



COMUNE DI NICOSIA

PROVINCIA DI ENNA
2° SETTORE

Prot. 30273 / 11

DETERMINA DIRIGENZIALE N. 138 / 2011

**Oggetto: Gara per l'affidamento del Servizio di Custodia/vigilanza degli immobili adibiti ad Uffici Giudiziari siti nel Comune di Nicosia (CIG 3099638E2E).
Verifica della regolarità degli atti di gara – Formazione graduatoria definitiva.
Provvedimenti**

IL DIRIGENTE

Premesso:

- che, con Determina Dirigenziale al n. 107 del 02/08/2011, veniva indetta gara per l'affidamento del servizio di vigilanza/custodia degli immobili adibiti ad Uffici Giudiziari, siti nel Comune di Nicosia, con relativa approvazione del Capitolato d'Oneri e del disciplinare di Gara, per il periodo di anni 02, da computarsi dall'effettivo inizio lavori, mediante procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. 163/2006, con ribasso unico in percentuale da applicare sul prezzo per unità oraria a base di gara stabilita in € 21,40, oltre IVA, tenuto conto del costo orario medio, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 81 e 82 del D. Lgs 163/2006 e con l'applicazione dell'art. 86, comma 1 e 4, del citato D. Lgs. 163/2006 (Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse), valutando la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.
- che in data 29/08/2011, presso la sede del Palazzo Municipale, alle ore 10,30 si procedeva alla celebrazione della gara, con la approvazione della graduatoria provvisoria delle Ditte concorrenti e la individuazione della migliore offerta, in termini di percentuale di ribasso offerto, più conveniente per il Comune ed il Ministero di Grazia e Giustizia, a cui va attribuito l'onere della spesa, in quella della Società Coop. Jonica Vigilanza a.r.l. - Enna (prot. n. 24478 // 24/08/2011) con un ribasso percentuale del 27,05%, sull'importo a base d'asta oraria di € 21,40, oltre IVA, e così per l'importo orario, netto di ribasso, di € 15,61, oltre IVA.
- che la Società Coop. Jonica Vigilanza a.r.l – Enna veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria per il prezzo orario netto offerto di € 15,61, oltre IVA ed il costo relativo alla sicurezza, giusto quanto dal verbale di gara, regolarmente pubblicato, nei termini di legge, all'albo del Comune senza nessuna osservazione.
- che la Presidenza di gara dava atto che l'aggiudicazione provvisoria non è atto provvedimento, ma un atto avente natura infra-procedimentale, coincidente con il verbale che approva la graduatoria finale delle Ditte concorrenti.
- che Il rappresentante dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c., delegato dal rappresentante legale e amministratore della Società, chiedeva di intervenire con dichiarazione a verbale, con riserva di adire alle vie legali, che testualmente veniva inserita nel contesto dello stesso, ove si evidenziava che "la mancanza della polizza provvisoria

- fideiussoria, così come previsto dall'art. 75 del Codice dei Contratti D. Lgs. 163/2006 è motivo di esclusione dalla procedura di gara ed inoltre, anche se non previsto dal Bando di Gara, le dichiarazioni di cui all'art. 38 vanno rese espressamente dal Rappresentante Legale dell'Istituto partecipante. Per quanto riferito alla Polizza definitiva il Bando di gara erroneamente ha previsto il 6% contro il 10% che prescrive la Legge".
- che la Presidenza di gara, rilevato quanto dichiarato dal responsabile delegato dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza", dava atto della già avvenuta formulazione della graduatoria provvisoria delle offerte presentate dalle Ditte ammesse e della individuazione della migliore offerta in quella presentata dalla Società Coop. Jonica Vigilanza a.r.l. – Enna, riservandosi, a garanzia ed a difesa dell'imparzialità degli interessi generali delle Ditte ammesse a selezione e dell'interesse pubblico del Comune, di procedere ad ulteriori verifiche e controlli.
 - che il richiamato Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c., in data 29/08/2011, con nota fax di pari data, successivamente pervenuta a mezzo protocollo generale del Comune al n. 25220 del 02/09/2011, faceva seguito a quanto già dichiarato a verbale, producendo apposite contestazioni ed osservazioni, su presunti vizi, da riferire alla documentazione per la partecipazione alla gara (assenza di presentazione della polizza fideiussoria, prevista dall'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 e della dichiarazione specifica dei requisiti previsti dall'art. 38 del citato D. Lgs. 163/2006), presentata dalle Ditte Sicurtransport S.p.A. e Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l., a suo dire "mancante di alcuni elementi importati", rilevando, inoltre, che il ribasso percentuale presentato dalla Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l., è da ritenere "non essere in linea con la tabella emanata con Decreto del 08 luglio 2009 dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, pubblicato sulla G.U. n. 174 del 29 luglio 2009", con invito a procedere, con opportuni provvedimenti in via di autotutela, "all'immediata esclusione delle società partecipanti che non hanno provveduto a stipulare la Polizza fideiussoria e, di conseguenza, con doveroso avvertimento che in caso contrario si ricorrerà all'Autorità Giudiziaria per ottenere non soltanto quanto richiesto, ma anche l'integrale risarcimento di tutti i danni arrecati, di diversa natura, allasocietà".
 - che in data 09/09/2011, con nota al prot. 26074, ai sensi dell'art. 243-Bis del D. Lgs. 163/2006, si procedeva a comunicare, all'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c., stante la indicazione, da parte della stessa, di presunti vizi di illegittimità negli atti di gara, l'intendimento di intervenire in autotutela, con apposite e specifiche verifiche e controlli, giusta riserva anche della Presidenza di gara, per come da verbale datato 29/08/2011, a garanzia ed a difesa dell'imparzialità degli interessi generali delle Ditte ammesse a selezione e dell'interesse pubblico del Comune.
 - che in data 12/09/2011, con nota al prot. 26203, pur nella consapevolezza che in atto, in presenza di una aggiudicazione provvisoria ed in assenza di registrazioni di posizioni consolidate in capo ad alcuno dei concorrenti, la giurisprudenza giunge ad esonerare, le Amministrazioni procedenti, dall'onere di dare comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della Legge 241 del 1990 (si veda Consiglio di Stato, sez. V, 02/02/2009, n. 526; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 12/06/2009, n. 976; Consiglio di Stato, sez. V, 12/02/2010, n. 743.....), ciò nonostante, si procedeva comunicando, alla Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l. (ribasso offerto 27,05%), all'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c. (ribasso offerto 18,40%) e alla Sicurtransport S.p.A. (ribasso offerto 13,55), Ditte inserite nella graduatoria provvisoria di gara di cui al verbale del 29/08/2011, che è stato avviato, con l'esercizio del potere di autotutela spettante alla Pubblica Amministrazione, apposito iter istruttorio di riesame degli atti della procedura, del cui esito sarà data informazione nei termini di cui all'art. 79 del D. Lgs. n. 163/2006, con la specifica indicazione dell'Ufficio di riferimento per la gestione del procedimento e del responsabile.

Rilevato:

per quanto attiene il disposto dell'art. 75 del D. Lgs. 163/2006:

- che con la cauzione provvisoria, il legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che la mancata sottoscrizione del contratto e, con quella definitiva, l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso.
- che, solo in presenza di un appalto di servizi, l'art. 75 del Codice trova comunque applicazione, in quanto norma cogente avente portata etero-integrativa e, come tale,

applicabile agli appalti a prescindere dall'espresso richiamo contenuto nella legge di gara (cfr. ad es. in tal senso: T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo 2010, n. 2646, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737; Roma, sez. III, 12 gennaio 2009, n. 106).

- che la mancata osservanza del precetto indicato dall'art. 75, comma 1, del D.Lgs. 163/06 comporta l'esclusione dalla gara per la sua efficacia di clausola eterointegratrice del bando di gara. (T.A.R. Molise Campobasso, del 01 giugno 2011, n. 366).
- che la cauzione provvisoria, di cui al comma 1° dell'art. 75 del D.Lgs. 163/06, costituisce parte integrante dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa (Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Campania n. 10315/2007) e come tale, per la sua mancata presentazione, unitamente all'offerta, si registra la presenza di una "carezza di elementi essenziali", che secondo l'indicata ratio dell'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. 163/06 (comma aggiunto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70) costituisce altro valido motivo di esclusione dalla procedura di gara.
- che, ai sensi del comma 8, dell'art. 75 del D.Lgs. 163/06, l'offerta deve essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario (T.A.R. Sicilia n. 2646/2010), tale garanzia si sostanzia in una dichiarazione che serve a dare all'Amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività amministrativa di scelta del contraente non sia spesa inutilmente e conduca alla stipula (Consiglio di Stato, sez. V, 09 settembre 2005, n. 4642), e per l'assenza di tale impegno la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione automatica del concorrente, senza possibilità di richiederne la presentazione ex post.
- che la cauzione provvisoria deve essere pari al 2% del prezzo a base indicato nel bando, il cui calcolo va effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza, in quanto "l'importo dei lavori è quello complessivo dell'intervento e gli oneri di sicurezza sono parte dell'importo dell'intera opera o lavoro da appaltare: l'individuazione separata dei costi della sicurezza, introdotta dal D.Lgs. n. 494/1996, rileva esclusivamente ai fini di evidenziare detta voce, sulla quale l'appaltatore non può effettuare alcun ribasso, a garanzia e tutela dei lavoratori" (deliberazione n. 45 del 20 febbraio 2007 // Parere n. 29 del 10/02/2010).

per quanto attiene il disposto dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006:

- che nel Bando di gara si stabiliva di porre l'obbligo della presentazione di apposita " dichiarazione sostitutiva, rilasciata ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, sottoscritta dal Legale Rappresentante dell'Istituto partecipante o da tutti i Legali Rappresentanti, attestante di non incorrere in una delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e in condizioni ostative per poter stipulare i relativi contratti, di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni".
- che sebbene l'obbligo di attestare l'insussistenza delle cause interdittive di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 riguarda gli operatori economici, tuttavia, la dichiarazione sostitutiva deve essere rilasciata anche dai soggetti indicati dalla disposizione richiamata (art. 38 comma 1, lett. b, c, m-ter), tenuti a rendere personalmente la dichiarazione in questione, considerato che si tratta di soggetti che fanno parte della compagine dell'operatore economico concorrente e che non sussistono ostacoli in ordine all'acquisizione della loro autodichiarazione.
- che l'obbligo dichiarativo risponde alla fondamentale esigenza di consentire alla stazione appaltante:
 - di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale in capo ai soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale;
 - e di escludere dalla partecipazione alle procedure di gara le società i cui soggetti, muniti di potere di rappresentanza, incorrano in qualcuna delle cause di esclusione.
- che l'omessa dichiarazione, da parte dei soggetti obbligati, in quanto rivestono significativo ruolo gestionale, decisionale e/o di rappresentanza, di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, legittima l'esclusione dalla gara.

per quanto attiene il costo medio orario come da tabella del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali:

- che i limiti tabellari di cui al Decreto del 08 luglio 2009 dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, non sono da considerarsi come parametri inderogabili, ma unicamente come indice del giudizio di adeguatezza delle offerte.
- che il mancato rispetto, pertanto, nelle offerte dei minimi tabellari del costo del lavoro, o, in mancanza dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l'automatica esclusione dalla gara delle offerte stesse, ma costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà poi essere verificata in sede di ammissione delle giustificazioni.
- che sono da ritenere congrue anche offerte che indicano un costo medio orario inferiore ai minimi tabellari, purchè lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito dalla contrattazione collettiva (TAR Lazio, Sez. III, 15/10/2033, n. 2481 – TAR Campania, Sez. VIII, 23/07/2009, n. 4277).
- che le tabelle ministeriali pongono, quindi, delle regole di azione della Pubblica Amministrazione ai fini della corretta valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti alla gara d'appalto, e non si propongono, invece, di determinare una misura del costo del lavoro rilevante in via autoritaria (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6415 – TAR Lombardia, Brescia, 23/10/2007, n. 915).
- che il solo scostamento dai valori medi non è di per sé sintomo di anomalia dell'offerta ed il concorrente è ammesso a giustificare le voci di costo inferiori ai valori medi, come tali rilevati da fonti ufficiali, significando che ove il costo del personale contenuto nell'offerta risulti di gran lunga inferiore a quello minimo indicato dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e non sia stato nemmeno giustificato, l'offerta viene a porsi in contrasto con l'art. 86, comma 3 bis del Codice degli Appalti (D.Lgs. 163/2006).

Verificato che dagli atti di gara presentati dalla **Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l.**, si riscontra:

- che l'offerta non è corredata da alcuna garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione, in contrasto con quanto tassativamente previsto dall'art. 75 del D. Lgs. 163/2006.
- che, conseguenzialmente, si rileva l'assenza alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante (art 75, comma 04).
- che l'offerta non è, altresì, corredata, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. (art 75, comma 08)
- che il ribasso percentuale offerto nella misura del 27,05%, sull'importo a base d'asta oraria di € 21,40, oltre IVA, pur non determinando automatica esclusione dalla gara, costituisce indice di anomalia meritevole di verifica, per la salvaguardia delle retribuzioni ai lavoratori, ai sensi ed in applicazione dell'art. 86 e seguenti del D.Lgs. 163/2006.
- che la dichiarazione sostitutiva, rilasciata ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, attestante di non incorrere in una delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e in condizioni ostative per poter stipulare i relativi contratti, di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni, risulta resa dal solo Presidente del Consiglio di amministrazione e non anche dal Vice Presidente, cui vanno attribuiti tutti i poteri del Presidente in qualsiasi caso di sua assenza o impedimento, e dal Consigliere nominato (art. 38 comma 1, lett. b, c, m-ter) ed inoltre, atteso che non viene dichiarata la compagine societaria, non è stato possibile verificare l'obbligo della dichiarazione in capo a eventuale socio di maggioranza
- che, pertanto, la dichiarazione sostitutiva, in merito al possesso dei requisiti di ordine generale, risulta non essere stata resa e presentata da parte di tutti soggetti obbligati, pur se individuati fra i soggetti obbligati dal citato art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni.

Verificato che dagli atti di gara presentati dalla **Società Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c.**, si riscontra:

- che la cauzione provvisoria viene presentata in misura inferiore a quanto previsto dal D. Lgs 163/2006 atteso che non si procede al calcolo con riferimento al valore complessivo derivante dalla sommatoria dell'importo a base d'asta (€ 156.108,32) e degli oneri di sicurezza (€ 540,00), per cui viene rilasciata garanzia provvisoria difforme ai requisiti di legge ed inferiore alla corretta quantificazione derivante dalla inclusione degli oneri di sicurezza. Infatti la cauzione provvisoria deve essere pari al 2% (nel caso che ci occupa nella misura ridotta dell'1%) del prezzo a base indicato nel bando, il cui calcolo va effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza, in quanto "l'importo dei lavori è quello complessivo dell'intervento e gli oneri di sicurezza sono parte dell'importo dell'intera opera o lavoro da appaltare: l'individuazione separata dei costi della sicurezza, introdotta dal D.Lgs. n. 494/1996, rileva esclusivamente ai fini di evidenziare detta voce, sulla quale l'appaltatore non può effettuare alcun ribasso, a garanzia e tutela dei lavoratori" (deliberazione n. 45 del 20 febbraio 2007 // Parere n. 29 del 10/02/2010).
- che il DURC presentato, avente durata di giorni 30 e con scadenza il 26/09/2011, non reca il timbro "per partecipazione a gare d'appalto", atteso che si riscontra il rilascio dello stesso per tipologia e finalità diverse (PER ALTRI USI CONSENTITI DALLA LEGGE: AMMINISTRATIVO), per cui se ne deduce che lo stesso, rilasciato in data anteriore alla celebrazione della gara (28/07/2011), veniva chiesto e rilasciato per uso e finalità diverse dalla partecipazione alla gara. Infatti il DURC ha un utilizzo diversificato e viene rilasciato solo ed esclusivamente per lo specifico adempimento per cui è richiesto. Fra l'altro, il DURC, presentato unitamente all'offerta, veniva rilasciato con validità di 30 giorni dalla data di emissione e non utilizzabile per appalti pubblici Conclusivamente deve rilevarsi che ai fini della partecipazione alla gara di appalto il DURC presentato non è utilizzabile in quanto rilasciato per altri fini e con espresso divieto a non essere utilizzato per appalti pubblici. (C.G.A. Sez. Giurisprudenziale n. 537/2010 – T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, n. 1/2010.) In tal senso anche la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, n. 35/2010, da cui si evince che, nell'ambito degli appalti pubblici, non può essere utilizzato un DURC richiesto a fini diversi, ciò in quanto le verifiche operate dai competenti Istituti e/o Casse edili seguono ambiti e procedure in parte diverse in relazione alle finalità per cui è emesso il Documento.

Verificato che dagli atti di gara presentati dalla **Società Sicurtransport S.p.A.**, si riscontra:

- che l'offerta non è corredata da alcuna garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione, in contrasto con quanto tassativamente previsto dall'art. 75 del D. Lgs. 163/2006.
- che, conseguenzialmente, si rileva l'assenza alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante (art 75, comma 04).
- che l'offerta non è, altresì, corredata, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. (art 75, comma 08).

Preso atto che le sopra evidenziate e riscontrate irregolarità nella documentazione presentata dalla Società Coop. Jonica Vigilanza a.r.l, dalla Società Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c. e Società Sicurtransport S.p.A., provvisoriamente ammessa alla gara, rientrano nella fattispecie di legge che impongono la esclusione dalla gara e che il verificarsi di tale evenienza fa venir meno l'obbligo della attivazione del procedimento di verifica della anomalia dell'offerta della Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l., verifica finalizzata alla salvaguardia delle retribuzioni ai lavoratori, ai sensi dell'art. 86 del D. Lgs. 163/2006.

Ritenuto dover procedere in autotutela a salvaguardia dell'interesse pubblico, della piena legittimità dell'attività dell'Ente, della imparziale garanzia degli interessi legittimi delle Ditte interessate alla aggiudicazione del servizio in causa.

Visto il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni.

Visto l'Ordinamento degli Enti Locali R.S.

DETERMINA

Di prendere atto di quanto sopra, che qui si intende integralmente riportato ed approvato.

Di prendere ulteriormente atto:

per quanto attiene il disposto dell'art. 75 del D. Lgs. 163/2006:

- che con la cauzione provvisoria, il legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che la mancata sottoscrizione del contratto e, con quella definitiva, l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso.
- che, solo in presenza di un appalto di servizi, l'art. 75 del Codice trova comunque applicazione, in quanto norma cogente avente portata etero-integrativa e, come tale, applicabile agli appalti a prescindere dall'espresso richiamo contenuto nella legge di gara (cfr. ad es. in tal senso: T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo 2010 , n. 2646, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009 , n. 737; Roma, sez. III, 12 gennaio 2009 , n. 106).
- che con la cauzione provvisoria, il legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che la mancata sottoscrizione del contratto e, con quella definitiva, l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso.
- che, solo in presenza di un appalto di servizi, l'art. 75 del Codice trova comunque applicazione, in quanto norma cogente avente portata etero-integrativa e, come tale, applicabile agli appalti a prescindere dall'espresso richiamo contenuto nella legge di gara (cfr. ad es. in tal senso: T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo 2010 , n. 2646, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009 , n. 737; Roma, sez. III, 12 gennaio 2009 , n. 106).
- che la mancata osservanza del precetto indicato dall'art. 75, comma 1, del D.Lgs. 163/06 comporta l'esclusione dalla gara per la sua efficacia di clausola eterointegratrice del bando di gara. (T.A.R. Molise Campobasso, del 01 giugno 2011, n. 366).
- che la cauzione provvisoria, di cui al comma 1° dell'art. 75 del D.Lgs. 163/06, costituisce parte integrante dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa (Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Campania n. 10315/2007) e come tale, per la sua mancata presentazione, unitamente all'offerta, si registra la presenza di una "carenza di elementi essenziali", che secondo l'indicata ratio dell'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. 163/06 (comma aggiunto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70) costituisce altro valido motivo di esclusione dalla procedura di gara.
- che, ai sensi del comma 8, dell'art. 75 del D.Lgs. 163/06, l'offerta deve essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario (T.A.R. Sicilia n. 2646/2010), tale garanzia si sostanzia in una dichiarazione che serve a dare all'Amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività amministrativa di scelta del contraente non sia spesa inutilmente e conduca alla stipula (Consiglio di Stato, sez. V, 09 settembre 2005, n. 4642), e per l'assenza di tale impegno la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione automatica del concorrente, senza possibilità di richiederne la presentazione ex post.
- che la cauzione provvisoria deve essere pari al 2% del prezzo a base indicato nel bando, il cui calcolo va effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza, in quanto "l'importo dei lavori è quello complessivo dell'intervento e gli oneri di sicurezza sono parte dell'importo dell'intera opera o lavoro da appaltare: l'individuazione separata dei costi della sicurezza, introdotta dal D.Lgs. n. 494/1996, rileva esclusivamente ai fini di evidenziare detta voce, sulla quale l'appaltatore non può effettuare alcun ribasso, a garanzia e tutela dei lavoratori" (deliberazione n. 45 del 20 febbraio 2007 // Parere n. 29 del 10/02/2010).

per quanto attiene il disposto dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006:

- che nel Bando di gara si stabiliva di porre l'obbligo della presentazione di apposita "dichiarazione sostitutiva, rilasciata ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, sottoscritta dal Legale Rappresentante dell'Istituto partecipante o da tutti i Legali Rappresentanti, attestante

di non incorrere in una delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e in condizioni ostative per poter stipulare i relativi contratti, di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni".

- che sebbene l'obbligo di attestare l'insussistenza delle cause interdittive di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 riguarda gli operatori economici, tuttavia, la dichiarazione sostitutiva deve essere rilasciata anche dai soggetti indicati dalla disposizione richiamata (art. 38 comma 1, lett. b, c, m-ter), tenuti a rendere personalmente la dichiarazione in questione, considerato che si tratta di soggetti che fanno parte della compagine dell'operatore economico concorrente e che non sussistono ostacoli in ordine all'acquisizione della loro autodichiarazione.
- che l'obbligo dichiarativo risponde alla fondamentale esigenza di consentire alla stazione appaltante:
 - di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale in capo ai soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale;
 - e di escludere dalla partecipazione alle procedure di gara le società i cui soggetti, muniti di potere di rappresentanza, incorrano in qualcuna delle cause di esclusione.
- che l'omessa dichiarazione, da parte dei soggetti obbligati, in quanto rivestono significativo ruolo gestionale, decisionale e/o di rappresentanza, di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, legittima l'esclusione dalla gara.

per quanto attiene il costo medio orario come da tabella del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali:

- che i limiti tabellari di cui al Decreto del 08 luglio 2009 dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, non sono da considerarsi come parametri inderogabili, ma unicamente come indice del giudizio di adeguatezza delle offerte.
- che il mancato rispetto, pertanto, nelle offerte dei minimi tabellari del costo del lavoro, o, in mancanza dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l'automatica esclusione dalla gara delle offerte stesse, ma costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà poi essere verificata in sede di ammissione delle giustificazioni.
- che sono da ritenere congrue anche offerte che indicano un costo medio orario inferiore ai minimi tabellari, purchè lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito dalla contrattazione collettiva (TAR Lazio, Sez. III, 15/10/2033, n. 2481 – TAR Campania, Sez. VIII, 23/07/2009, n. 4277).
- che le tabelle ministeriali pongono, quindi, delle regole di azione della Pubblica Amministrazione ai fini della corretta valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti alla gara d'appalto, e non si propongono, invece, di determinare una misura del costo del lavoro rilevante in via autoritaria (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6415 – TAR Lombardia, Brescia, 23/10/2007, n. 915).
- che il solo scostamento dai valori medi non è di per sé sintomo di anomalia dell'offerta ed il concorrente è ammesso a giustificare le voci di costo inferiori ai valori medi, come tali rilevati da fonti ufficiali, significando che ove il costo del personale contenuto nell'offerta risulti di gran lunga inferiore a quello minimo indicato dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e non sia stato nemmeno giustificato, l'offerta viene a porsi in contrasto con l'art. 86, comma 3 bis del Codice degli Appalti (D.Lgs. 163/2006).

Di dare, altresì, atto che per la partecipazione alla gara si faceva espressa richiesta della presentazione del D.U.R.C. originale valido, dal quale risulti che la Ditta, al momento della presentazione dell'offerta (per le procedure aperte) sia in regola con l'assolvimento degli obblighi in materia di contributi previdenziali, assistenziali e assicurativi.

Di dare atto che a conclusione dell'iter istruttorio di verifica e controlli degli atti presentati dalle Ditte ammesse provvisoriamente alla gara si è avuto modo di riscontrare che a carico delle stesse si sono registrate delle irregolarità sanzionabili con la definitiva esclusione dal procedimento di gara per l'affidamento del servizio di vigilanza/custodia degli immobili adibiti ad Uffici Giudiziari, siti nel Comune di Nicosia, di cui alla Determina Dirigenziale al n. 107 del 02/08/2011.

Di escludere conseguentemente definitivamente dalla procedura di gara le Ditte di seguito individuate e per le motivazioni specificate:

Società Cooperativa Jonica Vigilanza a.r.l., in quanto dagli atti presentati si riscontra:

- che l'offerta non è corredata da alcuna garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione, in contrasto con quanto tassativamente previsto dall'art. 75 del D. Lgs. 163/2006.
- che, conseguenzialmente, si rileva l'assenza alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante (art 75, comma 04).
- che l'offerta non è, altresì, corredata, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. (art 75, comma 08)
- che la dichiarazione sostitutiva, rilasciata ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, attestante di non incorrere in una delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e in condizioni ostative per poter stipulare i relativi contratti, di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni, risulta resa dal solo Presidente del Consiglio di amministrazione e non anche dal Vice Presidente, cui vanno attribuiti tutti i poteri del Presidente in qualsiasi caso di sua assenza o impedimento, e dal Consigliere nominato (art. 38 comma 1, lett. b, c, m-ter) ed inoltre, atteso che non viene dichiarata la compagine societaria, non è stato possibile verificare l'obbligo della dichiarazione in capo a eventuale socio di maggioranza.
- che, pertanto, la dichiarazione sostitutiva, in merito al possesso dei requisiti di ordine generale, risulta non essere stata resa e presentata da parte di tutti soggetti obbligati, pur se individuati fra i soggetti obbligati dal citato art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni.

Si da atto, altresì, che il ribasso percentuale offerto nella misura del 27,05%, sull'importo a base d'asta oraria di € 21,40, oltre IVA, pur non determinando automatica esclusione dalla gara, costituisce indice di anomalia meritevole di verifica, per la salvaguardia delle retribuzioni ai lavoratori, ai sensi ed in applicazione dell'art. 86 e seguenti del D.Lgs. 163/2006.

Società Vigilanza "La Sicurezza" S.n.c., in quanto dagli atti presentati si riscontra:

- che la cauzione provvisoria viene presentata in misura inferiore a quanto previsto dal D. Lgs 163/2006 atteso che non si procede al calcolo con riferimento al valore complessivo derivante dalla sommatoria dell'importo a base d'asta (€ 156.108,32) e degli oneri di sicurezza (€ 540,00), per cui viene rilasciata garanzia provvisoria difforme ai requisiti di legge ed inferiore alla corretta quantificazione derivante dalla inclusione degli oneri di sicurezza. Infatti la cauzione provvisoria deve essere pari al 2% (nel caso che ci occupa nella misura ridotta dell'1%) del prezzo a base indicato nel bando, il cui calcolo va effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza, in quanto "l'importo dei lavori è quello complessivo dell'intervento e gli oneri di sicurezza sono parte dell'importo dell'intera opera o lavoro da appaltare: l'individuazione separata dei costi della sicurezza, introdotta dal D.Lgs. n. 494/1996, rileva esclusivamente ai fini di evidenziare detta voce, sulla quale l'appaltatore non può effettuare alcun ribasso, a garanzia e tutela dei lavoratori" (deliberazione n. 45 del 20 febbraio 2007 // Parere n. 29 del 10/02/2010).
- che il DURC presentato, avente durata di giorni 30 e con scadenza il 26/09/2011, non reca il timbro "per partecipazione a gare d'appalto", atteso che si riscontra il rilascio dello stesso per tipologia e finalità diverse (PER ALTRI USI CONSENTITI DALLA LEGGE: AMMINISTRATIVO), per cui se ne deduce che lo stesso, rilasciato in data anteriore alla celebrazione della gara (28/07/2011), veniva chiesto e rilasciato per uso e finalità diverse dalla partecipazione alla gara. Infatti il DURC ha un utilizzo diversificato e viene rilasciato solo ed esclusivamente per lo specifico adempimento per cui è richiesto. Fra l'altro, il DURC, presentato unitamente all'offerta, veniva rilasciato con validità di 30 giorni dalla data di emissione e **non utilizzabile per appalti pubblici** Conclusivamente deve rilevarsi che ai fini della partecipazione alla gara di appalto il DURC presentato non è utilizzabile in quanto rilasciato per altri fini e con espresso divieto a non essere utilizzato per appalti pubblici. (C.G.A. Sez. Giurisprudenziale n. 537/2010 – T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, n. 1/2010.) In tal senso

Giurisprudenziale n. 537/2010 – T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, n. 1/2010.) In tal senso anche la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, n. 35/2010, da cui si evince che, nell'ambito degli appalti pubblici, non può essere utilizzato un DURC richiesto a fini diversi, ciò in quanto le verifiche operate dai competenti Istituti e/o Casse edili seguono ambiti e procedure in parte diverse in relazione alle finalità per cui è emesso il Documento.

Società Sicurtransport S.p.A., in quanto dagli atti presentati si riscontra:

- che l'offerta non è corredata da alcuna garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione, in contrasto con quanto tassativamente previsto dall'art. 75 del D. Lgs. 163/2006.
- che, conseguenzialmente, si rileva l'assenza alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante (art 75, comma 04).
- che l'offerta non è, altresì, corredata, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. (art 75, comma 08).

Di confermare ulteriormente l'esclusione dall'appalto delle Ditte già non ammesse in sede di svolgimento di gara, per come si evince dal verbale di gara datato 29/08/2011, dando atto che, attese le risultanze di cui sopra, tutte le Ditte partecipanti alla procedura di gara per l'affidamento del servizio in causa risultano essere definitivamente non ammesse.

Di non aggiudicare, conseguenzialmente, l'appalto dell'affidamento del servizio di vigilanza/custodia degli immobili adibiti ad Uffici Giudiziari, siti nel Comune di Nicosia, dando atto che la procedura di gara viene chiusa in assenza di aggiudicazione definitiva.

Di dare atto che l'esigenza attuale e costante di dover garantire il servizio conduce alla rinnovazione della procedura di gara (svolgimento di nuova gara).

Di procedere conseguenzialmente all'annullamento degli atti attinenti al procedimento di gara, rinviando ad un successivo provvedimento l'indizione di nuova gara.

Di disporre l'invio di apposita comunicazione di esclusione alle Ditte sopra indicate, ai sensi dell'art. 79 del D. Lgs. 163/2006.

Di dare atto che il presente provvedimento ha efficacia immediata e verrà affisso all'albo del Comune per la durata prevista per legge.

Nicosia, li 13/10/2011

Il Dirigente / Presidente di Gara
Li Calzi Dott. Giovanni

