

N. 03621/2014 REG.PROV.COLL.  
N. 03057/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3057 del 2014, proposto da:  
Consorzio Sinergie A R.L., in persona del legale rapp.te p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto  
presso Luca Tozzi in Napoli, via Toledo N. 323;

***contro***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato.  
Interregionale Per Le Opere Pubbliche Campania e Molise,  
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello  
Stato , domiciliata in Napoli, via Diaz, 11;  
Comune di Trentola Ducenta in persona del Sindaco p.t.-n.c.

***nei confronti di***

Società Impresud S.r.l., in persona del legale rapp.te p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto

presso Stefano Caserta in Napoli, via del Parco Margherita N. 34;

*per l'annullamento*

del provvedimento della SUA prot.14875/2014 del 9.5.2014 di esclusione del Consorzio ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel comune di Trentola Ducenta;

del provvedimento di aggiudicazione alla ditta Impresud s.r.l. ;

in parte qua del bando di gara, del disciplinare di gara se interpretabili in senso conforme a quanto ritenuto dalla stazione appaltante, dei verbali di gara n. 1 del 10.1.2014, n. 2 del 28.2.2014 n. 3 del 7.5.2014;

del silenzio rigetto rispetto al preavviso di ricorso ex art. 243 bis codice appalti;

e per il risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ,del Provveditorato Interregionale Per Le Opere Pubbliche e di Società Impresud S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2014 il Cons. Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società ricorrente espone di avere partecipato alla procedura finalizzata all'affidamento del servizio di igiene urbana nel Comune di Trentola Ducenta, per un importo a base di gara di Euro 2,832.646,76 con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

di essere risultata aggiudicataria provvisoria nella seduta di gara del 28.2.2014, ma che nella seduta del 7.5.2014 la stazione appaltante, ritenendo fondato un preavviso di ricorso della società controinteressata, la escludeva dalla gara per avere prodotto un certificato di qualità relativo ad un settore di accreditamento diverso da quello prescritto dal bando ( segnatamente il certificato BS OHSAS 18001:2007) ;

di avere dimostrato il possesso del requisito di accreditamento sin da data anteriore alla scadenza di termini per la presentazione delle domande, con la produzione di un certificato corretto rilasciato pochi giorni dopo l'esclusione e di avere sollecitato l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, senza tuttavia alcun effetto;

tanto premesso, spiega le seguenti censure.

Violazione e falsa applicazione artt. 42,43, 46 co 1 e 1 bis codice appalti, art. 21 octies legge 241/90, violazione della lex specialis, eccesso di potere sotto vari profili. La ricorrente deduce di essere in possesso di tutti i requisiti e delle certificazioni di qualità richiesti a

pena di esclusione dalla legge e dal bando, di avere rappresentato alla stazione appaltante che la mancata certificazione per il settore EA 39 era dovuta ad un mero errore materiale dell'ente certificatore, il quale aveva prontamente emesso un certificato completo con riferimento al possesso del requisito sin dalla data del 16.9.2013, sì che la SUA avrebbe dovuto agire in autotutela per effetto della produzione della certificazione attestante il possesso del requisito richiesto,

nullità delle clausole del bando che hanno richiesto la presentazione della certificazione di qualità a pena di esclusione, dovendo ritenersi violative del principio della tassatività delle cause di esclusione;

illegittimità dell'operato della stazione appaltante che ha disposto l'esclusione senza esercitare il potere di soccorso istruttorio;

eccesso di potere per disparità di trattamento, essendo stato esercitato il potere istruttorio in favore della ditta controinteressata,

violazione del principio del *contrarius actus*, atteso che era stata disposta l'aggiudicazione in favore della seconda graduata senza preventivamente annullare l'aggiudicazione provvisoria;

violazione art. 38 codice appalti, violazione della *lex specialis*, eccesso di potere, in relazione alla aggiudicazione disposta nei confronti della contro interessata, atteso che la stessa sarebbe carente dei requisiti di moralità ex art. 38 lett c) D.Lgs 163/2006, avendo riportato il legale rappresentante una condanna penale per reato specifico connesso al tipo di attività., nonché carente dei requisiti di cui all'art. 38 lettera m), essendo il legale rappresentante della ditta vittima di reati

estorsivi di varia natura, ed avrebbe altresì dovuto essere esclusa per avere omesso di rendere le dichiarazioni di onorabilità relative al suo procuratore speciale;

violazione dell'art. 46 e 82 codice appalti, per mancata rispondenza dell'offerta economica della contro interessata alle prescrizioni di legge che impongono l'indicazione specifica degli oneri per la sicurezza.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, che ha contestato la fondatezza della domanda nel merito, rilevando la impossibilità di far luogo al soccorso istruttorio in presenza di un certificato di qualità carente della prescritta indicazione per il settore richiesto.

Si è costituita in giudizio la ditta contro interessata, che ha eccepito in primo luogo la inammissibilità della domanda per acquiescenza rispetto all'esclusione della ricorrente, in ragione della mancanza di osservazioni a verbale nella seduta del 7.5.2014 da parte del rappresentante della stessa, pur presente a detta seduta.

Ha altresì rilevato l'infondatezza del ricorso nel merito, sia con riferimento alle censure riguardanti l'esclusione della ricorrente, sia con riferimento ai motivi di ricorsi tesi ad attaccare la posizione della aggiudicataria.

Alla udienza in camera di consiglio del 25.6.2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Parte ricorrente contesta in primo luogo la propria esclusione dalla

procedura di gara de qua , disposta dopo essere stata dichiarata aggiudicataria provvisoria e per effetto di un mero errore formale nella produzione della certificazione richiesta dal bando, senza che sia stato fatto luogo all'esercizio del potere di soccorso istruttorio ed in applicazione di una clausola da ritenersi nulla . In secondo luogo, attacca la posizione della nuova aggiudicataria, rilevando che la stessa sarebbe carente di alcuni requisiti ex art. 38 e che la formulazione della offerta economica sarebbe violativa delle disposizioni in tema di specificazione degli oneri per la sicurezza.

Va preliminarmente rilevato come non merita accoglimento l'eccezione di inammissibilità per intervenuta acquiescenza sollevata dalla difesa della contro interessata, atteso che non sussistono gli elementi per ritenere in modo inequivoco che la parte ricorrente abbia inteso accettare le determinazioni negative della stazione appaltante.

Risulta invero che un rappresentante della stessa è stato presente alla seduta del 7.5.2014 nel corso della quale è stata decretata l'esclusione della odierna ricorrente, ma la clausola di chiusura del verbale in virtù della quale i presenti hanno dichiarato di non avere osservazioni riguardo le determinazioni assunte non consente invero di evincere una forma di accettazione degli effetti della gravata determinazione, dovendo al riguardo ricordarsi che l'acquiescenza esige un'esplicita e inequivoca manifestazione di piena accettazione, mediante il compimento di atti o comportamenti univocamente rivelatori della

volontà di accettarne gli effetti, posta in essere in un momento successivo a quello in cui si sia verificata la lesione dell'interesse legittimo azionato..

Ed infatti l'acquiescenza, che denota l'accettazione espressa o tacita del provvedimento amministrativo lesivo e che causa l'estinzione del potere di azione rendendo inammissibile o improcedibile il ricorso giurisdizionale, si configura solo in presenza di una condotta dell'interessato inequivocabilmente diretta a non più contestare l'assetto di interessi definito con gli atti oggetto d'impugnazione, implicante accettazione del contenuto e degli effetti di un provvedimento lesivo, dovendo risultare senza incertezza - trattandosi del fondamentale diritto di agire in giudizio - la presenza di una chiara intenzione definitiva di non mettere in discussione l'atto lesivo.

Può quindi passarsi all'esame nel merito delle censure sollevate avverso l'esclusione della ricorrente.

In primis la ricorrente deduce che l'esclusione sarebbe disposta dal bando (art.4 ) e dal capitolato speciale di appalto ( art. 6 co 3) con clausola violativa del principio di tassatività delle cause di esclusione e pertanto da disapplicarsi in quanto affetta da nullità.

Il motivo è fondato alla luce del nuovo disposto dell'art. 46 comma 1 – bis d. lgs. 163/06 che ha introdotto il principio della tassatività delle clausole di esclusione, limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti in tal senso. Non rientrando l'ipotesi in questione tra i casi

tassativi in cui è possibile comminare l'esclusione, la ricorrente non poteva comunque essere esclusa.

Va premesso che in materia di servizi e forniture, nell'assenza di un sistema accreditato di qualificazione (che, viceversa, per gli appalti di lavori pubblici è rimesso alle SOA, cui compete anche l'attestazione del possesso della certificazione di qualità aziendale), l'art. 43, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che le stazioni appaltanti, qualora richiedano la presentazione di certificazione di qualità aziendale rilasciata da organismi indipendenti, fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati su una serie di norme europee in materia e certificati di organismi conformi alle norme europee relative alla certificazione; in ogni caso, le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri ed ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

Si tratta di una norma che, nell'ammettere la produzione in gara di "certificati equivalenti" e di "altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia", codifica principi di carattere generale, essendo finalizzata a favorire la più ampia partecipazione degli operatori economici alla gare pubbliche in condizioni di parità e di non discriminazione, oltre che a garantire la ragionevolezza e la proporzionalità dei requisiti soggettivi di partecipazione. Ciò determina la conseguenza che ,pur essendo il possesso del requisito



elemento essenziale, è illegittima la clausola che ne prevede la certificazione sin dal momento della presentazione della domanda a pena di esclusione, esulando tale prescrizione in via escludente dagli elementi indicati dal citato art. 46 come recentemente novellato.

La tassatività delle ipotesi di esclusione, infatti, assurge ormai a principio generale relativo ai contratti pubblici e costituisce specificazione del principio di proporzionalità.

In altri termini, l'esclusione e la presupposta clausola della *lex specialis* di gara (ritualmente impugnata) sono illegittime, per violazione dell'art. 46, comma 1-bis), del Codice, giacché la presentazione della certificazione di qualità, in originale o in copia autentica, costituisce un adempimento formale non essenziale e non previsto da alcuna norma di legge o regolamento; avendo la ricorrente peraltro fornito un principio di prova del possesso anche con riferimento alla sussistenza dell'accreditamento per il settore in questione (EA39 servizi pubblici), giusta le altre due certificazioni prodotte per le categorie 9001:2008 e 14001/2004, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentirle di integrare la documentazione allegata all'offerta, ai sensi dell'art. 46, primo comma, del Codice; (TAR Puglia, Bari, sez. I, 23 febbraio 2012 n. 371),

Tali principi sono da tempo radicati nella giurisprudenza comunitaria ;le pronunce della Corte di Giustizia CE hanno, infatti, concordemente precisato che la “volontà del legislatore comunitario

è stata quella di prendere in considerazione soltanto le cause di esclusione riguardanti unicamente le qualità professionali (onestà, solvibilità) degli interessati”( Corte giust., 9 febbraio 2006, in cause riunite C-226/04 e C-228/04; Corte giust., 16 dicembre 2008, in causa C-213/07 e Corte giust., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, Corte giust., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, punto 20, ); e che l’elencazione tassativa con riferimento alle dette cause di esclusione “osta a che gli Stati membri o le amministrazioni aggiudicatrici integrino l’elenco con altre cause fondate su criteri relativi alla qualità professionale” Corte giust., 16 dicembre 2008, in causa C-213/07, Michaniki AE, punto 43,

In ogni caso, il possesso della certificazione del sistema di qualità era sussistente già al tempo della presentazione dell’offerta – come dimostra la certificazione rilasciata dall’ente accreditatore datata 20 maggio 2014, ma riferita alla data del 16.9.2013 e prodotta dalla ricorrente sin dalla immediata richiesta di esercizio del potere di autotutela, circostanza peraltro non contestata agli atti di causa .

Non è infatti in dubbio la legittimità di una norma impositiva del possesso di detta certificazione, bensì se la mancanza di quest'ultima debba comportare l'esclusione dell'impresa concorrente.

La contrarietà rispetto al principio ora detto sussiste, ed emerge in primo luogo dalla circostanza che ciò che rileva non è la certificazione in sé ma il possesso dei requisiti idonei ad ottenerla, ed in secondo luogo dal chiaro disposto dell'art. 43 cod. contratti

pubblici, che riconosce in termini generali alle imprese partecipanti a procedure di affidamento la possibilità di fornire "altre prove" relative al rispetto dei standard di qualità equivalenti a quelli oggetto di certificazioni rilasciate dai competenti organismi.

Sul punto è il caso di richiamare la recente pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato 18 settembre 2013 n. 4663, la quale ha chiarito che il fondamento giustificativo del principio di tassatività delle cause di esclusione è quello di ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica. Tali obiettivi, consistendo nella selezione del miglior contraente privato, conducono a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le "cause amministrative" di esclusione dalle gare incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata.

Ancora, è pertinente al caso di specie la pronuncia del Giudice di appello del 9 settembre 2013 n. 4471, che ha ritenuto contrastante con il suddetto principio di tassatività la clausola di *lex specialis* impositiva dell'obbligo di produrre in originale o copia autentica la certificazione di qualità prevista. Richiamando il disposto dell'art. 43 del d.lgs. n. 163/2006, viene puntualizzata nella citata pronuncia la necessità di sfrondare i bandi di gara da formalismi non necessari, ammettendo quindi le imprese partecipanti a "provare l'esistenza

della qualificazione con mezzi idonei che garantiscano un soddisfacente grado di certezza, nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità della previsione della legge speciale di gara, la quale deve garantire la massima partecipazione". E ciò sull'incontestabile rilievo dell'inesistenza di un sistema di qualificazione pubblica, tanto in forza del quale si giustifica la libertà di prova riconosciuta dalla ora citata disposizione normativa.

In base ai precedenti ora richiamati, si deve quindi riconoscere alle imprese partecipanti a gare d'appalto di provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta dalla stazione appaltante, pena altrimenti, in primo luogo, l'introduzione di una causa amministrativa di esclusione in contrasto con una chiara disposizione di legge; ed inoltre la previsione di sanzioni espulsive sproporzionate rispetto alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali devono esclusivamente poter confidare sull'effettivo possesso dei requisiti di qualità aziendale o - per venire al caso di specie - sul rispetto delle norme sulla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Né può in contrario essere invocato l'indirizzo giurisprudenziale che afferma essere rimasto inalterato, anche dopo la positivizzazione del principio di tassatività della cause di esclusione, il potere delle stazioni appaltanti di imporre alle imprese tutti i documenti e gli elementi ritenuti necessari o utili per identificare e selezionare i partecipanti, nel rispetto del principio di proporzionalità, in virtù di

quanto dispongono gli artt. 73 e 74 d.lgs. n. 163/2006 (sentenze 18 febbraio 2013 n. 974 e 3 luglio 2012, n. 3884). Si tratta in fatti di pronunce che si riferiscono a tipologie di documenti diverse dalle certificazioni di qualità, per le quali la norma primaria, contenuta nel più volte citato art. 43, stabilisce una equivalenza con altre prove.

Va ancora osservato al riguardo che la disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata attiene alle "norme in materia di garanzia della qualità", mentre nel caso di specie si controverte in ordine al rispetto di determinati standard di etica e responsabilità aziendale (OHSAS Occupational Health and Safety Assessment series-18001:2007) . Si tratta all'evidenza di requisiti connotati da un grado di verificabilità empirica certamente inferiore a quelli previsti dalla norma, per i quali la possibilità di fornire prove in via alternativa deve essere riconosciuta a fortiori.

Ne consegue che, in applicazione dell'art. 46, comma 1bis, va dichiarata la nullità della comminatoria espulsiva contenuta nel disciplinare di gara per il caso di omessa produzione del certificato in questione , rectius per produzione di un certificato incompleto in quanto carente di un settore di riferimento- EA 39 (Consiglio di Stato, Sez. 5, 12 novembre 2013, n. 5375).

L'accoglimento di tale motivo di censura soddisfa pienamente l'interesse della ricorrente, che attraverso la sua riammissione in gara viene reintegrata nella posizione di aggiudicataria provvisoria, come statuito nel verbale di gara del 28.2.2014 ,avendo fornito la migliore

offerta economica. Pertanto tutte le altre censure possono dichiararsi assorbite, in quanto non sussiste alcun interesse della stessa alla pronuncia sugli ulteriori motivi di ricorso proposti, concernenti il difetto di requisiti in capo alla impresa contro interessata, ovvero la irregolarità nella presentazione dell'offerta economica della stessa.

Conclusivamente, deve accogliersi l'impugnativa, annullando per quanto di interesse l'art. 4 del disciplinare di gara , l'art. 6 co. 3 del capitolato speciale di appalto ,nella parte in cui prevedono la produzione del certificato di qualità aziendale a pena di esclusione al momento della presentazione della domanda, ed il conseguente provvedimento di esclusione assunto con verbale n. 3 del 7.5.2014 nonché il provvedimento della SUA prot.14875/2014 del 9.5.2014 di esclusione del Consorzio ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel comune di Trentola Ducenta;ed il provvedimento di aggiudicazione alla ditta Impresud s.r.l. ; con obbligo di riammettere la ricorrente alla gara;

La domanda risarcitoria va respinta, non avendo parte ricorrente provato l'an ed il quantum del danno lamentato, e dovendo lo stesso escludersi per effetto della pronta riammissione della stessa alla gara disposta con la presente pronuncia.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico della stazione appaltante,ivi compreso il contributo unificato anticipato dalla ricorrente, sussistendo giusti motivi per dichiararle integralmente compensate nei confronti della

controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla per quanto di interesse l'art. 4 del disciplinare di gara, l'art. 6 co. 3 del capitolato speciale di appalto, nella parte in cui prevedono la produzione del certificato di qualità aziendale a pena di esclusione al momento della presentazione della domanda, ed il conseguente provvedimento di esclusione assunto con verbale n. 3 del 7.5.2014 nonché il provvedimento della SUA prot.14875/2014 del 9.5.2014 di esclusione del Consorzio ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel comune di Trentola Ducenta; ed il provvedimento di aggiudicazione alla ditta Impresud s.r.l.; con obbligo di riammettere la ricorrente alla gara; respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania e Molise alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in complessivi Euro 5000,00 oltre che del contributo unificato. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 giugno  
2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Anna Pappalardo, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)