

## Parere n. 71 del 21 aprile 2011

### PREC 180/10/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Città di Venaria Reale - Servizio di portierato, centralino e prima informazione, piccole commissioni esterne, da effettuarsi presso il Palazzo Civico - Importo a base d'asta € 82.401,00 - S.A.: Città di Venaria Reale (TO).

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 16 luglio 2010 è pervenuta una prima istanza di parere, a cui si sono aggiunte due ulteriori istanze, entrambe in data 14 settembre 2010, con le quali la Città di Venaria Reale, in qualità di stazione appaltante, ha chiesto l'avviso di questa Autorità al fine di sciogliere la riserva in ordine all'ammissione dell'impresa M.G. GLOBAL SERVICE S.r.l. e dell'A.T.I. CASSANO SALVATORE & FIGLI Sn.c. (capogruppo) e CONCORDIA SERVIZI S.r.l. (mandante), nonché in merito alla correttezza dell'esclusione dell'impresa MB PROFESSIONAL S.p.A. dalla gara per l'affidamento del servizio in oggetto. Riguardando le tre istanze la medesima procedura concorsuale, è stata disposta la riunione dei relativi procedimenti.

In particolare, con la prima istanza di parere la stazione appaltante ha sottoposto due questioni, concernenti la legittimità della presentazione da parte dell'impresa concorrente M.G. GLOBAL SERVICE S.r.l.: - di una dichiarazione sostitutiva rilasciata dal fideiussore, quale garanzia a corredo dell'offerta, con modalità difformi da quelle richieste dall'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara; - del documento attestante il possesso della certificazione di qualità, ai fini della riduzione del 50% dell'importo del deposito cauzionale provvisorio, in copia fotostatica anziché in originale o in copia conforme all'originale, come richiesto dalla predetta clausola.

Con riferimento alla prima questione controversa, la stazione appaltante ha evidenziato che l'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara, nello stabilire le modalità di costituzione del deposito cauzionale provvisorio, prevede che " *Le fideiussioni e le polizze relative al DEPOSITO CAUZIONALE PROVVISORIO dovranno essere, A PENA DI ESCLUSIONE, corredate d'idonea dichiarazione sostitutiva rilasciata dai soggetti firmatari il titolo di garanzia ai sensi del D.P.R. 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri degli stessi. Si intendono per soggetti firmatari gli agenti, broker, funzionari e comunque i soggetti muniti di poteri di rappresentanza dell'Istituto di Credito o Compagnia Assicurativa che emette il titolo di garanzia. Tale dichiarazione dovrà essere accompagnata, A PENA DI ESCLUSIONE, dal documento d'identità dei suddetti soggetti.*" Invece, la concorrente, anziché presentare una dichiarazione sostitutiva nelle forme sopra richieste, si sarebbe limitata a recare, in calce alle Condizioni Particolari della polizza, la dicitura, scritta a mano ma non firmata, " *allegata fotocopia del documento di identità di Barbara Grossi delegata assicurativa di G.R. Intermediazioni Assicuratriche s.a.s.*", allegando fotocopia del documento di identità della predetta delegata. La stazione appaltante è quindi dell'opinione che la frase così inserita in calce alla polizza fideiussoria, costituisca una mera nota esplicativa e non possa considerarsi una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, mancando sia della forma della dichiarazione, in assenza della sottoscrizione che ne consente la riconducibilità al sottoscrittore, sia della sostanza, non esprimendo in modo inequivocabile la volontà del fideiussore di impegnarsi a prestare la garanzia.

Relativamente alla seconda problematica sottoposta, la stazione appaltante ha sostenuto che la titolarità della certificazione di qualità deve essere dimostrata nelle forme di legge ovvero dietro presentazione dell'originale della certificazione o di copia dichiarata conforme, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, dal Legale rappresentante della società o da persona munita dei poteri di firma, come previsto dall'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara. Pertanto, avendo l'impresa concorrente prodotto solo una copia fotostatica di detta certificazione, la stessa non avrebbe diritto alla riduzione del 50% della cauzione, che sarebbe stata quindi prestata per un importo inferiore a quello richiesto negli atti di gara, per cui l'impresa medesima dovrebbe essere esclusa.

Di contro, in esito alla richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità con nota del 5 agosto 2010, la M.G. GLOBAL SERVICE S.r.l., con nota del 18 agosto 2010, ha sostenuto, con riferimento al primo profilo controverso, che il soggetto che ha scritto di suo pugno la dichiarazione resa in calce alla polizza, con autocertificazione della qualifica e dei relativi poteri di rappresentanza, (e del quale è stata allegata copia del documento d'identità) sarebbe inequivocabilmente la stessa persona, Sig.ra Barbara Grossi, che ha sottoscritto la polizza fideiussoria medesima e che, pertanto, le finalità sostanziali previste dalla normativa sarebbero state osservate. In ogni caso, ad avviso della concorrente, sarebbe possibile integrare l'offerta allegando una dichiarazione sostitutiva nelle forme richieste. Nulla è stato controdedotto in merito alla questione della certificazione di qualità prodotta in semplice copia fotostatica.

Con la seconda istanza, la stazione appaltante ha chiesto, altresì, il parere di questa Autorità in ordine all'ammissibilità dell'offerta presentata dall'A.T.I. di tipo orizzontale CASSANO SALVATORE & FIGLI S.n.c. (mandataria) e CONCORDIA SERVIZI S.r.l. (mandante), caratterizzata dal possesso dei requisiti di capacità tecnica nella misura del 100% in capo alla mandataria ed in misura dell'88,50% in capo alla mandante, tenuto conto che entrambe le imprese hanno dichiarato la loro intenzione di svolgere la prestazione oggetto della gara nella percentuale del 50% ciascuna e che - per ammissione della stessa stazione appaltante - esiste un contrasto interno tra le disposizioni dettate dal disciplinare di gara per le A.T.I. in generale e quelle dettate specificamente per le A.T.I. orizzontali. Infatti, prendendo a riferimento le regole dettate dall'art. 6, punto 3, lett. E) del disciplinare di gara per le A.T.I. in generale, ossia possesso del requisito di capacità tecnica "*di aver stipulato contratti per prestazioni analoghe al servizio in oggetto svolti con buon esito nel triennio 2007/2008/2009, per enti pubblici/aziende private per un valore complessivo, con esclusione dell'IVA, medio annuo pari a € 82.401,00*" in forma cumulativa, in misura non inferiore al 40% per la mandataria, proporzionalmente alla percentuale di esecuzione della prestazione dichiarata (ovvero, nella specie, 50% per ciascuna impresa componente l'A.T.I.), il raggruppamento in questione risulterebbe possedere i prescritti requisiti di capacità tecnica e dovrebbe essere ammesso. Applicando, invece, il criterio selettivo specificamente previsto per le A.T.I. orizzontali (possesso da parte di "*ciascuna impresa partecipante all'ATI*" del requisito per un valore pari a € 82.401,00, ovvero pari al 100%) la mandante non risulterebbe possedere il requisito di capacità tecnica nella percentuale richiesta e quindi l'A.T.I. in questione dovrebbe essere esclusa.

A riscontro alla richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità con nota del 30 settembre 2010, l'A.T.I. CASSANO SALVATORE & FIGLI S.n.c. (mandataria) e CONCORDIA SERVIZI S.r.l. (mandante), non ha fatto pervenire alcuna memoria di partecipazione al procedimento.

Infine, con la terza istanza di parere, la stazione appaltante ha chiesto una pronuncia di questa Autorità circa la legittimità dell'esclusione dell'impresa M.B. PROFESSIONAL S.p.A., disposta nella seduta del 22 aprile 2010 (alla luce degli artt. 6, punto 1, e 9, n. 3 del disciplinare di gara), in quanto la stessa aveva ommesso di produrre il documento attestante il possesso della certificazione di qualità ai fini della riduzione del 50% dell'importo del deposito cauzionale provvisorio.

Al riguardo, la predetta concorrente aveva invece richiesto, con nota del 26 aprile 2010, di essere riammessa, assumendo che l'art. 75, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006, nel rinviare genericamente ai "*modi prescritti dalle norme vigenti*" per documentare il possesso della certificazione di qualità al fine di fruire del beneficio della riduzione dell'importo della garanzia del 50%, lascerebbe ampio spazio alla *lex specialis* nella disciplina delle modalità di dimostrazione del possesso del predetto requisito. In merito, in particolare, l'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara consentirebbe di "*allegare al deposito definitivo*" l'originale o copia conforme all'originale della certificazione di qualità per fruire del beneficio del dimezzamento dell'importo della garanzia. Pertanto, nell'impegnarsi comunque, ove richiesto, a produrre detta certificazione, la citata concorrente ha invocato la giurisprudenza informata al principio per cui tra le possibili interpretazioni della *lex specialis* è da preferire quella che consente la massima partecipazione alla gara, che contempla l'onere dell'amministrazione di sollecitare i partecipanti a fornire chiarimenti ed integrazioni documentali (Cons. Stato, sez. V, 29.11.2004, n. 7758; TAR Lazio, sez. 1 bis, 28.1.2009, n. 871), ed ha chiesto di essere riammessa alla procedura concorsuale.

Invece, la stazione appaltante ha sostenuto che la rubrica dell'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara, recante "*deposito cauzionale provvisorio*", pari al 2% del prezzo base indicato nell'avviso di gara, e le stesse prescrizioni contenute in detta clausola, che fanno sempre riferimento al deposito cauzionale "*provvisorio*", non potrebbero in alcun modo legittimare il rinvio temporale dell'accertamento del requisito della certificazione di qualità per usufruire della riduzione del 50% dell'importo della garanzia da prestare. Difatti, la cauzione definitiva, pari al 10% dell'importo contrattuale, è disciplinata da altra clausola, l'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto, recante appunto "*deposito cauzionale definitivo*", in base alla quale detto deposito deve essere versato solo dall'impresa che risulterà aggiudicataria della gara, che dovrà, in tale fase della procedura, ulteriormente documentare la permanenza delle condizioni e dei requisiti necessari ad ottenere il rilascio della certificazione di qualità, ove intenda beneficiare della riduzione del 50% dell'importo della garanzia.

L'indicazione contenuta nell'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara secondo la quale, per fruire del dimezzamento della cauzione provvisoria, l'operatore dovrà "*allegare al deposito definitivo*" la certificazione di qualità, sarebbe quindi frutto di un evidente errore materiale che, da una lettura globale della clausola, non potrebbe in alcun modo costituire un'indicazione fuorviante. Avendo, quindi, l'impresa in questione versato un deposito cauzionale inferiore a quello richiesto, senza nemmeno manifestare l'intento di voler fruire della riduzione di cui all'art. 75, comma 7 del Codice dei contratti pubblici e, cosa ancor più rilevante, senza averne documentato il possesso, l'esclusione della stessa, secondo la stazione appaltante, deriverebbe automaticamente dall'art. 9, n. 3 del disciplinare di gara, che prevede per l'appunto, quale causa di esclusione, il "*deposito cauzionale provvisorio avente validità temporale e/o importo inferiore a quello previsto*".

*Ritenuto in diritto*

Le questioni controverse sottoposte a questa Autorità con le tre istanze di parere in esame attengono tutte alla legittimità dell'ammissione in gara, sotto diversi profili, di imprese concorrenti alla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto.

Relativamente alla prima questione sottoposta con la prima istanza di parere, concernente la legittimità della presentazione, da parte della concorrente, di una dichiarazione sostitutiva rilasciata dal fideiussore con modalità difformi da quelle richieste dall'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara, si deve, preliminarmente, osservare che detta clausola prevede che " *Le fideiussioni e le polizze relative al DEPOSITO CAUZIONALE PROVVISORIO dovranno essere, A PENA DI ESCLUSIONE, corredate d'idonea dichiarazione sostitutiva rilasciata dai soggetti firmatari il titolo di garanzia ai sensi del D.P.R. 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri degli stessi. Si intendono per soggetti firmatari gli agenti, broker, funzionari e comunque i soggetti muniti di poteri di rappresentanza dell'Istituto di Credito o Compagnia Assicurativa che emette il titolo di garanzia. Tale dichiarazione dovrà essere accompagnata, A PENA DI ESCLUSIONE, dal documento d'identità dei suddetti soggetti*".

Ai sensi dell'art. 38 del citato D.P.R. n. 445/2000, le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà " *sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore.*" Ora, è pacifico che la frase scritta a mano in calce alle Condizioni Particolari della polizza " *allegata fotocopia del documento di identità di Barbara Grossi delegata assicurativa di G.R. Intermediazioni Assicurative s.a.s*" non solo non è sottoscritta dal suo autore ma non può nemmeno qualificarsi come una dichiarazione o un'autocertificazione, trattandosi semplicemente dell'annotazione che alla polizza viene allegato il documento d'identità del delegato assicurativo. Quindi, a prescindere dal fatto che la pretesa "dichiarazione" non è stata resa con apposito separato documento, appare innegabile che la stessa non possieda i requisiti né di forma, né di sostanza prescritti dalla predetta norma, non consentendo di individuare il soggetto dichiarante, essendo priva di sottoscrizione (a nulla rilevando che la calligrafia possa essere la stessa di colei che ha sottoscritto la polizza fideiussoria) e non contenendo alcuna dichiarazione in ordine allo stato, alla qualità personale o ai fatti che si intendono autocertificare. Essendo la dichiarazione sostitutiva in parola espressamente prescritta a pena di esclusione dalla *lex specialis*, non può che ritenersi legittimo l'intento della stazione appaltante di non ammettere la concorrente in questione.

Stante il carattere assorbente del motivo di esclusione appena esaminato, già di per sé sufficiente a motivare la non ammissione alla gara dell'impresa concorrente M.G. GLOBAL SERVICE S.r.l., si rende superfluo esaminare la seconda problematica sottoposta con la prima istanza di parere.

Passando alla seconda istanza di parere, la stazione appaltante ha chiesto l'avviso di questa Autorità in ordine all'ammissibilità dell'offerta presentata dall'A.T.I. di tipo orizzontale CASSANO SALVATORE & FIGLI S.n.c. (mandataria) e CONCORDIA SERVIZI S.r.l. (mandante), considerato che l'art. 6, punto 3, lettera E) del disciplinare di gara detta, per la capacità tecnica, requisiti apparentemente difformi per le A.T.I. in generale e per le A.T.I. di tipo orizzontale in particolare. Applicando le regole dettate per le A.T.I. in generale (possesso del requisito in forma cumulativa, in misura non inferiore al 40% per la mandataria, proporzionalmente alla percentuale di esecuzione della prestazione dichiarata (ovvero, nella specie, 50% per ciascuna impresa componente l'A.T.I.), il raggruppamento in questione - caratterizzato dal possesso dei requisiti di capacità tecnica nella misura del 100% in capo alla mandataria ed in misura dell'88,50% in capo alla mandante - risulterebbe possedere i prescritti requisiti di capacità tecnica e dovrebbe essere ammesso.

Applicando invece il criterio selettivo specificamente previsto per le A.T.I. orizzontali (possesso da parte di "ciascuna impresa partecipante all'A.T.I." del requisito per un valore pari a € 82.401,00 ovvero pari al 100%) la mandante, in possesso del requisito di capacità tecnica nella misura dell'88,50 %, non risulterebbe possedere tale requisito nella percentuale richiesta e quindi l'A.T.I. in questione dovrebbe essere esclusa.

In proposito, in generale, si deve rilevare che secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, in una situazione di obiettiva incertezza, in presenza di clausole di gara ambigue, incerte o comunque non univoche, l'Amministrazione non può legittimamente escludere un'impresa dalla procedura, ostandovi il principio del *favor participationis* nonché la tutela dell'interesse pubblico a selezionare la migliore offerta, da cui deriva la necessità di garantire la massima partecipazione possibile (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 28 aprile 2010, n. 2088; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 184; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 01 febbraio 2008, n. 899; T.A.R. Liguria Genova, Sez. I, 17 marzo 2006, n. 254; Consiglio Stato, Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127; Consiglio Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4797). Nel caso di specie, inoltre, occorre evidenziare che, mentre le regole di partecipazione delle A.T.I. in generale sono dettate espressamente a pena di esclusione, analoga sanzione non è prevista dalle regole speciali previste dalla *lex specialis* per le A.T.I. di tipo orizzontale, che peraltro appaiono in contrasto anche con il generale principio del possesso del requisito di capacità tecnica in forma cumulativa, desumibile anche dalla normativa regolamentare dettata per tale tipologia di A.T.I. dall'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999, che ancorché riferita al settore dei lavori pubblici è stata ritenuta suscettibile di applicazione estensiva anche ai servizi per i profili che, come quello in esame, costituiscono espressione di principi generali.

Deve quindi concludersi per l'ammissibilità della partecipazione dell'A.T.I. in questione in ossequio ai principi richiamati.

Con riferimento alla terza istanza di parere, la stazione appaltante ha chiesto, infine, una pronuncia di questa Autorità circa la legittimità dell'esclusione dell'impresa M.B. PROFESSIONAL S.p.A., che ha omesso di produrre il documento attestante il possesso della certificazione di qualità ai fini della riduzione del 50% dell'importo del deposito cauzionale provvisorio, alla luce degli artt. 6, punto 1 e 9, n. 3 del disciplinare di gara.

Al riguardo, la concorrente esclusa ha invocato la giurisprudenza amministrativa informata al principio della massima partecipazione alla gara, che contempla l'onere dell'amministrazione di sollecitare i partecipanti a fornire chiarimenti ed integrazioni documentali (Cons. Stato, Sez. V, 29.11.2004, n. 7758; TAR Lazio, Sez. 1 bis, 28.1.2009, n. 871) e ha chiesto di essere riammessa alla procedura concorsuale.

In proposito, tuttavia, occorre sottolineare che l'integrazione della documentazione carente ai sensi dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici costituisce una facoltà dell'amministrazione esercitabile nel rispetto della parità di trattamento (Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254), al fine di favorire la più ampia partecipazione alla gara (pareri di questa Autorità n. 89 del 10 settembre 2009; n. 3 del 15 gennaio 2009) e presuppone il completamento ed il chiarimento " *in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*" e non già la produzione *ex novo* di documentazione richiesta dal bando e non prodotta, pena la violazione della *par condicio* tra i partecipanti alla gara (come si evince dalla stessa decisione del Consiglio di Stato n. 7758/2004 invocata dalla concorrente esclusa). Nel caso in esame, invece, la concorrente ha del tutto omesso di produrre la certificazione di qualità o un'autodichiarazione in tal senso.

Ciò detto, non si può non concordare con la stazione appaltante laddove ritiene che la rubrica dell'art. 6, punto 1 del disciplinare di gara, recante " *deposito cauzionale provvisorio*" e le stesse prescrizioni contenute in detta clausola, che fanno sempre riferimento al deposito cauzionale "provvisorio", non possano legittimare il rinvio temporale dell'accertamento del requisito della certificazione di qualità per usufruire della riduzione del 50% dell'importo della garanzia da prestare. L'indicazione contenuta nella predetta clausola secondo la quale, per fruire del dimezzamento della cauzione provvisoria, l'operatore dovrà " *allegare al deposito definitivo, in originale o in copia la relativa certificazione di qualità; corredata della dichiarazione di conformità all'originale e con allegazione di copia fotostatica di un documento di riconoscimento in corso di validità del firmatario, ai sensi dell'art. 38 del DPR 445/2000*", con specifico riguardo alla dicitura " *allegare al deposito definitivo*" la certificazione di qualità, non può che ritenersi frutto di un evidente errore materiale, anche alla luce della distinta disciplina dettata dall'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto per la cauzione definitiva, dovuta in un secondo momento, solo dall'impresa aggiudicataria della gara, che dovrà ulteriormente documentare la permanenza della certificazione di qualità, ove intenda beneficiare della riduzione del 50% dell'importo della garanzia. Peraltro, l'impresa in questione, non solo non ha documentato il possesso della certificazione di qualità ma non ha nemmeno espresso la volontà di avvalersi della riduzione di cui all'art. 75, comma 7 del Codice dei contratti pubblici in funzione del possesso di tale requisito. Non può quindi che conseguire l'esclusione della partecipante in questione ai sensi dell'art. 9, n. 3 del disciplinare di gara che prevede, quale causa di esclusione, il versamento di un deposito cauzionale provvisorio in misura inferiore a quello previsto.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore la non ammissione in gara dell'impresa concorrente M.G. GLOBAL SERVICE S.r.l, che non ha prodotto una dichiarazione sostitutiva del fideiussore conforme alle prescrizioni del disciplinare di gara e dell'art. 38 del D.P.R. n. 445/2000;
- in presenza di clausole della *lex specialis* ambigue e contrastanti sulla partecipazione delle A.T.I. il raggruppamento di tipo orizzontale CASSANO SALVATORE & FIGLI S.n.c. (mandataria) e CONCORDIA SERVIZI S.r.l. (mandante) debba essere ammesso in base al principio di massima partecipazione;
- sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'impresa M.B. PROFESSIONAL S.p.A., che ha omesso di produrre il documento attestante il possesso della certificazione di qualità ai fini della riduzione del 50% dell'importo del deposito cauzionale provvisorio.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito