

Parere n. 180 del 20/10/2010

PREC 124/09/S

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 Helyos S.p.A. e La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c. - Affidamento quadriennale del servizio di pulizia presso i Comandi Provinciali dei Vigili del Fuoco - Importo a base d'asta: € 265.679,72 - S.A.: Comando Provinciale VV.FF. di Rieti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Nelle date del 26 agosto e 3 settembre 2009 sono pervenute le due distinte istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali le imprese, rispettivamente, Helyos S.p.A. e La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c. hanno chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in merito alla legittimità dei provvedimenti di esclusione disposti nei loro confronti dal Comando Provinciale dei VV.FF. di Rieti.

In particolare, la prima istante Helyos S.p.A. ha rappresentato di essere stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto, *"in quanto aveva prodotto una semplice copia del certificato di qualità ISO 9001, anziché una copia conforme ai sensi del D.P.R. n. 445/2000"*.

A tale riguardo, l'istante medesima ha rappresentato, innanzitutto, che i documenti di gara non prevedono che tale certificato debba essere presentato in copia conforme ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 a pena di esclusione e che nemmeno il Codice dei contratti pubblici prevede una esplicita forma di presentazione di siffatta certificazione a pena di esclusione, riferendosi l'art. 42, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 - invocato dalla stazione appaltante - ai soli requisiti di capacità tecnico professionale di cui al comma 1 dell'articolo medesimo, tra i quali non rientra il certificato di qualità, previsto invece dal successivo art. 43 del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, l'istante stessa ha evidenziato di aver dichiarato nella propria domanda di partecipazione, tramite il proprio legale rappresentante e sotto la propria personale responsabilità (ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000) che i dati contenuti in essa e nei relativi prospetti sono veritieri, sicché era stata in ogni caso prodotta una dichiarazione esaustiva, e - nel dubbio - la stazione appaltante avrebbe potuto chiedere specificazioni o integrazioni, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Quanto alla seconda istanza di parere, La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c. ha riferito di essere stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto per la mancata comunicazione dei codici INPS e INAIL e per l'omessa produzione delle referenze bancarie in originale.

Con riguardo al primo motivo di esclusione, l'istante medesima ha rappresentato che tali codici, seppure non presenti nella casella dedicata, erano comunque menzionati nell'istanza di partecipazione, precisamente nella sua parte introduttiva, per cui l'asserita omissione - ad avviso dell'istante - costituirebbe in realtà un mero disguido formale ed ha evidenziato altresì che, in ogni caso, la *lex specialis* non prevedeva tale omissione come causa di esclusione dalla gara. Con riferimento al secondo motivo di esclusione, invece, l'istante ha riferito che le referenze bancarie sono state effettivamente prodotte, sebbene non in originale ma in copia conforme, avendo il legale rappresentante dell'impresa dichiarato, sotto la propria responsabilità, che le referenze bancarie prodotte in fotocopia erano conformi a quelle in originale e che, peraltro, anche per tale ipotesi, la *lex specialis* non configurava l'omissione come causa di esclusione dalla gara.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, Il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Rieti ha replicato, con riguardo alla posizione dell'impresa Helyos S.p.A., osservando che la presentazione di una semplice fotocopia del certificato ISO 9001 non integra il requisito di partecipazione previsto dal bando di gara nella sezione III.2.1), stante - a suo dire - l'obbligo di provare il requisito richiesto in conformità alle disposizioni contenute nel D.P.R. n. 445/2000, discendente dal combinato disposto dell'art. 42, comma 4 e 43 del D.Lgs. n. 163/2006, espressamente richiamati dalla *lex specialis*. Pertanto, tale documentazione, in quanto priva di valore legale, non poteva essere suscettibile di apprezzamento da parte della Commissione di gara. Mentre, in relazione alle considerazioni espresse dall'impresa La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c., la stazione appaltante ha rinviato all'allegato verbale di gara del 6 luglio 2009, laddove è precisato che l'omessa indicazione dei dati relativi agli enti previdenziali ("codice INAIL" e "matricola INPS") *"si pone in aperta violazione delle disposizioni contenute nell'art. 64, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, che richiama l'importanza, quale lex specialis, che assume il bando di gara e ogni altra richiesta di informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante e richiesta nei modelli adottati"* ed è altresì esplicitato *"che le referenze bancarie sono state prodotte dall'impresa in copia munita di autentica ai sensi della L. 15/68 e s.m.i. e dell'art. 2 del D.P.R. 403/1998"*, forma non ritenuta idonea dalla stazione appaltante in quanto - a suo avviso - il possesso del richiesto requisito doveva essere dimostrato *"solo con il deposito della documentazione in originale delle referenze bancarie"*, atteso che la possibilità di avvalersi dell'istituto dell'autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 non è prevista per le dichiarazioni

di cui alla lettera a) dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, relative appunto alle referenze bancarie.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire le controversie sottoposte a questa Autorità con le istanze di parere indicate in epigrafe, occorre muovere dall'esame della prima questione, rappresentata dall'impresa Helyos S.p.A., concernente la sussistenza o meno dell'obbligo di produrre il certificato ISO 9001 in copia conforme ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, a pena di esclusione dalla gara.

Dirimenti al riguardo appaiono le specifiche prescrizioni contenute al punto III.2.4) del bando di gara, laddove si stabilisce che *"l'impresa, a pena di esclusione, dovrà dimostrare di possedere un sistema di qualità certificato da organismi riconosciuti dagli Stati membri dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006. Vedasi fac-simile Domanda di partecipazione e prospetti informativi acquistabili presso le sedi dei Comandi Provinciali VV.FF. di cui all'elenco pubblicato sul sito www.vigilfuoco.it alla sezione Bandi di Gara o sul sito stesso"*.

Dal tenore letterale della richiamata disposizione della *lex specialis* risulta evidente che il bando non prevede espressamente una particolare modalità di presentazione di tale certificato a pena di esclusione. L'istante, pertanto, ha ritenuto di poter attestare il possesso di detto requisito mediante una semplice copia del certificato ISO 9001 premurandosi, in ogni caso, di dichiarare, ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000, che i dati contenuti nella domanda di partecipazione e nei relativi prospetti allegati sono veritieri e la copia del certificato ISO 9001 costituisce parte integrante del prospetto informativo n. 2, allegato alla domanda di partecipazione.

Si deve, inoltre, considerare che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affrontare la tematica in esame, affermando, in via preliminare, che *"le copie delle certificazioni di qualità potrebbero cadere sotto il disposto dell'art. 19 d.P.R. 445/2000 in materia di dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, giacché gli organismi deputati a tale certificazione, sebbene di natura privata, rilascerebbero attestazioni contenuto vincolato e rilievo pubblicistico"* (CdS, VI, 19 gennaio 2007, n. 121) e da tale affermazione ha tratto la conseguenza che il certificato di qualità potrebbe essere prodotto in gara sia tramite una autocertificazione (CdS, V, 17 aprile 2007, n. 1790 e 11 maggio 2007, n. 2355), sia mediante una copia conforme all'originale.

Pertanto, la modalità di presentazione del certificato ISO 9001 utilizzata dalla Helyos S.p.A., ossia, la produzione di copia del certificato di qualità con l'attestazione della veridicità dello stesso da parte del rappresentante legale della concorrente, unitamente alla copia del proprio documento d'identità, risulta costituire comportamento conforme alla citata normativa di settore in materia. In ogni caso, in mancanza dell'espressa previsione da parte della *lex specialis* di una particolare modalità di presentazione di tale certificato a pena di esclusione, in presenza di dubbi sulla corretta interpretazione della normativa di cui trattasi, la stazione appaltante non poteva procedere direttamente all'esclusione dalla gara, ma semmai alla richiesta di chiarimenti *"in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*, ai sensi dell'art 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

In ordine alla questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità dalla seconda concorrente, impresa La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c., premesso che l'esclusione dalla procedura di gara è stata disposta - come rappresentato nella narrativa in fatto - per la mancata comunicazione dei codici INPS e INAIL e per l'omessa produzione delle referenze bancarie in originale, occorre, in primo luogo rilevare che il bando di gara non prevede una espressa comminatoria di esclusione né per il caso di omessa comunicazione dei suddetti codici né per il caso di produzione di referenze bancarie non in originale.

Inoltre, l'istante ha riferito - e la stazione appaltante non lo ha contestato - che i suddetti codici INPS e INAIL, seppure non presenti nella casella dedicata, erano comunque menzionati nell'istanza di partecipazione, nella sua parte introduttiva, e che le referenze bancarie sono state effettivamente prodotte, sebbene in copia conforme e non in originale.

Conseguentemente, appare evidente che la prima pretesa omissione costituisce in realtà una mera irregolarità formale, atteso che i medesimi dati erano comunque menzionati in altra parte della stessa istanza di partecipazione e, quindi, agevolmente reperibili da parte della stazione appaltante e, come spesso sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, *"l'ordinamento rifugge dai formalismi inutili, specie quando le loro conseguenze sono produttive di un effetto negativo, per di più grave come la restrizione della competizione in una gara pubblica"*. (CdS, sez. V, 8 febbraio 2010, n. 579). In ogni caso, poi, in assenza di una espressa previsione dell'esclusione in caso di omissione, sussistevano i presupposti per l'esercizio del potere di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, senza compromettere la *par condicio competitorum*.

Quanto alle referenze bancarie, in mancanza di una espressa previsione, a pena di esclusione, dell'obbligo di presentare le stesse in originale, avendo l'impresa istante provveduto comunque a presentarle, seppure in copia conforme, in quanto il legale rappresentante dell'impresa aveva dichiarato, sotto la propria responsabilità, che le referenze bancarie prodotte in fotocopia erano conformi all'originale, la condizione di cui all'art. 41, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, che le stesse siano presentate *"già in sede di offerta"* è da ritenersi soddisfatta. Infatti, come chiarito da questa Autorità nel parere n. 70 dell'11 giugno 2009 e dallo stesso parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi del 14 luglio 2008 n. 2357 (che si è pronunciato sullo schema del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici), ciò che non è consentito dal dettato normativo di cui all'art. 41 è l'autocertificabilità delle dichiarazioni bancarie, ammessa solo per i requisiti di cui alle lett. b) e c) dell'articolo medesimo, mentre è previsto che copia delle medesime

sia fornita in sede di gara e che esse siano poi comprovate in fase di controllo sul possesso dei requisiti ex art. 48, mediante produzione dell'originale delle dichiarazioni stesse.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti delle imprese Helyos S.p.A. e La Splendor di Palmieri Giuseppe & C. s.n.c. non sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010