PARERE N. 160 DEL 10/10/2012

PREC 120/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da INGEO IESSE del Dott. geologo Scaravilli Ivan - Procedura aperta per l'affidamento del Servizio per l'esecuzione di indagini geognostiche e prove di laboratorio per la progettazione dei lavori per il collegamento tra la S.S. 189 - S.S. 118 - S.S. 115 a servizio dei comuni della montagna " *Strada Mare-Monti* " Tratto S.S. 115 - S.S. 118 - Importo complessivo lordo € 126.750,00 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - S.A.: Provincia regionale di Agrigento.
Esclusione per mancata presentazione dell'autorizzazione Ministeriale rilasciata ai sensi dell'art. 59 DPR 380/2001 e del certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2000.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 aprile 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la ditta INGEO IESSE del Dott. geologo Scaravilli Ivan ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Provincia regionale di Agrigento per non aver prodotto l'autorizzazione Ministeriale rilasciata ai sensi dell'art. 59 DPR 380/2001 (Punto 16 punto 2 del bando di gara) e il certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2000".

L'istante fa in primo luogo presente che alcune ditte andavano escluse dalla selezione: la SIDERCEM SRL, per essere l'amministratore anche Assessore regionale della Regione Sicilia, la RCT SRL, perché l'amministratore ed il Direttore Tecnico non rendevano le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma 1, lett. b), c) m- *ter*) e del punto 16.10) della *lex specialis* di gara, la MARYGEO SAS e la DIMMS CONTROL SPA, per non aver indicato la relazione di fatto tra di loro esistente ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. *m-quater* del D.lgs 163/2006 e del punto 16.3)A *m-quater* della *lex specialis* di gara.

In secondo luogo, l'istante ha rappresentato che, non essendo in possesso dell'attestazione SOA, avrebbe dichiarato e documentato di possedere i requisiti di partecipazione equivalenti per eseguire lavori pubblici di valore pari o inferiore ad € 150.000,00 ai sensi dell'art. 90 del DPR 207/2010, ma che di tale dichiarazione la Commissione non avrebbe tenuto alcun conto. Altresì la Commissione non avrebbe preso in considerazione la documentazione attestante il possesso di requisiti equivalenti alla certificazione di qualità e all'autorizzazione ministeriale ex art. 59 d.P.R. n. 380/2001.

In terzo luogo la ditta INGEO IESSE ha dedotto l'illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui richiede ai partecipanti, a pena di esclusione, l'autorizzazione di cui al citato articolo 59, che invece, anche in base ad una lettura sistematica della norma, non sarebbe necessaria.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 23 maggio 2012, l'istante ha trasmesso memoria, con la quale ha segnalato il recente intervento della giurisprudenza (sentenze del TAR Lazio nn° 3757 e 3761) che ha annullato le circolari ministeriali nn.7618 e 7619 di cui all'art. 59 DPR 380/2001 e ha confermato di essere in possesso dei requisiti di partecipazione, ivi compreso quello relativo alla certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000, assumendo di aver presentato, ai sensi dell'art. 43 D.lgs 163/2006, altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità e documentando il conseguimento della certificazione richiesta proprio qualche giorno prima delle operazioni di gara.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis* (punto 13 del bando di gara), laddove impone il possesso di determinati requisiti di partecipazione. In particolare, la determinazione escludente emessa dalla Commissione di gara si snoda secondo una duplice linea argomentativa (mancata presentazione dell'autorizzazione Ministeriale rilasciata ai sensi dell'art. 59 DPR 380/2001 e mancata presentazione del certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2000) per cui la disamina delle doglianze articolate dall'istante non può prescindere dalla presa d'atto che ciascuno dei due versanti motivazionali è di per sé solo in grado di sorreggere la disposta esclusione.

Orbene, dall'esame degli atti di gara emerge che il bando prevede la necessità di depositare la seguente documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione:

"nel caso concorrente in possesso dell'attestato SOA): Attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione nella Categoria OS20-B; (nel caso di concorrente non in possesso dell'attestato SOA): Certificato di iscrizione della Ditta al registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. competente, con l'indicazione dell'attività esercitata inerente la prestazione principale (OS20-B), e la prestazione secondaria (Prove di Laboratorio), ai sensi dell'art. 39 D. Lgs 163/2006 e s.m.i. Certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000 relativamente ai servizi di prove meccaniche delle terre, delle rocce ed indagini geognostiche. Nonché apposita dichiarazione che i laboratori presso i quali saranno effettuate le prove risultino autorizzati secondo la normativa vigente. Autorizzazione Ministeriale

rilasciata ai sensi dell'art. 59 del DPR 380/2001".

Osserva *in primis* l'istante che la condizione nella quale si trova potrebbe essere sussunta nella prima parte della riprodotta disposizione di *lex specialis*, assumendo di aver comprovato in sede di gara di possedere i requisiti reputati *ex lege* equipollenti all'attestazione SOA per eseguire lavori pubblici di valore pari o inferiore ad € 150.000,00 ai sensi dell'art. 90 del DPR 207/2010. Quanto dedotto dall'istante non convince, in quanto la norma la cui applicazione si invoca, come peraltro lo stesso deducente ha rappresentato nell'ambito delle ulteriori deduzioni contenute nell'istanza e nella successiva memoria, non si attaglia alla procedura selettiva in esame, essendo questa riconducibile al settore degli appalti di servizi invece che di lavori.

Nemmeno si palesano fondate le perplessità dell'istante, laddove questi lamenta, ove trovasse nei suoi confronti applicazione la seconda parte della norma di bando di cui al punto 16.2., che non sarebbe in realtà necessaria l'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 59 del D.P.R. n. 380/2001. A tal uopo l'istante segnala che la recente giurisprudenza (Tar Lazio, Sez. III, Sent., 26-04-2012, n. 3761) ha annullato la circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Presidenza del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici n. 7619/STC dell'8 settembre 2010, recante i criteri per il rilascio dell'autorizzazione ai " *Laboratori per l'esecuzione e certificazione di indagini geognostiche, prelievo di campioni e prove in situ di cui all'art. 59 DPR n. 380/2001*", emessa quindi proprio al fine di regolamentare l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione in sede di rilascio dell'autorizzazione ministeriale.

Orbene, le perplessità sollevate non sono convincenti, proprio alla luce delle considerazioni formulate in sede pretoria, osservando il Collegio, in seno alla citata pronuncia, che " *la disciplina della circolare impugnata è assolutamente generica nella parte in cui si riferisce a "tutte le attività connesse con le indagini geognostiche, il prelievo dei campioni e le prove sui terreni in situ", senza alcuna specificazione del tipo di prelievi o di prove in situ che richiedono una particolare autorizzazione. E' assolutamente irragionevole, quindi, oltre che in violazione delle disposizioni legislative, che le indagini geognostiche siano di per sé inibite ai geologi liberi professionisti, così come il prelievo di campioni e le prove in situ che possono anche essere operate senza particolari mezzi tecnici*". Aggiunge il Tribunale Amministrativo che " *La estensione, quindi, anche alle indagini geognostiche, dei prelievi di campioni e di prove in situ della necessità che siano effettuate da laboratori autorizzati è al di fuori della previsione dell'art 59 del d.p.r. del 2001, dell'art 8 comma 6 del d.pr. 246 del 1993 e in contrasto con la disciplina delle norme tecniche sulle costruzioni, che limitano il prelievo di campioni e le prove in situ a specifiche analisi. Infatti, nelle norme tecniche sulle costruzioni, alle indagini geotecniche di laboratorio sono stati affiancati gli esami in situ e i prelievi di campioni solo se effettuati con strumenti tecnici o modalità espressamente indicate*". I rilievi del giudice amministrativo non sono in grado di inficiare la legittimità della disciplina di gara proprio avuto riguardo all'oggetto della prestazione dedotta in appalto, il cui perimetro comprende non solo la " *Esecuzione di indagini geognostiche ed esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali, anche ai fini ambientali, compreso il prelievo di campioni di terreno o di roccia e l'esecuzione di prove in situ. (Class. OS20-B)*" (prestazione principale), ma anche l'espletamento di " *Prove di Laboratorio*" (prestazione secondaria), per le quali quindi non può che rendersi necessaria l'autorizzazione ministeriale, a norma dell'art. 59 citato. Non sussiste quindi, in ordine a tale profilo motivazionale, la pur dedotta violazione della Legge 11 novembre 2011 n. 180, ove vieta (art. 13, c. 3°/5°) alle pubbliche amministrazioni di chiedere alle imprese documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel caso *de quo* le autorizzazioni di cui all'art. 59 DPR 380/2001) nonché di richiedere requisiti sproporzionati. Il primo dei due motivi posti a base della contestata esclusione non è quindi inficiato dalle perplessità sollevate all'istante.

Ciascun versante motivazionale è, come detto, da solo in grado di suffragare la contestata determinazione assunta dalla Commissione di gara, ma, per ragioni di completezza, è opportuno stabilire se abbia o meno carattere ostativo il difetto di certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000. Va al riguardo in primo luogo osservato che non può assumere rilievo la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 prodotta dall'istante nel presente procedimento di precontenzioso perché conseguita soltanto il 16/02/2012, quindi successivamente alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte del 13/01/2012. Va per giunta rilevato che non si rinvengono spiragli applicativi in favore della disciplina, invocata dall'istante, di cui all'art. 43 D.lgs 163/2006, ove è stabilito che le stazioni appaltanti " *ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici*", Sul punto, l'istante ritiene che tali prove consistano nel Manuale di Qualità e nel Decreto Assessorile n° 350/99IIIFP 30/07/99, idoneità professionale per "ESPERTO SISTEMI QUALITA'".

Entrambi tali documenti non possono soccorrere l'istante ai fini della dimostrazione del requisito in oggetto.

Non il primo, in quanto, come da recente insegnamento giurisprudenziale (T.A.R. Lazio Roma Sez. III *quater*, n. 6866 del 24 luglio 2012), la presentazione del Manuale Qualità non può sostituire la certificazione richiesta. Invero, la norma invocata richiede la presentazione di prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità e, quindi, di misure concretamente operanti, idonee a comprovare il possesso dei requisiti insiti nella certificazione richiesta e ad offrire garanzie di conformità ai requisiti qualitativi del servizio, caratteristica che non può essere riconosciuta ad un manuale, ancorché specificamente attinente alla documentazione richiesta. La documentazione esibita al più dimostra che il procedimento era, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, *in itinere*, ma questo non integra *ex se* la specifica

fattispecie contemplata dalla norma.

Nemmeno assume auspicato rilievo il Decreto Assessorile, peraltro non rinvenuto agli atti del procedimento di precontenzioso, già solo per il fatto che esso risale al 1999 ed è quindi antecedente all'epoca di intervento delle norme di gestione della qualità ISO 9001:2000.

In base a quanto sopra considerato, la esclusione della società istante deve ritenersi legittima. Ne consegue che non possono accedere al richiesto vaglio le perplessità sollevate con riferimento alla partecipazione alla selezione da parte di altre imprese, come evidenziato in premessa. Difatti, secondo l'orientamento di costante giurisprudenza, un soggetto legittimamente escluso da una gara d'appalto non è legittimato a contestare la legittimità delle operazioni di gara, " *a meno che non permanga l'interesse a ricorrere strumentale alla rinnovazione della selezione qualora si contesti l'ammissione di tutti gli altri partecipanti ovvero censuri un vizio idoneo a travolgere in radice la competizione, ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere per l'Amministrazione di indire una nuova procedura selettiva alla quale l'impresa precedentemente esclusa può partecipare, con conseguente chance di divenire aggiudicataria* " (cfr. TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, n. 2510 del 28 dicembre 2009; C. Stato, Sez. V, n. 2871 del 11 maggio 2009 e n. 2629 del 4 giugno 2008). In tale situazione non versa l'istante, atteso che, in caso di favorevole apprezzamento delle censure articolate al riguardo, potrebbe al più conseguire l'esclusione delle ditte come sopra indicate ma non anche l'aggiudicazione della gara o almeno, in un'ottica strumentale, la sua rinnovazione.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della INGEO IESSE sia conforme al principio di *par condicio* dei concorrenti ed alla *lex specialis* .

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito