

Rappresenta una petizione di principio che la stazione appaltante, nel disciplinare di gara, avesse deliberatamente voluto isolare e sottolineare gli adempimenti formali ritenuti essenziali ai fini della partecipazione e che, nel bando, la genericità della clausola non connettesse l'esclusione al mancato rispetto delle prescrizioni sul possesso dei requisiti.

Il consiglio di Stato non si trova d'accordo con il giudice di primo grado (sentenza numero 899 1 febbraio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma\*\*\*) e ritiene che la certificazione di qualità, al fine di ottenere il dimezzamento della cauzione provvisoria, debba essere dimostrata in sede di presentazione dell'offerta (a nulla rilevando la presenza della dichiarazione nel contesto degli elementi per la giustificazione della non-anomalia dell'offerta) :sussiste infatti l'obbligo del concorrente di documentare il possesso del requisito con apposita dichiarazione da inserire, a pena di esclusione, dalla gara nella Busta "A"

Poiché il bando di gara, Sezione III.1.1, a proposito delle “condizioni e garanzie richieste”, prescrive: “garanzia provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, da costituirsi con le modalità e le condizioni stabilite nel disciplinare di gara” e considerato che secondo il par. 4) del punto 9.2. del disciplinare di gara, do-veva essere inserita nella Busta A, a pena di esclusione”... la prova della costituzione della garanzia provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara", tenuto conto che all'interno del paragrafo era poi specificato che il concorrente che sia in possesso delle necessarie certificazioni, poteva usufruire della riduzione del 50% dell'im-porto della garanzia provvisoria e che per usufruire del beneficio il concorrente doveva dichiarare il possesso del requisito, documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti, **non vi sono dubbi, per il Supremo Giudice amministrativo, circa l'obbligo di escludere un'impresa la cui offerta, accompagnata da una cauzione provvisoria ridotta del 50%, sia peraltro priva della dichiarazione sul possesso della certificazione UNI EN ISO 9000** ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema (norma abolita dal terzo decreto correttivo n.d.r.) - rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 - quanto di documentarne il possesso, come richiesto dal Disciplinare di Gara (par. 9.1) e dall'art. 75, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per fruire del beneficio della riduzione della garanzia provvisoria.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 528 del 2 febbraio 2009, inviata per la sua pubblicazione in data 5 febbraio 2009, emessa dal Consiglio di Stato

3. Nel merito, via ribadito che il bando di gara, Sezione III.1.1, a proposito delle “condizioni e garanzie richieste”, prescrive: “garanzia provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, da costituirsi con le modalità e le condizioni stabilite nel disciplinare di gara”.

3.1. Secondo il par. 4) del punto 9.2. del disciplinare di gara, do-veva essere inserita nella Busta A, a pena di esclusione”... la prova della costituzione della garanzia provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara". All'interno del paragrafo era poi specificato che il concorrente che sia in possesso delle necessarie certificazioni, poteva usufruire della riduzione del 50% dell'im-porto della garanzia provvisoria e che per usufruire del beneficio il concorrente doveva dichiarare il possesso del requisito, documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti.

3.2. Rappresenta una petizione di principio che la stazione appaltante, nel disciplinare di gara, avesse deliberatamente voluto isolare e sottolineare gli adempimenti formali ritenuti essenziali ai fini della partecipazione e che, nel bando, la genericità della clausola non connettesse l'esclusione al mancato rispetto delle prescrizioni sul possesso dei requisiti.

3.3. Il testo letterale del bando e del disciplinare di gara non danno adito ad alcun dubbio circa l'obbligo del concorrente di documentare il possesso del requisito con apposita dichiarazione da inserire, a pena di esclusione, dalla gara nella Busta "A".

**3.4. Non sopperisce a tale mancanza che nella polizza fidejussoria prodotta dalla ricorrente fosse puntualmente indicato che l'importo era stato ridotto del 50 % per la certificazione di qualità e che la ricorrente avesse comunque dichiarato il possesso di tale certificazione, sia pure nel contesto degli elementi per la giustificazione della non-anomalia dell'offerta, ex art. 86 del D.Lgs. n.163/2006.**

4. L'appello della ditta ALFA Luigi deve essere conclusivamente accolto in uno a quello dell'Avvocatura dello Stato e deve essere conclusivamente riformata la sentenza di primo grado. Segue il rigetto del ricorso originario proposto dalla società BETA s.p.a.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 528 del 2 febbraio 2009, inviata per la sua pubblicazione in data 5 febbraio 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 528/09 Reg. Dec.

N. 259 Reg. Ric.

Anno: 2008

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n.r.g. 259 del 2008, proposto dalla ditta ALFA Luigi in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dagli avv.ti. Olga Simeoni, Pierluigi Tiberio e Giuliano Boschetti, presso la stessa elettivamente domiciliata in Roma, via dei Verdoni n. 23;

**contro**

il Ministero della salute in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato ope legis nei suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12;

il Dipartimento dell'Innovazione - Direzione Generale del Personale, Organizzazione e Bilancio del Ministero della salute, in persona del direttore legale rappresentante pro tempore;

**e nei confronti**

della società BETA s.p.a., in persona del legale rappresentante dott. Antonio Martino, rappresentati e difesi dall'avv. Valentino Vulpetti, ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sezione III quater n. 899/2008, pubblicata il 1° febbraio 2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero e della società BETA s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 21 ottobre 2008, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Tiberio, Simeone e Vulpetti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La società BETA s.p.a. fu esclusa dalla gara comunitaria a procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti dello stabile sito in Lungotevere Ripa n. 1 in Roma per l'importo a base d'asta di € 495.000,00, da aggiudicarsi al massimo ribasso.

1.2. La documentazione presentata a corredo dell'offerta della società BETA era stata ritenuta difforme dalla *lex specialis* della gara. La garanzia fidejussoria era infatti di importo ridotto (€ 4.950,00), pari all'1% (un per cento) anziché al 2% (due per cento) dell'importo a base di gara, senza che fosse stato dichiarato il possesso della certificazione UNI EN ISO 9000 ovvero presentata la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati, rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle

norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, come richiesto dal Disciplinare di Gara (par. 9.1) e dall'art. 75, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per fruire del beneficio della riduzione della garanzia provvisoria.

**1.3.** L'esclusione fu impugnata dalla società BETA s.p.a., in uno all'aggiudicazione del servizio in favore della ditta ALFA Luigi (provvedimento del 14 settembre 2007) e al disciplinare di gara nella misura in cui subordina il dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria alla presentazione di copia della certificazione di qualità a pena di esclusione dalla competizione.

**1.4.** Nei motivi era dedotto:

- violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 ed illegittimità dell'esclusione per eccesso di potere per vizio di istruttoria, erronea presupposizione di fatti, errata motivazione;
- violazione dell'art. 9.1 del disciplinare di gara, dell'art. 75 co. 7/a, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 46, DPR 445/2000 nonché violazione dei principi di tassatività e di inderogabilità delle cause di esclusione e del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche;
- illegittimità della normativa di gara nella parte in cui prescrive la presentazione di copia della certificazione di qualità e prevede l'esclusione in caso di omessa produzione del suddetto documento;
- violazione dell'art. 46, D.Lgs. 163/2006, per non essere stato permesso di completare la dichiarazione presentata da BETA attraverso la produzione di copia della certificazione di qualità.

**2.** Con la sentenza impugnata, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, ha rigettato le eccezioni d'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del bando nei termini di decadenza ed ha accolto il ricorso nel merito sull'assunto che il disciplinare di gara era formulato in modo equivoco sotto il profilo letterale e quindi suscettibile di ingenerare possibili equivoci.

**3.** La sentenza è appellata dalla ditta ALFA Luigi che ha confutato le ragioni dell'accoglimento e con motivi aggiunti successivi al deposito della motivazione ha ribadito l'inammissibilità del ricorso introduttivo, non essendo stato impugnato tempestivamente il bando di gara. Analoga eccezione è

contenuta nell'appello del Ministero della Salute.

## **DIRITTO**

**1.** Nell'accogliere il ricorso della società BETA s.p.a. avverso l'esclusione dalla procedura aperta indetta dal Ministero della salute per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti dello stabile sito in Lungotevere Ripa n. 1, la sentenza impugnata afferma che il disciplinare di gara non era univoco nel prescrivere la documentazione da presentare a corredo dell'offerta, a pena di esclusione, per beneficiare della riduzione alla metà della garanzia provvisoria.

**1.2.** La società BETA aveva presentato, a corredo dell'offerta, una garanzia di importo ridotto (€ 4.950,00), pari all'1% (un per cento) anziché al 2% (due per cento) dell'importo a base di gara, omettendo, tanto di dichiarare il possesso della certificazione UNI EN ISO 9000 ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema - rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 - quanto di documentarne il possesso, come richiesto dal Disciplinare di Gara (par. 9.1) e dall'art. 75, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per fruire del beneficio della riduzione della garanzia provvisoria.

**1.3.** Secondo i giudici di primo grado, l'art. 9.1 n. 4 del disciplinare evidenziava chiaramente - utilizzando il carattere grassetto - solo l'obbligo di inserire nella busta la "prova della costituzione della garanzia provvisoria", senza fare alcun riferimento alla necessità di inserire anche altre dichiarazioni.

Nei successivi periodi del disciplinare, in carattere normale, era disposto che: *"Il concorrente che sia in possesso, relativamente alle attività oggetto della gara, della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI EN ISO/IEC 17000, può usufruire della riduzione del 50% (cinquanta per cento) dell'importo della*

*garanzia provvisoria, prevista dall'art. 75, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006"* (secondo periodo); *"Il concorrente che intende fruire di detto beneficio deve dichiarare il possesso del requisito documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti"*(terzo periodo).

**1.4.** Dal coacervo delle disposizioni descritte nella *lex specialis*, la sentenza di primo grado è pervenuta alla conclusioni che la mancanza della dichiarazione sostitutiva non costituiva una specifica tassativa causa di esclusione. Con riferimento alla polizza fidejussoria, nei casi in cui ha prescritto l'esclusione, la *lex specialis* ha fatto ricorso ad una clausola diretta ed esplicita (anche evidenziata in grassetto): *A pena di esclusione dalla gara, la garanzia comunque prestata deve avere validità per almeno 180 (centoottanta) giorni dalla data di scadenza del termine ultimo fissato per la ricezione delle offerte"*(settimo periodo).

**2.** La sentenza non resiste ad una più attenta lettura del bando di gara e del capitolato speciale, come propone l'aggiudicataria, ditta ALFA Luigi, nel presente appello che deve essere conseguentemente accolto, con rigetto dell'eccezione d'inammissibilità dei motivi aggiunti proposta dalla società BETA.

**2.1.** In disparte la sufficienza dei motivi spiegati nell'atto introduttivo dell'appello della ditta ALFA Luigi a sorreggere la proposta impugnazione, il Collegio ritiene che i motivi aggiunti non necessitino di apposito mandato, in quanto logica prosecuzione delle censure proposte nell'atto introduttivo.

**2.2.** Nei ricorsi proposti ai sensi dell'art. 23-bis co. 6 della legge n. 1034/1071, ove alla deliberazione della decisione in Camera di consiglio segue il deposito del dispositivo della decisione, l'impugnazione della motivazione con atto di motivi aggiunti non necessita di un ulteriore mandato, allorché questo sia stato conferito per la proposizione dell'appello e questo sia stato proposto nei confronti del dispositivo.

**2.3.** La Sezione ha al proposito chiarito che i motivi aggiunti possono essere validamente proposti sulla scorta del mandato conferito al difensore per il ricorso originario allorché con essi si impugnano atti che fanno parte di uno stesso procedimento, e ciò in quanto la procura conferita dagli interessati deve ritenersi comprensiva di tutti i poteri processuali necessari a rimuovere le illegittimità che hanno determinato la lesione per la quale è stata richiesta la tutela giurisdizionale (Cons. Stato , V, 21 giugno

2007 , n. 3331). Il mandato originario è infatti comprensivo, salvo espresse eccezioni, di tutti i poteri processuali finalizzati alla rimozione della lesione subita dal ricorrente, sicchè non è necessaria una nuova procura ad litem rispetto a quella rilasciata per la proposizione del ricorso originario (Cons. Stato , sez. V, 23 gennaio 2007 , n. 213).

**2.4.** I motivi aggiunti proposti a seguito dell'appello nei confronti del dispositivo della sentenza, devono essere equiparati ai motivi proposti nel processo del lavoro, a scioglimento della riserva contenuta nell'atto di appello avverso il dispositivo, il cui mandato al difensore vale a concretare la volontà di impugnare, senza che debba essere ripetuto nel momento in cui viene impugnata la motivazione della sentenza.

**3.** Nel merito, va ribadito che il bando di gara, Sezione III.1.1, a proposito delle “condizioni e garanzie richieste”, prescrive: “garanzia provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, da costituirsi con le modalità e le condizioni stabilite nel disciplinare di gara”.

**3.1.** Secondo il par. 4) del punto 9.2. del disciplinare di gara, doveva essere inserita nella Busta A, a pena di esclusione”... la prova della costituzione della garanzia provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara". All'interno del paragrafo era poi specificato che il concorrente che sia in possesso delle necessarie certificazioni, poteva usufruire della riduzione del 50% dell'importo della garanzia provvisoria e che per usufruire del beneficio il concorrente doveva dichiarare il possesso del requisito, documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti.

**3.2.** Rappresenta una petizione di principio che la stazione appaltante, nel disciplinare di gara, avesse deliberatamente voluto isolare e sottolineare gli adempimenti formali ritenuti essenziali ai fini della partecipazione e che, nel bando, la genericità della clausola non connettesse l'esclusione al mancato rispetto delle prescrizioni sul possesso dei requisiti.

**3.3.** Il testo letterale del bando e del disciplinare di gara non davano adito ad alcun dubbio circa l'obbligo del concorrente di documentare il possesso del requisito con apposita dichiarazione da

inserire, a pena di esclusione, dalla gara nella Busta "A".

3.4. Non sopperisce a tale mancanza che nella polizza fidejussoria prodotta dalla ricorrente fosse puntualmente indicato che l'importo era stato ridotto del 50 % per la certificazione di qualità e che la ricorrente avesse comunque dichiarato il possesso di tale certificazione, sia pure nel contesto degli elementi per la giustificazione della non-anomalia dell'offerta, ex art. 86 del D.Lgs. n.163/2006.

4. L'appello della ditta ALFA Luigi deve essere conclusivamente accolto in uno a quello dell'Avvocatura dello Stato e deve essere conclusivamente riformata la sentenza di primo grado. Segue il rigetto del ricorso originario proposto dalla società BETA s.p.a.

4.1. Le spese di ambedue i gradi del giudizio devono essere compensate fra le parti data l'incertezza delle questioni trattate.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello. Riforma la sentenza impugnata. Respinge il ricorso originario.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 21 ottobre 2008, con l'intervento dei Signori:

Domenico La Medica	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere Est.
Claudio Marchitello	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere
Adolfo Metro	Consigliere



**L'Estensore**

f.to Cesare Lamberti

**Il Presidente**

f.to Domenico La Medica

Il Segretario

f.to Cinzia Giglio

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il.....02/02/09.....**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

***F.to Livia Patroni Griffi***

\*\*\*\*

Appalti di servizi (per i lavori sopra i 150.000 il problema è superato dalla certificazione SOA): per ottenere il dimezzamento della cauzione provvisoria, è sufficiente che la certificazione di qualità sia documentata con una dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 cit. del cit. del DPR 445?

In assenza di una chiara clausola di esclusione ed in presenza della produzione di una polizza dimidiata e di una dichiarazione del possesso del requisito prescritto per l'abbattimento della cauzione provvisoria, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'accertamento d'ufficio della sussistenza in concreto del requisito del possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 : e ciò in ossequio al richiamo, contenuto nell'art.2 comma 3 del d.lgs. n.163/2006 ed ai principi della legge fondamentale sul procedimento di cui alla L. n. 241/1990 che, in particolare all'art. 6 lett. b) dispone che il responsabile del procedimento “accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni”.

Merita di segnalare la sentenza numero 899 dell' 1 febbraio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma in tema di modalità di presentazione della certificazione di qualità ai fini di poter presentare una cauzione provvisoria pari al 50% dell'importo a base di gara

< A questo ultimo riguardo si deve rilevare che la certificazione di qualità non rientra tra le ipotesi per le quali l'articolo 49 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, ha esplicitamente previsto dei limiti di utilizzo delle misure di semplificazione. In concreto i “certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti” non possono essere sostituiti da altro documento.

Nel caso in esame invece la certificazione di qualità è riconducibile alla lettera n) dell'art. 46 co. l” del DPR 445/2000. In conseguenza si deve concordare con la ricorrente che, in quanto rientrante tra i titoli di qualificazione tecnica, la certificazione di qualità ben poteva essere documentata con una dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 cit. del cit. del DPR 445>

Pertanto, concludono i giudici romani

< In conclusione, in presenza di una disposizione di bando avente una costruzione letterale complessivamente ambigua e priva di una clausola espressa di esclusione, la stazione appaltante non poteva procedere senz'altro alla esclusione della ricorrente. Ricorrendo tale evenienza, preliminarmente alla pronuncia sull'ammissibilità, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto far luogo d'ufficio alla verifica del possesso effettivo della prescritta certificazione da parte della ricorrente, onde accertare la situazione in punto di fatto.>

Si legga anche:

E' legittima l'esclusione di un'impresa che, avendo partecipato ad un appalto con una cauzione provvisoria ridotta al 50%, provveda ad allegare nella busta sbagliata una copia non autentica della certificazione di qualità che appunto da titolo al beneficio della riduzione delle cauzioni sia provvisoria che definitiva?

La copia non autentica della certificazione di qualità non dà titolo, in quanto giuridicamente irrilevante, alla riduzione del 50% della cauzione provvisoria e quindi è legittima l'esclusione dell'impresa che ha

sbagliato busta dove inserire la suddetta certificazione anche perché il meccanismo del bando prevedeva che la seconda busta non venisse neanche aperta allorché nella prima fossero state riscontrate irregolarità o carenze tali da determinare l'esclusione della concorrente dalla gara

Merita di essere segnalata la fattispecie sottoposta al Tar Lazio e decisa nella sentenza numero 9698 del 5 ottobre 2007

Vediamo i fatti:

< nel corso della verifica amministrativa il Seggio di gara ha riscontrato che la ricorrente ha inserito nella "prima busta" (relativa alla "documentazione amministrativa") una copia non autentica della certificazione di qualità (richiesta come condizione per l'applicazione della riduzione del 50% dell'importo previsto per la cauzione provvisoria); e che la copia autentica della stessa è stata inserita nella seconda busta (relativa alla "documentazione tecnica");  
che pertanto il Seggio di gara ha escluso la ricorrente dalla gara, avendo ritenuto che la documentazione contenuta nella prima busta non fosse completa>

< primo profilo di doglianza non può essere condiviso in quanto è evidente che la irregolarità riscontrata dal Seggio di gara ha determinato la circostanza - incontrovertibile e di per sé tranciante - che nella prima busta non si è trovata (id est: è risultata mancante) **la richiesta documentazione comprovante l'avvenuta prestazione, da parte della concorrente, dell'intera garanzia (si badi: nella esatta misura), posto che la copia non autentica della certificazione di qualità non le dà titolo, in quanto giuridicamente irrilevante, alla riduzione del 50%; circostanza, questa, che comporta la automatica ed immediata esclusione dalla gara proprio in ragione di una espressa previsione in tal senso della lex specialis della procedura in questione** (Cfr., al riguardo, la lettera di invito alla procedura, nella quale l'Amministrazione, dopo aver indicato quale documentazione avrebbe dovuto essere inserita nella c.d. "prima busta", stabilisce tassativamente che "la mancanza, la carenza o l'irregolarità della documentazione di cui al presente punto 1.a, comporterà l'esclusione della Ditta dal prosieguo della gara");>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 899 1 febbraio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del LAZIO, Sez. III<sup>^</sup>-

quater

N.

Reg. Sent.

ANNO

composto da

**dr. Mario Di Giuseppe**

**Presidente**

**dr. ssa Linda Sandulli**

**Consigliere**

**dr. Umberto Realfonzo**

**Consigliere-rel.**

ha pronunciato la seguente

### **S E N T E N Z A**

sul ricorso n. **8051/2007 R.G.** proposto da **SOC ALFA FM S.P.A.**, in persona del legale rappresentante Dott. Antonio Martino, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

#### **contro**

- **MINISTERO DELLA SALUTE**, in persona del Ministro *pro tempore*;
- **MINISTERO DELLA SALUTE – DIPARTIMENTO DELL'INNOVAZIONE – Direzione Generale del personale, organizzazione e bilancio**, in persona del Direttore *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato;

#### **e nei confronti di**

- **Ditta BETA Luigi** in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dall'avv.to Olga Simeoni, presso la stessa elettivamente domiciliata in Roma, via dei Verdoni n°23;

#### **per l'annullamento**

del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti dello stabile di Lungotevere in Ripa n.1 a Roma.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalla parte ricorrente;

Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione intimata;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 28 novembre 2007 il Consigliere Umberto Realfonzo; e uditi gli avv.ti Almarinda Scasserra su delega dell'avv.to Vulpetti per la ricorrente, l'avv. dello Stato Cosentino e l'avv. Giuliano Boschetti in sostituzione dell'Avv. Simeoni per la controinteressata.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

### **FATTO**

Con il presente gravame la società ricorrente impugna:

- il provvedimento di esclusione dalla gara comunitaria a procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti dello stabile sito in Lungotevere Ripa n.1 in Roma per l'importo a base d'asta di euro 495.000,00, da aggiudicarsi al massimo ribasso;
- la nota 2.7.2007 a firma Ing. Sabatino Bartolomei con cui è stata confermata la disposta esclusione;
- l'aggiudicazione del servizio disposta in favore della ditta BETA Luigi disposta con provvedimento dei 14.9.2007;
- il disciplinare di gara *in parte qua* nella misura in cui — ai fini del dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria - sia interpretato nel senso di prescrivere la presentazione di copia della certificazione di qualità a pena di esclusione.

Il ricorso è affidato alla denuncia di quattro motivi di gravame relativi alla:

1. Illegittimità dell'esclusione per eccesso di potere per vizio di istruttoria, erronea presupposizione di fatti, errata motivazione e violazione dell'art. 3 della

legge 241/1990.

2. Violazione dell'art. 9.1 del disciplinare di gara, dell'art. 75 co. 7a del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 46 del DPR 445/2000 e s.m.i.; violazione dei principi di tassatività e di inderogabilità delle cause di esclusione e del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

3. In subordine: illegittimità della normativa di gara nella misura in cui sia interpretata nel senso di prescrivere la presentazione di copia della certificazione di qualità e nel senso di prevedere l'esclusione in caso di omessa produzione del suddetto documento.

4. Violazione dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006, che consente di completare la dichiarazione presentata da ALFA attraverso la produzione di copia della certificazione di qualità il cui possesso è stato attestato.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio e con un'analitica memoria ha concluso per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 4728/2007 è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento.

Con memoria, tardivamente depositata, la difesa della controinteressata ha confutato le tesi di cui al ricorso.

L'impresa ricorrente ha a sua volta sottolineato le tesi a sostegno delle proprie argomentazioni.

All'udienza pubblica, il patrocinatore della ricorrente si è opposto al deposito della memoria dell'impresa controinteressata perché tardivo, ed ha insistito per l'accoglimento del gravame.

A loro volta i difensori delle parti resistenti hanno insistito per la decisione.

La causa è stata in conseguenza trattenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

Il provvedimento di esclusione dell'offerta della ALFA è affidata alla considerazione che *“la documentazione presentata da Codesta Società per la partecipazione alla gara comunitaria indicata in oggetto non risulta conforme a quanto prescritto dal relativo Disciplinare di Gara. In particolare, è stata presentata, a corredo dell'offerta, una garanzia di importo ridotto (Euro 4.950,00), pari all'1% (un per cento) anziché al 2% (due per cento) dell'importo a base di gara, omettendo, tanto di dichiarare il possesso della certificazione UNI EN ISO 9000 ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema — rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 — quanto di documentare tale possesso, come richiesto dal Disciplinare di Gara (par. 9.1) e dall'art. 75, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per fruire del beneficio della riduzione della garanzia provvisoria”*.

**1.** In linea preliminare, si osserva che il ricorso avverso la disposta esclusione e le norme del relativo disciplinare di gara appaiono pienamente ammissibili.

Deve infatti sempre escludersi la necessità di impugnare preventivamente il bando di gara nel caso di clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione (cfr. Consiglio Stato sez. V° 7 dicembre 2005 n. 6991).

In ogni caso non è necessaria l'impugnazione immediata delle clausole dei bandi di gara che - pur potendo essere potenzialmente immediatamente lesive - non risultano a tal fine univocamente chiare e vincolanti, sì da consentire interpretazioni diverse obiettivamente non temerarie (cfr. T.A.R. Lazio Roma sez. III 2 ottobre 2007 n. 9630).

**2.** Nell'ordine logico delle questioni è necessario affrontare unitariamente il

primo ed il secondo motivo di ricorso.

**2.1.** Con il primo motivo si lamenta l'illegittimità dell'affermazione del Ministero secondo cui la ALFA aveva presentato una cauzione provvisoria in forma di fideiussione con l'importo dimezzato, senza dichiarare il possesso dei requisiti che legittimavano il ricorso a detto beneficio, ossia il possesso di certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 ovvero il possesso di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee delle serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000.

Al contrario, con una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006, la ALFA, aveva tra l'altro, dichiarato ed attestato ad ogni effetto di legge, allegando apposita copia del documento di identità del sottoscrittore, di essere "*in possesso di certificazione di qualità UNI EN ISO 9001*". Di tale possesso si dà inoltre atto nella fideiussione presentata quale cauzione provvisoria là dove si precisa che l'importo garantito viene ridotto del 50% "per certificazione qualità".

Di qui il difetto di motivazione del provvedimento per errore sulle circostanze di fatto.

**2.2.** Con il secondo motivo si lamenta, sotto due profili, la violazione dell'art. 9.1 del disciplinare di gara, dell'art. 75 co. 7a del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 46 del DPR 445/2000. L'esclusione sarebbe fondata su di una errata interpretazione dell'art. 9.1 n. 4 del disciplinare di gara.

La predetta norma prevedeva il beneficio della riduzione a metà dell'importo garantito per coloro i quali risultassero in possesso della certificazione di qualità, prescrivendo che: "*Il concorrente che intende fruire di detto beneficio deve dichiarare il possesso del requisito documentandolo nei modi prescritti dalle*



*norme vigenti*”, così confermandosi all’art. 75 co. del d.lgs. 163/2006, il quale per fruire del beneficio in questione prevede che “*l’operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti*”.

Sotto il primo profilo, il possesso della certificazione di qualità può documentarsi mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell’art. 46 del DPR 445/2000 ovvero con una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da rendersi ai sensi del combinato disposto degli artt. 47 co. 1” e 38 co. 3” del DPR 445/2000. Era dunque consentito, salva ogni successiva verifica, dichiarare il possesso della certificazione di qualità (quale titolo di “qualificazione tecnica” ai sensi e per gli effetti dell’art. 46 co. 1 lett. n) senza dover produrre anche la copia della relativa certificazione; peraltro, qualora la certificazione di qualità non si ritenga qualificabile come “titolo” di “qualificazione tecnica” ai sensi dell’art. 46 cit., il possesso della stessa è comunque certificabile attraverso dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell’art. 47 cit..

Nel caso di specie la ALFA aveva dichiarato di essere in possesso della certificazione di qualità necessaria ai fini del beneficio della riduzione a metà dell’importo della cauzione, allegando copia del documento d’identità del legale rappresentante sottoscrittore.

Sotto il secondo profilo, si deduce che né la *lex specialis*, né la normativa vigente in materia, sanzionano esplicitamente, con l’esclusione dalla gara, la mancata produzione della copia della certificazione di qualità in questione. Di qui l’illegittimità dell’esclusione per violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (cfr. TAR LAZIO-Roma, Sez. III, 14.09.2007, n. 8916) per l’interesse pubblico all’individuazione del miglior

contraente.

**2.3.** I sopra riassunti motivi di ricorso sono fondati nei sensi e nei limiti che seguono.

In linea di principio, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che l'interpretazione della disciplina di gara debba privilegiare la tutela degli interessati di buona fede.

In tali situazioni, la salvaguardia delle offerte assicura la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti che l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, e ciò al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso possibile, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384).

In conseguenza, le prescrizioni di esclusione devono essere interpretate in funzione della finalità di consentire la massima partecipazione alla gara delle imprese ordinariamente diligenti, tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (cfr. infra multa Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121).

Ciò premesso, sotto il profilo letterale si osserva che, nel caso di specie, il Disciplinare di Gara sul punto era, in parte, formulato in modo equivoco e quindi suscettibile di ingenerare possibili equivoci.

Sul punto in contestazione, l'art. 9.1 n. 4 del disciplinare evidenziava chiaramente - utilizzando il carattere c.d. "grassetto" -- solo l'obbligo di inserire nella busta la "prova della costituzione della garanzia provvisoria" senza fare alcun riferimento alla necessità di inserire anche altre dichiarazioni. E ciò appare rilevante in quanto il "grassetto" induce ragionevolmente a ritenere che la stazione appaltante abbia deliberatamente voluto isolare e sottolineare gli adempimenti formali ritenuti

essenziali ai fini della partecipazione.

Ciò posto, si ricorda come i successivi periodi in carattere “normale” del disciplinare disponevano che:

*“Il concorrente che sia in possesso, relativamente alle attività oggetto della gara, della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI EN ISO/IEC 17000, può usufruire della riduzione del 50% (cinquanta per cento) dell'importo della garanzia provvisoria, prevista dall'art. 75, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006”* (secondo periodo);

*“Il concorrente che intende fruire di detto beneficio deve dichiarare il possesso del requisito documentandolo nei modi prescritti dalle norme vigenti”*(terzo periodo).

E' dunque esatto che il disciplinare di gara non sanzionava ( come vorrebbe la stazione appaltante), con una specifica tassativa causa di esclusione la mancanza della dichiarazione sostitutiva.

E ciò appare rilevante in quanto, al contrario, quando invece -- sempre con riferimento alla polizza fidejussoria -- il bando ha ritenuto di dover prescrivere l'esclusione, ha fatto ricorso ad una clausola diretta ed esplicita (anche in questo caso evidenziata in “grassetto”) quale nella specie: **“A pena di esclusione dalla gara (sic!)”**, *la garanzia comunque prestata deve avere validità per almeno 180 (centoottanta) giorni dalla data di scadenza del termine ultimo fissato per la ricezione delle offerte*”(cfr. il settimo periodo).

Qui la genericità della clausola sta dunque nel fatto che la sua costruzione non

collegava direttamente ed immediatamente all'esclusione il mancato rispetto della prescrizione relativa all'adempimento in questione.

In tale quadro, diventa rilevante il profilo sostanziale della questione in quanto:

-- nella polizza fidejussoria prodotta dalla ricorrente era puntualmente indicato che l'importo era stato ridotto del 50 % per la certificazione di qualità;

-- la ricorrente aveva comunque dichiarato il possesso di tale certificazione, sia pure nel contesto degli elementi per la giustificazione della non-anomalia dell'offerta, ex art. 86 del d.lgs. n.163/2006 e s.m..

Né può condividersi l'affermazione della stazione appaltante per cui la dichiarazione resa in quella sede non poteva comunque avere alcun valore probatorio. Al contrario, in assenza di una chiara clausola di esclusione ed in presenza della produzione di una polizza dimidiata e di una dichiarazione del possesso del requisito prescritto per l'abbattimento della cauzione provvisoria, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'accertamento d'ufficio della sussistenza in concreto del requisito del possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000.

E ciò in ossequio al richiamo, contenuto nell'art.2 comma 3 del d.lgs. n.163/2006 ed ai principi della legge fondamentale sul procedimento di cui alla L. n. 241/1990 che, in particolare all'art. 6 lett. b) dispone che il responsabile del procedimento *“accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni”*.

A questo ultimo riguardo si deve rilevare che la certificazione di qualità non

rientra tra le ipotesi per le quali l'articolo 49 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, ha esplicitamente previsto dei limiti di utilizzo delle misure di semplificazione. In concreto i “*certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti*” non possono essere sostituiti da altro documento.

Nel caso in esame invece la certificazione di qualità è riconducibile alla lettera n) dell'art. 46 co. 1° del DPR 445/2000. In conseguenza si deve concordare con la ricorrente che, in quanto rientrante tra i titoli di qualificazione tecnica, la certificazione di qualità ben poteva essere documentata con una dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 cit. del cit. del DPR 445 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2007, n. 1790; Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121).

In conclusione, in presenza di una disposizione di bando avente una costruzione letterale complessivamente ambigua e priva di una clausola espressa di esclusione, la stazione appaltante non poteva procedere senz'altro alla esclusione della ricorrente. Ricorrendo tale evenienza, preliminarmente alla pronuncia sull'ammissibilità, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto far luogo d'ufficio alla verifica del possesso effettivo della prescritta certificazione da parte della ricorrente, onde accertare la situazione in punto di fatto.

**2.** In conseguenza delle considerazioni che precedono il ricorso è dunque fondato e deve essere accolto.

Deve dunque dichiararsi l'illegittimità dell'impugnata esclusione e della conseguente aggiudicazione alla impresa controinteressata, con conseguente diritto dell'impresa ricorrente alla riammissione alla gara che all'uopo dovrà essere rinnovata a partire dall'atto annullato.

Le spese del presente giudizio possono tuttavia essere compensate tra tutte le parti

in relazione alla relativa novità della questione.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio– Sez.III<sup>^</sup>-quater :

1) accoglie il ricorso e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe nei sensi di cui in motivazione.

2) Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio– Sez.III<sup>^</sup>-quater, in Roma, nella Camera di Consiglio del 28 novembre 2007.

**IL PRESIDENTE**

**dr. Mario Di Giuseppe**

**IL CONSIGLIERE-EST.**

**dr. Umberto Realfonzo**