 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207) la sanzione dell’esclusione dalla gara per mancato sopralluogo costituisce – a meno dell’evidenza di concrete e specifiche ragioni – una violazione dell’art. 46 comma 1-bis del d.lgs. 163/2006, in quanto amplia eccessivamente, e in senso formalistico, le cause di esclusione dalla procedura.

Requisiti di capacità tecnica riferibili a servizi di ristorazione collettiva – banqueting. Art. 42 d.lgs. n. 163/2006.

L’operatore economico non può dimostrare la propria capacità tecnica mediante l’elenco di servizi resi nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando afferenti ad una diversa tipologia rispetto a quelli oggetto di affidamento.

Certificazione di qualità – Avvalimento – Inammissibilità.

È inammissibile, con riferimento alla certificazione di qualità, il ricorso all’istituto dell’avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006 in quanto l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un’implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall’intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità.

Il Consiglio

Ritenuto in fatto

In data 8 aprile 2014 è pervenuta da parte dell’impresa SE.RI.CO. s.n.c l’istanza di parere indicata in epigrafe relativamente alla procedura di gara indetta dal Comune di Castrignano del Capo per l’affidamento del servizio di refezione scolastica da aggiudicarsi mediante criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, l’istante solleva tre questioni in ordine alla correttezza dell’operato posto in essere dalla stazione appaltante.

In primo luogo, lamenta l’illegittimità della propria esclusione dalla procedura sulla base della motivazione definita come da verbale di gara n. 2 del 27.01.2014, “Dagli atti emerge che la ditta SE.RI.CO di Grecuccio Fernando Antonio & C. s.n.c. ha partecipato al bando di gara disattendendo all’obbligo di sopralluogo e acquisizione della specifica attestazione sostenendo di essere a conoscenza dei luoghi, in quanto attualmente esercente il servizio oggetto di gara e sul punto ha presentato autocertificazione ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR n. 445/200 dichiarando che l’offerta ha tenuto conto della conoscenza dei luoghi”.

Altresi, l’istante sostiene, l’illegittimità dell’ammissione in gara della ditta ZIO TOM s.n.c., oggi aggiudicataria definitiva, poiché sprovvista del requisito di capacità tecnica (punto 2.1. lett. d) del disciplinare di gara), in quanto risulta avere presentato una dichiarazione contenente un elenco di servizi di banqueting (ricevimenti, nozze, banchetti) prestati a soggetti privati.

Infine, solleva un’ulteriore doglianza sempre con riferimento all’impresa ZIO TOM s.n.c.

relativamente alle due certificazioni di qualità dalla stessa utilizzate in gara, ritenendo che le stesse non soddisfino il requisito richiesto dal disciplinare in quanto, l'una attesterebbe il possesso di certificazione -limitatamente al settore di attività EA 28-35- in capo ad un'impresa ausiliaria (in violazione della disciplina in materia di avvalimento), l'altra attesterebbe il possesso di un "marchio di qualità 2006" per la tipologia ristorante gourmet rilasciato dalla Camera di Commercio di Lecce. In seguito all'avvio del procedimento, comunicato con nota del 16 aprile 2014, sono pervenute le controdeduzioni, rispettivamente, della stazione appaltante e della aggiudicataria dell'appalto con le quali si ribadisce la correttezza delle operazioni di gara.

Considerato in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura di gara indetta dal comune di castrignano del capoper le ragioni evidenziate in *fatto*.

In via preliminare occorre precisare che che l'appalto del servizio in oggetto rientra nel novero di quelli contemplati nell'allegato II B la cui aggiudicazione, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006, è soggetta solo in limitata parte alla disciplina codicistica e, non di meno, ai sensi dell'art. 27 del Codice "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità....".

Con riferimento al primo quesito, al fine di giudicare la legittimità dell'esclusione della ditta SE.RI.CO. s.n.c., occorre tener presente la tipicità delle cause contemplate dal comma 1-*bis* dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 che costituisce l'obbligatoria griglia di filtraggio dei casi concreti sottoposti ad esame; sicché, ai sensi di tale disposizione, le stesse clausole della *lex specialis* di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, sono legittime solo se conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del Codice e del regolamento di esecuzione.

Orbene, nell'ambito di una procedura per l'affidamento di lavori pubblici, la previsione della legge di gara che subordina la partecipazione al sopralluogo sulle aree e gli immobili interessati non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, di cui all'art. 46, comma 1-*bis* d.lgs. n. 163/2006, in quanto essa, infatti, corrisponde ad una previsione contenuta nell'art. 106 del d.P.R. n. 207/2010. Mentre, altrettanto non può dirsi per gli appalti di servizi, per di più solo in minima parte soggetti al Codice, come quello in argomento.

In detti appalti, invero, la legittimità di un'analogia previsione a pena di esclusione inserita nella *lex specialis* deve essere valutata in concreto.

È evidente, infatti, che in questi ultimi casi la sanzione dell'esclusione collegata a un simile adempimento può essere considerata legittima solo quando vi siano ragioni oggettive e immediatamente percepibili che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, se formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto.

Il sopralluogo risponde alla funzione di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e della documentazione necessaria a formulare l'offerta, cosicché l'onere posto a carico dell'impresa di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione (in tal senso: Con. Stato, Sez. V, n. 3729/2005; parere di precontenzioso n. 98/2014).

Ciò precisato, appare evidente come l'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione ha determinato l'esclusione della ditta istante, potrebbe giustificarsi nel caso concreto solo in ragione del fatto che lo stesso risulti adempimento funzionale alla conoscenza dei luoghi che il partecipante acquisisce al fine della successiva presentazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e solo in questo senso potrebbe comprendersi (e giustificarsi sul piano della ragionevolezza) la relativa previsione del bando a pena di esclusione (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. IV, 17/2/2014, n. 744).

Nel caso di specie, dove non si ravvisano concrete e specifiche ragioni, la sanzione dell'esclusione

dalla gara per mancato sopralluogo costituisce una violazione dell'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, in quanto amplia eccessivamente, e in senso formalistico, le cause di esclusione dalla procedura, senza alcuna necessità in relazione alle esigenze organizzative della stazione appaltante. Ma vi è di più. La ditta istante era pienamente edotta della situazione logistica in cui si svolge detto servizio, se si considera che la stessa gestisce, dal gennaio 2008, senza soluzione di continuità, il servizio di refezione scolastica per conto del Comune di Castrignano. L'impresa SE.RI.CO. s.n.c. ha, infatti, allegato alla documentazione amministrativa una dichiarazione attestante che l'offerta da essa formulata ha tenuto conto della conoscenza dei luoghi.

La condizione essenziale imposta dalla stazione appaltante circa l'effettuato sopralluogo e conseguente rilascio di apposita attestazione comunale, secondo tempi stabiliti dal comune, in modo peraltro limitato e circoscritto (dal lunedì al venerdì dalle 10,00 alle 12,00 – previa prenotazione telefonica), risulta comunque soddisfatta, anche da un punto di vista sostanziale, mediante la dichiarazione sostitutiva resa dalla impresa SE.RI.CO. s.n.c. (sulla autosufficienza della dichiarazione sostitutiva vedasi: TAR Sardegna, Sez. I. sent. 04/12/2013, n. 817). Pertanto, l'esclusione disposta nei confronti della impresa SE.RI.CO. s.n.c. appare illegittima.

In ordine al secondo profilo di doglianza, tra i requisiti condizionanti la partecipazione alla gara in oggetto, il disciplinare richiedeva all'art. 2.1., lett. d): "l'impresa è tenuta a dimostrare la capacità tecnica mediante una dichiarazione dell'elenco dei principali servizi di ristorazione collettiva (almeno due) prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati dei servizi stessi" e ciò è in linea con quanto prescritto dall'art. 44, par. 2, della Direttiva 2004/18/CE, secondo cui "i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto".

Nel caso di specie, l'istante sostiene che l'odierna impresa aggiudicataria sia stata ammessa alla procedura di gara, non avendo presentato referenze specifiche di "ristorazione collettiva", ma solo un elenco di servizi di "Banqueting".

A tale riguardo, si ritiene che il requisito di capacità tecnica, così come richiesto dalla stazione appaltante, abbia una propria e precisa connotazione.

Il riconosciuto giudizio di omologia operato dalla stazione appaltante tra servizio di "ristorazione collettiva" e "banqueting", al fine di valutare positivamente per l'affidamento del servizio di refezione scolastica le pregresse attività eseguite dall'impresa ZIO TOM s.n.c., seppur questione di stretta discrezionalità della stazione appaltante, non appare coerente, plausibile e sufficientemente motivato, non solo risultando l'elenco dei servizi resi dall'aggiudicataria nel triennio 2011-2013 composto da una serie di nominativi di soggetti (coppie) che lascia presumere possano riferirsi a eventi privati quali matrimoni, ma anche in considerazione del mero rinvio operato dal Comune stesso, nelle proprie controdeduzioni, al verbale di gara n. 3 dal quale si evince esclusivamente l'assegnazione dei punteggi relativi all'offerta tecnica dell'impresa ZIO TOM s.n.c.

Anche per tale profilo, possono ritenersi fondate le doglianze dell'istante.

Con riferimento al terzo quesito, circa la valutazione della documentazione offerta dall'impresa aggiudicataria attestante il possesso della "certificazione di qualità" consistente in due documenti, ammessi e valutati entrambi positivamente dalla Commissione giudicatrice, il primo concernente la conformità alla norma UNI EN ISO 9001:2008 della ditta GE.U.S. S.r.l per i soli settori di attività EA 28 – 35, senza menzione alcuna al settore di attività relativo alla procedura di aggiudicazione in oggetto (EA 30); il secondo, relativo al possesso di un "Marchio di qualità 2006" ottenuto dall'aggiudicataria nel 2006 per la tipologia "Ristorante Gourmet", rilasciato dalla Camera di Commercio di Lecce, si rappresenta quanto segue.

Le ulteriori contestazioni mosse dall'impresa istante, peraltro non oggetto di approfondimenti difensivi da parte della società interessata, né tanto meno da parte del Comune di Castrignano del Capo, appaiono fondate in quanto, preliminarmente risulta essere stato impropriamente ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006, nonostante la caratteristica propria (*intuitu personae*) della certificazione di qualità in argomento e la limitata soggezione del servizio alle norme codicistiche ai sensi del predetto art. 20 d.lgs. n. 163/2006. Ma non solo. Con riferimento

allo specifico settore di attività della certificazione di qualità prestata dal soggetto ausiliario, lo stesso risulta riferirsi al “restauro di beni immobili sottoposti a tutela e scavi archeologici. Servizi cimiteriali. Erogazione di servizi di informazione turistica e accoglienza”, ciò appare in maniera evidente non attinente con l’oggetto dell’appalto quale è la gestione completa del servizio di refezione scolastica.

Altresì, relativamente all’ulteriore documentazione, valutata altrettanto positivamente (con un punteggio di 0,25) circa il possesso di una certificazione rilasciata dalla Camera di Commercio di Lecce, appare chiaro che il suddetto ente non è organismo di certificazione, e che, tutt’al più, possa riconoscere a una determinata impresa un elemento distintivo a garanzia, come nel caso in esame, della qualità del servizio di ristorazione svolto dalla stessa per la tipologia “ristorante gourmet”. In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- illegittima l’esclusione della ditta SE.RI.CO. s.n.c.;
- non conforme alla normativa di settore l’ammissione alla prosecuzione delle operazioni di gara della ditta ZIO TOM s.n.c.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito