Parere n. 92 del 13/05/2010

Protocollo PREC 178/09/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 TEAM SERVICE Società Consortile a r.l. – Affidamento quinquennale, rinnovabile, del servizio di pulizia, sanificazione e disinfezione da effettuarsi presso le AA.SS.LL. di Avezzano, Sulmona, Chieti, Lanciano, Vasto, L'Aquila e Teramo -Importo a base d'asta: € 131.700.000,00 – S.A.: Azienda Sanitaria Locale N. 4 L'Aquila

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 dicembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la TEAM SERVICE Società Consortile a r.l. ha rappresentato tre diversi profili di criticità relativi alla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto, suddivisa in cinque lotti.

Il primo profilo contestato concerne l'asserita illegittima ammissione alla gara di alcune imprese concorrenti, che l'istante sostiene non hanno correttamente versato il contributo economico in favore di questa Autorità per ogni lotto a cui hanno partecipato presentando la propria offerta, in quanto la stazione appaltante, anziché richiedere e successivamente rendere noti i CIG relativi a ciascun lotto, ha comunicato un solo numero di CIG, rispondendo, ad una richiesta di chiarimento al riguardo, che "Il CIG 002149706D9 è unico ed è valido per tutti i lotti."

La seconda anomalia rilevata riguarda, invece, la fase di valutazione dell'offerta e attiene propriamente alla presunta illegittimità della previsione, a pag 16 del disciplinare di gara, che attribuisce un punteggio per il "piano di addestramento del personale con specificazione del programma dei corsi e presentazione dell'attività formativa dell'ultimo triennio (max 0,05)". A giudizio dell'istante, infatti, tale previsione si pone in contrasto con le indicazioni, contenute nella circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1 marzo 2007 e in molti pareri espressi da questa Autorità, circa l'obbligo di utilizzare, quando il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, soltanto criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore.

Infine, l'impresa istante ha riferito che la documentazione di gara prevede che le richieste di chiarimento potranno essere formulate dai partecipanti sino alle ore 13.30 del giorno 1 dicembre 2008 (giorno ed ora di scadenza del termine per presentare offerta) e ha sostenuto che tale previsione è in contrasto con l'art. 72, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 e lesiva della *par condicio*, "poiché le società che avranno la possibilità di consegnare la propria offerta lo stesso giorno previsto per la scadenza della gara saranno avvantaggiate rispetto a quelle che, per i motivi tecnico logistici più disparati, hanno già dovuto consegnare la propria offerta".

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota del 9 dicembre 2009, la TEAM SERVICE Società Consortile a r.l ha ribadito l'interesse alla definizione delle richiamate questioni controverse a suo tempo sollevate nell'istanza, mentre la stazione appaltante ha ritenuto di non partecipare con proprie controdeduzioni al contraddittorio avviato da questa Autorità.

Ritenuto in diritto

Al fine della definizione della prima questione controversa sottoposta con l'istanza di parere in oggetto occorre, preliminarmente, rilevare che questa Autorità ha più volte evidenziato (si veda per, tutte, la deliberazione del 12 luglio 2007 n. 232) che il contributo dovutole ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge n. 266/2005 riveste la natura di condizione essenziale per la partecipazione delle imprese a procedure ad evidenza pubblica, così come disposto dall'art. 3 della propria deliberazione del 10 gennaio 2007, ed ha altresì chiarito come costituisca causa di esclusione solo la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento del contributo a favore dell'Autorità.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie trova applicazione *ratione temporis* la disciplina prevista dalla deliberazione dell'Autorità del 24 gennaio 2008, avente ad oggetto l'attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge n. 266/2005 per l'anno 2008, poiché il bando di gara in questione è stato pubblicato sulla G.U.R.I. in data 15 ottobre 2008.

Con specifico riguardo alle "Modalità e termini di versamento della contribuzione" l'art. 3 della citata deliberazione - innovando rispetto alla precedente deliberazione del 10 gennaio 2007 sopra citata -

al comma 4, stabilisce che “Per le procedure di selezione del contraente, per contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, suddivise in più lotti, le stazioni appaltanti sono tenute a corrispondere il contributo per ogni singolo lotto in ragione del relativo importo; gli operatori economici che partecipano a uno o più lotti devono versare il contributo per ogni singolo lotto per cui presentano l’offerta in ragione del relativo importo”. Pertanto, essendo la procedura di gara in oggetto suddivisa in cinque lotti, i concorrenti avrebbero dovuto procedere al pagamento del contributo dovuto a questa Autorità per ogni lotto per il quale avevano presentato la propria offerta, mentre l’istante riferisce che alcune imprese, ammesse dalla stazione appaltante alla successiva fase della valutazione delle offerte, non hanno versato correttamente il contributo a favore dell’Autorità, provvedendo al pagamento di un solo contributo a fronte della presentazione di un’offerta per più lotti. Si tratta quindi di fattispecie in cui il contributo è stato versato, ma risulta essere inesatto.

Inoltre, il disciplinare di gara, con formulazione alquanto generica stabiliva, al punto 17, che i concorrenti avrebbero dovuto allegare alla propria domanda di partecipazione la documentazione attestante “17) LA PROVA che la Ditta ha versato la somma dovuta a titolo di contribuzione prevista dalla Deliberazione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 10/01/07 ad oggetto “Attuazione dell’art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l’anno 2008”. Come si evince dal suo tenore letterale, tale prescrizione fa erroneamente riferimento alla deliberazione del 10 gennaio 2007 – valida solo per la contribuzione dovuta per l’anno 2007 e peraltro priva di riferimenti al caso, rilevante nella fattispecie in esame, di procedure di gara suddivise in più lotti –; inoltre, nella prescrizione medesima non vi è alcun riferimento all’esatto importo del contributo da versare né sono stati indicati i CIG relativi a ciascun lotto.

A fronte della richiamata disciplina di gara, l’adempimento richiesto non può, pertanto, considerarsi sufficientemente chiaro ed è principio noto in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, 12 giugno 1992, n. 481) quello per cui la stazione appaltante nel predisporre gli atti di una gara d’appalto, ha l’onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l’interesse pubblico all’individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche, non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti. Pertanto, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l’ammissione alla gara, ed in particolar modo le clausole di esclusione dalla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all’ammissione degli aspiranti, corrispondendo all’interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un’aggiudicazione alle condizioni migliori possibili.

Opportunamente, quindi, l’Azienda Sanitaria Locale N. 4 de L’Aquila ha ammesso alla gara i concorrenti che non avevano versato correttamente il contributo, evitando così di traslare le conseguenze della propria condotta colposa a loro carico, attraverso la comminatoria dell’esclusione dalla gara. Tuttavia, alla luce delle richiamate disposizioni in applicazione al caso di specie, la stazione appaltante avrebbe dovuto comunque richiedere un’integrazione dell’importo del contributo versato in modo inesatto. Allo stato degli atti, tuttavia, non si dispone di elementi per stabilire se tale richiesta sia stata successivamente rivolta ai suddetti concorrenti.

La seconda questione sottoposta attiene, invece, alla presunta illegittimità della previsione a pag 16 del disciplinare di gara, che nella valutazione del sistema organizzativo di fornitura del servizio di pulizia in argomento attribuisce un punteggio per il “piano di addestramento del personale con specificazione del programma dei corsi e presentazione dell’attività formativa dell’ultimo triennio (max 0,05)”.

Al riguardo si ritiene che la stazione appaltante con la previsione di tale criterio di valutazione dell’offerta non abbia violato i principi enunciati nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007 che, sancendo la necessità di distinguere i criteri soggettivi di selezione dell’offerente dai criteri oggettivi di selezione dell’offerta, ne vieta la commistione. La suddetta commistione, infatti, non appare sussistere nella specie, poiché la formazione del personale che opera nello svolgimento del servizio ne aumenta proporzionalmente la relativa qualità, per cui il criterio in questione riverbera i suoi effetti sul profilo oggettivo della qualità dell’offerta presentata.

Il terzo ed ultimo motivo di criticità sollevato riguarda il termine per chiedere informazioni o chiarimenti per la corretta presentazione dell’offerta, che l’istante asserisce coincidere con il giorno e l’ora di scadenza del termine per presentare offerta (sino alle ore 13.30 del giorno 1 dicembre 2008), in violazione di quanto previsto dall’art. 72, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006.

In proposito, tuttavia, si deve rilevare che il bando di gara dispone testualmente che “I documenti sono pubblicati sul sito internet ASL N. 04 di L’Aquila..... . La documentazione di gara può inoltre essere ritirata direttamente dal destinatario o tramite corriere nei giorni non festivi dal lunedì al venerdì dalle ore 9,00 alle 13,30 e dalle ore 15.30 alle 17,00. Termine per il ricevimento delle richieste di documenti o per l’accesso ai documenti, Data 01/12/08 ore 13,30” (coincidente con la scadenza del termine per la presentazione delle offerte).

Tale previsione non sembra porsi in contrasto con quanto previsto dall’art. 72, comma 3 del D.Lgs. n.

163/2006, invocato dall'istante, secondo il quale "3. Sempre che siano state richieste in tempo utile, le informazioni complementari sui capitolati d'onori, sul documento descrittivo o sui documenti complementari, sono comunicate dalle stazioni appaltanti ovvero dallo sportello competente ai sensi dell'articolo 9, almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte. Nel caso delle procedure ristrette o negoziate urgenti, di cui all'articolo 70, comma 11, tale termine è di quattro giorni.". Infatti, scopo e funzione della citata disposizione è di imporre all'amministrazione un termine per rispondere alle suddette richieste di informazioni, che consenta ai soggetti partecipanti di adeguare le proprie offerte alle informazioni complementari fornite e necessarie ad una corretta formulazione delle stesse.

Invece, la disposizione del bando in questione si preoccupa di assegnare ai soggetti interessati un ampio termine per la richiesta del rilascio di documenti o per esercitare l'accesso, nell'interesse degli stessi soggetti, sino al termine utile per la presentazione delle offerte.

Tale disposizione non può determinare danno a quei soggetti che abbiano con congruo anticipo fatto richiesta di rilascio della documentazione necessaria a formulare l'offerta. Infatti, in tal caso, si applicherebbe comunque il disposto del citato art. 72, comma 3 che, tra l'altro, non è affatto in contrasto con il disposto del bando, atteso che la stazione appaltante a fronte di una richiesta formulata in tempo utile è comunque tenuta a fornire le predette informazioni sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore, ferma restando la necessità di chiedere ai partecipanti alla gara che hanno presentato offerta per più di un lotto l'integrazione dell'importo del contributo versato, a pena di esclusione dalla gara.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2010