Deliberazione n. 183 Adunanza del 13 Giugno 2007

G.E. 1210/06

Oggetto : Gara affidamento servizio di pulizia ordinaria degli immobili regionali ubicati nella città di Torino e Provincia e fornitura di tutti i detergenti ed altri strumenti necessari allo svolgimento del servizio.

Stazione appaltante : Regione Piemonte.

Considerato in fatto

La Regione Piemonte ha bandito una gara per il servizio di pulizia in oggetto, per un importo di Euro 15.188.250,00 oltre IVA, di cui Euro 9.112.950 per il servizio triennale ed Euro 6.075.300,00 per eventuale rinnovo ai sensi degli artt. 29 comma 1 e 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. e artt. 9 comma 1 e 31 comma 1, punto 4 lett. b) dir. 2004/18/CE per un periodo massimo di due anni.

Il bando ha previsto per la partecipazione alla gara i seguenti requisiti:

possesso di un fatturato complessivo dell'impresa nei tre esercizi antecedenti la pubblicazione del bando di importo non inferiore a Euro 25.000.000,00 IVA esclusa;

- iscrizione nella fascia di classificazione "L" oltre Euro 8.263.310,39 ai sensi del combinato disposto Legge 82/1994 e D.M. 274/1997;

- possesso del fatturato per servizi analoghi conseguito nel triennio 2003-2005 di importo non inferiore a Euro 12.000.000,00 Iva esclusa;

- esecuzione di almeno un contratto, avente caratteristiche analoghe a quelle oggetto dell'appalto, per ciascun anno non inferiore a Euro 2.000.000,00 oltre Iva.

Inoltre è stata richiesta come garanzia una cauzione provvisoria del 5% dell'importo a base d'asta comprensivo degli eventuali rinnovi.

La società cooperativa a r.l. "Gruppo Splendida" ha segnalato all'Autorità alcune presunte anomalie nel bando in oggetto, chiedendo al contempo alla S.A. di rettificare il bando. L'esponente contesta che i requisiti della gara siano stati calibrati sull'importo complessivo dell'appalto, comprensivo di eventuali rinnovi. Al contrario, sostiene che i requisiti dovrebbero essere proporzionati alla durata e al corrispettivo "certo" del contratto, senza prendere in considerazione anche gli eventuali rinnovi.

Da questa incongruenza sarebbero derivate nel bando delle richieste eccessive in ordine al fatturato globale e al fatturato "specifico" (per lo svolgimento di servizi analoghi), che possono restringere la concorrenza; così anche la richiesta relativa all'esecuzione per ciascun anno di un appalto di importo superiore a E. 2.000.000 costituirebbe, per l'esponente, un'aggravante senza riscontro nella normativa vigente.

L'esponente contesta altresì le statuizioni del bando in merito alla cauzione provvisoria, fissata al 5% anziché al 2% indicato dalla normativa e senza che sia prevista la riduzione al 50% del valore della polizza per i concorrenti certificati in base alle norme UNI CEI ISO 9000.

Dalla corrispondenza intercorsa con la Stazione appaltante, il Servizio Ispettivo ha accertato che alla procedura selettiva svoltasi in data 3.10.2006 hanno presentato offerta n. 12 operatori, di cui 11 sono stati ammessi alle successive fasi di gara.

Si è appreso inoltre che la gara è stata aggiudicata all'ATI Boni SpA - Gruppo Gorla SpA con il ribasso del 12,013%, superando la verifica di congruità.

In sede istruttoria sono state prese in esame anche le modalità di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dal disciplinare di gara si evince infatti che tra gli elementi di valutazione delle offerte sottoposti al giudizio della commissione giudicatrice sono compresi anche la "struttura organizzativa complessiva del concorrente" (max 5 punti) e il possesso della "certificazione di qualità ambientale del concorrente, ai sensi della norma UNI EN ISO 14001" (max 7 punti)

Ritenuto in diritto

Sebbene il presente provvedimento sopravvenga quando si è già esaurita la fase dell'aggiudicazione - principalmente a causa del ritardo della S.A. nel fornire le informazioni richieste - nondimeno è opportuno esprimere alcune considerazioni in ordine alle questioni sollevate dall'esponente, per la loro rilevanza e anche al fine di evitare il ripetersi delle anomalie rilevate.

Occorre affrontare anzitutto la questione se sia ammessa la eventuale rinnovazione del contratto nel senso indicato dal bando.

Il regolamento di gara infatti, nel prevedere l'eventualità del rinnovo, fa riferimento alle due disposizioni del Codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163/2006, che sembrano contemplare tale istituto.

Innanzitutto, l'art. 29 comma 1 che, riproducendo l'art. 9 co. 1 della direttiva 2004/18, stabilisce che per il calcolo del valore stimato degli appalti e delle concessioni si deve tener conto anche di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

Quindi, l'art. 57 comma 5 lett. b, che più precisamente si riferisce alla diversa ipotesi della "ripetizione di lavori o servizi analoghi" già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale, ammettendo per questi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando. A sua volta tale disposizione ricalca il dettato dell'art. 31 comma 1, punto 4 lett. b) DIR. 2004/18/CE e, per quanto attiene ai soli appalti di servizi, dell'abrogato art. 7 comma 2, lett. f) del d.lgs. 157/95 e s.m.

Il problema si pone con riferimento al fatto che l'Art. 23 della legge comunitaria n. 62/2005 ha soppresso la disposizione della legge n. 537/1993 che prevedeva la facoltà di rinnovare i contratti di fornitura di beni e servizi (art. 6 comma 2, come modificato dall'art. 44 della legge 724/94).

Tale abrogazione secondo un recente orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato sez. IV 31/10/2006 n. 6458, invero riferita a un caso anteriore all'entrata in vigore del Codice dei contratti) deve essere interpretata come un divieto generalizzato di rinnovo dei contratti operante per tutti gli appalti di forniture e servizi.

Invero la tesi del CdS non è stata del tutto favorevolmente accolta in dottrina, mentre si registrano in giurisprudenza tesi diverse; l'orientamento del CdS in effetti non appare pienamente condivisibile, nella misura in cui estende i limiti del divieto di rinnovo oltre l'ambito direttamente ricavabile dalla norma abrogatrice, sulla base di un asserito contrasto di tale istituto con l'ordinamento comunitario.

Può infatti, ritenersi, in alternativa, che nonostante la caducazione dell'art. 6, 2° comma della legge 537/93, residuino margini di applicabilità del rinnovo espresso - previsto dalle citate disposizioni del Codice - a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e *par condicio* alla base dell'evidenza pubblica; d'altra parte, se è ammessa la ripetizione dei servizi analoghi, non si comprende perché debba vietarsi il semplice rinnovo, che è fattispecie in qualche misura riconducibile alla prima, purchè il rinnovo sia espressamente previsto e stimato nel bando e rientri in determinati limiti temporali.

E' da rilevare che la stessa sentenza del CdS n. 6458/2006 ha distinto l'ipotesi di rinnovo da quella di ripetizione di servizi (o lavori) analoghi prevista dal citato art. 7 del D.lgs. 157/95 (oggi art. 57 comma 5 lett. b) del Codice), in quanto quest'ultima si riferisce alla diversa ipotesi di una nuova aggiudicazione e soprattutto, per il fatto che, in base al dettato normativo, è richiesta la conformità dei nuovi simili servizi (affidati a trattativa privata all'esecutore del contratto principale) ad un progetto di base.

Le pubbliche amministrazioni possono quindi legittimamente avvalersi della fattispecie prevista dall'articolo 57, comma 5 lett. b del Codice dei contratti, oggi estesa sia ai servizi che ai lavori (per questi vige tuttavia la sospensione sino al 1° agosto 2007 sancita dal d.lgs. n. 6/2007), purché siano rispettati i seguenti presupposti:

- che i servizi che si intende rinnovare siano conformi ad un progetto di base;
- che tale progetto di base sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta;
- che si proceda al nuovo affidamento entro tre anni dalla stipulazione del contratto iniziale, e che tale possibilità sia indicata nel bando del contratto originario;
- che l'importo complessivo stimato dei servizi successivi sia computato per la determinazione del valore globale del contratto "ai fini delle soglie di cui all'articolo 28".

Riguardo al caso in esame, pur senza entrare nel merito della controversa questione dell'effettiva e generalizzata estensione del divieto di rinnovo, si ritiene che la clausola del bando che prevede la possibilità di ripetere l'affidamento alla stessa impresa, ai sensi del citato art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006, sia legittima, purché siano soddisfatte le condizioni sopra richiamate ed in

particolare quella che prescrive un progetto di base o atto equipollente, documento che, per quanto consta, non risulta tra gli atti di gara, con la conseguenza che di fatto la S.A. ha dissimulato un semplice rinnovo con la ripetizione di servizi analoghi.

Quanto all'altra ed importante questione relativa alla determinazione dei requisiti speciali, si osserva che, in base al dato letterale dell'art. 57, 5° comma, lett. b sopra richiamato, deve essere considerato l'importo totale del contratto comprensivo delle successive ripetizioni al solo fine di stabilire la disciplina dell'appalto ed in particolare quella sulla scelta del contraente, che, come è noto, si diversifica a seconda della soglia (sopra o sotto la soglia comunitaria).

Conseguentemente, i requisiti (speciali) di partecipazione alla gara non possono *tout court* essere commisurati sull'importo complessivo, compresi gli eventuali rinnovi.

Ciò si ricava espressamente dalla parte finale della lett. b) comma 5 del citato art. 57, laddove prevede l'importo complessivo dell'appalto "ai fini delle soglie di cui all'art. 28" importo da stimarsi secondo l'art. 29 "... ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

Queste regole sono dunque ispirate in primo luogo al principio di massima apertura del mercato, essendo finalizzate ad impedire l'elusione della disciplina comunitaria, attraverso arbitrari frazionamenti e discriminazioni in base alla nazionalità degli offerenti.

A principi analoghi si ispira la regola di dimensionare i requisiti sull'importo del contratto principale nel caso di previsione di eventuali rinnovi o ripetizioni del contratto, dato che, diversamente, si otterrebbe l'effetto di aggravare le condizioni per la partecipazione alla gara, effetto contrastante con il *favor participationis* che ispira la normativa. Pertanto, nei bandi che contemplano la possibilità di rinnovo, opzioni ovvero di ripetizione di servizi analoghi, i requisiti di partecipazione sono calibrati in via generale con riferimento all'importo dell'appalto principale; ciò non esclude la possibilità di fissare ragionevoli e proporzionati requisiti anche per i servizi analoghi.

Vi è comunque l'obbligo di indicare nel bando sia l'importo globale del contratto comprensivo degli affidamenti futuri ed eventuali, sia l'importo del contratto principale, sia il valore del rinnovo o dei servizi analoghi.

Ciò chiarito, occorre rilevare che nel caso in questione i requisiti tecnico-economici e segnatamente il fatturato complessivo per il triennio antecedente indicato nel bando, non appaiono proporzionati all'importo dell'appalto.

Inoltre deve ritenersi illegittimo, alla luce delle precedenti considerazioni, il dimensionamento della cauzione provvisoria sull'importo globale dell'appalto comprensivo degli eventuali rinnovi.

Si rileva inoltre che la previsione del bando che fissa al 5% l'importo della cauzione provvisoria è in contrasto con l'art. 75 comma 1 del D.lgs. 163/2006 ove è previsto che la garanzia a corredo dell'offerta è pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito ed è versata sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

Si rileva, altresì, la difformità del bando dall'art. 75 comma 7 del D.lgs. 163/2006, in quanto esso non prevede la riduzione del 50% della cauzione provvisoria per gli operatori economici in possesso di certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, come richiesto da detta norma.

Quanto ai criteri di valutazione dell'offerta operata dal disciplinare di gara, non appare legittima la previsione relativa sia alla "struttura organizzativa complessiva del concorrente", sia alla "certificazione di qualità ambientale".

Questi, infatti, sembrano determinare una illegittima commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta; detta commistione si pone in contrasto sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento, che pongono una chiara distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006 n. 1446; 28 novembre 2005 n. 6631; 16 aprile 2003 n. 1993; 15 giugno 2001 n. 3187).

In particolare una recente giurisprudenza (TAR Campania Napoli Sez. I 14/7/2006 n. 7517) ha ritenuto illegittima la previsione di un punteggio per la voce certificazione di qualità ISO, "poiché si tratta, chiaramente, di elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica delle concorrenti, illegittimamente inseriti tra i criteri oggettivi di valutazione" dell'offerta.

Per quanto attiene al requisito relativo alla "struttura organizzativa complessiva del concorrente", l'indirizzo giurisprudenziale trova conferma anche nella recente sentenza del Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana n. 6 del 29 gennaio 2007.

Infine, in ordine agli elementi da ultimo considerati, recentemente la Presidenza del Consiglio - Dipartimento delle Politiche Comunitarie, con circolare dell'1 marzo 2007, ha evidenziato, con

riferimento all'affidamento di appalti di servizi, che "gli elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza), in quanto elementi attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti."

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

1. Approva la presente deliberazione secondo le precedenti valutazioni.
2. Osserva che le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere alla ripetizione dell'affidamento allo stesso operatore economico di servizi analoghi a quelli oggetto del contratto iniziale, purchè nel rigoroso rispetto delle condizioni indicate dall'art. 57 comma 5 lett. b) del D.lgs. 163/2006.
3. Ritiene che nel bando in cui sia prevista l'eventuale ripetizione di servizi analoghi, la stazione appaltante deve indicare l'importo complessivo del contratto secondo le regole fissate nell'art. 29 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., e distintamente l'importo del contratto principale e quello dei servizi analoghi.
4. Ritiene che l'art. 57 comma 5 lett. b) del D.lgs. 163/2006 debba interpretarsi nel senso che, ove il bando preveda la possibilità di ripetizione di servizi analoghi, i requisiti di partecipazione alla gara e la garanzia richiesta a corredo dell'offerta vanno dimensionati in riferimento all'importo dell'appalto principale, non esclusa la possibilità di fissare ragionevoli e proporzionati requisiti specifici anche per i servizi analoghi.
5. Ritiene che il bando di gara in questione, per quanto attiene la possibilità di ripetizione del servizio, è in linea con il disposto del succitato art. 57 comma 5 lett. b), a condizione però che sia stato posto a base di gara un progetto o atto equipollente da cui possa desumersi con chiarezza la natura e consistenza dei servizi analoghi.
6. Rileva che nella gara in esame, i requisiti tecnico-economici e segnatamente il fatturato complessivo per il triennio antecedente indicato nel bando, non appaiono proporzionati all'importo dell'appalto.
7. Rileva che il bando è in contrasto con l'art. 75 comma 1 e comma 7 del D.lgs. 163/2006, per quanto attiene la disciplina della cauzione provvisoria ed inoltre nella parte in cui detto bando determina la misura della cauzione provvisoria in rapporto all'importo globale del servizio comprensivo dei rinnovi.
8. Rileva che la previsione, nella gara in esame, di criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di tipo soggettivo (quali la struttura organizzativa del concorrente e il possesso della certificazione di qualità) è in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria.
9. Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione alla Regione Piemonte, affinché questa faccia conoscere, entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla ricezione del presente atto, le misure che intende adottare per evitare il ripetersi dei fenomeni rilevati, nonché chiarire se il bando conteneva un progetto o atto equipollente relativamente ai contenuti dei servizi analoghi.
10. Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione all'esponente e anche all'Osservatorio regionale della Regione Piemonte.

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario