

Parere n.164 del 23/10/2013

PREC 35/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Meridionali Servizi - "Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di portierato, di biblioteca e gestione del polo telematico e dei servizi amministrativi dell'Università del Salento" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: € 8.098.158,00 + IVA - S.A.: Università del Salento.

Art. 18 d.lgs. n. 276/2003.

Requisiti di ordine speciale- ragionevolezza e proporzionalità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 gennaio 2013, è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società Cooperativa Meridionali Servizi ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara indetto dall'Università del Salento per l'affidamento dei servizi in oggetto, lamentando quanto segue:

1. gestione poco trasparente della gara, in quanto la pubblicazione del bando è coincisa con le festività natalizie;
2. violazione dell'art. 18 d.lgs n. 276/2003, in quanto, per i servizi "Biblioteca e Gestione del Polo Telematico" nonché "Amministrativi", le attività da svolgere sono obbligatoriamente alle dirette dipendenze dell'Ente appaltante in modo da configurare la somministrazione fraudolenta di mano d'opera;
3. violazione di legge per abnormità dei requisiti richiesti per i predetti servizi, attesa la sproporzione tra i primi e la modesta incidenza dei secondi sull'IBA complessivo (13%);
4. violazione di legge per ulteriore abnormità dei requisiti richiesti, in quanto non sarebbe dato comprendere per quali ragioni siano richieste le certificazioni UNI EN ISO per i servizi di "Portierato", di "Supporto Amministrativo" e/o "Gestione Biblioteche".

Con memoria pervenuta il 25 gennaio 2013, la S.A. ha difeso la legittimità del proprio operato, evidenziando che la tempistica che ha connotato la pubblicazione del bando e l'espletamento del previsto sopralluogo non sarebbe tale da ostacolare la partecipazione alla gara e che i requisiti richiesti sarebbero in linea con le caratteristiche dell'appalto, nella valorizzata esigenza di individuare ditte adeguatamente qualificate.

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 5 marzo 2013, ha fatto seguito ulteriore nota di controdeduzioni della S.A., pervenuta il 15 marzo successivo, con la quale ha rassegnato a questo Ufficio l'esito della gara, conclusasi con aggiudicazione definitiva in favore della ditta Consorzio Nazionale Servizi, mentre la Società istante, con propria nota pervenuta in data 19 marzo, ha comunicato di non avere alcunché da aggiungere alle lamentele rappresentate nell'istanza di parere.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara indetto dalla Università del Salento per le ragioni evidenziate in fatto.

1. La Meridionali Servizi, che, come evidenziato dalla S.A. nella sua nota del 15 marzo 2013, non ha partecipato alla gara, lamenta in primo luogo che la tempistica che ha connotato la pubblicazione del bando di gara, essendo questa coincisa con il periodo natalizio, non avrebbe consentito di ponderare l'offerta di gara. L'istante segnala a tali fini non solo la data di pubblicazione del bando sulla GUCE del 20 dicembre 2012, ma anche il termine di scadenza del 7 gennaio 2013 per l'espletamento del previsto sopralluogo obbligatorio.

Il rilievo non è fondato, atteso che, per il primo profilo, la parziale coincidenza temporale tra il periodo di pubblicazione del bando, a decorrere dal 20 dicembre 2012, e le festività natalizie non si traduce in una obiettiva impossibilità materiale di presentazione dell'offerta di gara, tanto più che il termine per la presentazione delle offerte (v. art. 7.1 del Disciplinare di gara) scadeva il 25 gennaio 2013, quindi parecchi giorni dopo la conclusione del periodo natalizio. Denota l'infondatezza del secondo versante di censura, come evidenziato dalla S.A. nella sua memoria di controdeduzioni, la esatta formulazione del disciplinare di gara (Art. 7.3, lett. N), laddove prevede che "le date previste per i sopralluoghi sono stabilite nei giorni 9 e 10 gennaio 2013", con la conseguenza che, venendo richiesto che solo l'appuntamento fosse da concordare entro il 7 gennaio, è evidente che l'adempimento in questione fosse da espletare dopo le festività natalizie. La stessa evoluzione della gara depone nel senso dell'infondatezza del rilievo, in quanto ben 9 ditte hanno presentato regolare

domanda di partecipazione alla selezione.

2. L'istante lamenta altresì la violazione dell'art. 18 d.lgs n. 276/2003 (reato di somministrazione ed interposizione di mano d'opera), in relazione a quanto previsto dal punto 3 lettere A) e B) del Capitolato Tecnico di Gara per i servizi "Biblioteca e Gestione del Polo Telematico" nonché "Amministrativi", laddove prescrive che "trattandosi di lavoratori a stretto contatto con il personale dell'Università ed essendo gli stessi impiegati negli uffici, in caso di assenza gli stessi non dovranno essere sostituiti". Sul punto, l'istante valorizza la lettura estensiva della norma assuntivamente violata alla quale accede la giurisprudenza più recente nel senso che la fattispecie sarebbe configurabile anche quando l'impresa appaltatrice, pur non essendo fittizia, non fornisca una propria organizzazione di mezzi in relazione al particolare servizio appaltato (C. Cass. 5087/98 e 11120/06). La censura va disattesa, avuto riguardo a quanto previsto dal Capitolato Tecnico in ordine alla organizzazione dei servizi in appalto, laddove prevede la necessità di nominare "un responsabile della gestione del servizio...nominato dall'affidatario che si aggiudicherà l'affidamento, che sarà l'interfaccia dell'Amministrazione dell'Ente per tutte le questioni che riguardano la corretta erogazione dei servizi e la individuazione delle soluzioni per eventuali esigenze poste dall'Amministrazione". Da tale disposizione è dato evincere, infatti, che l'assetto organizzativo dei servizi in appalto, ivi compresi quelli sopra indicati, rimane affidato all'autonoma gestione dell'impresa affidataria, così potendosi escludere che il personale utilizzato sia "di fatto operante alle dipendenze del committente" (Cfr. C. Cass. n. 46169 del 29 novembre 2004) quale indefettibile presupposto applicativo del reato di intermediazione abusiva di manodopera.

3. Con le rimanenti lamenti, suscettibili di esame congiunto, l'istante si duole del carattere esorbitante dei requisiti richiesti per l'affidamento dei servizi su indicati in considerazione del loro ridotto peso economico rispetto all'Importo a base d'asta. Il rilievo mosso alla disciplina di gara riguarda le previsioni del Disciplinare di Gara di cui ai punti 5.2 Requisiti di Idoneità Professionale, 5.3 Requisiti di Capacità Economica e Finanziaria e 5.4 Requisiti di Capacità Tecnica e Professionale, nella parte in cui stabiliscono la necessaria iscrizione nel Registro camerale, il requisito esperienziale e la Certificazione UNI EN ISO 9001:2008. Prima di esaminare tali rilievi, occorre rammentare che questa Autorità (Determinazione 21 maggio 2009, n. 5) ha affermato, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi alla luce degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, che "il Codice...ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro qualificazione e dei relativi mezzi di prova". Anche la giurisprudenza amministrativa ha più volte rilevato che "La stazione appaltante gode di ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica, avendo come unico limite quello della non manifesta irragionevolezza" (Cfr. T.A.R. Aosta Valle d'Aosta, sez. I, 20 giugno 2012, n. 56). Tale diaframma discrezionale, si precisa in giurisprudenza, non è tuttavia illimitato, tant'è che va considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 (ex 59) del Trattato CE, norma ritenuta applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano. Invero, la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione, incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, per scongiurare il rischio di determinare una eccessiva compressione della concorrenza in contrasto con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.

Ebbene, le obiezioni sollevate dall'istante non hanno pregio, avuto riguardo a quanto documentato in atti a proposito della nota di chiarimenti resa dal RUP in ordine ad un quesito posto in corso di gara, nel senso che l'iscrizione camerale deve intendersi richiesta "per almeno 2 settori di attività oggetto del contratto di cui uno di essi deve obbligatoriamente essere il servizio di portierato". Ne consegue che, in base ai criteri fissati dalla S.A., l'iscrizione camerale è richiesta solo per uno dei Servizi su indicati così da risultare tale requisito adeguatamente coerente con la minore incidenza degli stessi sull'IBA.

L'istante lamenta altresì la illegittimità della norma del Disciplinare laddove prevede quanto segue: << Aver svolto nel triennio 2009/2010/2011 oppure aver in corso alla data di scadenza di presentazione delle offerte un contratto relativo ad "Attività di Supporto Amministrativo" e/o "Gestione Biblioteche" per un importo medio annuo non inferiore ad € 200.000,00 >>, requisito richiesto in caso di R.T.I. in capo alla Capogruppo "in misura non inferiore al 60%". Tale requisito non può dirsi, come assume l'istante, esorbitante rispetto all'oggetto dello stipulando contratto, in considerazione dell'importo complessivo previsto per la durata quinquennale dell'appalto, pari a € 8.098.158,00 IVA esclusa (ex art. 1 Disciplinare di Gara). Infatti, pur tenendo conto della minore incidenza dei servizi in questione sull'IBA (13%), l'importo riveniente da tale operazione matematica è pari a 1.052.760,54 quindi di gran lunga superiore a quello contemplato dalla norma di gara contestata. L'ultima obiezione investe le Certificazioni UNI EN ISO richieste, assumendo l'istante che non sarebbe dato comprendere perché tale requisito, nella versione 9001:2008, è richiesto per tutti e tre i servizi in appalto mentre le certificazioni UNI EN ISO 14000, OHSAS 18001 e SA8000 sono richieste solo per il "Servizio di Portierato", tanto più che la prima di queste, essendo attinente ad un sistema di gestione ambientale, non sarebbe pertinente con l'oggetto della gara. Al contrario, deve ritenersi che i requisiti di qualità richiesti, tenendo debitamente conto del diaframma di

discrezionalità riservato all'Ente appaltante, appaiono coerenti con le caratteristiche della complessa prestazione in appalto, la quale, come evidenziato dalla S.A. nella sua nota di controdeduzioni, comporta gestione di risorse umane e rapporti con l'utenza sia interna che esterna. Per quanto poi riguarda esattamente la certificazione ISO 14001, questa non attesta una particolare prestazione ambientale né tanto meno dimostra un particolarmente basso impatto, ma piuttosto sta a dimostrare che l'organizzazione certificata ha un sistema di gestione adeguato a tenere sotto controllo gli impatti ambientali delle proprie attività e ne ricerca sistematicamente il miglioramento in modo coerente, efficace e soprattutto sostenibile. Ne consegue che essa è conseguibile a prescindere dalla natura dell'impresa e dell'organizzazione produttiva alla quale si riferisce.
In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito