

Parere n.47 del 21/03/2012

PREC 255/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Sirone - “ *Servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, delle frazioni recuperabili, dei rifiuti assimilati e di spazzamento strade - periodo 01.10.2011 - 31.03.2014* ” - euro 190.000,00 - S.A.: Comune di Sirone.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Sirone, con riferimento alla procedura indetta per l'affidamento dei servizi in oggetto, ha posto i seguenti quesiti:

1) se sia possibile ammettere alla gara una ditta che ha dichiarato di non essere iscritta al “ *Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti* ” (SISTRI), atteso che l'iscrizione è prescritta quale requisito di partecipazione dal paragrafo 13 - lett. b.3) del bando e che, tuttavia, con l'art. 6, secondo comma, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 sono state abrogate, con decorrenza immediata, tutte le norme in materia di istituzione ed obbligatorietà del SISTRI, e cioè: l'art. 14- *bis* del decreto legge 1 luglio 2009 n. 78, gli artt. 188- *bis* , secondo comma - lett. a), 188- *ter* e 260- *bis* del Codice dell'Ambiente, nonché il decreto del Ministro dell'Ambiente del 17 dicembre 2009 ;

2) se l'impresa che ha trasmesso, nel termine di scadenza, un plico sigillato contenente la sola dichiarazione di presa visione dei luoghi ed una lettera con la quale informava il Comune stesso di non voler partecipare alla gara per impegni precedentemente assunti vada annoverata tra i destinatari delle comunicazioni previste dall'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, e se, inoltre, tale ditta possa esercitare il diritto di accesso agli atti di gara, ai sensi dell'art. 13 del medesimo Codice;

3) se debba essere esclusa la concorrente che non ha presentato le dichiarazioni relative alla sussistenza di precedenti penali in capo agli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente e che si è limitata, viceversa, a produrre una dichiarazione unica del legale rappresentante;

4) se possano ammettersi due concorrenti che hanno allegato contratti di avvalimento per la dimostrazione del possesso delle certificazioni di qualità aziendale UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 14001.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 8 novembre 2011, il Comune di Sirone e le ditte controinteressate ovvero la Ricicla soc. coop, la Derichebourg Ambiente San Germano S.r.l. e la General Enterprise S.r.l. hanno trasmesso documenti e memorie.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta all'esame dell'Autorità concerne una serie di quesiti che il Comune di Sirone ha posto con riferimento alla gara indetta per l'affidamento dei servizi indicati in oggetto.

1) Il primo di tali quesiti trae origine dalla circostanza che, dopo la pubblicazione del bando di gara, il “Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti” (SISTRI) è stato transitoriamente soppresso, per effetto dell'art. 6, secondo comma, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, che ha disposto l'immediata abrogazione dell'art. 14- *bis* del decreto legge 1 luglio 2009 n. 78, degli artt. 188- *bis* , secondo comma - lett. a), 188- *ter* e 260- *bis* del Codice dell'Ambiente e del decreto del Ministro dell'Ambiente del 17 dicembre 2009 .

In sede di conversione, la legge 14 settembre 2011 n. 148 ha modificato l'art. 6 del decreto legge n. 138 del 2011, ripristinando la disciplina legislativa e regolamentare riguardante il SISTRI e fissando al 9 febbraio 2012 il termine di inizio dell'operatività del sistema (termine, poi, ulteriormente rinviato al 2 aprile 2012 per effetto della modifica introdotta dall'art. 13, terzo comma, del decreto legge 29 dicembre 2011 n. 216).

Il paragrafo 13 - lett. b.3) del *bando di gara, pubblicato dal Comune di Sirone in data 10 agosto 2011 (prima dell'entrata in vigore del decreto legge recante l'abrogazione del SISTRI)*, indicava l'iscrizione al sistema quale requisito soggettivo necessario ai fini dell'ammissione.

Ora, una delle ditte concorrenti, la Ricicla soc. coop. ha dichiarato in sede di offerta di non essere tenuta all'iscrizione al SISTRI, a seguito dell'intervenuta abrogazione del sistema di tracciabilità.

E' avviso di questa Autorità che la ditta non possa essere ammessa alla procedura.

Nelle gare d'appalto, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle imprese concorrenti alla scadenza del termine per presentare offerta, al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione, sia provvisoria che definitiva. I suddetti requisiti, quindi, devono essere posseduti dalle imprese concorrenti per tutta la durata della procedura, senza soluzione di continuità (cfr. A.V.C.P., parere 8 ottobre 2009 n. 99; Id., parere 9 ottobre 2008 n. 227; in giurisprudenza, per tutte, Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4).

Nel caso di specie, in base alla regola *tempus regit actum*, il bando di gara ha legittimamente richiesto l'iscrizione al SISTRI ai fini della partecipazione, restando a tal fine irrilevante che un sopravvenuto decreto legge abbia abolito, soltanto in via transitoria (perché emendato, in tale parte, dalla legge di conversione), il sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti. D'altronde, la perdurante vigenza del SISTRI comporterà la necessità, per l'appaltatore selezionato dal Comune di Sirone, di ottemperare per tutta la durata del rapporto agli obblighi sanciti in tema di tracciabilità dei rifiuti dagli artt. 188- *bis* e 188- *ter* del Codice dell'Ambiente e dal decreto ministeriale del 17 dicembre 2009.

Il legislatore, in occasione della mancata conversione della norma del decreto legge n. 138 del 2011 (che aboliva il SISTRI), non ha dettato disposizioni atte a regolare le situazioni pregresse, ai sensi dell'art. 77, terzo comma, della Costituzione. Peraltro, è principio pacifico che la conservazione degli effetti di un decreto legge non convertito, da parte di una disposizione successiva, è possibile solo per gli effetti che si siano effettivamente prodotti nel periodo di vigenza del decreto (*ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004 n. 4473; Id., sez. IV, 27 giugno 2008 n. 3251). Nella fattispecie, con la vigenza dell'art. 6, secondo comma, del decreto legge n. 138 del 2011, non poteva comunque dirsi consolidato in capo alle imprese prive dell'iscrizione al SISTRI il diritto a partecipare alla gara *de qua*, dal momento che il bando (pubblicato dal Comune di Sirone anteriormente all'entrata in vigore della norma abrogatrice) richiedeva l'iscrizione al sistema, a pena d'esclusione.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, un provvedimento tipicamente autoritativo (quale è il bando di gara, lex specialis della procedura) non perde tale natura né i suoi effetti, per il solo fatto della mancata conversione del decreto legge che disciplina un istituto giuridico rilevante ai fini dello svolgimento della gara, fermo restando il potere dell'Amministrazione di modificare o revocare il bando in autotutela e salvi gli effetti ex tunc del suo eventuale annullamento in sede giurisdizionale, secondo le regole generali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2001 n. 3594). Con specifico riguardo alla materia degli appalti, è stato perciò affermato che l'Amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, quale lex specialis del procedimento, senza poterle disapplicare neppure ove risultino non più conformi allo ius superveniens determinato dalla mancata conversione di un decreto legge, salvo l'esercizio del potere di annullamento o revoca in autotutela (Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2002 n. 5212; Id., sez. V, 22 settembre 2001 n. 4989; Id., sez. IV, 29 dicembre 1998 n. 1605).

Non avendo il Comune di Sirone rettificato o sospeso in parte qua il bando di gara, nel periodo assegnato per la presentazione delle offerte, la Ricicla soc. coop. dovrà essere esclusa per mancata iscrizione al SISTRI.

2) *Il secondo quesito attiene alla posizione della ditta Derichebourg Ambiente San Germano s.r.l., che non ha presentato offerta e si è limitata ad inviare al Comune di Sirone un plico sigillato, contenente la dichiarazione di presa visione dei luoghi ed una lettera, con cui informava l'Amministrazione dell'intenzione di non partecipare alla gara, a causa di impegni precedentemente assunti.*

Innanzitutto, vale rilevare che la suddetta società non possa essere annoverata tra i destinatari delle comunicazioni obbligatorie previste, dall'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, riferendosi, tale disposizione, esclusivamente ai " *candidati* " ed agli " *offerenti* " nella specifica procedura selettiva.

Con riferimento poi al diritto di accesso agli atti di gara, può affermarsi che alla ditta Derichebourg Ambiente San Germano s.r.l., non vada riconosciuto il diritto di cui all'art. 13 del Codice dei contratti pubblici. In proposito, infatti, la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che la stazione appaltante deve rigettare l'istanza ostensiva avanzata dall'impresa che non ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica, quand'anche essa sia motivata con la volontà di impugnare gli atti di gara al fine di ottenere la rinnovazione integrale della procedura concorsuale, difettando in tal caso una posizione qualificata e differenziata che legittimi la pretesa all'accesso (così, da ultimo, TAR Lazio, sez. III, 10 maggio 2011 n. 4081; in precedenza, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009 n. 3319).

3) Con il terzo quesito, il Comune di Sirone chiede se vada esclusa la ditta Ricicla soc. coop., che non ha presentato le dichiarazioni individuali degli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente. L'impresa in questione ha allegato la dichiarazione unica onnicomprensiva del legale rappresentante, ove si attesta l'assenza di precedenti penali anche nei riguardi degli amministratori (elencati nominativamente) che sono cessati dalla carica nell'ultimo triennio.

Al riguardo vale rilevare che la stazione appaltante muove da un evidente errore: poiché il bando di gara risulta pubblicato in data 10 agosto 2011, sotto la vigenza della nuova formulazione dell'art. 38, primo comma - lett. c), del Codice dei contratti pubblici (a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4 del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70), la verifica sulla sussistenza di precedenti penali deve essere condotta nei confronti degli amministratori cessati dalla carica nell'anno antecedente, non già nel triennio.

Nella fattispecie, secondo quanto prescritto dall'art. 2 del disciplinare di gara, erano tenuti a compilare la dichiarazione autocertificata (sul fac-simile degli allegati A1 e A2), a pena d'esclusione: il legale rappresentante dell'impresa, il titolare della ditta individuale, tutti i soci della società in nome collettivo, tutti gli accomandatari della società in accomandita semplice, tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza per gli altri tipi di società e, infine, i direttori tecnici. Anche nell'intestazione dell'allegato A2 al disciplinare si trova un identico elenco dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione. E, per quanto qui interessa, gli amministratori cessati dalla carica non figurano né nel disciplinare di gara né nell'elenco contenuto nell'intestazione del suddetto allegato A2.

Secondo un principio frequentemente ribadito dalla giurisprudenza, non è consentita l'esclusione del concorrente che sia incorso in imprecisione o incompletezza della domanda, quando gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'Amministrazione costituiscano ragionevole indizio (cd. principio di prova) del possesso del requisito di partecipazione e, soprattutto, quando si tratti di porre rimedio ad incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando di gara o della normativa applicabile (Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068; Id., sez. V, 4 febbraio 2004 n. 364; Id., sez. V, 4 luglio 2002 n. 3685).

Con specifico riguardo alla questione prospettata dal Comune di Sirone, è stato altresì affermato che la dichiarazione sostitutiva richiesta dall'art. 38 del Codice al legale rappresentante dell'impresa concorrente, in relazione agli amministratori cessati dalle cariche sociali, deve sicuramente contenere la compiuta identificazione di tutti i soggetti e tuttavia, in quanto concernente stati, fatti e qualità riguardanti terzi e non il medesimo dichiarante, essa non può che essere resa, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, nei limiti di quanto a conoscenza del dichiarante, senza peraltro che questi sia neppure tenuto ad indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le autocertificazioni dei diretti interessati, ben potendo in tal caso l'Amministrazione, a fronte di una menzione nominativa degli amministratori non più in carica, procedere d'ufficio alle opportune verifiche attraverso il casellario giudiziale ed altri archivi pubblici (così Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011 n. 3862; Id., sez. IV, 1 aprile 2011 n. 2068).

Senza perciò che sia necessario, in questa sede, analizzare le implicazioni derivanti dal nuovo comma 1- bis dell'art. 46 del Codice, in tema di tassatività della cause di esclusione, deve ritenersi che la ditta segnalata dal Comune di Sirone abbia prodotto una dichiarazione conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara (che non imponeva, a pena d'esclusione, di allegare le singole dichiarazioni degli amministratori cessati), salve le verifiche d'ufficio che l'Amministrazione potrà compiere in ordine alla veridicità di quanto attestato dal legale rappresentante, anche per conto di terzi.

4) L'ultima delle questioni sottoposte all'Autorità concerne la possibilità, per due concorrenti, (Ricicla soc. coop. e General Enterprise Servizi Ecologici s.r.l., di avvalersi della certificazione di qualità aziendale UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 14001, richiesta, ai fini dell'ammissione, dal paragrafo 13 del bando di gara.

La certificazione di qualità è un requisito strettamente soggettivo, in quanto attiene ad uno specifico *status* dell'imprenditore, al quale si richiede di aver ottemperato a determinate normative internazionali, preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni dovute avverrà nel rispetto delle regole in materia di processi di qualità. Su tale premessa, appare preferibile interpretare l'art. 49 del Codice dei contratti pubblici nel senso che non sia consentito l'avvalimento della certificazione di qualità aziendale posseduta da altra impresa ausiliaria (cfr. *ex multis*: A.V.C.P., parere 5 maggio 2011 n. 80, alla cui ampia motivazione può farsi rinvio).

Giova aggiungere che, nella fattispecie, i contratti di avvalimento trasmessi dalla stazione appaltante neppure soddisferebbero le condizioni indicate da alcune recenti pronunce giurisprudenziali che ammettono sì l'avvalimento della certificazione di qualità aziendale, ma solo nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente riesca a dimostrare che l'ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione, in relazione all'esecuzione dello specifico appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità ossia i mezzi, il personale, la prassi, e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (in questo senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011 n. 2344).

I contratti esibiti da Ricicla soc. coop. e General Enterprise Servizi Ecologici s.r.l. si limitano, invero, a prevedere la messa a disposizione generica delle certificazioni di qualità possedute dalle rispettive imprese ausiliarie, accompagnata dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. Dai contratti non emerge in alcun modo l'impegno delle imprese ausiliarie a

fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative e mezzi collegati alla qualità soggettiva oggetto di cessione.

Pertanto, fermo restando quanto da sempre ribadito da questa Autorità circa l'impossibilità di avvalersi della certificazione di qualità aziendale di altra ditta, nemmeno alla luce della posizione intermedia assunta dal Consiglio di Stato potrebbe ritenersi soddisfatto, nel caso di specie, il requisito di ammissione prescritto dal bando di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

1) che la Ricicla soc. coop. debba essere esclusa, per difetto dell'iscrizione al SISTRI al momento della presentazione dell'offerta;

2) che la Derichebourg Ambiente San Germano s.r.l., non avendo presentato offerta, non sia titolare del diritto di accesso agli atti di gara e non sia destinataria necessaria delle comunicazioni ai sensi dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici;

3) che la dichiarazione prodotta dalla Ricicla soc. coop. sia conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara, in relazione alla sussistenza di precedenti penali a carico degli amministratori cessati;

4) che la Ricicla soc. coop. e la General Enterprise Servizi Ecologici s.r.l. non possano avvalersi delle certificazioni di qualità aziendale UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 14001 possedute da altre imprese designate quali ausiliarie, ai fini della dimostrazione del requisito di cui al paragrafo 13 del bando di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito