

Parere n. 124 del 19/07/2012

PREC 101/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società [omissis] – “Servizio di locazione e pulizia – spurgo di bagni mobili ecologici a funzionamento chimico da posizionare sul territorio comunale” – euro 12.000,00 – S.A.: Comune di [omissis]

Possesso dei requisiti morali di partecipazione e cauzione provvisoria nelle procedure in economia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con lettera d'invito del 20 dicembre 2011, il Comune di [omissis] ha indetto, ai sensi dell'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti pubblici, una procedura negoziata per l'affidamento annuale del servizio di locazione e pulizia di bagni mobili a funzionamento chimico, da aggiudicarsi al prezzo più basso.

Migliore offerente ed aggiudicataria è risultata la ditta [omissis] di [omissis], con l'importo di euro 12.000,00.

Con l'istanza in esame, pervenuta all'Autorità in data 7 marzo 2012, la seconda classificata [omissis] censura sotto molteplici profili la mancata esclusione della ditta vincitrice, in quanto a suo dire:

A) non avrebbe allegato all'offerta la cauzione provvisoria e l'impegno di un fideiussore al rilascio della cauzione definitiva, in violazione dell'art. 75 del Codice dei contratti pubblici;

B) non avrebbe ritualmente dichiarato il possesso dei requisiti di moralità professionale di cui all'art. 38, primo comma, del Codice; avrebbe omesso di dichiarare l'esistenza di una condanna penale definitiva e la pendenza di un procedimento penale a carico del legale rappresentante sig. [omissis]; avrebbe inoltre sottaciuto alcune precedenti gravi inadempienze, verificatesi in relazione ad appalti di contenuto analogo presso i Comuni di [omissis], [omissis] e [omissis];

C) non avrebbe attestato, come richiesto dalla lettera d'invito, il possesso di un impianto autorizzato per le operazioni di smaltimento e recupero dei rifiuti prodotti dai bagni chimici; avrebbe violato il divieto di subappalto sancito dalla lettera d'invito; avrebbe allegato una convenzione (con la società [omissis], titolare di un impianto di smaltimento ubicato a [omissis]) di data incerta e di contenuto non rispondente alle necessità della stazione appaltante;

D) infine, avrebbe prodotto due certificazioni di idoneità degli autocarri attrezzati per la sanificazione e disinfezione, rilasciate dalla A.U.S.L. di [omissis] nel dicembre 2003, ormai scadute per decorso del periodo di validità di sei mesi previsto dall'art. 41, primo comma, del D.P.R. n. 445 del 2000.

La comunicazione di avvio dell'istruttoria procedimentale è stata trasmessa, in data 21 maggio 2012, all'Amministrazione ed alle società interessate, che hanno inviato documenti e memorie.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in esame la [omissis] contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria [omissis] di [omissis] dalla procedura negoziata indetta dal Comune di [omissis] per l'affidamento annuale del servizio di locazione e pulizia di bagni mobili a funzionamento chimico.

Si tratta, invero, di un appalto di servizi di importo di gran lunga inferiore a 40.000 euro, per il quale l'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti pubblici (così come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011) consentirebbe finanche l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. L'Amministrazione ha, tuttavia, legittimamente optato per l'esperimento di una procedura negoziata semplificata, chiedendo a sei ditte di formulare un'offerta economica.

Per gli affidamenti in economia (su cui amplius: A.V.C.P., determinazione 14 dicembre 2011 n. 8), i commi 11 e 14 dell'art. 125 del Codice si limitano a prescrivere l'osservanza dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, nonché "dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice", rinviando alla disciplina di dettaglio del Regolamento di attuazione.

Quest'ultimo, da un lato, conferma, all'art. 327, la regola secondo cui in tutti gli affidamenti sottosoglia le imprese contraenti devono possedere i requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli artt. 38 e 39 del Codice (in questo senso, anche prima dell'approvazione del D.P.R. n. 207 del 2010: A.V.C.P., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1) e, per il resto, detta, all'art. 334, disposizioni procedurali più puntuali per i soli affidamenti di importo pari o superiore a 20.000 euro (soglia che deve ritenersi oggi innalzata a 40.000 euro, a seguito della modifica dell'art. 15, comma 11, del Codice, introdotta dal citato art. 4 del d.l. n. 70 del 2011).

Ne consegue che all'appalto qui controverso, di valore pari ad euro 12.000,00, risultano direttamente applicabili i soli artt. 38 e 39 del Codice dei contratti pubblici (sui requisiti morali e di idoneità professionali del contraente), mentre per ogni altro aspetto sostanziale e procedimentale dovranno contemperarsi i principi generali di trasparenza ed imparzialità con le esigenze di speditezza e semplificazione che informano gli affidamenti di modesto valore economico, dando prevalenza, in concreto, alle regole poste volontariamente dall'Amministrazione aggiudicatrice mediante la *lex specialis* di gara.

Alla luce di quanto premesso, l'avviso di questa Autorità è nei termini che seguono:

A) Quanto al primo ordine di censure, va osservato che né la lettera d'invito né il fac-simile di domanda ivi allegato prevedevano l'obbligo di allegare all'offerta la cauzione provvisoria ed il correlato impegno alla prestazione della cauzione definitiva.

Non può condividersi quanto sostenuto dalla società istante, secondo la quale sarebbe qui direttamente applicabile la disciplina in tema di garanzie dettata dall'art. 75 del Codice per gli appalti soprasoglia. La prestazione obbligatoria della cauzione, infatti, risponde ad interessi precipui della stazione appaltante (la serietà dell'offerta ed il corretto adempimento dell'appaltatore) e non assurge a principio generale ed inderogabile nella materia dei pubblici appalti, né costituisce diretta attuazione dei principi di trasparenza ed imparzialità.

Per tale profilo, dunque, il Comune di [omissis] ha legittimamente deciso di semplificare la procedura, in considerazione della durata breve e del valore modesto dell'appalto, esonerando i concorrenti dall'onere della cauzione, che la legge impone in termini inderogabili soltanto per le gare di rilievo comunitario (cfr. art. 75 del Codice) e per le procedure di cottimo fiduciario di valore superiore a 40.000 euro (cfr. art. 334, primo comma – lett. b, del Regolamento, limitatamente alla garanzia dell'impresa aggiudicataria).

Ne discende che la ditta aggiudicataria [omissis] di [omissis] non doveva essere esclusa per la mancata produzione della cauzione provvisoria e per il mancato impegno al rilascio della cauzione definitiva.

B) Ugualmente infondata è la successiva doglianza della [omissis], secondo la quale la ditta aggiudicataria non avrebbe dichiarato l'assenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 38, primo comma, del Codice ed inoltre sarebbe incorsa in colpevole reticenza, riguardo ad un precedente penale del legale rappresentante ed alle gravi inadempienze contrattuali commesse in occasione di appalti analoghi presso i Comuni di [omissis], [omissis] e [omissis].

Come si è detto, è qui pacifica l'applicabilità dei divieti di partecipazione stabiliti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici per qualsivoglia pubblico appalto.

L'aggiudicataria, diversamente da quanto asserito dalla società istante, ha sottoscritto il modello di domanda predisposto dall'Amministrazione ed allegato alla lettera d'invito, comprensivo della dichiarazione generica di non trovarsi "... in alcuna delle condizioni ostative indicate dalle disposizioni vigenti per partecipare a gare indette dalla Pubblica Amministrazione e per stipulare con essa contratti di appalto", così ottemperando all'onere posto dall'art. 38, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici.

Quanto alla mancata dichiarazione della condanna penale definitiva riportata dal sig. [omissis] (sentenza n. [omissis] del Tribunale di [omissis]), che ha irrogato l'ammenda di euro 400,00 per l'illecita occupazione di un tratto del demanio marittimo con le strutture di un lido balneare, oltre il termine di scadenza della concessione), resta fermo il potere-dovere della stazione appaltante, una volta venuta a conoscenza del precedente, di valutarne la gravità e l'incidenza sull'affidabilità professionale ai sensi dell'art. 38 del Codice.

Quantomeno negli affidamenti in economia, caratterizzati da una marcata semplificazione e dall'attenuazione degli oneri formali gravanti sui concorrenti, la mera circostanza della mancata dichiarazione non può tuttavia avere come conseguenza automatica l'esclusione del concorrente, poiché la lettera d'invito non richiedeva espressamente di menzionare tutti i precedenti penali eventualmente esistenti a carico degli amministratori, lasciando così intendere che dovessero essere dichiarati soltanto quelli gravi ed incidenti sulla moralità professionale dell'impresa (in tal senso, in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4907, che assegna rilievo decisivo al tenore della lex specialis di gara, cui è rimessa la scelta sull'ampiezza dell'onere dichiarativo in capo ai concorrenti).

Allo stesso modo, non costituiva motivo di immediata esclusione il fatto che la ditta aggiudicataria non avesse dichiarato l'esistenza di pregresse contestazioni di carattere contrattuale, insorte nel corso dell'esecuzione di appalti presso i Comuni di [omissis], [omissis] e [omissis].

La fattispecie prevista dall'art. 38, primo comma – lett. f, del Codice esclude ogni automatismo e postula l'apprezzamento discrezionale della gravità degli episodi di negligenza addebitati all'impresa concorrente: tale accertamento non può che restare riservato alla competenza della stazione appaltante, cui non può surrogarsi con valutazioni di merito del giudice amministrativo ovvero dell'Autorità di Vigilanza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2012 n. 349; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2011 n. 1163).

Il Comune di [omissis] dovrà pertanto, anche in relazione a tale profilo, valutare la concreta incidenza dei fatti denunciati dalla [omissis] sull'affidabilità della società aggiudicataria, dandone adeguata motivazione.

C) Privi di pregio, poi, sono i rilievi mossi dalla società istante in ordine alla mancata dimostrazione da parte della [omissis] di [omissis] del possesso di un impianto autorizzato per le operazioni di smaltimento e recupero dei rifiuti prodotti dai bagni chimici, secondo quanto prescritto alla lett. b – quinto capoverso dello schema di dichiarazione allegato alla lettera d'invito.

In primo luogo, è irrilevante che l'aggiudicataria abbia trascurato di compilare l'attestazione ivi richiesta, poiché essa ha allegato copia integrale della convenzione stipulata con la [omissis], titolare di un impianto di smaltimento ubicato a [omissis], atta a dimostrare la capacità di smaltire i rifiuti provenienti dai bagni chimici per tutta la durata dell'appalto.

Né vi è stata, come affermato dalla società istante, violazione del divieto di subappalto. La giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente chiarito, con riguardo a procedure di affidamento di analogo oggetto, che i concorrenti ben possono presentare offerta allegando la convenzione sottoscritta con il gestore dell'impianto finale cui sono destinati i rifiuti, ove consentito dal bando di gara, senza essere obbligati ad acquisire altrimenti la disponibilità giuridica dell'impianto (in proprio, costituendo un'a.t.i. o mediante avvalimento) e senza per ciò solo incorrere nel divieto di subappalto (si veda, tra molte: TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 marzo 2011 n. 474; TAR Toscana, sez. II, 23 gennaio 2009 n. 87).

Anche il contenuto della convenzione con la [omissis] risulta perfettamente coerente con l'appalto affidato dal Comune di [omissis], per quanto attiene alla tipologia ed alla provenienza dei rifiuti, ai termini di accettazione da parte del titolare, alla scadenza finale (fissata al 31 dicembre 2012). Il tutto è stato a posteriori definitivamente confermato dal procuratore speciale dalla [omissis], con lettera del 28 maggio 2012 indirizzata alla società aggiudicataria e pervenuta al fascicolo di questa Autorità.

D) Infine, non può essere accolta la censura riguardante i certificati, rilasciati dalla A.U.S.L. di [omissis] nel dicembre 2003, attestanti l'idoneità dei due autocarri attrezzati per la sanificazione e disinfezione dei bagni chimici, che secondo la tesi della società istante sarebbero scaduti per decorso dei sei mesi di validità previsti dall'art. 41, primo comma, del D.P.R. n. 445 del 2000.

La stessa norma, infatti, riconosce validità illimitata nel tempo alle certificazioni rilasciate dalle pubbliche amministrazioni che attestino stati, qualità e fatti non soggetti a modificazioni (come nella fattispecie, ove l'Azienda sanitaria ha certificato la consistenza e la tipologia di allestimento dei due automezzi, destinati alla sanificazione mediante getti di acqua calda ad alta pressione con aggiunta di disinfettanti a base di Sali quaternari di ammonio).

Anche per tale profilo, tuttavia, resta salvo il potere di vigilanza della stazione appaltante, che potrà chiedere all'impresa appaltatrice o alla competente Azienda sanitaria di aggiornare la verifica e la certificazione di idoneità tecnica degli automezzi impiegati nel servizio di disinfezione.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura indicata in epigrafe, che il Comune di [omissis] ha legittimamente ammesso l'offerta della [omissis] di [omissis].

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito