

Parere n.83 del 05/05/2011

PREC 268/10/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 Soc. Cooperativa Aquarius a r.l. - (Gara per la gestione dei servizi, Centro di ascolto per le famiglie, Assistenza domiciliare educativa e Centro aperto polivalente per minori) - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: € 923.555,47 oltre IVA - S.A.: Comune di Corato.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 20 ottobre 2010, la Soc. Cooperativa Aquarius a r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla procedura aperta avviata dal Comune di Corato (in qualità di Capofila dell'Ambito territoriale n. 3) relativa alla gestione dei servizi Centro di ascolto per le famiglie, Assistenza domiciliare educativa e Centro aperto polivalente per minori, da affidare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari a € 923.555,47 oltre IVA.

Al riguardo, l'istante ha rappresentato quanto segue.

Con bando di gara del 14/07/2010, pubblicato sul sito internet del Comune di Corato e sulla GURI del 19/07/2010, i Comuni di Corato (Capofila), Terlizzi e Ruvo di Puglia, facenti parte dell'Ambito territoriale n. 3 della Provincia di Bari, hanno bandito una procedura aperta per l'affidamento, in ciascun Comune dell'Ambito, di un Centro di ascolto per le famiglie e Servizi di sostegno alla genitorialità, di un Centro aperto Polivalente per minori, nonché per la realizzazione del Servizio di assistenza Domiciliare Educativa. Alla selezione hanno partecipato, oltre all'istante, altri quattro operatori economici. Relativamente ai requisiti di ammissibilità, il punto 2.2 lett. g), del disciplinare di gara prevedeva una "esperienza documentata nel servizio oggetto dell'appalto di almeno tre anni da dimostrare con l'elenco dei servizi prestati indicante: oggetto della prestazione, importo, durata (inizio e termine), committente (pubblico o privato) corredato dalla documentazione di cui al successivo punto A.2".

In ordine al contenuto della domanda di partecipazione, il punto A.1 n. 6, del disciplinare di gara, prevedeva che i partecipanti alla selezione avrebbero dovuto "essere in possesso di esperienza almeno triennale nel servizio oggetto dell'appalto con l'elenco dei servizi espletati indicanti l'oggetto della prestazione, l'importo, la durata (inizio e termine), il committente (pubblico o privato), corredato da documentazione idonea (vedi punto A.2) che comprovi il predetto requisito".

Riguardo, infine, alla documentazione da allegare, il punto A.2 del disciplinare di gara stabiliva che la stessa avrebbe dovuto essere idonea a comprovare il possesso del requisito di cui al precedente punto A.1 n. 6, e richiedeva, relativamente ai servizi espletati in favore di pubbliche amministrazioni, la produzione di certificati di regolare e soddisfacente esecuzione e di contratti, mentre riguardo ai servizi prestati in favore di privati, richiedeva la produzione delle dichiarazioni da questi provenienti o, in mancanza, autocertificazioni del concorrente.

Nel corso della seduta pubblica del 12/10/2010, la Commissione giudicatrice ha escluso l'Impresa istante in quanto non in possesso del requisito dell'esperienza triennale nel servizio oggetto dell'appalto richiesto al punto 2.2 lettera g) del disciplinare di gara ed al punto A.1 n. 6) (relativo al contenuto dalla domanda di partecipazione). A parere dell'Organo di gara:

- sarebbe stata riscontrata una presunta mancanza della continuità nell'espletamento dei servizi in questione (perché, a parere dell'istante, la Commissione pretendeva che nell'ultimo triennio la Cooperativa avesse prestato i servizi oggetto dell'appalto per 36 mesi continuativi, senza sospensioni, neppure di un giorno, e che fossero indicate con estrema precisione tutte le date di avvio e di termine di ciascun servizio documentato);
- risultavano scoperti i mesi di giugno 2007 (servizio di tutoraggio dell'VII Circoscrizione di Bari) ed agosto 2007 (soggiorno estivo montano della I Circoscrizione di Bari);
- assenza dell'attestazione relativa al Workshop ABA del settembre 2007 (durato per tutto l'intero mese), ma sul punto, precisa l'istante, l'Organo di aggiudicazione ha ommesso di considerare che il servizio era stato svolto dalla Cooperativa Aquarius in proprio e, quindi, non avrebbe potuto che essere autocertificato;
- non sono stati conteggiati i mesi relativi a servizi espletati dalla Cooperativa Aquarius nello stesso periodo di tempo per più committenti pubblici, nonostante trattavasi di servizi diversi, espletati su territori diversi e con diversi operatori, ma attinenti ai servizi oggetto della gara;
- non sono stati considerati, ai fini dell'esperienza triennale, il Servizio del Centro d'Ascolto per le dipendenze (prevenzione) prestato presso i Comuni di Noicattaro, Mola di Bari e Rutigliano (in Provincia di Bari) in quanto afferenti ad un'area d'intervento sociale differente da quella oggetto

dell'appalto.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Corato, con nota pervenuta il 13 dicembre 2010, ha rilevato che, per garantire le peculiari esigenze (di natura sociale della categoria di utenti) sottese alla gestione dei servizi da affidare e tenuto conto del valore dell'appalto (importo a base d'asta € 923.555,47 oltre IVA), nel capitolato speciale di gara ed in tutti gli atti di gara è stata espressamente richiesta la dimostrazione di capacità ed esperienza organizzativa coincidente (e non analoga) con quella oggetto dell'appalto, attraverso la presentazione dell'elenco dei servizi espletati nell'ultimo triennio (2007/2008/2009). Per le ragioni indicate, tale requisito è da considerare corretto e proporzionato, tanto che, ad eccezione dell'istante, gli altri concorrenti hanno prodotto la documentazione richiesta, interpretando correttamente le clausole della *lex specialis* di gara.

Con controdeduzioni pervenute il 15-20 dicembre 2010, la Soc. Cooperativa Aquarius a r.l., nel contestare le deduzioni del Comune di Corato, ha ribadito le proprie ragioni in ordine all'erroneità della propria esclusione ed alla illegittimità delle determinazioni assunte dalla Stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, va, preliminarmente, osservato che in merito ai 'requisiti di ammissibilità', il disciplinare di gara stabiliva quanto segue:

- punto 2.2, lett. g), del disciplinare di gara: "esperienza documentata nel servizio oggetto dell'appalto di almeno tre anni da dimostrare con l'elenco dei servizi prestati indicante: oggetto della prestazione, importo, durata (inizio e termine), committente (pubblico o privato) corredato dalla documentazione di cui al successivo punto A.2";
- punto A.1, n. 6, del disciplinare di gara (contenuto della domanda di partecipazione): "essere in possesso di esperienza almeno triennale nel servizio oggetto dell'appalto con l'elenco dei servizi espletati indicanti l'oggetto della prestazione, l'importo, la durata (inizio e termine), il committente (pubblico o privato), corredato da documentazione idonea (vedi punto A.2) che comprovi il predetto requisito";
- punto A.2, del disciplinare di gara (documentazione da allegare): la documentazione da allegare alla domanda di partecipazione avrebbe dovuto essere idonea "a comprovare il possesso del requisito di cui al precedente punto A.1 n. 6 (se trattasi di servizi espletati a favore di pubbliche amministrazioni: certificati di regolare e soddisfacente esecuzione, contratti, ecc.; se trattasi di servizi prestati in favore di privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi, in mancanza, dallo stesso concorrente".

A parere dell'istante, le determinazioni assunte dalla Stazione appaltante sono erronee ed illegittime perché in contrasto con i punti 2.2 lettera g) e A.1 n. 6 del disciplinare di gara, con i principi dettati in tema di evidenza pubblica dagli artt. 42 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, e con i principi di proporzionalità, ragionevolezza ed illogicità.

In subordine, ove le disposizioni della *lex specialis* fossero da interpretare come indicato dalla Commissione giudicatrice, allora le stesse sarebbero illegittime per violazione dei principi generali dettati in tema di evidenza pubblica, oltre che per eccesso di potere per irragionevolezza, incongruità ed assoluta mancanza di proporzionalità e perplessità dell'azione amministrativa rispetto al fine pubblico da tutelare nella fattispecie.

Ciò in quanto, nella fattispecie, la Commissione giudicatrice ha errato nel ritenere che l'istante non avesse dimostrato la sua competenza ed esperienza professionale attraverso la specifica indicazione dei periodi dei servizi svolti nel triennio precedente all'anno in cui è stata bandita la gara, perché: - l'esatta individuazione del triennio precedente al 2010 (2007-2008-2009) si riscontra solo nello schema di domanda e non nelle norme del bando di gara o del disciplinare di gara le quali, ai fini dell'ammissibilità dei concorrenti fanno riferimento solo ad una esperienza almeno triennale, senza specificare il preciso periodo in cui essa avrebbe dovuto maturare (pertanto, la Stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto del servizio prestato dal 12/6/2006 al 31/6/2006 e non solo quello svolto dal 1/1/2007 al 31/1/2007 presso il Centro di Ascolto del Comune di Noicattaro); A parere dell'Autorità, per risolvere i dubbi relativi al caso di specie va richiamata la disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di capacità tecnico-professionale dei prestatori di servizi, tenendo conto degli aspetti di fatto oggetto dell'istanza di parere.

L'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, tra l'altro, può essere fornita attraverso la presentazione dell'elenco dei principali servizi e forniture eseguiti negli ultimi tre anni, con le indicazioni degli importi e degli altri dati rilevanti (lettera a)).

La Stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto

all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Quindi, come già affermato dall'Autorità con parere 31 gennaio 2008 n. 33, sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139).

In relazione al caso di specie, quindi, l'esame dell'operato dell'Amministrazione va condotto tenendo conto dell'oggetto e dell'importo dell'appalto da affidare: gestione triennale dei servizi Centro di ascolto per le famiglie, Assistenza domiciliare educativa e Centro aperto polivalente per minori, per un importo a base d'asta pari a € 923.555,47 oltre IVA.

Alla luce di tali dati e circostanze - considerato che l'istante non ha contestato l'obbligo di dimostrare di aver eseguito nel triennio servizi identici a quelli oggetto di gara e che la norma di riferimento (art. 42, commi, 1 lett. a) e 2) espressamente consente alle Stazioni appaltanti di richiedere, per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, l'elenco dei principali servizi eseguiti negli ultimi tre anni - va, anzitutto, ritenuto congruo e non sproporzionato il requisito richiesto dalla Stazione appaltante con riferimento al triennio 2007-2009.

Infatti, da quanto normativamente disposto circa il periodo utile per la dimostrazione del requisito de quo e dalla interpretazione sistematica degli atti di gara (Bando, Disciplinare e schema di domanda di partecipazione), il possesso del requisito dell'esperienza richiesta nel triennio 2007/2008/2009 non appare sproporzionato rispetto all'oggetto della gara.

Pertanto, la Commissione esaminatrice, tenuto conto delle clausole contenute negli atti di gara sopra richiamate, nella seduta del 12 ottobre 2010 (cfr. verbale n. 1) ha correttamente deciso, all'unanimità, di escludere la Società Cooperativa in quanto non in possesso del requisito richiesto al punto III.2.3 del bando di gara, al punto 2.2, lettera g) del disciplinare di gara e specificato al punto 6) della domanda di partecipazione, considerato che dall'esame dell'elencazione dei servizi espletati nel triennio di riferimento (2007-2008-2009) e dai conteggi effettuati al fine di verificare se la Cooperativa avesse espletato servizi coincidenti con quello oggetto dell'appalto, maturando un'esperienza triennale, è risultato, relativamente all'anno 2007: che per il periodo compreso tra il 4 maggio e 30 giugno la certificazione prodotta non riportava date utili; per l'intero mese di settembre mancava la certificazione; per il mese di agosto vi era una certificazione imprecisa circa la durata del servizio espletato.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione della Soc. Cooperativa Aquarius a r.l. sia in linea con quanto stabilito dal disciplinare di gara e con la normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito