



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.65 del 14/10/2014

PREC 104/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla Chimica Dr. F. D'Agostino S.p.A. - "Fornitura dei prodotti chimici e servizi occorrenti per la manutenzione delle acque dello stadio del nuoto anni 2014-2016". Importo a base d'asta € 120.000,00 – Criterio di aggiudicazione prezzo più basso. S.A. A.G.I.S. Agenzia Gestione Impianti Sportivi provincia di Caserta.

Dimidiazione cauzione provvisoria senza segnalazione e presentazione certificazione qualità. Esclusione. Requisiti di capacità tecnica: servizi resi nel triennio a favore enti privati.

È legittima l'esclusione adottata nei confronti del concorrente alla gara per avere presentato una cauzione provvisoria dimidiata senza dichiarare né documentare il possesso della relativa certificazione di qualità.

L'individuazione da parte della stazione appaltante di requisiti di capacità tecnica e professionale limitativi della platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione di soggetti particolarmente qualificati, deve essere comunque adeguata all'oggetto della prestazione e al valore presuntivo posto a base d'asta.

Artt. 75 e 42 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 31 marzo 2014 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la società Chimica Dr. F. D'Agostino S.p.A. ha chiesto un parere in merito alla procedura aperta indetta dall'A.G.I.S. Agenzia Gestione Impianti Sportivi di Caserta per l'affidamento triennale della fornitura di prodotti chimici e servizi occorrenti per la manutenzione delle acque dello stadio del nuoto.

In particolare, l'istante chiede lumi circa la legittimità della esclusione disposta a proprio carico in sede di verifica della documentazione amministrativa, per aver presentato una cauzione provvisoria, a mezzo polizza fideiussoria ridotta del 50%, non accompagnata dalla documentazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

relativa alla certificazione UNI EN ISO 9001- 2008 e, ancora, per avere attestato di aver eseguito negli ultimi tre anni i servizi richiesti, esclusivamente in favore di soggetti giuridici privati e non di Enti od Amministrazioni pubbliche, come prescritto invece nel disciplinare di gara, rispettivamente ai punti 3 e 9.

Con riferimento al primo motivo di esclusione, l'impresa sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare lo strumento del soccorso istruttorio, stante la mancata presentazione della documentazione attestante il possesso della certificazione di qualità, mediante richiesta di apposita integrazione documentale.

Rispetto, invece, alla dimostrazione della capacità tecnico professionale, l'istante fa presente che le società nei cui confronti ha reso i servizi richiesti dal disciplinare di gara hanno operato e operano in qualità di concessionarie di pubbliche amministrazioni. Lo stesso, comunque, contesta la clausola di cui al punto 9 del disciplinare, ritenendola eccessivamente restrittiva e anticoncorrenziale.

A seguito dell'avvio del procedimento comunicato con nota del 28 aprile 2014, sono pervenute le osservazioni della Barchemicals S.r.l. società aggiudicataria provvisoria nonché le controdeduzioni dell'impresa istante.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla legittimità o meno dell'esclusione disposta nei confronti della impresa istante per profili afferenti la mancata produzione della documentazione relativa alla certificazione di qualità in presenza di polizza fideiussoria dimezzata e per la produzione di documentazione attestante i principali servizi resi nel triennio precedente riferibili a soggetti giuridici privati e non a enti e/o amministrazioni pubbliche.

Per rispondere correttamente al quesito occorre tenere presente il quadro normativo di riferimento nonché quanto previsto nella *lex specialis* di gara.

Il disciplinare di gara, al punto 3 di pag. 4 – FIDEIUSSIONE BANCARIA O POLIZZA ASSICURATIVA, prevede, tra l'altro, la riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria qualora il concorrente sia in possesso della certificazione di qualità, specificando che per fruire di tale beneficio, il concorrente deve segnalare, in sede di offerta, il possesso di tale requisito e documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Altresì, prevede, al punto 9 di pag. 5 – ELENCO DEI PRINCIPALI SERVIZI PRESTATI NEGLI ULTIMI TRE ANNI che l'operatore economico partecipante presenti -con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari - l'elenco dei principali servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici.

Si precisa che il suddetto disciplinare contiene anche l'avvertenza relativa all'esclusione del concorrente dalla gara in caso di carenza delle dichiarazioni richieste e/o la mancanza anche di un solo punto di esse.

Con riguardo al primo motivo di esclusione è necessario analizzare quanto previsto dall'art. 75 d.lgs. 163/2006 in tema di garanzie a corredo dell'offerta, con particolare riferimento al contenuto del comma 7, secondo cui: «L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. 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 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; pertanto, 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.

A tale riguardo giova richiamare quanto espressamente contenuto nella determinazione AVCP n.4/2012 - Bandi tipo che, in tema di cauzione provvisoria dimidiata, ha precisato « ... nelle altre ipotesi, l'art. 75, comma 7, prescrive che l'operatore economico segnali in sede di offerta il possesso del requisito e lo documenti nei modi prescritti dalle norme vigenti: di conseguenza, la presentazione di una cauzione dimidiata senza che il possesso della certificazione venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione. È ammissibile consentire al concorrente di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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».

Orbene, nel caso di specie, risulta che l'odierna istante in sede di presentazione della domanda di partecipazione non abbia né segnalato il possesso della certificazione di qualità né l'abbia comunque opportunamente documentato. Peraltro, non può ritenersi sufficiente a colmare la mancata presentazione quanto affermato dalla Chimica Dr. F. D'Agostino S.p.A. circa il possesso di tale certificazione di qualità mediante il richiamo in epigrafe alla propria carta intestata. Ma vi è di più. Nella nota di accompagnamento alla documentazione di gara, l'impresa indica la presenza di una polizza fideiussoria pari al 2% dell'importo di gara, allegando di fatto una polizza con somma garantita al 1%.

Ne consegue che, laddove l'impresa, nel formulare la propria offerta, avesse dichiarato il possesso della certificazione di qualità, trascurando di allegare il relativo documento, ben avrebbe dovuto la stazione appaltante, secondo quanto sopra rappresentato, provvedere alla richiesta di integrazione documentale proprio in virtù di quanto previsto in tema di soccorso istruttorio.

Pertanto, sulla scorta degli elementi forniti in questa sede appare legittima l'esclusione adottata nei confronti dell'istante per avere presentato una cauzione provvisoria dimidiata senza dichiarare né documentare il possesso della certificazione di qualità, con la conseguenza che non sembrano sussistere margini per un'integrazione documentale (cfr. Parere precontenzioso n. 76/2013).

Si precisa comunque che dall'analisi del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante emerge, limitatamente al profilo della cauzione di importo dimezzato, che la motivazione appare lacunosa in quanto non si evince la carenza di segnalazione e/o dichiarazione da parte del concorrente, facendo riferimento alla sola mancata allegazione della relativa necessaria certificazione di qualità.

Con riferimento al secondo motivo di esclusione si osserva quanto segue.

L'istante afferma di aver presentato una dichiarazione in cui ha indicato, così come chiesto dal disciplinare, l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni, comprensivo degli importi, delle date e dei destinatari, prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, elenco ritenuto dalla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stazione appaltante non idoneo sulla base della considerazione che i servizi ivi indicati siano stati erogati in favore di società private.

A tale riguardo è opportuno precisare che l'art. 42 d.lgs. 163/2006 in tema di appalti di servizi e forniture, riconosce al concorrente di dimostrare le proprie capacità tecniche, tra l'altro, mediante la presentazione dell'elenco dei principali servizi, o delle principali forniture, senza alcun distinguo tra destinatari pubblici o privati.

Nel caso in esame, la precisazione contenuta nel disciplinare di gara in questione, con riferimento all'aver prestato i suddetti servizi esclusivamente in favore di amministrazioni o enti pubblici, come peraltro evidenziato dall'odierna istante, appare eccessivamente restrittiva della concorrenza per violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza.

A tale riguardo, giova ricordare che, per costante giurisprudenza, la pubblica amministrazione può introdurre nella *lex specialis* della gara d'appalto disposizioni che limitano la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione di soggetti particolarmente qualificati, specialmente per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, se tale scelta non sia eccessivamente o irragionevolmente limitativa della concorrenza. L'individuazione di tali requisiti deve essere comunque adeguata all'oggetto della prestazione e al valore presuntivo posto a base d'asta.

Orbene, sulla base dell'analisi del disciplinare di gara, l'oggetto dell'appalto e cioè la fornitura di prodotti chimici e servizi occorrenti per la manutenzione delle acque dello stadio del nuoto, non sembra caratterizzato da specifiche peculiari esigenze tali da poter essere assicurato mediante una pregressa prestazione resa solo nei confronti di un soggetto pubblico, con la conseguenza che lo stesso non giustifica la scelta operata in tal senso dalla stazione appaltante.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- legittima l'esclusione della società Chimica Dr. F. D'Agostino S.p.A per non aver dichiarato il possesso della certificazione di qualità;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- restrittiva della concorrenza la clausola contenuta nel disciplinare di gara secondo cui i servizi necessari a dimostrare la capacità tecnica e professionale debbano essere stati svolti esclusivamente in favore di amministrazioni o enti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

in data 15 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito