

Certificazioni di qualità, principio di equivalenza e tassatività delle cause di esclusione: il favor participationis quale Stella Polare del sistema

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 2-8-2016

1.Sulla base dei principi desumibili dagli artt. 43 e 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, ciò che rileva non è la certificazione di qualità in sé e per sé considerata, ma il possesso dei requisiti idonei ad ottenerla; cosicché sarebbe nulla una clausola della lex specialis che prevedesse l'esclusione per la mancata produzione del certificato di qualità specificatamente indicato.(1)

2.L'art. 43 del d.lgs. n. 163/2006 sancisce il cd. "principio di equivalenza" ammettendo la produzione in gara di certificati equivalenti, rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri, nonché di "altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità"; tanto alla luce della più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche, in condizioni di parità e di non discriminazione.(2)

3.L'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione dalla gara dei candidati o concorrenti nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal d.lgs. n. 163 cit., dal regolamento (d.P.R. n. 207/2010) e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per mancanza di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico recante l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, sulla base delle circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. La disposizione in parola aggiunge, altresì, che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che dette prescrizioni, ove inserite nella lex specialis di gara, sono comunque nulle.(3)

4.Sebbene il possesso del requisito di qualità sia un elemento essenziale, è illegittima la clausola della lex specialis di gara che ne preveda la certificazione sin dal momento della presentazione della domanda a pena di esclusione, esulando tale prescrizione dagli elementi indicati dall'art. 46, comma 1-bis, d. lgs. 163/2006.(1)

5. Sono nulle ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, tutte le cause amministrative di esclusione dalle gare incentrate non tanto sulla qualità della dichiarazione, quanto, piuttosto, sulle forme con cui questa è esternata. (4)

6. Contrasta sia con l'art. 43 d.lgs. 163/2006, sia con il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, cit., la clausola della *lex specialis* impositiva dell'obbligo, per le partecipanti alla gara, di produrre in originale o in copia autentica la certificazione di qualità prevista. (5)

7. Si deve riconoscere alle partecipanti a gare d'appalto di provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta dalla stazione appaltante. (1)

(1) Conforme: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 luglio 2014, n. 3621.

(2) Conforme: T.A.R. Piemonte, Sez. I, 8 marzo 2013, n. 300.

(3) Conformi: Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 marzo 2015, n. 1385.

(4) Conforme: Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663.

(5) Conforme: Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4471.

Guida alla lettura

La sentenza in esame è particolarmente interessante: essa, infatti, esamina la questione delle **certificazioni di qualità** e, segnatamente, dell'**equivalenza** tra certificazioni di qualità rilasciate da organismi stabiliti in Stati membri dell'Unione Europea e certificazioni di qualità rilasciate dagli organismi di certificazione specificamente indicati nel bando di gara.

La vicenda da cui trae origine la pronuncia in commento è l'occasione per ribadire i principi consolidati della giurisprudenza amministrativa sul punto: una società impugna gli atti di una procedura negoziata, ex art. 125 d.lgs. 163/2006, avente ad oggetto l'affidamento, da parte di

un'azienda ospedaliera, del servizio di dosimetria per il biennio 2016-2018. La ricorrente, in particolare, contesta l'aggiudicazione della controinteressata, la quale, contrariamente a quanto previsto dal disciplinare di gara, non avrebbe prodotto i certificati di qualità rilasciati da "Eurados" ISO 14146 (prove di superamento dell'interconfronto), né i certificati attestanti l'iscrizione nell'elenco dei servizi affidabili Protocolli ENEA Edp. L'aggiudicataria, infatti, era in possesso soltanto dei risultati delle prove effettuate dal laboratorio di metrologia Comecer, ente non accreditato per le prove di interconfronto secondo ISO 14146. Sulla base di tali argomentazioni, la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione.

Il T.A.R. Calabria, premessa una puntuale ricostruzione dello stato dell'arte giurisprudenziale sull'applicazione concreta delle disposizioni di cui agli artt. 43 e 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, respinge il ricorso, sulla scorta delle seguenti considerazioni: in primo luogo, sulla base di una lettura più **sostanzialistica** che formal-proceduralistica del dato normativo e della ratio sottesa alla disciplina degli appalti pubblici, afferma che, ai fini del corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, ciò che **rileva** non è tanto la certificazione di cui all'art. 43 cit. in sé e per sé, quanto proprio il **possesso dei requisiti di qualità** in capo al concorrente; possesso idoneo all'ottenimento della menzionata certificazione. E' lo stesso art. 43 cit., infatti, sancendo in tal modo il **principio di equivalenza**, ad ammettere che il partecipante ad una gara possa produrre **certificati equivalenti**, rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri, nonché **altre prove** relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità. Si tratta, del resto, di un'opzione ermeneutica rispettosa del basilare principio generale in materia di appalti del **favor participationis**.

Ulteriore implicazione del ragionamento condotto dal Collegio calabrese concerne l'inevitabile declaratoria di **nullità** cui andrebbe incontro l'eventuale **clausola** del bando di gara che prevedesse l'**esclusione** del partecipante per la **mancata produzione** del certificato di qualità specificatamente indicato nella stessa lex specialis. Posto, infatti, che l'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 sancisce il **principio di tassatività delle cause di esclusione**, in virtù del quale i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle disciplinate dal medesimo art. 46, comma 1-bis, e che dette prescrizioni, ove inserite nella lex specialis di gara, sono comunque nulle, è illegittima la clausola del bando di gara che preveda cause di esclusione dalle gare incentrate non tanto sulla qualità della dichiarazione, quanto, piuttosto, sulle forme con cui questa è esternata, anche in virtù di quanto disposto dal già menzionato art. 43 d.lgs. 163/2006.

Da quanto esposto, in conclusione, discende che la mancanza del certificato di qualità rilasciato dall'ente indicato negli atti di gara non può costituire causa di esclusione dalla gara, e ciò in virtù dei principi di tassatività delle clausole di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006 e di equivalenza, di cui all'art. 43, d.lgs. 163/2006.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 635 del 2016, proposto da:

Societa' Tecno Rad S.U.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Scavone C.F. SCVNGI56S20H501N, con domicilio eletto presso Fabio Tirinato in Catanzaro, corso Mazzini, 74;

contro

Azienda Ospedaliera "Pugliese-Ciaccio" non costituito in giudizio;

nei confronti di

L.B. Servizi Per Le Aziende S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento della determinazione n. 403 del 22/4/2016 di affidamento alla l.b. servizi per le aziende del servizio dosimetria biennio 2016/2018 - istanza risarcimento danni

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.1 La società ricorrente è risultata seconda classificata alla gara indetta con dall'Azienda Ospedaliera Pugliese Ciaccio con la determinazione n. 403 del 22 aprile 2015 mediante procedura negoziata ex art. 125 d.lgs. 163/2006, avente ad oggetto il servizio di dosimetria per il biennio 2016-2018 ed agisce in giudizio chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione

disposta in favore della controinteressata, sul presupposto della sua illegittima omessa esclusione.

1.2 In particolare, contrariamente a quanto indicato nel disciplinare di gara (punti 12 e 13) la controinteressata non sarebbe in possesso dei certificati rilasciati da "Eurados" ISO 14146 (prove di superamento dell'interconfronto); né dei certificati attestanti l'iscrizione nell'elenco dei servizi affidabili Protocolli ENEA Edp. La ditta risultata aggiudicataria aveva invece depositato i risultati delle prove effettuate dal laboratorio di metrologia Comecer, ente non accreditato per le prove di interconfronto secondo ISO 14146 e comunque soggetto non distinto dal laboratorio di taratura.

Sul presupposto della illegittima aggiudicazione, la ricorrente chiede il subentro nel contratto eventualmente concluso e in via subordinata il risarcimento del danno per equivalente.

2. Non si sono costituite in giudizio né l'amministrazione resistente che la controinteressata.

3. Alla camera di Consiglio del 15 giugno 2016, fissata per l'esame della domanda cautelare, previo avviso ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Il ricorso è infondato.

5.1 Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza in materia, sulla base dei principi desumibili dagli artt. 43 e 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, ciò che rileva non è la certificazione di qualità in sé e per sé considerata, ma il possesso dei requisiti idonei ad ottenerla (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 luglio 2014, n. 3621); cosicché sarebbe nulla una clausola della lex specialis che prevedesse l'esclusione per la mancata produzione del certificato di qualità specificatamente indicato.

5.2 Sotto il primo profilo, l'art. 43 del d.lgs. n. 163/2006 sancisce il cd. "principio di equivalenza" ammettendo la produzione in gara di certificati equivalenti, rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri, nonché di "altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità"; tanto alla luce della più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche, in condizioni di parità e di non discriminazione (v. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 8 marzo 2013, n. 300).

5.3 Peraltro, quanto al secondo profilo, l'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione dalla gara dei candidati o concorrenti nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal d.lgs. n. 163 cit., dal regolamento (d.P.R. n. 207/2010) e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per mancanza di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico recante l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, sulla base delle circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La disposizione in parola aggiunge, altresì, che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che dette prescrizioni, ove inserite nella

lex specialis di gara, sono comunque nulle (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 marzo 2015, n. 1385).

5.4 Sulla base dei profili sopra evidenziati, può pertanto osservarsi che:

- sebbene il possesso del requisito di qualità sia un elemento essenziale, è illegittima la clausola della lex specialis di gara che ne preveda la certificazione sin dal momento della presentazione della domanda a pena di esclusione, esulando tale prescrizione dagli elementi indicati dall'art. 46, comma 1-bis, cit. (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 3621/2014, cit.);

- sono nulle ex art. 46, comma 1-bis, cit., tutte le cause amministrative di esclusione dalle gare incentrate non tanto sulla qualità della dichiarazione, quanto, piuttosto, sulle forme con cui questa è esternata (C.d.S., Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663);

- contrasta sia con l'art. 43 cit., sia con il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, cit., la clausola della lex specialis impositiva dell'obbligo, per le partecipanti alla gara, di produrre in originale o in copia autentica la certificazione di qualità prevista (C.d.S., Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4471);

- si deve riconoscere alle partecipanti a gare d'appalto di provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta dalla stazione appaltante (v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 3621/2014, cit.);

6. Alla luce dei principi sopra esposti, il ricorso va pertanto rigettato, poiché, da un lato il disciplinare di gara non richiedeva espressamente la produzione dei certificati di qualità indicati a pena di esclusione (ed in caso contrario la relativa clausola sarebbe stata comunque nulla ex art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006); dall'altro, in ogni caso, il principio di equivalenza codificato dall'art. 43 D.Lgs. 163/2006 esclude che la mancanza del certificato di qualità rilasciato dall'ente indicato negli atti di gara possa costituire causa di esclusione dalla gara.

7. In mancanza di costituzione delle altre parti del giudizio, non vi è luogo a provvedere sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore